

COUVERTURE CONVENTIONNELLE DANS LES BRANCHES POUVOIRS DES PARTENAIRES SOCIAUX ET INTERVENTION ÉTATIQUE

Cécile HABLOT-MUROLO

Maître de conférences à l'Université de Bretagne Occidentale
Membre du centre de recherche Lab-LEX de l'Université de Bretagne occidentale (EA 7480)
et du laboratoire de droit social de l'Université Panthéon-Assas (EA 3382)

Septembre 2018

Recherche effectuée dans le Cadre d'une convention conclue
entre l'Institut de Recherches Économiques et Sociales (IRES) et la CFE-CGC

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	7
PARTIE I. – CRÉATION DE LA NORME CONVENTIONNELLE DE BRANCHE	11
CHAPITRE I – CADRE DE LA NÉGOCIATION	13
Section I. Délimitation des Branches avant le mouvement de restructuration	13
§. 1. Méthode	13
a) Choix d’une notion « élastique »	13
b) Critères d’identification	14
§. 2. Bilan	16
Section II. Mouvement de restructuration des Branches	17
§. 1. Présentation des outils	17
a) Fusion	18
b) Élargissement	19
c) Refus d’extension	20
d) Refus d’arrêter la liste des organisations professionnelles d’employeurs et des organisations syndicales représentatives pour une Branche professionnelle	21
§. 2. Appréciation des outils	21
a) Pertinence des outils mis à la disposition du Ministre ?	21
b) Reconfiguration des conventions de Branche ?	23
CHAPITRE II – OBJET DE LA NÉGOCIATION	29
Section I. Contenu de la convention de Branche	29
§. 1. Encadrement légal du contenu de l’accord de Branche	29
§. 2. Impact des règles d’articulation de la convention de Branche et de l’accord d’entreprise ...	31
a) Vers la fin d’un contenu réservé à la négociation de Branche	31
b) Jeu de la technique contractuelle : restrictions et perspectives	32
§. 3. Sécurisation par le juge de certaines clauses : avantages catégoriels et égalité de traitement	33
Section II. Adaptation du contenu de la convention de Branche	34
§. 1. Habilitation à négocier : encadrement légal	35
§. 2. Périodicité et objet de la négociation obligatoire : entre encadrement et liberté	35
§. 3. Inertie contrée par l’intervention ministérielle	36
CHAPITRE III – MODALITÉS DE LA NÉGOCIATION	37
Section I. Acteurs de la négociation	37
Section II. Règles de conclusion	40

PARTIE II. – APPLICATION DE LA NORME CONVENTIONNELLE DE BRANCHE	43
CHAPITRE I – PORTÉE DE LA CONVENTION DE BRANCHE	45
Section I. Mutation de la technique d’extension des effets de la convention de Branche	46
§. 1. Défiance à l’égard du principe de l’extension	47
a) Débat sur la technique de l’extension	47
b) Multiplication des instruments facilitant le rejet de l’extension	48
1. Droit d’opposition des organisations d’employeurs et avis d’un comité d’experts	49
2. Pouvoir de refus du Ministre d’étendre la convention de Branche	50
§. 2. Dénaturation de la technique d’extension	52
Section II. Mutation de la technique d’élargissement des effets de la convention de Branche	54
§. 1. Dédoublage de la technique d’élargissement	55
§. 2. Dénaturation de la technique d’élargissement	56
CHAPITRE II – ARTICULATION DE LA CONVENTION DE BRANCHE AVEC LA CONVENTION D’ENTREPRISE	59
Section I. Prévalence exceptionnelle de la convention de Branche	59
§. 1. Prévalence imposée par la loi	60
§. 2. Prévalence choisie par les signataires de la convention de Branche	61
Section II. Prévalence relative de la convention de Branche	62
CHAPITRE III – CONTENTIEUX DE LA NORME CONVENTIONNELLE DE BRANCHE	65
Section I. Place du juge : retrait ?	65
§. 1. Mesures de « sécurisation » des accords collectifs	65
§. 2. Commission permanente paritaire de négociation et d’interprétation	67
Section II. Choix du juge : juge judiciaire ou juge administratif ?	68
§. 1. Principe : renvoi préjudiciel	69
§. 2. Atténuations : compétence du juge administratif	70
CONCLUSION	73
BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE	77
1. Ouvrages	77
2. Rapports	77
3. Articles	78

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJDA	Actualité juridique, droit administratif
al.	Alinéa
APD	Archives de philosophie du droit
art.	Article
Ass.	Assemblée
Ass. nat.	Assemblée nationale
Ass. Plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
BIT	Bureau international du travail
Bull.	Bulletin
Bull. civ. V le	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre sociale
C. civ.	Code civil
C. trav.	Code du travail
CE	Conseil d'État
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CPH	Conseil de prud'hommes
Concl.	Conclusions
<i>Contra</i>	À l'inverse
C. trav.	Code du travail
D.	Recueil Dalloz
D. AJ	Recueil Dalloz (Actualité jurisprudentielle)
D. chron.	Recueil Dalloz (Chronique)
D. IR.	Recueil Dalloz (Informations rapides)
D. jur.	Recueil Dalloz (Jurisprudence)
D. somm.	Recueil Dalloz (Sommaires commentés)
Dir.	Directive
Dr. ouv.	Droit ouvrier
Dr. soc.	Revue de droit social
DGT	Direction générale du travail
Ed.	Édition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Ibidem
<i>In</i>	Dans
<i>Infra</i>	Ci-dessous
JCP	Jurisclasseur périodique
JCP E	Jurisclasseur périodique, édition entreprise
JCP G	Jurisclasseur périodique, édition générale
JCP S	Jurisclasseur périodique, édition sociale
JO	Journal officiel

JOCE	Journal officiel des communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union Européenne
Juriscl.	Juris-classeur
LPA	Les petites affiches
Obs.	Observations
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OIT	Organisation internationale du travail
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i>
Préc.	Précité(e)
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	Rapport
Rappr.	Rapprocher
RDT	Revue Droit du travail
RFDA	Revue française de droit administratif
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Somm.	Sommaires commentés
<i>Supra</i>	Ci-dessus
Sp.	Spécialement
Sem. soc. Lamy	Semaine Sociale Lamy
TC	Tribunal des conflits
Th.	Thèse
V.	Voir

INTRODUCTION

Convention de Branche. – La Convention de Branche, naguère au cœur de la construction des relations collectives (I), subit les effets des transformations profondes du droit du travail. Avec la perte de la place centrale de la Convention de Branche au sein du système de la négociation collective (II) associée à l'évolution du rôle de la Branche (III), la couverture conventionnelle en son sein est susceptible d'être affectée.

I. Historique de la négociation de Branche

Apparition des Conventions Collectives. – La loi du 21 mars 1884 marque la reconnaissance du droit syndical, la légalisation des associations professionnelles et l'abrogation de la loi Le Chapelier. Les syndicats, pourvus de la personnalité morale, peuvent conclure des accords collectifs (1). Cette apparition spontanée de la négociation collective est liée à deux phénomènes caractérisés par des conflits d'intérêts : les conflits collectifs ; l'organisation de la concurrence et l'élaboration des tarifs. Les conventions d'Arras du 29 novembre 1891 (2) sont généralement présentées comme les vraies premières Conventions Collectives de travail, mais elles traduisent surtout la reconnaissance du syndicat comme interlocuteur. Les domaines où une forte structuration syndicale permet l'émergence de Conventions Collectives traitant de l'ensemble des conditions de travail sont finalement rares. La jurisprudence finit par doter les accords collectifs de la force obligatoire reconnue de droit commun aux conventions (3), mais l'ancien article 1165 du Code civil en cantonne les effets aux seules parties signataires (4).

Premières lois. – C'est la loi du 25 mars 1919 qui donne en droit français un statut juridique à la Convention Collective de travail. Cette dernière présente toutefois une dimension contractuelle, avec quelques aspects réglementaires. L'application de la Convention Collective est donc très fragile. Afin de renforcer son efficacité, le droit des Conventions Collectives est rénové par la loi du 24 juin 1936. À côté des Conventions Collectives régies par la loi du 19 mars 1919, peuvent coexister des Conventions Collectives de Branches régies par la loi du 24 juin 1936. Ces dernières sont conclues par les organisations les plus représentatives et sont susceptibles d'extension par voie d'arrêté ministériel rendant la convention obligatoire à toutes les entreprises comprises dans son champ d'application. Dès son origine la notion de Branche se trouve liée à l'intervention étatique. Passée la période dirigiste marquée par la loi du 23 décembre 1946, la loi libérale du 11 février 1950 prévoit ensuite que la Convention Collective produit directement des effets *erga omnes*. La Convention Collective déploie ses effets même à l'égard des salariés non adhérents à l'une des organisations syndicales signataires. Au-delà, l'extension administrative permet de rendre une Convention de Branche applicable à toutes les entreprises relevant de son champ d'application géographique et professionnel. À partir de cette loi, offrant une liberté de négociation plus intense, la Branche professionnelle trouve une place plus marquée et la négociation des Conventions de Branche professionnelle se développe.

Couverture conventionnelle et intervention étatique. – Pendant longtemps, la Branche a ainsi constitué le niveau essentiel de la négociation collective. La fonction de la négociation de Branche consiste à fixer un statut social commun à un ensemble d'entreprises intervenant sur un même marché, évitant ainsi que ces dernières se concurrencent sur les conditions de travail et les salaires. Cette fonction explique que l'État a laissé aux organisations syndicales représentatives de la Branche le pouvoir de fixer les règles régissant les relations de travail par la négociation collective dans les Branches, tout en prévoyant un dispositif lui permettant d'en étendre l'application à l'ensemble des entreprises de la

(1) Par ex. Trib. Com. Charolles, 18 février 1890, Rev. des Sociétés, 1890, p. 318.

(2) M.-G. Dezes, « La préhistoire des Conventions Collectives françaises. Les idées et les lois de la Révolution à la loi de 1950 », in *Les Conventions Collectives de Branche, déclin ou renouveau ?*, éd. CEREQ, 1993, p. 31 ; P. Laroque, *Rapport au conseil économique et social*, 1934, pp. 66-67. Elles ne sont en réalité que des procès-verbaux des discussions nouées entre les représentants des syndicats de mineurs et certains délégués des compagnies houillères, après une grève.

(3) CA Lyon, 15 janv. 1908, D. 1909, II, p. 33, note H. Capitant.

(4) Civ., 15 janv. 1918, D. 1918, I, p. 17.

Branche, quand bien même elles ne seraient pas adhérentes à une organisation signataire. Par le recours à l'extension administrative, les Conventions de Branches ont permis d'assurer une large couverture conventionnelle en France. La quasi-totalité des salariés ont ainsi pu bénéficier des règles conventionnelles de Branche. Les règles d'articulation des accords et Conventions Collectives, dès lors qu'elles reposaient essentiellement sur le principe de faveur, assuraient une application large et efficace des règles conventionnelles de Branche.

II. Évolution de la place de la Convention de Branche

Mutation de l'ordonnancement normatif. – Depuis les réformes Auroux en 1982, le droit conventionnel n'a eu de cesse de gagner en importance. Le recul de la loi au profit de la Convention Collective s'est progressivement accentué avec le recours aux notions de dérogation, délégation, « supplétivité ». La loi du 8 août 2016 et les ordonnances du 22 septembre 2017 accélèrent ce mouvement de réorganisation de l'ordonnancement normatif en droit du travail. L'État affirme distinctement sa façon de concevoir ses relations avec les partenaires sociaux. Avec l'architecture tripartite proposée (règles d'ordre public – règles conventionnelles – règles supplétives), le champ est largement ouvert à la « supplétivité ».

Ce mouvement est fortement marqué par une tendance à la décentralisation de la source conventionnelle vers l'entreprise : multiplication des cas de dérogation à la loi par accord d'entreprise puis des cas de « supplétivité » ; perfectionnement des règles de négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux ; encouragement de la négociation de gestion dans l'entreprise ; réduction à peau de chagrin du principe de faveur. L'objectif des textes successifs est de favoriser la négociation de proximité, celle qui permettrait une adaptation aux spécificités de l'entreprise. La loi du 8 août 2016 puis les ordonnances du 22 septembre 2017 s'engouffrent avec force dans cette voie : champs accordés à la négociation d'entreprise ; principe de prévalence de l'accord d'entreprise en cas de concours avec un accord de Branche ; large ouverture de la négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux.

Au travers des textes successifs depuis plus de trente ans, la Convention de Branche a donc perdu sa place centrale au sein du système de la négociation collective. Dans ce jeu de réorganisation mené par l'État, la finalité recherchée est ainsi la construction de la norme conventionnelle au niveau de l'entreprise, parallèlement à la volonté de faire évoluer le rôle de la Branche.

III. Évolution du rôle de la Branche

Missions nouvelles. – La Branche s'est vu confier de nouvelles missions avec la loi du 8 août 2016 (5), non remises en cause par les ordonnances du 22 septembre 2017. Certes, la mission traditionnelle de définition des conditions de travail par la négociation collective, autrement dit l'activité normative de la Branche, a été rappelée par le texte. Cependant la loi ajoute, d'une part, que la Branche – et non la négociation de Branche – a pour mission de réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ (6). D'autre part, elle impose la mise en place d'une commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation dans chaque Branche (7). Loin d'être conçue comme une simple fusion des commissions existantes, cette commission a vocation à devenir l'instance de gouvernance paritaire de la Branche (8). En attestent les missions d'intérêt général dont la loi l'a doté : représentation de la Branche, notamment dans l'appui aux entreprises et vis-à-vis des pouvoirs publics ; rôle de veille sur les conditions de travail et l'emploi ; établissement d'un rapport annuel d'activité versé dans la base de données nationale comprenant un bilan des accords collectifs d'entreprise, en particulier de l'impact de ces accords sur

(5) L. n° 2016-1088, 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

(6) Art. L. 2232-5-1 C. trav.

(7) Art. L. 2232-9 C. trav.

(8) C. Frouin, « Gouvernance et fonctionnement des Branches : portrait de la CPPNI », JCP S 2018, 1058 ; A. Sauret et A. Bugada, « Regards sur la nouvelle gouvernance de la Branche », Gaz. Pal. 2017, n° 12, p. 34.

les conditions de travail des salariés et sur la concurrence entre les entreprises de la Branche, et, le cas échéant, des recommandations destinées à répondre aux difficultés identifiées (9). De plus, la commission peut émettre un avis à la demande d'une juridiction sur l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif dans les conditions mentionnées à l'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire (10). Elle peut également exercer les missions de l'observatoire paritaire de la négociation collective (11). C'est enfin en son sein que doit avoir lieu, comme avant au sein d'une commission mixte, la conclusion de la Convention de Branche pour pouvoir être étendue (12).

Conception de la Branche. – Avec la création de cette commission autour de laquelle doivent se structurer les acteurs de la Branche, l'accent est mis sur une approche institutionnelle ou gestionnaire de la Branche. C'est le dialogue social de Branche institutionnel qui est mis en exergue (13). De plus, l'apparition des missions nouvelles de la Branche s'accompagne d'un réaménagement du paysage des Branches. Les Branches restructurées constitueront un cadre propice, sans doute moins à l'activité normative traditionnelle de la Branche, qu'à l'exercice par les organisations professionnelles, *via* la commission précitée, des nouvelles missions de la Branche (14).

Finalement, un glissement s'opère de la Branche conçue essentiellement comme le lieu de production des règles conventionnelles permettant l'émergence de « la loi de la profession » vers une Branche davantage institutionnelle ou gestionnaire s'apparentant à un « prestataire de service » à l'égard des entreprises, spécialement des petites (15). L'orientation donnée à la Branche est celle d'« un paritarisme de service » (16). La création des missions nouvelles confiées à la Branche en est une manifestation, ce n'est toutefois pas la seule. L'évolution de la conception de la Branche imprègne également, certes plus insidieusement, le droit de la négociation de Branche, et donc la fonction historique de la Branche. L'État offre de nouvelles prérogatives aux pouvoirs publics en matière de négociation de Branche guidées par cette nouvelle conception du rôle que doit jouer la Branche à l'égard des entreprises et de la concurrence entre elles.

Questions. – De ces évolutions normatives et institutionnelles nées de la réorganisation orchestrée par l'État du système de la négociation collective en France, le droit de la négociation de Branche en sort modifié. Il l'est d'autant plus que l'État renforce les prérogatives des pouvoirs publics en matière de négociation de Branche. Certes, depuis longtemps l'État intervient au sein de la négociation de Branche, mais désormais les objectifs sont redéfinis et résolument tournés vers le niveau de l'entreprise.

L'étude porte sur la couverture conventionnelle de Branche dans ce contexte de transformations. Plusieurs questions ont guidé la recherche. Quelle couverture conventionnelle est susceptible de se dessiner ? Quel rôle est joué par les partenaires sociaux et par les pouvoirs publics ? Autrement dit, *quid* du pouvoir normatif des négociateurs de la Branche ; *quid* de leur liberté par rapport à l'intervention des pouvoirs publics ?

Plan. – Pour répondre à ces questions, l'étude présente une analyse en deux temps. L'existence et l'effectivité de la couverture conventionnelle dépendent respectivement des règles entourant **la création de la norme conventionnelle de Branche** (Partie I) et celles gouvernant **son application** (Partie II).

(9) Art. L. 2232-9 C. trav.

(10) Art. L. 2232-9 C. trav.

(11) Art. L. 2232-9 C. trav.

(12) Art. L. 2261-19 C. trav.

(13) A. Bugada, « L'articulation des dispositions de Branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 1056, n° 2.

(14) En ce sens, S. Nadal, « La restructuration des Branches professionnelles : réflexions sur une mutation forcée », Dr. soc. 2016, p. 110.

(15) Le Rapport Combrexelle préconisait une telle conception : J.-D. Combrexelle, La négociation collective, le travail et l'emploi, Rapport, France stratégie, p. 89 : « boîtes à outils à destination des entreprises ». V. not. sur l'évolution de la conception de la Branche : P. Adam, « L'accord de Branche », Dr. soc. 2017, p. 1039 ; A. Sauret et A. Bugada, « Regards sur la nouvelle gouvernance de la Branche », Gaz. Pal. 2017, n° 12, p. 34 ; A. Bugada, « L'articulation des dispositions de Branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 1056, n° 2 ; S. Nadal, « La restructuration des Branches professionnelles : réflexions sur une mutation forcée », Dr. soc. 2016, p. 110 ; « Gouvernance du niveau et des règles de Branches : les nouveaux visages de l'emprise étatique », RDT 2017, 652 ; M. Tallard, C. Vincent, « Les Branches professionnelles sont-elles toujours un lieu pertinent de négociation des normes d'emplois ? », Dr. Soc. 2014, p. 212.

(16) A. Bugada, « L'articulation des dispositions de Branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », préc.

PARTIE I

CRÉATION DE LA NORME CONVENTIONNELLE DE BRANCHE

Création. – L'existence de la couverture conventionnelle dans les Branches dépend des règles relatives à la création des Conventions de Branche. Doivent être envisagés : le cadre (chapitre I), l'objet (chapitre II) et les modalités de la négociation de Branche (Chapitre III).

CHAPITRE I

CADRE DE LA NÉGOCIATION

Branche : cadre de négociation. – La Branche constitue un cadre de la négociation collective et de l’extension des conventions négociées. Réduire la Branche à une notion économique serait donc oublier la volonté des partenaires sociaux. La Branche a constitué pendant longtemps le niveau quasi exclusif de la négociation collective en France.

Critiques et restructuration. – La méthode de délimitation des Branches retenue à partir de 1960 a été dénoncée à de nombreuses reprises (Section 1). Un mouvement de restructuration des Branches s’est engagé à partir de 2014 marqué par l’intervention du ministre chargé du Travail (Section 2).

SECTION I. DÉLIMITATION DES BRANCHES AVANT LE MOUVEMENT DE RESTRUCTURATION

Une méthode souple de délimitation des Branches a été retenue à partir de 1960 (§1). Mais son bilan (§2) a conduit à repenser la structuration du paysage des Branches.

§1 Méthode

La méthode retenue repose sur le choix d’une notion « élastique » de la Branche (A). Deux éléments cumulatifs d’identification de la Branche ont été posés (B).

A. Choix d’une notion « élastique »

Expérimentation de méthodes. – La méthode analytique appliquée sous l’empire de la loi du 24 juin 1936 n’a pas été reprise. Elle consistait pour le juge, lors de l’appréciation de la validité de l’arrêté d’extension, à s’appuyer sur un faisceau d’indices liés à l’originalité de l’activité : la matière première, les classifications, mais également l’organisation de travail, la structure donnée par les intéressés à leur organisation professionnelle. Les Branches qui en résultaient étaient trop étroites (17), loin de l’objectif recherché d’une large couverture conventionnelle. La fixation autoritaire d’une liste de Branches sous l’empire de la loi du 23 décembre 1946, n’a pas non plus perduré. L’administration du travail avait fixé une liste réduite de vingt Branches d’activité (18). Rigide et très vaste, ce cadre de la négociation constitua un obstacle à la conclusion d’accords.

Notion souple. – L’absence de définition légale de la Branche ainsi que la liberté des partenaires sociaux pour délimiter le champ d’application de leur convention (19) ont conduit au développement d’une notion « élastique » de la Branche. À partir de 1960, la jurisprudence administrative a consacré la pratique en admettant que la Branche puisse être définie de manière large ou étroite (20). La Branche au cadre étroit constitue « *un tout homogène au sein duquel les différentes entreprises de dimensions variables poursuivent dans des conditions pratiquement identiques des fins économiques semblables* » (21). La Branche au cadre large – le regroupement de Branches – réunit « [plusieurs] Branches

(17) P. Durand et A. Vitu, *Traité de droit du travail*, tome 3, 1956, n° 220.

(18) V. ???, « Note documentaire sur l’œuvre accomplie par la Commission supérieure des Conventions Collectives », Dr. soc. 1947, pp. 367 et s.

(19) Art. L. 2222-1 C. trav. Cette liberté est intimement liée à la liberté syndicale.

(20) CE, 4 mars 1960 (*Fédération nationale des Industries chimiques et parties similaires*), Concl. P. Nicolay, Dr. soc. 1960, p. 342 ; CE, 2 mars 1962, Dr. soc. 1962, p. 346, Concl. P. Nicolay, Dr. soc. 1962, p. 347.

(21) P. Nicolay, Concl. CE, 2 mars 1962, Dr. soc. 1962, p. 347, spéc. p. 351. V égal. M. Despax, *Traité de droit du travail. Conventions Collectives*, Dalloz, 2^e éd., 1989, p. 475.

d'activité qui s'apparentent entre elles par une unité de nature d'activité » (22). Dans ce cadre large, le lien de parenté entre les entreprises est plus distendu au point qu'elles n'assument pas forcément toutes des fonctions économiques identiques (23). Mais l'unité de nature différencie la Branche du cadre large de l'interprofession.

Intervention limitée du ministre chargé du Travail. – L'enjeu de la délimitation de la Branche prend toute sa mesure au moment de l'extension de la Convention Collective. Le ministre chargé du Travail convoque à la négociation de la Convention Collective les organisations représentatives de la Branche. Il se construit une idée des frontières de la Branche au moment de la réunion de cette commission mixte et peut orienter le bornage de la Branche (24). Or, au moment de prendre la décision d'étendre, aucun pouvoir ne lui est expressément reconnu pour délimiter la Branche. À partir de 1962 (25), le Conseil déduit des textes que le Ministre doit éviter les usurpations ou les doubles appartenances (26). Pour le Conseil d'État, le pouvoir du Ministre ne se conçoit que comme celui d'éviter des chevauchements ou des usurpations et non celui d'établir de manière dogmatique une liste de Branches d'activité (27). Selon cette jurisprudence, le Ministre ne dispose que du pouvoir d'exclure des activités de la Branche en s'appuyant sur deux critères.

B. Critères d'identification

Le pouvoir correctif accordé au ministre chargé du Travail lors de l'extension repose sur deux critères d'identification de la Branche.

Engagement. – La convention susceptible d'extension doit être négociée et conclue par toutes les organisations représentatives, du côté salarial et patronal, dans le champ d'application considéré (28). L'absence d'engagement permet d'exclure une activité de la Branche (29).

Le critère ne joue qu'à propos de la détermination d'une Branche au sens large, autrement dit un regroupement de Branches (30). Le Ministre peut étendre une Convention de Branche au sens large en excluant une Branche distincte dans laquelle les organisations signataires ne sont pas représentatives. En effet, les organisations représentatives de chaque Branche restent libres de ne pas s'engager. Ainsi, une Branche dont les organisations représentatives n'ont pas signé l'accord de Branche au sens large n'est pas engagée. L'activité dissidente doit toutefois nécessairement constituer une Branche d'activité pour pouvoir être exclue de l'extension.

Appartenance réelle. – Avec la loi libérale du 11 février 1950, la question pouvait se poser de savoir si le critère de l'engagement des parties n'était pas suffisant (31). Or, l'objectif du législateur était de reconnaître une couverture à toute « l'activité professionnelle » (32). Ainsi, admettre uniquement le critère de l'engagement, aurait conduit à ce qu'aucune sanction ne puisse être possible si une convention débordait de son champ d'application « naturel » dès lors que les organisations signataires s'avéraient réellement représentatives (33). La notion de Branche n'aurait plus présenté aucun lien avec la réalité économique. La fonction traditionnelle de la Branche et de l'extension n'aurait plus pu être mise

(22) *Ibid.*

(23) M. Despax, préc.

(24) Art. L. 2261-20 C. trav. V. *infra* n°.

(25) CE, 2 mars 1962, préc.

(26) P. Nicolay, Concl. CE, 2 mars 1962, préc. V. égal. les travaux préparatoires de la loi du 11 février 1950. V. égal. le cas où le champ d'application professionnel défini par des Conventions Collectives se recoupe et que l'une d'elle est déjà étendue : si le Ministre décide d'étendre la seconde convention, il doit exclure l'activité concernée du champ de la Convention Collective qu'il va étendre ou abroger l'arrêté d'extension de la première convention étendue : CE, 6 nov. 2000, n° 211098, RJS 2001, n° 321, Concl. P. Fombeur, RJS 2001, p. 1999. – CE, 15 mai 2006, n° 270174, Tabl. – CE, 24 sept. 2012, n° 340576, Tabl. – CE, 19 juin 2013, n° 352898, Tabl. V. *infra* n° 84 et n° 348.

(27) P. Nicolay, Concl. CE, 2 mars 1962, préc.

(28) V. *infra*.

(29) CE, 2 mars 1962, préc.

(30) En effet, si le Ministre constate que les activités comprises dans le champ d'un accord appartiennent à la Branche au sens étroit mais qu'une des organisations représentatives de la Branche n'est pas signataire, il doit refuser de procéder à l'extension. Une des conditions de cette opération n'est pas remplie.

(31) L. n° 50-205, 11 fév. 1950.

(32) V. les motifs de la loi n° 50-205 du 11 février 1950 : « *En vue d'éviter en matière d'extension un fractionnement excessif des Conventions Collectives, les accords susceptibles d'être étendus devraient viser... l'ensemble d'une Branche d'activité* ».

(33) P. Nicolay, Concl. 4 mars 1960, préc.

en œuvre. Il est ainsi apparu nécessaire d'admettre un second critère : celui de l'appartenance réelle d'une activité à la Branche.

Le Conseil d'État a considéré qu'il résultait de l'ensemble des dispositions relatives à l'extension que le Ministre ne peut étendre une Convention Collective que si elle concerne une Branche d'activité déterminée. Il en a conclu que le Ministre, au moment de l'extension, est tenu d'exclure d'une Branche les activités qui ne lui appartiennent pas réellement (34).

Pour ce faire, le Conseil d'État a précisé que le Ministre doit démontrer que l'activité se distingue objectivement de la Branche. Il doit s'intéresser à la spécificité de l'activité, sa variété ou son importance (35). La nomenclature de l'INSEE constitue un guide indispensable mais non impératif pour le Ministre (36). Il ressort de la jurisprudence administrative que ne sont pas pris en considération les éléments non économiques (37). Pour tenter d'éviter l'émiettement des Branches et les chevauchements (38), le législateur a fixé en 1982 un critère unique de découpage des champs professionnels (39). Les parties sont toujours libres de définir le champ d'application de leur accord. Mais elles doivent désormais le faire en termes d'activités économiques (40).

Lorsque le Ministre identifie une activité économique distincte de la Branche, il doit donc user de son pouvoir d'exclusion. Il « rectifie » les maladresses des parties pour que la Branche corresponde davantage à la réalité économique, sans que ne soient confondues la notion de Branche conventionnelle avec celle de Branche au sens économique.

Malgré la pratique administrative par laquelle le Ministre s'est attaché à éviter les chevauchements au moment de prononcer l'extension, la question du concours de champs professionnels de conventions étendues s'est posée devant le Conseil d'État. En combinant les dispositions de l'article L. 2222-1 et celles de l'article D. 2261-13 du Code du travail (41), le juge administratif a décidé que, préalablement à l'extension projetée, le Ministre est tenu de « *rechercher si le champ d'application professionnel défini en termes d'activités économiques pour lequel l'extension est envisagée n'est pas compris dans le champ d'application d'une autre convention ou d'un autre accord collectif étendu par arrêté* » (42). Dans l'affirmative, deux voies sont offertes au Ministre. La première consiste à exclure du champ d'application de l'extension envisagée les activités économiques déjà

(34) CE, 4 mars 1960, (*Fédération nationale des Industries chimiques et parties similaires*), préc. – CE, 28 avril 1989, n° 75332.

(35) CE, 28 avril 1989, RJS 1989, n° 705.

(36) Lors des débats sur la loi n° 82-857 du 13 novembre 1982, un amendement proposait d'ajouter à l'article L. 132-5 du Code du travail [art. L. 2222-1] que le champ professionnel soit défini en termes d'activités économiques en se référant autant que possible à la nomenclature de l'INSEE. L'amendement n'a pas été adopté. Le rapporteur Oehler a précisé que la commission estimait qu'il n'était pas opportun d'imposer aux négociateurs la nomenclature de l'INSEE, qui n'est pas toujours adaptée, et qu'il était préférable de leur laisser le choix de s'y référer, s'ils le souhaitaient (*J.O.*, Ass. Nat., débats, 1982, 2^e séance du 9 juin 1982, p. 3192). V. ex : CE, 3 juin 1983, D. 1984, Somm., p. 367, 1^{re} espèce, obs. P. Langlois.

(37) Par exemple, le nombre de salariés de l'entreprise ne doit pas influencer la décision du Ministre : CE, 4 mars 1960, préc. V. égal. CE, 30 sept. 1983, D. 1984, Somm., p. 367, 2^e espèce obs. P. Langlois ; CE, 10 oct. 1975, n° 94744. Il est toutefois une exception : CE, 17 juin 2002, n° 226936, Tabl. Dans cette décision, le Conseil d'État s'écarte de sa jurisprudence traditionnelle en admettant que l'accord conclu par la Fédération nationale du Crédit Agricole soit étendu par arrêté ministériel. La Cour de cassation décide que « *l'accord signé ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension validé par la juridiction administrative, ce dont il résulte nécessairement qu'il a été conclu dans un secteur d'activité objectivement autonome au sens des articles L. 133-2 et suivants du Code du travail* » et conclut que « *les juridictions judiciaires ne sont pas compétentes pour apprécier l'autonomie du secteur* ». L'expression « secteur d'activité objectivement autonome » est inédite. La Cour de cassation se contente d'écarter la qualification d'accord d'entreprise. V. pour des commentaires : B. Gauriau, JCP S 2007, 1008 ; S. Nadal, RDT 2007, p. 188 ; Sem. Soc. Lamy 2006, n° 1280, extraits du rapport de M.-L. Morin, « L'affaire du crédit Agricole. Question sur le processus de négociation et la définition de la Branche d'activité ».

(38) V. *J.O.*, Sénat, débats, 1982, séance du 5 oct. 1982, p. 4326, spéc. pp. 4328 et 4333.

(39) Art. L. 2222-1 C. trav. : « Le champ d'application professionnel est défini en termes d'activités économiques ».

(40) Art. L. 2222-1 C. trav. Cette liberté est intimement liée à la liberté syndicale. D'autres critères sont ainsi écartés, tel celui tenant au statut juridique, sauf pour les professions agricoles (art. L. 2222-1, al. 2 C. trav.) En outre, le critère unique conduit à ce que l'accord ne s'attribue pas une autre vocation que la sienne, par exemple politique.

(41) Art. D. 2261-13 C. trav. : « *le ministre chargé du travail peut, [...] de sa propre initiative : 1° abroger l'arrêté 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* ».

(42) CE, 6 nov. 2000, RJS 2001, p. 233, Concl. P. Fombeur, RJS, 2001, p. 199 ; CE, 2 juillet 2007, n° 290328 ; CE, 2 fév. 2005, RJS 2005, p. 552 ; CE, 30 juin 2003, RJS 2003 p. 821, Concl. P. Fombeur, Dr. soc. 2003, p. 1112 ; D. 2004, p. 1701 obs. D. Chelle et X. Pretot ; CE, 15 mai 2006, RJS 2006, n° 1210 ; CE, 24 sept. 2012, n° 340576, Tabl. ; CE, 19 juin 2013, n° 352898, Tabl.

couvertes par la convention ou l'accord collectif précédemment étendu. La seconde procède d'une abrogation de l'arrêté d'extension de la convention ou de l'accord précédemment étendu en tant qu'il s'applique à ces activités.

§2 Bilan

Délimitation de la Branche face aux autres cadres de négociation. – À partir des années 1960, la négociation évolue. Elle peut avoir lieu dans d'autres cadres. Toutefois, la difficulté de la délimitation de la Branche s'est déplacée vers l'identification de ces cadres. La profession est une notion variable et en pratique, la différence entre la Branche et la profession est souvent délicate. L'interprofession n'est pas définie par le législateur à l'instar de la profession et de la Branche. Or, il est parfois apparu difficile de distinguer l'interprofession de la Branche au sens large (le regroupement de Branches) (43).

Un émiettement des Branches (44). – Selon la méthode d'identification des Branches retenue depuis 1960, la délimitation de ces dernières n'appartient pas exclusivement aux partenaires sociaux, le Ministre effectue un travail nécessaire de bornage au moment de l'extension. Dans les faits, cette méthode a conduit au fil du temps, à un émiettement des Branches et à une hétérogénéité de la notion (45). Le choix d'un critère unique de définition du champ d'application des Conventions Collectives n'a pas été suffisant.

Le nombre de Branches est important. L'émiettement des Branches produit des effets négatifs notamment dans les « micro-Branches » (46). Le nombre important de Branches nuit à l'efficacité et à la qualité de la négociation collective (47). La fonction régulatrice de la Branche et de la technique d'extension seraient mises en doute dès lors que les Branches sont trop nombreuses et trop étroites.

Quelques mouvements ponctuels de recomposition de Branches ont été observés (48). Se sont également développées : la conclusion d'« accords de champ » et leur extension par arrêté ministériel. Ces accords se bornent à fixer le champ d'application d'un accord collectif à venir et leur extension permet de déterminer les organisations représentatives dans ce dernier (49). Ce procédé offre aussi au Ministre la possibilité d'éviter des chevauchements de champs en protégeant les négociations en cours contre des « captations » de champs par d'autres accords collectifs (50). Une approche plus globale de restructuration du paysage des Branches est toutefois apparue nécessaire et un mouvement en ce sens a débuté en 2014.

(43) Soc. 16 mars 2005 (arrêt Michelin), Bull. civ. V, n° 97, RJS 2005, n° 547 ; Rapp. C. cass. 2006, p. 251 ; P. Langlois, « Qu'est-ce que l'interprofession ? », Dr. soc. 2005, p. 640 ; JCP E 2005, 699, note F. Héas. V. sur la notion d'interprofession : C. Hablot, *De la norme privée à la norme publique en droit du travail*, Éd. Panthéon-Assas, 2013, nos 92 et s.

(44) Le constat a été posé par plusieurs rapports : J.-F. Poisson, Rapport sur la négociation collective et les Branches professionnelles, Doc. fr. 2009 ; J.-D. Combrexelle, Rapport relatif à la réforme de la représentativité patronale, Doc. fr. 2013 ; Rapport P. Quinqueton, Proposition de feuille de route pour les organisations professionnelles et les organisations syndicales de salariés vers une nouvelle structuration des Branches professionnelles, 2015 (<http://travail-emploi.gouv.fr/ministere/documentation-et-publications-officielles/rapports/article/rapport-de-patrick-quinqueton-sur-la-restructuration-des-Branches>).

(45) V. not. P. Quinqueton, Rapport proposant une feuille de route pour une nouvelle structuration des Branches professionnelles, 17 déc. 2015, préc. ; J.-D. Combrexelle, Rapport La négociation collective, le travail et l'emploi, France Stratégie, 2015 ; J.-F. Poisson, Rapport sur la négociation collective et les Branches professionnelles, Doc. fr. 2009.

(46) A. Mazeaud, « Brèves observations portant sur la négociation de Branche », in J.-F. Poisson, Rapport sur la négociation collective et les Branches professionnelles, Doc. fr. 2009, p. 279 spéc. p. 283.

(47) J.-D. Combrexelle, « La loi du 4 mai 2004 : quel bilan ? Quelles perspectives ? », Dr. soc. 2008, p. 20, sp. p. 21 ; J.-F. Poisson, Rapport sur la négociation collective et les Branches professionnelles, Doc. fr. 2009.

(48) Le domaine du spectacle et de l'audiovisuel, celui du sport : cités in A. Courrèges, Concl. CE, 23 juill. 2010, Dr. soc. 2010, p. 1085, sp. p. 1088.

(49) V. CE, 23 juil. 2010, n° 313776, Concl. A. Courrèges, Dr. soc. 2010, p. 1085.

(50) A. Courrèges, Concl. 23 juil. 2010, préc., sp. p. 1087.

SECTION II. MOUVEMENT DE RESTRUCTURATION DES BRANCHES

Plusieurs voies. – Pour remédier plus globalement à l’émiettement des Branches, plusieurs voies étaient envisageables :

- une voie de la souplesse reposant sur la liberté des partenaires sociaux avec le droit d’opposition des organisations professionnelles d’employeurs à l’extension des conventions et accords de Branches ;
- une voie mixte laissant un temps à la négociation avant, si nécessaire, une intervention étatique ;
- une voie impliquant un interventionnisme plus marqué.

Accélération et renforcement de l’interventionnisme étatique. – Le mouvement de restructuration des Branches a d’abord suivi la deuxième voie avec la loi du 5 mars 2014 (51) et celle du 17 août 2015 (52). Puis, c’est finalement la troisième voie qui a été empruntée par la loi du 8 août 2016 (53) et l’ordonnance n° 1385-2017 du 22 septembre 2017 (54).

Ainsi, au fil de ces textes, le mouvement de restructuration du paysage des Branches n’a eu de cesse de s’intensifier et de s’accélérer. L’intervention étatique dans le processus a été renforcée et les conditions simplifiées. Désormais, quatre outils sont mis à la disposition du ministre chargé du Travail laissant peu de place aux organisations professionnelles, la restructuration des Branches professionnelles étant présentée comme d’intérêt général (55).

Certes, les partenaires sociaux disposent toujours de la faculté de conclure un accord collectif regroupant le champ de plusieurs conventions existantes (56), néanmoins le Ministre n’est pas tenu de respecter un délai d’attente. Il n’y a pas de temps réservé à la négociation. Plusieurs indications sont toutefois importantes sur l’action dans le temps du Ministre par rapport à celle des négociateurs dans les Branches. Il est prévu :

- que le ministre chargé du Travail décide en priorité la fusion des Branches n’ayant pas négocié au cours des trois dernières années sur plusieurs thèmes relevant de la négociation obligatoire (57) ;
- que pendant les deux ans suivant la promulgation de la loi du 8 août 2016, le ministre chargé du Travail ne peut procéder à la fusion de Branches, en cas d’opposition écrite et motivée de la majorité des membres de la Commission Nationale de la Négociation Collective (58) ;
- qu’à l’expiration d’un délai de deux ans à compter de la promulgation de la loi du 8 août 2016, le ministre chargé du Travail engagera la fusion des Branches n’ayant pas conclu d’accord ou d’avenant lors des sept années précédant la promulgation de la loi précitée (59).

Après avoir présenté les outils de restructuration des Branches marqués par un renforcement de l’intervention étatique (§1), il conviendra d’en tirer une appréciation (§2).

§1 Présentation des outils

Quatre outils. – Pour tenter d’atteindre l’objectif de restructuration des Branches, quatre outils sont prévus à l’article L. 2261-32 du Code du travail : la fusion (A), l’élargissement (B), le refus d’extension (C) et celui d’arrêter la listes des organisations représentatives (D).

(51) L. n° 2014-288, 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l’emploi et à la démocratie sociale. V. not. P.-H. Antonmattei, « Restructuration des Branches professionnelles : ce n’est pas pour demain » !, Sem. soc. Lamy 2014, n° 1630.

(52) L. n° 2015-994, 17 août 2015 relative au dialogue social et à l’emploi.

(53) L. n° 2016-1088, 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. V. not. S. Nadal, « La restructuration des Branches professionnelles : réflexions sur une mutation forcée », Dr. soc. 2016, p. 110 ; C. Neau-Leduc, La restructuration imposée, JCP S 2016, 1444 (n° spécial).

(54) Ord. n° 1385-2017, 22 sept. 2017 relative au renforcement de la négociation collective.

(55) Art. L. 2261-32 C. trav.

(56) Art. L. 2261-33 C. trav.

(57) Art. R. 2261-15 C. trav.

(58) Ord. n° 1385-2017, 22 sept. 2017, art. 12 modifiant l’article 25 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016. Cette dernière prévoyant un délai de 3 ans.

(59) *Ibid.*

A. Fusion

Fusion de Branches. – Le ministre chargé du Travail peut engager une procédure de fusion du champ d'application des Conventions Collectives d'une Branche avec celui d'une Branche de rattachement. L'intervention étatique a été renforcée tant s'agissant des conditions de fond que des conditions de procédure.

Conditions de fond. – Dans la version initiale issue de la loi du 5 mars 2014, la fusion visait « *une Branche où moins de 5 % des entreprises adhèrent à une organisation professionnelle représentative d'employeurs et dont l'activité conventionnelle présente, sur les cinq années précédentes, une situation caractérisée par la faiblesse du nombre des accords ou avenants signés et du nombre des thèmes de négociation couverts par ces accords au regard des obligations et de la faculté de négocier de celle-ci* » (60). Le motif de fusion était ainsi composé de deux critères cumulatifs. Désormais, ces deux critères sont devenus des motifs alternatifs (61) et trois autres motifs ont été ajoutés (62). Ainsi, dès lors qu'il y a analogie des conditions sociales et économiques des deux Branches, le ministre chargé du Travail peut décider la fusion si la Branche « absorbée » répond à l'un des motifs alternatifs suivants :

- compter moins de 5 000 salariés (le chiffrage de ce premier motif ajouté par l'ordonnance du 22 septembre 2017 (63) vise à simplifier et faciliter le recours à la fusion qui pourrait devenir plus systématique) ;
- avoir une activité conventionnelle caractérisée par la faiblesse du nombre des accords ou avenants signés et du nombre des thèmes de négociations couverts ;
- avoir un champ d'application géographique uniquement régional ou local ;
- avoir moins de 5 % des entreprises en son sein adhérant à une organisation professionnelle représentative des employeurs ;
- ne pas avoir mis en place une commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation.

En outre, la procédure peut être engagée pour fusionner plusieurs Branches afin de renforcer la cohérence du champ d'application des Conventions Collectives.

Si le Ministre n'est pas tenu de décider la fusion des Branches remplissant l'un des motifs précités, des cas prioritaires de fusion sont prévus (64). Sont concernées :

- les Branches comptant moins de 5 000 salariés ;
- celles n'ayant pas négocié au cours des trois dernières années sur plusieurs thèmes relevant de la négociation obligatoire ;
- celles dont le champ d'application géographique est uniquement régional ou local ;
- celles dans lesquelles moins de 5 % des entreprises adhèrent à une organisation professionnelle représentative des employeurs ;
- celles dont la commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation ne s'est pas réunie au cours de l'année précédente.

Enfin, on rappellera qu'à l'issue d'un délai, non plus de trois ans mais de deux ans à compter de la promulgation de la loi du 8 août 2016, le Ministre peut procéder à la fusion des Branches n'ayant pas conclu d'accord ou d'avenant lors des sept années précédant la promulgation de la loi précitée (65).

Conditions de procédure. – Selon la rédaction de l'article L. 2261-32 issue de la loi du 5 mars 2014, lorsque le Ministre constatait le motif de fusion, il pouvait notifier aux organisations patronales et syndicales représentatives, son intention de fusionner le champ de la Convention Collective concernée avec celui d'une autre Branche présentant des conditions économiques analogues (66). À l'issue d'un délai qu'il fixait d'un minimum

(60) L. n° 2014-288, 5 mars 2014, art. 29.

(61) L. n° 2015-994, 17 août 2015, art. 23.

(62) L. n° 2016-1088, 8 août 2016, art. 25.

(63) Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017.

(64) Art. R. 2261-15 C. trav.

(65) Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, art. 12. V. *supra*.

(66) L. n° 2014-288, 5 mars 2014, art. 29.

d'un an, il prononçait la fusion et invitait les partenaires sociaux à négocier après avis de la commission de la négociation collective leur offrant la possibilité d'aménager par voie d'accord les conditions dans lesquelles la fusion aurait lieu (67).

Avec la loi du 8 août 2016, le délai accordé aux partenaires sociaux disparaît traduisant la volonté d'accélérer le processus. Seules des observations peuvent être émises sur le projet de fusion par les personnes et organisations intéressées dans un délai de quinze jours (68) et un avis motivé par la Commission Nationale de la Négociation Collective (CNNC) (69). Lors de la consultation de la CNNC, deux organisations professionnelles d'employeurs ou deux organisations syndicales de salariés qui y sont représentées peuvent toutefois proposer une autre Branche de rattachement, par demande écrite et motivée (70). Le Ministre consulte alors à nouveau la CNNC dans un délai de quinze jours à compter de la date de la première consultation (71). Après que ladite commission ait émis un avis, le Ministre peut prononcer la fusion (72). Certes le Ministre ne peut pas passer outre l'opposition écrite et motivée de la majorité des membres de la CNNC pendant un délai, initialement fixé à trois ans et raccourci à deux ans à compter de la promulgation de la loi du 8 août 2016 (73). Mais passé ce délai de deux ans, le Ministre peut décider la fusion de Branches malgré l'avis défavorable de la CNNC. Enfin, l'interventionnisme étatique est également accentué s'agissant du sort de la couverture conventionnelle dans les Branches concernées par la fusion. La loi du 8 août 2016 régit l'articulation des conventions fusionnées en laissant seulement une légère marge de manœuvre aux partenaires sociaux (74).

B. Élargissement

Élargissement. – L'élargissement constitue un autre outil au service de la restructuration des Branches. Les dispositions prévues à l'article L. 2261-32 du Code du travail accordent une marge de manœuvre accrue au ministre chargé du Travail par rapport à la version initiale de 2014. À tel point que la technique d'élargissement visant à restructurer les Branches se distingue nettement de celle, traditionnelle, prévue à l'article L. 2261-17 du Code du travail (75).

Conditions de fond. – Dans la version initiale de l'article L. 2261-32 issue de la loi du 5 mars 2014, le motif permettant l'élargissement pour restructuration, était composé de deux critères cumulatifs comme celui permettant la fusion des Branches (76). De plus, il était précisé qu'il devait s'agir de l'élargissement à la Branche concernée d'une Convention Collective déjà étendue d'une autre Branche présentant des conditions sociales et économiques analogues. Désormais, l'article L. 2261-32 du Code du travail prévoit uniquement que le Ministre peut prononcer l'élargissement du champ d'application géographique ou professionnel d'une Convention Collective afin qu'il intègre un secteur territorial ou professionnel non couvert par une Convention Collective (77).

Conditions de procédure. – À la différence de ce qui était prévu dans la version initiale de l'article L. 2261-32, désormais la Commission Nationale de la Négociation Collective ne dispose plus désormais d'un droit de veto (78). La procédure est identique à celle de la fusion de Branches. Un avis publié au *Journal officiel* invite les organisations et personnes intéressées à émettre des observations. La Commission Nationale de la Négociation Collective est consultée. Après qu'elle ait rendu son avis motivé, le Ministre, sans être lié par l'avis, peut prononcer l'élargissement. Toutefois, si deux organisations professionnelles d'employeurs ou deux organisations syndicales de salariés représentées à cette commission ont proposé un projet alternatif d'élargissement du champ d'applica-

(67) L. n° 2014-288, 5 mars 2014, art. 29.

(68) Art. D. 2261-14 C. trav.

(69) Art. L. 2261-32 C. trav.

(70) Art. L. 2261-32 C. trav.

(71) Art. D. 2261-15 C. trav.

(72) Art. L. 2261-32 C. trav.

(73) Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, art. 12. V. *infra*.

(74) Art. L. 2261-33 issu de la loi du 8 août 2016. V. *infra*.

(75) V. *infra*.

(76) V. *supra*.

(77) Art. L. 2261-32, II C. trav.

(78) Art. L. 2261-32, II C. trav.

tion, par demande écrite et motivée, le ministre consulte à nouveau la Commission. Ensuite, toujours sans être lié, le Ministre prend sa décision.

« **Élargissement-intégration** ». – Selon les dispositions de l'article L. 2261-32 du Code du travail, le Ministre prononce l'élargissement du champ d'application géographique ou professionnel d'une convention, afin qu'il intègre un secteur territorial ou professionnel non couvert par une Convention Collective. Contrairement à l'élargissement classique prévu à l'article L. 2261-17 du Code du travail (79), il ne s'agit pas de rendre obligatoire une Convention Collective de Branche dans un autre secteur dans l'attente d'une réactivation de la négociation collective en son sein. Lorsque le Ministre prononce l'élargissement prévu à l'article L. 2261-32 du Code du travail, il n'y a alors plus de place pour une négociation spécifique dans ce secteur désormais intégré au champ d'application d'une Convention de Branche. La caducité de l'arrêté d'élargissement en cas de négociation dans ce secteur n'est plus envisageable.

Coexistence des textes. – Les pouvoirs accordés au ministre chargé du Travail à l'article L. 2261-32 et ceux qui lui sont accordés à l'article L. 2261-17 diffèrent donc sensiblement dans leurs conditions de mise en œuvre et leur portée (80). La coexistence des deux textes invite à s'interroger sur la mutation de la technique d'élargissement et sa finalité (81).

C. Refus d'extension

Conditions. – Dans la version initiale de l'article L. 2261-32 du Code du travail, deux critères cumulatifs étaient nécessaires pour permettre au Ministre de refuser d'étendre une Convention Collective, ses avenants et annexes, dans une perspective de restructuration des Branches. En effet, était concernée « *une Branche où moins de 5 % des entreprises adhèrent à une organisation professionnelle représentative des employeurs et dont les caractéristiques, eu égard notamment à sa taille limitée et à la faiblesse du nombre des entreprises, des effectifs salariés et des ressources disponibles pour la conduite de la négociation, ne permettent pas le développement d'une activité conventionnelle régulière et durable en rapport avec la vocation des Branches professionnelles et respectant les obligations de négocier qui lui sont assignées* » (82).

En 2016, l'outil est simplifié et aligné sur les conditions permettant la fusion (83). Dès lors que la Branche remplit l'un des cinq critères pour la fusion (84), le Ministre peut refuser l'extension eu égard à l'intérêt général attaché à la restructuration des Branches. Il doit respecter la procédure d'extension, notamment consulter la Commission Nationale de la Négociation Collective sans être lié par son avis (85).

Motif d'intérêt général. – La restructuration des Branches constitue un motif d'intérêt général justifiant le refus de l'extension décidée par le ministre chargé du Travail parmi d'autres motifs de refus dégagés par le juge administratif et désormais inscrits dans le Code du travail (86). En effet, l'ordonnance du 22 septembre 2017 a consacré une évolution jurisprudentielle en confirmant le pouvoir de refus du Ministre d'étendre une Convention Collective pour des motifs d'intérêt général notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence ou au regard des objectifs de la politique de l'emploi (87). L'objectif de restructuration constitue un autre motif identifié par la loi. Cependant dans ce cas, le ministre chargé du Travail dispose ainsi d'un pouvoir quasi-automatique de refuser l'extension. En effet, la décision de refus du Ministre sera susceptible de faire l'objet d'un contrôle du juge administratif. Mais, là où le juge administratif exercera son contrôle normal lorsque la décision de refus d'extension sera prise au regard des objectifs de la politique d'emploi par exemple, quel sera son contrôle lorsque la décision de refus aura été prise en raison d'un des motifs prévus à l'article L. 2261-32 du Code du

(79) V. *infra*.

(80) V. *infra*.

(81) V. *infra*.

(82) Art. L. 2261-32, II, réd. L. n° 2014-288, 5 mars 2014.

(83) Art. L. 2261-32, III, C. trav.

(84) V. *supra*.

(85) Art. L. 2261-32, IV C. trav. ; art. L. 2261-15 et s. C. trav.

(86) V. *infra*.

(87) Art. L. 2261-25 C. trav. V. *infra*.

travail ? Prenons l'exemple du refus d'extension d'une Convention de Branche dans une Branche comptant moins de 5 000 salariés. Après avoir contrôlé l'existence de conditions analogues entre les Branches, le contrôle par le juge du motif ne sera-t-il pas, au mieux, celui de l'erreur manifeste d'appréciation ?

Le refus de l'extension devient un levier pour une restructuration à marche forcée, au détriment de l'utilisation de la technique d'extension. La finalité de cette dernière apparaît comme secondaire par rapport à l'objectif de restructuration des Branches. L'action de l'administration se déporte vers cet objectif. Plus largement, le pouvoir reconnu au Ministre au nom de la restructuration des Branches vient s'ajouter aux autres instruments facilitant le rejet de l'extension de la Convention de Branche traduisant la défiance des pouvoirs publics à l'égard de cette technique et de la portée de la Convention de Branche (88).

D. Refus d'arrêter la liste des organisations professionnelles d'employeurs et des organisations syndicales représentatives pour une Branche professionnelle

Conditions. – Le Ministre peut décider de ne pas arrêter la liste des organisations professionnelles d'employeurs représentatives et celle des organisations syndicales représentatives pour une Branche professionnelle. Comme pour le refus d'extension, les motifs ont été alignés sur ceux permettant de décider la fusion de Branches (89). Le Ministre prend sa décision de refus d'arrêter la liste précitée après avoir consulté la Commission Nationale de la Négociation Collective et le Haut Conseil du dialogue social et sans être lié par les avis rendus.

§2 Appréciation des outils

Objectif : réduction du nombre de Branches. – La Branche professionnelle renvoie classiquement au champ d'application d'une convention ou d'un accord collectif. Ainsi, les pouvoirs accrus du Ministre visant à réduire le nombre de Branches (90) pour redynamiser la négociation à ce niveau, devraient également conduire à réduire le nombre de Conventions de Branche. Qu'en est-il de la pertinence de ces pouvoirs reconnus au Ministre par rapport à l'objectif poursuivi (A) et de la reconfiguration des Conventions de Branche qui se dessine (B) ?

A. Pertinence des outils mis à la disposition du Ministre ?

Fusion. – Dans la version initiale du dispositif en 2014, les partenaires sociaux de la Branche concernée étaient invités à négocier les conditions dans lesquelles la fusion devait intervenir (91). Ils pouvaient ainsi prévoir le maintien des clauses plus favorables. Désormais, la loi régit les conséquences de la fusion dans le but de réduire la diversité conventionnelle après la fusion. L'article L. 2261-33 du Code du travail dispose qu' : « *en cas de fusion 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 de fusion ou du regroupement. Pendant ce délai, la Branche issue du regroupement ou de la fusion peut maintenir plusieurs Conventions Collectives. Eu égard à l'intérêt général attaché à la restructuration des Branches professionnelles, les différences temporaires de*

(88) V. *infra*.

(89) Art. L. 2261-32, IV, C. trav.

Rédaction initiale issue de la loi du 5 mars 2014 : « *Dans une Branche où moins de 5 % des entreprises adhèrent à une organisation professionnelle d'employeurs représentative et dont l'activité conventionnelle présente, depuis la dernière mesure d'audience quadriennale, une situation caractérisée par la faiblesse du nombre des accords ou avenants signés et du nombre des thèmes de négociation couverts par ces accords au regard de ses obligations ou facultés de négocier, le ministre chargé du Travail peut, après avis de la Commission Nationale de la Négociation Collective et du Haut Conseil du dialogue social, décider de ne pas arrêter la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives pour une Branche professionnelle mentionnée à l'article L. 2152-6, ainsi que la liste des organisations syndicales reconnues représentatives pour une Branche professionnelle mentionnée à l'article L. 2122-11* ».

(90) L'objectif est de passer de 700 à 200.

(91) Art. L. 2261-32 issu L. n° 2014-288, 5 mars 2014.

traitement entre salariés résultant de la fusion ou du regroupement ne peuvent être utilement invoquées pendant le délai mentionné au premier alinéa du présent article. À défaut d'accord conclu dans ce délai, les stipulations de la Convention Collective de la Branche de rattachement s'appliquent » (92).

Quid de l'objectif poursuivi ?

Déjà, la réduction des règles conventionnelles concernées par la fusion ne sera pas immédiate. Pendant le délai de cinq ans, plusieurs Conventions Collectives peuvent coexister, sans que les différences de traitement entre salariés en résultant ne puissent être invoquées (93).

Ensuite, pendant ce délai de cinq ans, la loi incite à une négociation que l'on pourrait qualifier de « convergence » voire « d'uniformisation ». Il est prévu que les stipulations régissant des situations équivalentes soient remplacées par des stipulations communes dans un délai de cinq ans et qu'« à défaut d'accord conclu dans ce délai, les stipulations de la Convention Collective de Branche de rattachement s'appliquent » (94). *Quid des stipulations conventionnelles régissant des situations non-équivalentes (par exemple des catégories professionnelles différentes, des secteurs professionnels et/ou géographiques) en présence et en absence d'un accord de « convergence » ?*

- En cas de conclusion d'un accord de « convergence » remplaçant les stipulations régissant des situations équivalentes par des stipulations communes, les parties pourraient décider de maintenir ou d'unifier le contenu des anciennes conventions tout en intégrant dans la négociation de l'accord les thèmes relatifs aux situations non-équivalentes. Ces situations non-équivalentes pourraient ainsi être traitées de manière différenciée dans des annexes de l'accord de « convergence ».
- À défaut de conclusion d'un accord de « convergence » remplaçant les stipulations régissant des situations équivalentes par des stipulations communes, la loi prévoit l'application de la Convention de Branche de rattachement. À la question de savoir quelle convention Branche choisir lorsque les anciennes Branches ont une taille et/ou une activité conventionnelle similaire, une autre interrogation s'ajoute. Les stipulations conventionnelles applicables avant la fusion régissant des situations non-équivalentes continuent-elles à s'appliquer ? Deux interprétations se dégagent.

Première interprétation : en s'appuyant sur la finalité du dispositif, les stipulations de la convention de rattachement s'appliqueraient sans maintien, en annexes par exemple, des stipulations régissant les situations non-équivalentes. C'est retenir un objectif absolu poursuivi par les textes : celui de la suppression de toute diversité conventionnelle après la fusion. Il n'y aurait pas d'option permettant de maintenir les stipulations régissant des situations non équivalentes. On peut y percevoir une forme de sanction appliquée au défaut de conclusion d'un accord de « convergence ». Les partenaires sociaux n'auraient pas la possibilité de se garantir le maintien de certaines seulement des stipulations conventionnelles des conventions des anciennes Branches. La mesure viserait ainsi à inciter les partenaires sociaux à négocier et conclure un accord de « convergence » permettant alors le maintien, en annexes par exemples, des stipulations conventionnelles régissant les situations non équivalentes.

Seconde interprétation : la finalité du texte serait de réduire la diversité conventionnelle en encadrant la marge de manœuvre des partenaires sociaux, sans pour autant supprimer toute diversité conventionnelle. La rédaction issue de la loi du 5 mars 2014 offrait la possibilité aux partenaires sociaux d'aménager par voie d'accord les conditions dans lesquelles la fusion aurait lieu, alors que celle issue de la loi du 8 août 2016 régit les conséquences de la fusion. Le texte fixe ainsi un cadre en incitant à une négociation de « convergence » par opposition à une négociation de maintien des clauses plus favorables pour les salariés de la Branche fusionnée. Tant l'esprit que la lettre du texte militent alors pour que les stipulations de la convention de rattachement s'appliquent aux situations équivalentes et que les stipulations conventionnelles régissant des situations non équivalentes applicables avant la fusion le demeurent. Cette interprétation se heurte toutefois à une nouvelle interrogation. Même en admettant après la fusion une application automatique provisoire des clauses régissant les situations non-équivalentes, se posera,

(92) Art. L. 2261-33 issu de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 (art. 25).

(93) Art. L. 2261-33, al. 2 C. trav.

(94) Art. L. 2261-33 C. trav.

lors de la prochaine échéance de représentativité, la question de la détermination des acteurs de la négociation. À l'issue de la fusion, il n'y a en effet plus qu'une seule Branche avec un seul niveau de représentativité (95).

En s'appuyant sur les priorités fixées à l'article R. 2261-15 du Code du travail, le Ministre a commencé la fusion de certaines Branches professionnelles en 2017 (96).

Élargissement. – Avec la rédaction initiale de l'article L. 2261-32 issue de la loi du 5 mars 2014, il était permis de penser que l'arrêté d'élargissement, conformément aux règles classiques du droit de l'élargissement (97), devenait caduc en cas de conclusion d'un accord dans le secteur concerné par l'élargissement. L'efficacité de cet outil pour restructurer le paysage des Branches n'était donc pas assurée. Une nouvelle Convention Collective pouvait apparaître dans le secteur concerné.

Désormais, il est prévu que le secteur concerné par l'élargissement sera intégré au champ d'application géographique et professionnel d'une Convention Collective de Branche. L'utilité de l'outil au regard de l'objectif poursuivi est alors mieux garanti. En revanche, la distorsion de ces règles d'élargissement prévues à l'article L. 2261-32 du Code du travail avec celles prévues à l'article L. 2261-17 du Code du travail est davantage accentuée (98).

Refus d'extension et refus d'arrêter la liste des organisations professionnelles. – Le Ministre peut refuser l'extension d'une Convention de Branche pour le motif d'intérêt général tenant à la restructuration des Branches. Cependant, cela n'empêche pas ladite convention de produire un effet contraignant dans les entreprises adhérentes à une organisation professionnelle signataire. Le refus d'arrêter la liste des organisations d'employeurs représentatives dans la Branche aura le même effet limité. Ces organisations pourront toujours conclure une Convention de Branche, seulement celle-ci ne pourra pas être étendue. En revanche, le refus d'arrêter la liste des organisations syndicales représentatives des salariés pour les Branches aurait plus de conséquences. Pour inciter à un regroupement conventionnel, ce refus empêchera la conclusion de Conventions Collectives ordinaires et *a fortiori* extensibles. Cependant, un tel refus en vue de la restructuration des Branches est-il acceptable au regard du blocage de la négociation qu'il risquerait de produire ?

B. Reconfiguration des Conventions de Branche ?

De vastes Branches. – En tout état de cause, le paysage conventionnel au niveau des Branches s'oriente vers une reconfiguration à moyen terme (99). Se profilent la constitution de Branches conventionnelles plus larges et donc « *de vastes ensembles conventionnels formés par le rattachement de conventions soumises à cette procédure [la fusion] à une Convention de Branche dont le champ d'application est plus vaste et qui présente des conditions sociales et économiques analogues* » (100). L'existence de seuils chiffrés comme critère de fusion ou de refus d'extension constitue un facteur aggravant. La fixation de seuils trop élevés pourrait conduire à la constitution de Branches trop larges dans lesquelles la négociation serait bloquée.

Dans la version initiale de 2014 du dispositif légal de restructuration des Branches, le maintien de la diversité des droits conventionnels était plus facilement possible au sein d'une Branche conventionnelle reconstituée avec la faculté pour les organisations professionnelles d'aménager les conditions dans lesquelles la fusion aurait lieu (101). Les

(95) V. *infra*. Vers la fin des particularismes ?

(96) Arrêté 5 janvier 2017 portant fusion des champs conventionnels (9 Branches concernées) ; arrêté du 28 avril 2017 portant fusion des champs conventionnels (4 Branches concernées) ; arrêté du 4 mai 2017 portant extension d'un avenant à un accord collectif régional conclu dans le secteur de l'hôtellerie, la restauration et les activités connexes (refus d'extension de paragraphes de l'accord en tant qu'ils contreviennent à l'objectif d'intérêt général que constitue la restructuration des Branches professionnelles). V. égal. la liste des Conventions Collectives pour lesquelles la CNNC a rendu un premier avis sur un projet de restructuration, annexe 7, Bilans et rapports La négociation collective en 2016, éd. 2017, p. 732 et s.

(97) Art. L. 2261-17 C. trav.

(98) V. *infra*.

(99) V. *supra*.

(100) S. Nadal, « Gouvernance du niveau et des règles de Branche : les nouveaux visages de l'emprise étatique », RDT 2017, p. 652. V. égal. S. Nadal, « La restructuration des Branches professionnelles : réflexions sur une mutation forcée », Dr. soc. 2016, p. 110 ; P.-H. Antonmattei, « Restructuration des Branches professionnelles : ce n'est pas pour demain ! », Sem. soc. Lamy 2014, n° 1630.

(101) V. *supra*.

Branches étaient envisagées comme des ensembles conventionnels dans lesquels des sous-ensembles avec leurs spécificités conventionnelles pourraient perdurer.

Désormais, en cas de fusion des champs d'application de plusieurs Conventions Collectives ou en cas de conclusion d'un accord collectif regroupant le champ de plusieurs conventions existantes, l'article L. 2261-33 du Code du travail régit les conséquences de la fusion (102).

Cette restructuration des Branches est susceptible d'avoir pour conséquence une dilution des règles conventionnelles dans de grands ensembles. *Quid* du degré d'approfondissement de la négociation ? *Quid* des particularismes conventionnels ?

Vers une négociation minimale ? – Plusieurs remarques s'imposent. D'abord, une négociation de « convergence » des conventions est encouragée pendant une période transitoire de cinq ans à propos des stipulations régissant des situations équivalentes. Est à craindre « *le risque d'un lissage in pejus* » (103). En effet, même si les organisations disposent du pouvoir de négocier et de maintenir les mesures les plus favorables, ce ne pourrait être possible que pour l'ensemble des entreprises entrant dans le champ de la convention de rattachement et pas uniquement pour les seuls salariés des entreprises qui entraient dans le champ de la convention d'une ancienne Branche. On imagine la difficulté pour qu'aboutisse la négociation.

Ensuite, à défaut de conclusion d'une convention de « convergence » à l'issue du délai de cinq ans, les conventions fusionnées ne trouveront plus application. La convention de rattachement s'appliquera, pour les situations équivalentes, à toute la Branche telle qu'elle aura été restructurée, sans qu'elle soit forcément plus favorable que les conventions des anciennes Branches. Le risque de disparition d'acquis conventionnels est bien réel.

Enfin, au terme de la « convention de convergence » ou de la « convention de rattachement », comme au cours des négociations obligatoires de ces dernières, la négociation sera menée dans la Branche restructurée. Au fil des négociations, des compromis nouveaux émergeront. Les règles conventionnelles issues de la « convention de convergence » ou de la « convention de rattachement » ne seront pas nécessairement renégociées. Ceci conduit, à nouveau, à s'interroger sur la déperdition des droits conventionnels. La densité des règles conventionnelles de la Branche est donc susceptible de se réduire corrélativement à l'agrandissement des Branches. Ce risque traduit l'évolution du rôle de la Branche, s'orientant vers des missions plus gestionnaires (104), au détriment de l'élaboration des règles conventionnelles.

Vers la disparition des particularismes conventionnels ? – Avec la création de vastes ensembles conventionnels, s'agit-il pour autant d'effacer tous les particularismes existants, liées à un secteur et/ou à une catégorie professionnelle ? *Quid* des différenciations conventionnelles au sein d'une Branche ?

Tout d'abord, la reconfiguration des Branches pourraient avoir un impact sur les modèles de classifications professionnelles et donc sur les identités professionnelles des emplois de chaque Branche.

Ensuite, concernant les Branches catégorielles, l'opération de restructuration des Branches présente un risque certain : celui qu'elles soient englobées systématiquement dans la Branche du secteur duquel elles relèvent. La priorité de restructuration a toutefois été dirigée contre les Branches régionales ou locales sans évocation des Branches catégorielles. Dans les premières vagues de fusion de Branches, on observe toutefois le rattachement de Branches catégorielles (105).

(102) V. *supra*.

(103) S. Nadal, « Gouvernance du niveau et des règles de Branche : les nouveaux visages de l'emprise étatique », RDT 2017, p. 652. V. égal. S. Nadal, « La restructuration des Branches professionnelles : réflexions sur une mutation forcée », Dr. soc. 2016, p. 110.

(104) V. *supra* : Introduction.

(105) V. Rattachement de deux Branches catégorielles à une même Branche : arrêté du 28 avril 2017 portant fusion des champs conventionnels : CCN des cadres et agents de maîtrise des services généraux et administratifs des théâtres cinématographiques rattachée à la CCN de l'exploitation cinématographique ; arrêté du 5 janvier 2017 portant fusion des champs conventionnels : CCN des employés et des techniciens des services généraux et administratifs des théâtres cinématographiques rattachée à la CCN de l'exploitation cinématographique.

Plus largement, la loi incite à la constitution de Conventions de Branche très vastes sans avoir organisé la possibilité de conserver des sous-ensembles catégoriels. En effet, l'article L. 2261-33 du Code du travail dispose uniquement que : « *en cas de fusion des champs d'application de plusieurs Conventions Collectives en application du 1 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. Pendant ce délai, la Branche issue du regroupement ou de la fusion peut maintenir plusieurs Conventions Collectives. (...). À défaut d'accord conclu dans ce délai, les stipulations de la Convention Collective de la Branche de rattachement s'appliquent* ». Comme évoqué précédemment (106), il résulte de cette disposition que les situations non-équivalentes telles que des catégories professionnelles différentes ou des secteurs professionnels ou géographiques ayant des particularités, pourraient être traitées de manière différenciée, mais le texte ne prévoit pas le régime applicable.

Rappelons que plusieurs situations peuvent se présenter : 1 – en cas de conclusion d'un accord de « convergence », les situations non équivalentes pourraient être traitées de manière différenciée dans des annexes ; 2 – à défaut de conclusion d'un accord de « convergence », deux interprétations se dégagent : l'une en faveur du défaut de maintien des stipulations conventionnelles régissant des situations équivalentes ; l'autre en faveur de leur maintien après négociation ou de manière automatique renvoyant à plus tard la négociation (107).

Ainsi, si plusieurs situations sont envisageables afin de tenir compte notamment des différences entre catégories professionnelles ou entre secteurs, *quid* de l'appréciation de la représentativité des acteurs de la négociation ? *Quid* des règles de calcul de l'audience pour la validité, par exemple, d'une annexe ou d'un accord catégoriel ?

La restructuration des Branches pour en réduire le nombre constitue un motif d'intérêt général permettant au ministre chargé du Travail d'engager une procédure de fusion du champ d'application d'une Convention Collective avec celui d'autres Branches (108). L'esprit du mouvement de restructuration vise à réduire le nombre de Branche et par voie de conséquence à réduire le nombre de Conventions de Branche, ces dernières ayant vocation à devenir très vastes. En ce sens, la loi prévoit qu'au sein de la Branche constituée après la fusion ou le regroupement, n'existe qu'un seul niveau d'appréciation de la représentativité et du taux pour la validité de la convention : celui de ladite Branche (109). Autrement dit, après la fusion, la représentativité s'apprécie au niveau du champ d'application de la Convention de Branche elle-même. Elle ne s'apprécie pas au niveau des éventuelles annexes régissant des situations particulières comme des catégories professionnelles différentes et/ou des secteurs professionnels spécifiques.

Alors, certes, s'agissant de la négociation de stipulations catégorielles au sein de la Branche constituée après la fusion, les règles de calcul spécifiques à la détermination de la représentativité des organisations syndicales et de validité d'un accord catégoriels s'appliqueront. En effet, rappelons que l'audience servant à la mesure de la représentativité est déterminée sur l'ensemble des collèges sauf pour la CFE-CGC et que l'audience de chaque organisation pour la validité de l'accord catégoriel se calcule sur le collège concerné (110). Cependant, le calcul sera réalisé au niveau de la Branche issue de la fusion. Cette Branche sera plus vaste que l'ancienne Branche dans laquelle les stipulations conventionnelles catégorielles avaient pu être négociées auparavant. Une Branche catégorielle ou une ancienne Branche pour laquelle des stipulations catégorielles avaient été négociées (éventuellement pour un secteur particulier) constituera désormais après la fusion un sous-secteur de la Branche issue de la fusion mais ce ne sera pas à ce niveau que s'effectuera le calcul de la représentativité et du poids des organisations pour la validité d'un accord ou d'annexes catégoriels. Il s'effectuera au niveau, bien plus large, de la Branche nouvellement constituée. Cette conséquence sur le mode de calcul pourrait aboutir à ce que qu'au sein de ces nouvelles Branches, les thématiques spécifiques aux cadres, à une autre catégorie de salariés, ou à un secteur précis ne puissent pas ou diffici-

(106) V. *supra* : pertinence des outils mis à la disposition du Ministre ?

(107) V. *supra* : pertinence des outils mis à la disposition du Ministre ?

(108) Art. L. 2261-32 C. trav.

(109) Art. L. 2261-34 C. trav.

(110) Art. L. 2232-7 C. trav.

lement émergées au cours des négociations. Ne doit donc pas être négligé le risque de dilution, voire une disparition, des spécificités catégorielles ou sectorielles conventionnelles au sein des Branches au fil des négociations. La seule possibilité de négocier des annexes ou des accords spécifiques ne suffit pas à l'écartier.

Face à ce constat, quelles perspectives peut-on envisager pour garantir les particularismes au sein des Branches après fusion ou regroupement ? Outre l'intérêt pour les catégories de salariés ou les secteurs concernés de continuer à bénéficier de stipulations spécifiques, il est permis de souligner qu'il s'agit aussi d'un intérêt pour le dynamisme de l'activité conventionnelle à long terme dans ces vastes Branches. Plusieurs pistes sont envisageables.

L'une d'elle s'insère dans le cadre législatif existant. Elle consiste à conserver la règle du niveau unique d'appréciation de la représentativité – celui de la Branche – tout en considérant que n'est pas exclue la possibilité de prévoir des adaptations. Des protocoles, issus d'accords politiques, pourraient ainsi aménager des pratiques de négociations spécifiques au sein des annexes de la Convention de Branche (111). Cette piste prenant la forme d'un compromis laisse néanmoins sceptique. D'une part, la méthode proposée questionne. Il s'agit d'abandonner le devenir de l'élaboration de stipulations conventionnelles spécifiques – notamment catégorielles – à la conclusion en amont d'un accord politique. À l'incertitude nécessairement créée, s'ajoute la difficulté d'aboutir à la conclusion d'un tel accord au regard des enjeux politiques qui se dessineront dans les nouvelles Branches et qui ne sont donc pas nécessairement en faveur des acteurs de la négociation catégorielle ou sectorielle. D'autre part, *quid* de la valeur de protocoles traduisant des accords politiques ? *Quid* de leur contenu ? En aucun cas, les règles légales relatives à l'appréciation de la représentativité et à la négociation des accords collectifs ne pourraient être concernées. Il ne s'agirait que de pratiques de négociation. Le dispositif se révèle finalement assez peu convaincant pour atteindre l'objectif affiché de permettre à la négociation catégorielle ou sectorielle de continuer à se développer dans les nouvelles Branches.

Une autre piste consiste à s'écartier de la règle du niveau unique de représentativité (112). Au sein de la Branche, il pourrait exister deux niveaux de représentativité et de négociation. Cette piste nécessite une intervention législative pour créer les règles applicables à ce second niveau de représentativité interne à la Branche. Par exemple, pour la négociation catégorielle, il s'agit d'aller plus en avant que l'application des règles spéciales d'appréciation de la représentativité et de calcul du poids des organisations syndicales dans le collège concerné au niveau de la Branche. La représentativité des organisations syndicales et patronales seraient appréciées au niveau concerné : celui de la catégorie de personnel. Il existerait un niveau de représentativité distinct de celui de la Branche bénéficiant de son propre arrêté de représentativité. Ainsi au sein de la Branche, les partenaires sociaux définirait ces sous-niveaux ou sous-champs de négociation et la représentativité serait déterminée en leur sein. Cette piste a pour intérêt d'offrir une légitimité aux acteurs de la négociation catégorielle et d'offrir des moyens adaptés pour une négociation catégorielle ou sectorielle effective. Elle a aussi pour intérêt de permettre au niveau de la Branche, plus vaste, de se concentrer sur les intérêts communs à tous les secteurs et personnels qu'elle regroupe et de pouvoir développer une action cohérente. Il restera toutefois à identifier les règles d'articulation de ces deux niveaux de négociations. Plusieurs solutions sont possibles :

Première solution : la Convention de Branche primerait sur les accords sectoriels ou catégoriels. La primauté pourrait être impérative ou conventionnelle. Cette solution, qui aurait le mérite de la clarté, ne serait pas en harmonie avec la volonté de préserver les particularismes conventionnels au sein de la Branche et risquerait finalement de rendre inefficace la création d'un sous-niveau de négociation au sein de la Branche.

Seconde solution : les accords sectoriels ou catégoriels s'appliqueraient en cas de conflit avec la Convention de Branche. Ce serait une application de la règle classique de résolution de conflit : la règle spéciale déroge à la règle générale. La solution s'avèrerait plus respectueuse des particularismes conventionnels et encouragerait la négociation sectorielle et catégorielle tout en respectant l'action et l'activité conventionnelle de la Branche.

(111) Y. Struillou, Liaisons sociales quotidien, 10 sept. 2018.

(112) À rapp. de la position de la CFE-CGC.

Ainsi, la loi pourrait fixer une liste impérative de thèmes pour le niveau de la Branche (thèmes ne pouvant pas être ou n'ayant pas d'intérêt à être traités au niveau d'un secteur ou d'une catégorie et relevant de la politique de la Branche : par exemple la formation professionnelle) à laquelle s'ajouteraient d'autres thèmes que les négociateurs de la Branche auraient retenu. Un accord sectoriel ou catégoriel pourrait donc être conclu sur des thèmes autres que ceux impérativement réservés au niveau de la Branche. L'accord pourrait également renvoyer un thème à la négociation de Branche. Ainsi, pour les thèmes ouverts à la négociation sectorielle ou catégorielle et que les négociateurs n'auraient pas renvoyé au niveau de la Branche, l'accord sectoriel ou catégoriel s'appliquerait dans son champ d'application. Par exemple, un accord catégoriel portant sur les classifications professionnelles des cadres.

CHAPITRE II

OBJET DE LA NÉGOCIATION

Deux temps. – Après la négociation initiale du contenu de la Convention de Branche (Section I) vient le temps de la négociation d’adaptation de ce dernier (Section II).

SECTION I. CONTENU DE LA CONVENTION DE BRANCHE

« Loi de la profession ». – Pendant longtemps, la Branche a constitué le niveau central de la négociation collective. Sa finalité d’harmonisation des conditions de travail était valorisée. Le législateur a imposé des thèmes obligatoires afin de garantir que la Convention de Branche étendue soit « la loi de la profession ». La Convention de Branche étendue est également apparue comme le niveau pertinent de la négociation dérogatoire à la loi grâce au « verrou de légalité » qu’elle garantissait.

Évolution du contenu. – Désormais, les interventions de l’État à l’égard de la Branche oriente sa conception : de conventionnelle, elle devient davantage institutionnelle (113). Outre l’affaiblissement de l’impérativité de la Convention de Branche (114), le risque est celui d’un « assèchement » de la négociation de Branche, déjà soulevé à propos des effets de la restructuration des Branches. Certes, la loi encadre toujours le contenu de la Convention de Branche laissant l’illusion qu’elle puisse encore être « la loi de la profession » (a). Néanmoins, les règles d’articulation des accords d’entreprise et des Conventions de Branches ont un impact certain sur le pouvoir normatif des organisations professionnelles et syndicales de la Branche (b). Enfin, si le pouvoir normatif des partenaires sociaux de Branche est largement malmené par le législateur, le juge a parfois sécurisé le contenu de certains accords (c).

§1 Encadrement légal du contenu de l’accord de Branche

Encadrement du contenu de la Convention de Branche ordinaire. – Au-delà des clauses obligatoires de droit commun (115), le législateur laisse en principe les partenaires sociaux libres de définir le contenu de leur accord afin qu’il soit le mieux adapté à la situation économique et sociale de la Branche. Ce n’est qu’à titre exceptionnel que le législateur encadre le contenu des Conventions de Branche ordinaire (116).

Encadrement du contenu de la Convention de Branche extensible. – L’encadrement légal du contenu des Conventions de Branche extensibles est plus développé, ces dernières devant constituer une véritable « charte professionnelle ». Ainsi, elle doit concerner l’ensemble des catégories professionnelles de la Branche et traiter de la quasi-totalité des relations de travail (117). En plus des clauses obligatoires de droit commun (118), la convention nationale de Branche extensible doit ainsi comporter une série de clauses intéressant les relations individuelles et les relations collectives de travail (119). À défaut de Conventions de Branche conclue au niveau national, l’encadrement légal intéresse les

(113) V. *supra* : Introduction.

(114) V. *infra* : Partie II, chp. II.

(115) Telles que les clauses relatives au champ d’application territorial et professionnel, à la situation des salariés appelés à participer aux négociations ou aux réunions des instances paritaires.

(116) Par exemple à propos d’un accord de Branche ouvrant la voie au report de congés payés acquis au titre de l’année de référence : art. L. 3141-22 C. trav.

(117) Art. L. 2261-22 C. trav.

(118) Telles que les clauses relatives au champ d’application territorial et professionnel, à la situation des salariés appelés à participer aux négociations ou aux réunions des instances paritaires.

(119) Art. L. 2261-22 C. trav.

Conventions de Branche conclues à un niveau inférieur sous réserve d'adaptation en raison de conditions propres à certains secteurs territoriaux (120).

Cet encadrement légal du contenu de la Convention de Branche extensible appelle deux précisions. D'une part, sa portée doit être relativisée ; d'autre part, l'ajout d'une clause obligatoire relative aux entreprises de moins de cinquante salariés ne répond pas à la même finalité que les clauses obligatoires historiquement imposées.

Portée relativisée de l'encadrement légal. – La portée de cet encadrement légal du contenu de la convention extensible mérite d'être relativisée. D'abord, l'obligation ne concerne que la Convention de Branche (121), cadre originel de l'extension administrative. Les négociateurs de la Branche peuvent donc éluder facilement l'exigence de contenu en concluant successivement plusieurs accords de Branche sur des points déterminés.

Ensuite, le degré d'exigence de contenu doit être relativisé. Les obligations ne portent que sur des thèmes. Leur contenu demeure libre. Les négociateurs doivent aborder des rubriques mais en déterminent le contenu librement. Les clauses obligatoires ne constituent qu'une ossature minimale. Le Ministre dispose d'un rôle de simple conseiller lors des négociations et ne peut imposer aucun contenu.

Enfin, à l'égard de la Convention de Branche elle-même, l'obligation selon laquelle elle doit concerner toutes les catégories professionnelles et comporter l'ensemble des clauses obligatoires a été assouplie. La question de l'extension des conventions catégorielles s'est très tôt posée. En 1950, n'était possible que l'extension d'une convention concernant l'ensemble des catégories professionnelles (122). La seule nuance consistait en l'admission de conventions annexes pour chacune des principales catégories professionnelles (123). Une telle rigueur ne pouvait que conduire à des difficultés de négociation des conventions susceptibles d'extension. La loi du 13 juillet 1971 (124) a ainsi admis une exception au principe. D'une conception très rigide écartant l'extension des conventions catégorielles en raison du principe d'unicité de la « charte professionnelle », le droit de l'extension a glissé vers davantage de souplesse. Ainsi, sous certaines conditions (125), une convention catégorielle conclue dans une ou plusieurs Branches peut être étendue. À cette exception, s'ajoute la possibilité de conclure des avenants ou annexes catégoriels (126). De même, afin d'éviter le risque d'échec des négociations ou que les clauses ne soient qu'une paraphrase de la loi, la Convention de Branche ne contenant pas toutes les clauses obligatoires peut être étendue sous certaines conditions (127).

Ajout des clauses obligatoires spécifiques aux entreprises de moins de cinquante salariés. – La Branche se voit dotée d'une mission nouvelle à l'égard des petites entreprises, se transformant en « prestataire de service » (128), ce qui traduit là encore le glissement de la Branche vers une conception plus gestionnaire (129). En effet, la loi du 8 août 2016 prévoyait qu'un accord de Branche puisse comporter, sous forme d'accord type indiquant les différents choix laissés à l'employeur, des stipulations spécifiques pour les entreprises de moins de cinquante salariés. L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 approfondit le dispositif. Désormais, ces clauses spécifiques pour les entreprises de moins de cinquante salariés sont obligatoires pour que l'extension soit décidée. Ainsi, « *pour pouvoir être étendus, la Convention de Branche ou l'accord professionnel, doivent, sauf justifications, comporter, pour les entreprises de moins de cinquante salariés, les stipulations spécifiques mentionnées à l'article L. 2223-10-1 du Code du travail* » (130).

Cette obligation laisse perplexe. Imposer que l'extension soit subordonnée à la présence de ces stipulations spécifiques afin que ces dernières puissent trouver application dans

(120) Art. L. 2261-23 C. trav.

(121) CE, 26 fév. 2003, RJS 2003, n° 920.

(122) Anc. art. 31 f, *ali.* 1 C. trav.

(123) Anc. art. 31 f, *ali.* 3 C. trav.

(124) L. n° 71-561, 13 juil. 1971.

(125) Art. L. 2261-27 C. trav.

(126) Art. L. 2261-16 C. trav.

(127) Art. L. 2261-27 C. trav.

(128) J.-D. Combrexelle, La négociation collective, le travail et l'emploi, Rapport, préc., p. 89 ; V. égal. P. Adam, « L'accord de Branche », Dr. soc. 2017, p. 1039.

(129) V. *supra* : Introduction.

(130) Art. L. 2261-23-1 C. trav.

toutes les entreprises de la Branche n'est pas surprenante. En revanche, le texte prévoit que les parties peuvent justifier l'absence de ces stipulations spécifiques dans la Convention de Branche. La portée de l'obligation est donc très relative. De plus, est étrange le mécanisme conduisant les parties à exposer les motifs les ayant conduites à ne pas insérer des clauses dans leur accord (131).

Par ailleurs, même si la portée de l'obligation est relative, il s'agit de l'ajout d'une condition de légalité à l'extension d'une Convention de Branche donnant ainsi une nouvelle raison au ministre chargé du Travail de refuser l'extension. Cet ajout fait écho à la multiplication des instruments visant à faciliter le rejet de l'extension (132). On s'interroge encore sur la finalité recherchée par la création de cette nouvelle condition à l'extension et sa pertinence. D'une part, la loi, parallèlement à l'insertion de cette condition, facilite la mise en place de l'offre d'accord-type en permettant de l'insérer dans le contenu d'une Convention de Branche non étendue. D'autre part, les règles de conclusions des accords d'entreprises ont été modifiées pour faciliter la négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux. Pour les entreprises, l'intérêt de recourir à des accords-types négociés au niveau de la Branche est alors réduit par rapport à celui de la négociation en leur sein (133).

§2 Impact des règles d'articulation de la Convention de Branche et de l'accord d'entreprise

Le remaniement des règles d'articulation des Conventions de Branche et des accords d'entreprise est susceptible d'avoir un impact significatif sur le pouvoir normatif des partenaires sociaux de la Branche pouvant aboutir à un « assèchement » de la négociation de Branche. Ainsi, d'une part, les matières réservées à la négociation de Branche ont quasiment disparu (A). D'autre part, le pouvoir des organisations professionnelles et syndicales de Branche de décider de l'impérativité de leur convention est nettement réduit. *Quid* du jeu possible de la technique contractuelle (B) ?

A. Vers la fin d'un contenu réservé à la négociation de Branche

Réduction progressive. – Auparavant, la loi réservait exclusivement au pouvoir normatif des partenaires sociaux de Branche un certain nombre de thèmes. Ainsi, la dérogation à la loi par accord collectif ne pouvait souvent intervenir que par une Convention de Branche étendue. Progressivement, dans plusieurs cas, le « verrou » de l'extension garantissant un contrôle de légalité par le ministre chargé du Travail au moment de l'extension de la Convention de Branche a été supprimé. La faculté de dérogation s'est ouverte à la Convention de Branche ordinaire et, significativement, à l'accord d'entreprise. Malgré ces évolutions et la place accordée à la négociation d'entreprise, pour certaines matières, la Convention de Branche continuait de disposer d'un monopole.

Réduction presque à néant. – Désormais, l'article L. 2253-1 du Code du travail prévoit, pour une liste de matières, la prévalence de la Convention de Branche sauf garanties équivalentes prévues par un accord d'entreprise (134). À propos de ces matières, il n'y a donc pas de monopole pour la négociation pour la Branche, ce qui produit deux conséquences.

Premièrement, certaines des matières visées par l'article L. 2253-1 du Code du travail sont nouvelles, ce qui ouvre des thèmes de négociation à la Branche mais aussi à l'entreprise (dont les stipulations seront applicables sous réserve de comporter des garanties équivalentes). Il s'agit de mesures relatives au contrat à durée indéterminée de chantier (135), de mesures relatives aux contrats de travail à durée déterminée et aux contrats de travail temporaire (136).

(131) V. en ce sens : S. Nadal, « Gouvernance du niveau et des règles de Branche : les nouveaux visages de l'entreprise étatique », RDT 2017, p. 652, II A, dernier § : « curieuse conception de la liberté conventionnelle aussi que celle qui oblige à rendre compte des raisons pour lesquelles un consentement ne s'est pas formé ».

(132) V. *infra* : Partie II, chp. I.

(133) P. Adam, « L'accord de Branche », Dr. soc. 2017, p. 1039.

(134) Pour le détail des règles d'articulation : V. *infra* : Partie II, chp. II.

(135) Art. L. 2253-1, 8°.

(136) Art. L. 2253-1, 7°.

Deuxièmement, certaines matières visées par l'article L. 2253-1 du Code du travail ne sont pas nouvelles. Or, jusqu'à présent il s'agissait de matières pour lesquelles la négociation de Branche disposait d'un monopole. En effet, à propos de plusieurs de ces matières, l'article L. 2253-1 du Code du travail renvoie à des textes du même code. Ainsi, il est prévu dans ces textes de renvoi que la matière concernée relève d'une Convention de Branche étendue (pour la majorité des textes) (137) ou d'une Convention de Branche ordinaire (138). Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 22 septembre 2017, ces matières constituaient des matières réservées à la négociation de Branche. Or, avec la règle posée à l'article L. 2253-1 du Code du travail, le monopole de la Convention de Branche disparaît. Il ne reste ainsi que quelques cas où le monopole de la Convention de Branche étendue pourrait demeurer (139).

Question. – Les dispositions de l'article L. 2253-1 du Code du travail écartent tout monopole de la Convention de Branche dans les matières visées. Cependant, les dispositions des articles auxquels l'article L. 2253-1 renvoie n'ont pas été modifiées et évoquent toujours uniquement une Convention de Branche étendue ou ordinaire. Comment articuler ces articles ? Dans les matières visées par l'article L. 2253-1 du Code du travail, l'application d'un accord d'entreprise est possible dès lors qu'elle respecte l'exigence d'équivalence des garanties. Cela signifie que soit conclue une Convention de Branche et, le cas échéant, qu'elle ait été étendue. Ainsi, concernant ces matières, il faut raisonner en deux temps.

D'abord, lorsque la loi renvoie à la négociation collective pour ces matières, elle renvoie à une Convention de Branche étendue ou ordinaire. La conclusion et, le cas échéant, l'extension de règles conventionnelles de Branche constituent des préalables indispensables à l'application de toutes règles conventionnelles dans ces matières. Ensuite, au stade de l'application, la Convention de Branche produira ses effets selon la règle prévue à l'article L. 2253-1 du Code du travail. Dès lors qu'une Convention de Branche, le cas échéant étendue, a prévu des règles conventionnelles dans les matières concernées, un accord d'entreprise peut trouver application s'il comporte des garanties équivalentes. La Convention de Branche étendue constitue à la fois la condition préalable à une négociation d'entreprise dans les matières concernées et la référence à laquelle l'accord d'entreprise devra se conformer. Ainsi, à défaut de Convention de Branche étendue dans ces matières, il ne pourrait pas y avoir application d'accord d'entreprise.

B. Jeu de la technique contractuelle : restrictions et perspectives

Il est désormais prévu dans la loi, trois catégories de matières à propos desquelles les règles d'application des Conventions de Branche et des accords d'entreprises sont différentes (140) :

- une catégorie de matières pour lesquelles la Convention de Branche prévaut, sous réserve de la conclusion d'un accord d'entreprise comportant des garanties au moins équivalentes (article L. 2253-1 du Code du travail précité ci-dessus) ;
- une catégorie regroupant quatre matières déterminées à propos desquelles la Convention de Branche peut prévoir qu'un accord d'entreprise postérieur ne pourra pas comporter de clauses différentes sauf s'il assure des garanties au moins équivalentes (article L. 2253-2 du Code du travail) ;
- une catégorie composée des autres matières que celles visées par les deux articles précités, et à propos desquelles les clauses de la convention d'entreprise priment sur celles de la Convention de Branche (article L. 2253-3 du Code du travail).

Le pouvoir des négociateurs de la Branche de renforcer l'impérativité de leur convention par rapport à l'accord d'entreprise est donc réduit à l'insertion de « clause d'impérativité ». Ils peuvent toutefois être tentés, par la rédaction des clauses de leur accord, d'étendre le champ de prévalence de l'accord de Branche.

(137) Art. L. 3122-16 C. trav. ; Art. L. 3121-14 C. trav. (cf. art. L. 3121-12) ; Art. L. 3123-19 *al.* 1 C. trav., Art. L. 3123-21 C. trav., Art. L. 3123-22 C. trav. , Art. L. 1221-21 C. trav. ; art. L. 1251-7, 1° et 2° C. trav. ; Art. L. 1254-2 et L. 1254-9 C. trav.

(138) Art. L. 3121-44 1° C. trav.

(139) V. Art. L. 1242-2 C. trav. (à propos du CDD usage et du CDD à objet défini).

(140) Pour une analyse plus détaillée de ces règles : v. *infra* : Partie II., chp. 2.

Clauses portant directement sur l'impérativité de la Convention de Branche : « clause d'impérativité ». – Auparavant, les parties à la Convention de Branche pouvaient décider d'insérer des « clauses de verrouillage » écartant la dérogation à leur convention par un accord d'entreprise. Ces clauses garantissaient ainsi l'application des règles conventionnelles de Branche, sauf à ce qu'un accord d'entreprise soit plus favorable. Le champ de la liberté contractuelle était très large permettant aux signataires de la Convention de Branche de prévoir une « clause de verrouillage » concernant l'ensemble ou une partie de la convention. Les formes étaient variées.

Désormais, ils disposent uniquement du pouvoir d'insérer des « clauses d'impérativité » prévoyant une impérativité *relative* de leur convention (application des accords d'entreprise présentant des garanties au moins équivalentes) dans seulement *quatre matières* déterminées par la loi. Avec les « clauses de verrouillage », les parties limitaient le risque de contentieux, ce qui n'est plus le cas avec les « clauses d'impérativité » laissant place à la notion litigieuse de garanties au moins équivalentes.

Clauses portant indirectement sur l'impérativité de la Convention de Branche : « extension du domaine de prévalence ». – Les parties à une Convention de Branche ne peuvent pas ajouter conventionnellement des matières à la première catégorie (prévalence imposée de la Convention de Branche), ni à la deuxième (prévalence choisie de la Convention de Branche). Cependant, elles peuvent être tentées d'étendre le domaine de prévalence de la Convention de Branche en jouant sur le contenu des matières de la première ou deuxième catégorie ou en donnant une définition large. Citons l'exemple de l'accord du secteur des transports terrestres prévoyant l'intégration dans les salaires minima hiérarchiques (première matière listée à l'article L. 2253-1 du Code du travail) des modalités de travail de nuit, des jours fériés et des dimanches (141). Certes, la prévalence de la Convention de Branche serait toujours relative, mais une telle action renforcerait tout de même l'impérativité de cette dernière. Ainsi, à propos toujours des thèmes inclus dans l'assiette du salaire minimum hiérarchique, un accord d'entreprise moins favorable ne pourrait pas écarter l'application de la Convention de Branche, seul un accord présentant des garanties équivalentes le pourrait.

Tempérament. – Enfin, malgré la promotion de l'accord d'entreprise par les textes successifs, la négociation d'accords d'entreprise portant sur l'ensemble des thèmes couverts par la négociation de Branche peut être long, voire ne jamais aboutir en fonction du climat social de l'entreprise. Ce seront alors les dispositions de la Convention de Branche qui s'appliqueront. En effet, en l'absence d'accord d'entreprise, même dans les matières de la troisième catégorie, la Convention de Branche s'appliquera. Les négociations de Branche, quelles que soient les matières concernées, ne perdent donc pas (encore ?) leur intérêt.

§3 Sécurisation par le juge de certaines clauses : avantages catégoriels et égalité de traitement

Présomption de justification des différences de traitement. – Si le pouvoir normatif des partenaires sociaux de Branche est largement malmené par le législateur, le juge a parfois sécurisé le contenu de certains accords. On pense aux arrêts du 27 janvier 2015 (142), par lesquels la Chambre sociale de la Cour de cassation rompt avec sa position antérieure (143). Elle a jugé que les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle. Il a ainsi été créé une présomption de justification des différences de traitement entre catégories professionnelles distinctes résultant d'accords collectifs. Il appartient au salarié d'établir que ces différences sont étrangères à toute considération de nature professionnelle. Par la suite, la Chambre sociale a étendu le champ d'application de cette présomption de justification aux différences de traitement

(141) V. not. E. Poumeroulie, *Sem. Soc. Lamy* 2017, n° 1790, p. 31 ; P.-H. Antonmattei, « L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2017, p. 1027, n° 22.

(142) *Soc.* 27 janv. 2015, n° 13-14.773, *Bull.* 2015, V, n° 8 ; n° 13-22.179, *Bull.* 2015, V, n° 9 ; n° 13-25.437, *Bull.* 2015, V, n° 10 ; P.-H. Antonmattei, « Avantages catégoriels d'origine conventionnelle et principe d'égalité de traitement : l'avis de tempête est levé ! », *Dr. soc.* 2015, p. 351.

(143) *Soc.* 8 juin 2011, n° 10-14.725, *Bull.* 2011, V, n° 155 et *Soc.* 8 juin 2011, n° 10-11.933, *Bull.* 2011, V, n° 143.

opérées par voie d'accord collectif entre des salariés exerçant, au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions distinctes (144). Dès lors que les différences de traitement entre catégories professionnelles ou entre des fonctions distinctes au sein d'une même catégorie professionnelle procèdent d'une même source – un accord collectif négocié par les partenaires sociaux représentatifs – une identité de solution s'imposait. Par ailleurs, le Conseil d'État a repris la position de la Cour de cassation, lors d'un recours contre un arrêté d'extension d'une Convention de Branche (145).

Reconnaissance de la capacité normative des négociateurs. – Selon la Cour de cassation, « *les négociateurs sociaux, agissant par délégation de la loi, doivent disposer, dans la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement, d'une marge d'appréciation comparable à celle que le Conseil constitutionnel reconnaît au législateur dans le contrôle qu'il exerce sur le respect par celui-ci du principe constitutionnel d'égalité* ». Les partenaires sociaux au niveau de la Branche ou de l'entreprise, seraient ainsi investis, par délégation du législateur, du pouvoir de définir l'intérêt général, ce qui interroge sur la différence avec l'intérêt collectif (146).

Cependant, sans revenir sur le débat suscité par ces solutions, relevons ici qu'elles témoignent d'un allègement du contrôle du juge et traduisent la reconnaissance par ce dernier de la capacité normative des négociateurs au sein notamment de la Branche.

SECTION II. ADAPTATION DU CONTENU DE LA CONVENTION DE BRANCHE

Obligations légales de négociier. – La négociation d'une Convention de Branche relève, en principe, de la liberté des partenaires sociaux. Néanmoins le législateur peut ponctuellement imposer l'initiative d'une négociation au niveau de la Branche (147) ou, de manière moins exceptionnelle, imposer par le biais des obligations de négociier, l'adaptation régulière du contenu de la Convention de Branche.

Aménagement par accords collectifs. – Les négociations obligatoires au niveau des Branches comme des entreprises peuvent désormais être aménagées par accords collectifs. Déjà ouverte à propos de la périodicité de la négociation et du regroupement des thèmes de négociation dans la Branche (148), la liberté conventionnelle est désormais élargie par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 rectifiée par celle n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 (149). Il est ainsi possible d'aménager conventionnellement : le calendrier, la périodicité, les thèmes et les modalités de la négociation obligatoire dans la Branche ou le secteur professionnel concerné (150). Il peut s'agir d'un accord organisant la négociation obligatoire dont la durée ne peut dépasser quatre ans (151) ou d'une clause de rendez-vous au sein des modalités de révision d'un accord dont le thème intègre le champ des négociations obligatoires (152).

Avec cette place faite à liberté conventionnelle dans le champ des négociations obligatoires, la question de l'encadrement légal est renouvelée. S'agissant de l'habilitation à négociier, il demeure présent (§1) ; concernant la périodicité et l'objet de la négociation, il est nécessairement en recul sans être absent (§2). En tout état de cause, le ministre chargé du Travail demeure le garant contre l'inertie des parties à adapter le contenu de leur accord, même lorsque l'obligation a été aménagée conventionnellement (§3).

(144) Soc. 8 juin 2016, n° 15-11.324, note B. Bossu, JCP S 2016, 1321.

(145) CE, 15 mars 2017, n° 389559.

(146) V. not. P. Lokiec, « Qui dit conventionnel dit juste ! », L'avènement d'un nouveau dogme, JCP S 2015, act. 129 ; P.-H. Antonmattei, « Avantages catégoriels d'origine conventionnelle et principe d'égalité de traitement : l'avis de tempête est levé ! », Dr. soc. 2015, p. 351 ; A. Martinon et E. Peskine, « Le juge et le contenu de l'accord collectif », Dr. soc. 2017, p. 115.

(147) Par exemple, il peut s'agir de promouvoir un dispositif prévu par la loi mais dont la mise en œuvre est renvoyée à la négociation de Branche (art. 1^{er}, L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 ; v. égal. art. 24-IV concernant la négociation sur les modalités d'organisation du temps de travail à temps partiel dès lors qu'au moins un tiers des salariés de la Branche occupent de tel emploi).

(148) Anc. art. L. 2222-3 C. trav. issu de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

(149) Ord. 22 sept. 2017.

(150) Art. L. 2241-4 C. trav.

(151) Art. L. 2241-4 et s. C. trav. et L. 2242-10 et s. C. trav.

(152) Art. L. 2241-6 C. trav. et L. 2242-12 C. trav.

§1 Habilitation à négocier : encadrement légal

Organisations liées par une Convention de Branche, ou à défaut, par des accords professionnels. – L'obligation de négocier au sein des Branches concerne les « *organisations liées par une Convention de Branche, ou à défaut, par des accords professionnels* » (153). La négociation de l'aménagement de cette obligation est ouverte à ces mêmes organisations (154).

Pour être habilités à négocier un tel aménagement, il ne suffit donc pas pour un syndicat d'être représentatif dans le champ d'une Convention de Branche (155), mais d'être liés par une Convention de Branche ou, à défaut, par un accord professionnel.

La distinction opérée par le texte entre Convention de Branche et accord professionnel mérite attention. Cette disposition vient déroger à la règle posée à l'article L. 2232-5 du Code du travail assimilant la Convention de Branche et l'accord professionnel. Elle présente la négociation au niveau professionnel comme subsidiaire. *Quid* alors de la situation des organisations syndicales liées par une Convention de Branche et un accord professionnel ? La négociation obligatoire, comme la négociation portant sur cette dernière, devrait alors être engagée au niveau de la Branche et non, simultanément ou postérieurement, au niveau professionnel.

§2 Périodicité et objet de la négociation obligatoire : entre encadrement et liberté

Périodicité minimale. – Outre l'exigence de sérieux et de loyauté dans l'engagement des négociations (156), les dispositions d'ordre public relatives à la négociation obligatoire portent sur la périodicité minimale des négociations. Ainsi, les organisations liées par une Convention de Branche ou à défaut par un accord professionnel, doivent se réunir :

- **au moins une fois tous les quatre ans pour cinq thèmes** : les salaires, l'égalité professionnelle entre les sexes, les conditions de travail, la GPEC et la prise en compte des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels, les mesures tendant à l'insertion et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés, la formation professionnelle (157) ;
- **au moins une fois tous les cinq ans pour deux thèmes** : l'examen de la nécessité de réviser les classifications et l'épargne salariale (158).

De plus, les mêmes organisations doivent ouvrir une négociation sur les modalités d'organisation du temps partiel dès lors qu'au moins un tiers de l'effectif de la Branche professionnelle occupe un emploi à temps partiel (159).

Aménagements conventionnels. – À la demande de l'une d'entre elles, les organisations syndicales liées par une Convention de Branche ou à défaut par un accord professionnel peuvent négocier l'aménagement de l'obligation de négocier. La loi encadre le contenu de cet accord d'aménagement, dont la durée ne peut pas excéder quatre ans. Il doit préciser les thèmes des négociations obligatoires de telles sortes qu'ils soient respectivement négociés au moins tous les quatre ou cinq ans. L'accord doit également fixer : le contenu de chaque thème de négociation ; le calendrier et le lieu des réunions ; les informations que les organisations patronales remettent aux négociateurs sur les thèmes prévus par la négociation qui s'engage ainsi que la date de remise de ces informations ; les modalités de suivi des engagements souscrits par les parties (160). Dans ce cadre légal, *quid* de l'étendue de la liberté conventionnelle des parties ?

Tout d'abord, les sept thèmes à préciser sont énoncés par des dispositions d'ordre public qui prévoient une périodicité impérative de négociation. L'accord d'aménagement ne peut

(153) Art. L. 2241-1 C. trav.

(154) Art. L. 2241-4 C. trav.

(155) Contrairement à ce qui était prévu par la première ordonnance (Ord. 2017-1385, 22 sept. 2017) modifiée ensuite (ord. 2017-1718, 20 déc. 2017, art. 1^{er}, I, 55°).

(156) Art. L. 2241-3 C. trav.

(157) Art. L. 2241-1 C. trav.

(158) Art. L. 2241-1 C. trav.

(159) Art. L. 2241-2 C. trav.

(160) Art. L. 2241-5 C. trav.

pas écarter un de ces sept thèmes de négociation ou prévoir une périodicité supérieure à quatre ou cinq ans selon les thèmes. En revanche, rien n'empêche les parties de fixer davantage de thèmes de négociation obligatoire.

Ensuite, l'accord ne comprenant pas toutes les mentions obligatoires encourt un risque d'annulation. Une atténuation peut être envisagée afin de préserver l'accord d'aménagement incomplet tout en appliquant les garanties minimales encadrant la négociation obligatoire. Prenons le cas de la mention dans l'accord du thème relevant des dispositions impératives avec une périodicité différente des règles supplétives mais sans précision du contenu du thème. Dans le silence de l'accord sur le contenu du thème, pourquoi ne pas se reporter aux dispositions supplétives ? La solution permettrait de préserver l'accord d'aménagement tout en appliquant les garanties minimales encadrant la négociation obligatoire. En revanche, en cas de silence sur un point pour lequel des dispositions supplétives ne sont pas prévues, l'accord conclu devrait pouvoir être annulé.

Enfin, demeure une situation. *Quid*, non pas du défaut de contenu des thèmes relevant des dispositions d'ordre public, mais de la détermination minimale du contenu de ces thèmes ? Par exemple, prenons le cas d'un accord mentionnant les thèmes prévus par les règles d'ordre public (tel que les mesures tendant à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et les mesures de rattrapage tendant à remédier aux inégalités constatées) et précisant leur contenu de manière plus limitée que le contenu des règles supplétives (par exemple, en excluant l'examen des conditions d'accès à la promotion professionnelle). Plusieurs interprétations sont permises. D'une part, par analogie à l'obligation d'insérer uniquement des thèmes dans la Convention de Branche susceptibles d'extension laissant libres les parties de définir le contenu de ces thèmes, on pourrait envisager qu'en ayant augmenté la place de la liberté conventionnelle dans la négociation obligatoire, les parties sont libres de déterminer le contenu d'un thème de négociation tant que ce thème n'est pas en lui-même exclu de la négociation obligatoire. D'autre part, une autre interprétation conduirait à adopter une solution identique à celle retenue à défaut d'indication du contenu d'un thème dans l'accord. Il conviendrait de se reporter aux dispositions supplétives. Cette solution serait plus garante de l'efficacité et de l'unité de l'obligation de négocier dans les Branches. Cependant, rien dans les dispositions légales n'empêche la négociation d'un contenu différent de ce qui se situe désormais dans les dispositions supplétives. L'énoncé du détail du contenu des thèmes dans les dispositions supplétives en est même l'aveu.

§3 Inertie contrée par l'intervention ministérielle

Deux fondements. – L'intervention du ministre chargé du Travail peut être recherchée pour forcer la négociation en cas de dépassement de la périodicité de négociation obligatoire fixée conventionnellement ou légalement par application des dispositions supplétives. D'une part, le ministre peut provoquer la réunion de la commission paritaire à la demande d'une des organisations syndicales d'employeurs ou de salariés représentatives ou de sa propre initiative (161). Lorsque deux des organisations représentatives en font la demande, le Ministre est même tenu de convoquer les membres de la commission (162). D'autre part, la négociation obligatoire doit être engagée sérieusement et loyalement, ce qui signifie notamment que « *la partie patronale [...] ait répondu de manière motivée aux éventuelles propositions des organisations syndicales* » (163). Dans le cas contraire, il est également prévu qu'une commission mixte doit être réunie par le ministre chargé du Travail. Le Ministre doit apprécier le défaut de loyauté et provoquer la réunion de la commission.

(161) Art. L. 2261-20 C. trav.

(162) Art. L. 2261-20 C. trav.

(163) Art L. 2241-3 C. trav.

CHAPITRE III

MODALITÉS DE LA NÉGOCIATION

Légitimité et autorité. – Le législateur a fixé d'une part des règles permettant de sélectionner les acteurs légitimes à négocier une Convention de Branche (Section II) ; d'autre part des règles de conclusion de cette dernière afin de renforcer son autorité (Section II).

SECTION I. ACTEURS DE LA NÉGOCIATION

Exigence de représentativité. – La Convention de Branche doit être négociée par des organisations syndicales représentatives et des organisations d'employeurs. La Convention de Branche étendue ne présente plus un effet dissymétrique entre la partie salariale et la partie patronale car elle s'applique à toutes les entreprises comprises dans son champ d'application. Ainsi, en amont, elle doit avoir été négociée par des organisations de salariés mais aussi d'employeurs représentatives dans la Branche.

Évolution des règles de détermination de la représentativité des organisations syndicales de salariés. – Règles générales. – Depuis 1966, la représentativité des organisations syndicales était descendante, le système s'articulant autour d'une présomption irréfragable de représentativité. Toutefois, au fil des années, la coïncidence entre représentativité et légitimité des organisations a été de plus en plus remise en cause. La loi du 20 août 2008 a finalement bouleversé les règles de détermination de la représentativité des organisations syndicales de salariés. La présomption irréfragable de représentativité est abandonnée. La représentativité, quel que soit le niveau, doit être prouvée. La loi opère également une refonte des critères de représentativité et fait apparaître dans la liste des critères, celui de l'audience électorale (164). Ainsi, l'accès d'une organisation syndicale à la représentativité suppose qu'elle ait recueilli au moins 8 % des suffrages exprimés au niveau de la Branche. Ces règles valent pour les organisations inter-catégorielles. Un syndicat catégoriel doit également établir sa représentativité par le jeu des sept critères de représentativité, mais des spécificités sont prévues.

Règles spéciales : organisations catégorielles. – Les syndicats déterminent librement, dans leurs statuts, les travailleurs qu'ils entendent représenter. Certains syndicats ont fait le choix de ne représenter qu'une partie des travailleurs. Tel est le cas par exemple des syndicats de cadres. Pour ces syndicats catégoriels, le seuil d'audience électorale fixé à 8 % au niveau de la Branche (et à 10 % au niveau de l'entreprise) est apparu difficile à atteindre.

La loi du 20 août 2008 a ainsi attaché une attention spécifique à leur situation en prévoyant des règles spéciales. Ne sont concernés que deux types de syndicats catégoriels.

• *Premier type de syndicats catégoriels :*

L'article L. 2122-7 du Code du travail dispose que « *sont représentatives au niveau de la Branche à l'égard des personnels relevant des collèges électoraux dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats les organisations syndicales catégorielles qui sont affiliées à une confédération syndicale catégorielle inter-professionnelle nationale et qui remplissent les conditions de l'article L. 2122-5 dans ces collèges* ».

Pour que le syndicat bénéficie des règles spéciales d'appréciation de la représentativité, deux conditions cumulatives sont donc posées par la loi :

(164) Art. L. 2121-1 C. trav. Règles de représentativité dans les Branches : art. L. 2122-5 C. trav.

- le syndicat doit avoir un **objet statutaire catégoriel** (165) ;
- le syndicat doit être **affilié à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale autrement dit en pratique à la CFE-CGC**.

Pour les syndicats remplissant ces conditions, leur score électoral est calculé au regard des voix de la partie des salariés qu'ils représentent. Cette règle nécessite l'existence d'un collège spécifique lors des élections professionnelles. Le seuil des suffrages exprimés nécessaire à la démonstration de la représentativité des organisations catégorielles s'apprécie donc en fonction des seuls résultats électoraux que le syndicat a obtenu auprès des salariés, regroupés dans un collège spécifique, qu'il entend représenter.

Ainsi, un syndicat catégoriel non affilié à la CFE-CGC, qu'il soit autonome ou affilié à une organisation inter-catégorielle, voit sa représentativité appréciée tous collèges confondus, alors même qu'il présenterait des candidats dans le seul collège correspondant à ses statuts (166). De même, en cas de désaffiliation d'un syndicat à la CFE-CGC postérieure à l'acquisition de sa représentativité grâce à l'application de la règle spéciale d'appréciation de la représentativité, il devrait la perdre (167).

Des interrogations ont été soulevées concernant cette règle spéciale d'appréciation de la représentativité des organisations catégorielles. Plus précisément, a été contestée la conformité des dispositions prévoyant la règle spéciale au principe d'égalité. Deux questions prioritaires de constitutionnalité ont été présentées : la première interrogeant le Conseil constitutionnel sur une rupture d'égalité entre syndicats catégoriels et syndicats inter-catégoriels (168) ; la seconde sur une rupture d'égalité entre syndicats catégoriels en raison de l'exigence d'affiliation (169) :

- *Rupture d'égalité entre syndicats catégoriels et syndicats non-catégoriels ?*

Dans sa décision du 7 octobre 2010, le Conseil constitutionnel a admis que **la différence statutaire entre syndicat catégoriel et syndicat inter-catégoriel justifie la différence de traitement prévue par la loi** (170). Il a décidé que les organisations syndicales qui, selon leurs statuts, ont vocation à représenter certaines catégories de travailleurs et qui sont affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale ne se trouvent pas dans la même situation que les autres organisations syndicales. Il en a déduit qu'en prévoyant des règles d'appréciation différentes pour les syndicats catégoriels, « *le législateur a institué une différence de traitement en lien direct avec l'objet de la loi* » (171). Il a pu être souligné que la rupture d'égalité pourrait, à l'inverse, résulter de l'application de règles identiques à tous les syndicats sans tenir compte des particularités statutaires (172). On peut toutefois regretter le peu d'effort de démonstration dans la décision du Conseil constitutionnel. Par application, la Cour de cassation a ensuite décidé que « *les organisations syndicales qui, selon leurs statuts, ont vocation à représenter certaines catégories de travailleurs et qui sont affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale ne se trouvent pas dans la même situation que les autres organisations syndicales* ». Elle a ajouté « *que dès lors constitue une justification objective et raisonnable à la différence de traitement instituée par le législateur la volonté de prendre en compte la différence de champ statutaire d'intervention des syndicats catégoriels affiliés à une confédération catégorielle nationale pour leur permettre de participer à la négociation collective pour les catégories qu'ils ont vocation à représenter* » (173). Elle a donc insisté sur l'objectif : la négociation collective catégorielle.

(165) V. not. Soc. 8 oct. 2014, n° 14-11.317.

(166) Soc. 24 sept. 2013, n° 12-27.647.

(167) Transposition de la jurisprudence relative à la désaffiliation : Soc. 18 mai 2011, n° 10-60.069.

(168) Cass. QPC, 8 juill. 2010, n° 10-60.189.

(169) Cass. QPC, 20 sept. 2010, n° 10-19.113.

(170) Cons. const. 7 oct. 2010, n° 2010- 42, QPC.

(171) *Ibid.*

(172) J.-M. Beraud, « Les nouvelles règles relatives à la représentativité syndicale et à la représentation catégorielle sont-elles compatibles avec la Constitution ? », RDT 2010, p. 564.

(173) Soc. 2 mars 2011, n° 10-60.214.

- *Rupture d'égalité entre les syndicats catégoriels affiliés à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale (en pratique à la CFE-CGC) et les syndicats catégoriels non affiliés à ladite confédération ?*

Autrement dit, le législateur pouvait-il réserver expressément l'application du régime spécial à certains syndicats catégoriels : ceux affiliés à la CFE-CGC ?

Dans sa décision du 12 novembre 2010, le Conseil constitutionnel a décidé qu'il n'y a pas lieu de procéder à un nouvel examen de la constitutionnalité des dispositions concernées au motif que la décision du 7 octobre 2010 les a déclarés conformes à la Constitution (174). La décision ne surprend guère dès lors qu'on lisait dans la décision du 7 octobre 2010 qu'en posant les règles spéciales d'appréciation de la représentativité des syndicats catégoriels le législateur entendait éviter la dispersion syndicale. Cependant, la réponse du Conseil constitutionnel n'a-t-elle pas confondu les deux questions ? En effet, selon lui, c'est la différence statutaire entre syndicat catégoriel et syndicat inter-catégoriel qui justifie la différence de traitement prévue par la loi. Or, ce n'est pas sur une différence statutaire que repose la différence de traitement entre syndicats catégoriels mais sur leur affiliation ou non à une confédération. La Cour de cassation a néanmoins logiquement fait application de la position du Conseil constitutionnel (175).

Malgré des décisions sommaires du Conseil constitutionnel, la règle dérogatoire d'appréciation de la représentativité des syndicats catégoriels est désormais fixée. La Cour de cassation veille au respect des deux conditions cumulatives.

• Second type de syndicats catégoriels :

Le premier régime spécial d'appréciation de la représentativité précédemment étudié concerne une notion large et ancienne de catégorie professionnelle en ne s'adressant donc qu'aux syndicats de l'encadrement. À côté, la loi a également prévu des règles spéciales pour d'autres catégories de salariés, regroupés dans des **professions spécifiques**, tels que les journalistes (176) ou le personnel navigant technique (177). Il ne s'agit plus d'un regroupement de salariés reposant sur une logique de responsabilité mais d'un regroupement de salariés en raison de leur profession dont les conditions de travail appellent une représentation particulière.

Évolution des règles de détermination de la représentativité des organisations patronales. – Quelques années après la loi du 20 août 2008, le législateur est intervenu pour régir, cette fois, la représentativité des organisations patronales. La loi du 5 mars 2014 a calqué les règles de représentativité des organisations patronales sur celles de la représentativité des organisations syndicales de salariés, à cela près que l'audience des organisations patronales se mesure en fonction du nombre d'adhérents ou du nombre de salariés employés par les entreprises adhérentes (178).

Commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation. – La loi du 8 août 2016 a créé les Commissions Paritaires Permanentes de Négociation et d'Interprétation (CPPNI) qui doivent être mises en place dans les Branches (179). Par l'obligation de sa mise en place, sa permanence, et le contenu des missions qui lui sont confiées (180), cette Commission a vocation à devenir l'organe de gouvernance de la Branche (181).

Parmi les missions de la CPPNI, il est prévu qu'un accord ou une convention ne pourra être étendu qu'après avoir été négocié en son sein (182). Déjà, auparavant, la négociation de la convention extensible devait avoir lieu au sein d'une commission composée de l'ensemble des organisations syndicales et patronales représentatives de la Branche. La CPPNI regroupe désormais les anciennes commissions de négociation et d'interprétation,

(174) Cons. const. 12 nov. 2010, n° 2010-63/64/65, QPC.

(175) Soc. 28 sept. 2011, n° 10-19.113.

(176) Art. L. 7111-7 et s. C. trav.

(177) Art. L. 6524-2 et s. C. transp.

(178) Art. L. 2151-1 C. trav.

(179) Art. L. 2232-9 C. trav.

(180) Art. L. 2232-9 C. trav. V. *supra* : introduction.

(181) V. en ce sens : C. Frouin, « Gouvernance et fonctionnement des Branches : portrait de la CPPNI », JCP S 2018, 1058 ; A. Sauret et A. Bugada, « Regards sur la nouvelle gouvernance de la Branche », Gaz. Pal. 2017, n° 12, p. 34.

(182) Art. L. 2261-19 C. trav.

les partenaires sociaux pouvant en intégrer d'autres. Cependant, la commission paritaire bien qu'elle soit institutionnalisée, demeure un simple cadre au sein duquel la négociation a lieu. Autrement dit, ce sont les organisations professionnelles représentatives la composant qui restent habilitées à négocier l'accord ou la Convention de Branche. La CPPNI peut en revanche proposer des sujets de négociation ou fixer le calendrier des négociations.

Intervention du ministre. – Au stade de la négociation des conventions extensibles, le ministre chargé du Travail n'est pas écarté. Il lui a été reconnu la possibilité d'intervenir pour faciliter la négociation. À l'origine, c'est lui qui convoquait et réunissait les membres de la Commission paritaire, puis la Commission a pu se constituer spontanément, avant d'être désormais permanente. Le Ministre peut toutefois toujours provoquer la réunion de la Commission à son initiative ou à la demande d'une organisation représentative (183). Lorsque deux des organisations représentatives en font la demande, le Ministre est tenu de convoquer les membres de la Commission. Son intervention lors des négociations de la Convention de Branche extensible peut également consister, pour éviter le risque d'annulation de l'arrêté d'extension, à veiller à la garantie de la régularité de la composition de la Commission ou à soulever des points essentiels ou des difficultés relatives à des clauses de la convention.

En dehors de la négociation spécifique d'un accord ou d'une convention extensible, la CPPNI doit se réunir au moins trois fois par an en vue des négociations obligatoires de Branche (184). À défaut, le Ministre pourra, à la demande d'une des organisations représentatives ou à son initiative, provoquer la réunion de la commission (185). L'intervention du Ministre peut être plus radicale. Le défaut de mise en place d'une CPPNI ou de la tenue des réunions obligatoires expose la Branche à la fusion décidée par le Ministre avec une autre Branche (186).

SECTION II. RÈGLES DE CONCLUSION

Règles générales. – Le droit français de la négociation collective a longtemps vécu du principe selon lequel tout syndicat représentatif est en droit de conclure une convention ou un accord collectif applicable à l'ensemble de ceux qui relèvent de son champ d'application territorial et professionnel. Ce principe n'est plus apparu acceptable dès lors que la légitimité des acteurs de la négociation était de plus en plus mise en doute. Le législateur préoccupé de tenir compte du poids réel de chaque organisation, est intervenu en 2008 pour modifier les règles de conclusion des accords collectifs en même temps qu'il renouvait les règles de représentativité des organisations syndicales de salariés (187). Animé par la volonté d'accroître l'autorité des accords collectifs, il a ainsi imposé que les organisations syndicales devaient justifier d'une certaine audience pour pouvoir conclure un accord ; sans exclure l'exercice d'un droit d'opposition majoritaire.

Au niveau de la Branche, une Convention Collective ne peut être conclue valablement que par des syndicats de salariés représentatifs ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives à ce niveau lors des élections professionnelles, dans le champ d'application de la convention. La convention ne doit pas faire l'objet d'une opposition exprimée par un ou plusieurs syndicats représentatifs ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives à ce niveau lors des dernières élections (188). L'accord régulièrement frappés d'opposition est réputé non écrit (189). Il n'a produit et ne produira aucun effet.

L'État a choisi de maintenir les règles fixées en 2008 pour la conclusion de la Convention de Branche alors que l'exigence majoritaire est désormais prévue pour la conclusion des

(183) Art. L. 2261-20 C. trav.

(184) V. *supra*.

(185) Art. L. 2261-20 C. trav.

(186) Art. L. 2261-32 C. trav. V. *supra*.

(187) V. *supra*.

(188) Art. L. 2232-6 C. trav.

(189) Art. L. 2231-9 C. trav.

accords d'entreprises. L'avantage semble alors donné à la négociation de Branche. La majorité dans l'entreprise pourrait être plus difficile à obtenir afin de conclure un accord prévoyant des conditions moins favorables que celles déjà intégrées dans une Convention de Branche précédemment conclue, appliquée, et régulièrement révisée.

Règles spéciales aux accords ou Conventions de Branches étendues. – Pour pouvoir être étendu, l'accord ou la Convention de Branche doit avoir été négocié et signé au sein de la Commission Paritaire Permanente de Négociation et d'Interprétation composée des représentants des organisations syndicales et patronales représentatives à ce niveau (190). Si l'unanimité dans la participation aux négociations ne souffre aucune exception, l'unanimité dans la signature de l'accord ou de la convention n'est plus une exigence absolue. Considérée comme trop rigide, la règle a ainsi été assouplie à partir de 1967 (191) sous certaines conditions de procédure (192), à l'instar de la règle imposant que la Convention de Branche doit comporter une série de clauses obligatoires et concerner toutes les catégories professionnelles (193).

Règles spéciales aux syndicats catégoriels. – Les règles spéciales prévues par le législateur pour faciliter la démonstration de la représentativité des organisations catégorielles se sont accompagnées d'un durcissement opéré par le juge dans l'appréciation de la capacité d'action de ces syndicats spécialement de leur capacité à négocier. Si les syndicats catégoriels se situent dans une situation différente de celle des syndicats inter-catégoriels au regard des conditions d'acquisition de la représentativité, l'idée vaut également pour l'étendue de leur capacité d'action (194), spécialement de leur capacité à négocier. Leur pouvoir est limité par leurs statuts mentionnant la catégorie de travailleurs représentés. Ainsi, en application du principe de spécialité, la Cour de cassation a décidé qu'un syndicat catégoriel ne peut pas signer seul un accord collectif qui s'appliquerait à l'ensemble des catégories de travailleurs (195). De plus, si le syndicat catégoriel n'a pas à établir sa représentativité au sein de toutes les catégories de personnel, la Cour de cassation exige, au titre toujours de la validité d'un accord inter-catégoriel, que soit prise en compte son audience électorale une fois celle-ci rapportée à l'ensemble des collègues électoraux (196). À propos du calcul de l'audience d'un syndicat catégoriel pour la validité d'un accord de Branche inter-catégoriel, le Conseil d'État s'est aligné sur la position de la Cour de cassation dans une décision du 8 novembre 2017 (197).

(190) Art. L. 2261-19 C. trav.

(191) Ord. 27 sept. 1967, *J.O.* 28 sept. 1967, p. 9557.

(192) Art. L. 2261-27 C. trav.

(193) *V. supra.*

(194) *V. égal.* à propos d'autres prérogatives : un syndicat catégoriel affilié à une organisation catégorielle ne peut présenter de candidats dans les collèges de salariés non visés par ces statuts, peu important que son activité réelle concerne toutes les catégories professionnelles (Soc. 8 oct. 2014, n° 14-11.317).

(195) Soc. 2 juill. 2014, n° 13-14.622 : un syndicat catégoriel ne peut négocier et signer seul un accord inter-catégoriel quand bien même son audience électorale rapportée à l'ensemble des collègues électoraux est supérieure à 30 % des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles.

(196) Soc. 31 mai 2011, n° 10-14.391, Bull. civ. V, n° 134.

(197) CE, 8 nov. 2017, n° 390059. En l'espèce, un recours avait été formé contre l'arrêté du 24 décembre 2013 fixant le poids des organisations syndicales représentatives pour la négociation des accords collectifs dans les Branches des sociétés d'assurances. Le Conseil d'État, après avoir rappelé que la représentativité d'une organisation syndicale catégorielle de Branche est déterminée à partir des seuls suffrages recueillis dans les collèges électoraux dans lesquels un syndicat a statutairement vocation à présenter des candidats, a précisé que l'audience de cette organisation catégorielle exigée au titre de la validité d'un accord de Branche intercatégoriel doit être appréciée en prenant en compte tous les suffrages exprimés en sa faveur lors de toutes les élections dans tous les collèges électoraux.

PARTIE II

**APPLICATION
DE LA NORME CONVENTIONNELLE
DE BRANCHE**

Application. – L’effectivité de la couverture conventionnelle dans les Branches dépend des règles d’application des Conventions de Branche. Doivent être envisagés : la portée de la Convention de Branche (Chapitre I), son articulation avec l’accord d’entreprise (Chapitre II) et son contentieux (Chapitre III).

CHAPITRE I

PORTÉE DE LA CONVENTION DE BRANCHE

Règles générales. – À l’instar des autres catégories d’accord collectif, la Convention de Branche régulièrement signée et déposée, s’applique à l’ensemble des entreprises entrant dans son champ d’application territorial et professionnel (198). Pour que la Convention Collective s’applique à l’entreprise, il faut de plus que l’employeur ait manifesté sa volonté de s’y soumettre. Lorsqu’une entreprise entre dans le champ d’application professionnel et territorial d’une Convention de Branche, elle n’est soumise à cette dernière que si l’employeur est adhérent à une organisation patronale signataire. À défaut d’adhésion d’un employeur à un groupement patronal signataire d’une Convention de Branche, en application du droit commun, l’employeur n’est donc pas tenu par la Convention de Branche.

Règles spéciales : extension et élargissement :

– Déploiement des effets de la Convention de Branche par arrêté ministériel

Extension. – La Convention Collective, présente un effet *erga omnes* à l’égard des salariés des seules entreprises adhérentes à une organisation signataire ; l’extension, décidée par arrêté ministériel, lui permet d’être applicable dans toutes les entreprises comprises dans son champ d’application territorial et professionnel. Ainsi, l’extension permet d’imposer l’application de la Convention de Branche à toutes les entreprises entrant dans son champ d’application, peu importe que les entreprises soient ou non adhérentes à une organisation patronale signataire. La Branche a constitué pendant longtemps le niveau quasiment exclusif de la négociation collective en France. L’extension de la Convention Collective était donc limitée à la Branche. Malgré l’ouverture de l’extension à d’autres niveaux de négociation (199), la Branche demeure au cœur du droit de l’extension.

Élargissement. – Une technique complémentaire a été créée : l’élargissement (200). Elle permet, par arrêté ministériel, de déployer les effets de la Convention Collective étendue hors de son champ d’application. Cette technique est ainsi plus attentatoire à l’effet relatif de la Convention Collective que ne l’est la technique d’extension.

– Fonction des techniques

Extension. – La fonction traditionnelle de la technique d’extension est d’évincer le risque de « dumping social » dans le champ d’application de la Convention de Branche. Elle a une fonction régulatrice de la concurrence afin d’éviter que la concurrence au sein d’une Branche ne porte sur les salaires et les conditions de travail. À cette fonction traditionnelle économique et sociale de l’extension, des fonctions ont parfois pu être ajoutées, mais elles demeurent annexes (201).

(198) Art. L. 2262-1 C. trav. La Convention de Branche applicable est celle de l’activité principale de l’entreprise (Cass. soc., 23 avril 2003, Panzani, *Bull. Civ. V*, n° 140). Il est cependant possible qu’une partie des salariés reçoivent application d’une autre Convention Collective si les diverses activités s’exercent dans des établissements distincts, avec un personnel distinct et non-interchangeable. (Cass. soc., 11 déc. 1968, *Bull. Civ. V*, n° 566 ; Cass. soc., 26 Sept. 2002, n° 00-42.777).

(199) L. n° 71-561 du 13 juillet 1971 : extension de l’accord professionnel et de l’accord interprofessionnel.

(200) D’abord prévu par l’ordonnance du 27 septembre 1967 (Ordonnance du 27 septembre 1967 : M. Despax, « L’extension des Conventions Collectives de travail et l’ordonnance du 27 septembre 1967 », *D. 1968, Chron.*, p. 147) pour inciter à négocier dans un autre champ territorial (Pratiquement aucune application n’est relevée de cet élargissement sous cette première forme entre 1967 et 1971), l’élargissement d’une Convention de Branche permet, à partir de la loi du 13 juillet 1971 (L. n° 71-561, 13 juill. 1971 : G. Lyon-Caen, « Veut-on vraiment encourager la “politique contractuelle” ? », *D. 1970, Chron.*, p. 159 ; M. Despax, « La réforme du droit des Conventions Collectives de travail par la loi n° 71-561 du 13 juillet 1971 », *Dr. soc. 1971*, p. 530 ; H. Groutel, « La réforme des Conventions Collectives », *JCP G 1972, I*, 2462) d’encourager la négociation dans un autre champ professionnel. La loi du 13 novembre 1982 ouvre la possibilité d’élargir un accord interprofessionnel à une ou plusieurs Branches (L. n° 82-957, 13 nov. 1982 : M. Despax, *Traité de droit du travail. Conventions collectives*, Dalloz, 2^e éd. 1989, p. 67 ; R. Pascre, « Conventions et accords collectifs : le cap de l’extension », *Dr. ouvrier 1986*, p. 241). V. égal. L. Dauxerre, « L’élargissement des Conventions Collectives de travail », *JCP S 2015*, 1447.

(201) Au fil des textes, d’autres fonctions ont été ajoutées : une fonction d’autorisation de déroger à la loi, une fonction d’encadrement (plus récemment au travers de l’extension des accords de champ) ou une fonction de transposition d’une directive ou d’un accord cadre européen.

Élargissement. – La technique d'élargissement participe à la mise en œuvre du droit à la négociation collective (202). La procédure d'élargissement a surtout été conçue pour inciter à la négociation collective. Elle constitue une menace pour les partenaires sociaux, existants ou potentiels, d'un secteur de se voir imposer une convention négociée dans un autre secteur ou une autre Branche. Ils sont incités à se doter de leur propre convention. Pour mieux répondre à cette fonction, le législateur a fait évoluer le procédé. D'abord limité à l'élargissement à un autre secteur territorial, la technique a permis ensuite l'élargissement à un autre secteur professionnel. Par ailleurs, même lorsque l'élargissement est effectivement mis en œuvre, l'incitation à négocier ne disparaît pas. Les organisations professionnelles du secteur concerné peuvent toujours renverser la situation en concluant un accord (203).

– Deux actes : un acte conventionnel de droit privé et un acte unilatéral de droit public

L'irruption de la technique d'extension de la Convention Collective en 1936, affinée en 1950, a fait rebondir le débat classique sur la nature de la Convention Collective. En effet, après l'intervention de l'arrêté d'extension, voire d'élargissement, la Convention Collective présente des effets réglementaires. Entre la théorie réglementaire, semi-réglementaire et conventionnelle de l'extension, la dernière a été consacrée (204). Autrement dit, la Convention Collective survit à l'extension, ses effets étant seulement étendus par l'arrêté venu se « greffer » à elle sans en absorber la teneur. La théorie conventionnelle implique ainsi que la Convention Collective soit le seul acte applicable tant à l'égard des employeurs liés à la convention par leur signature qu'à ceux qui le sont par l'arrêté d'extension (205). Le sort de l'arrêté d'extension dépend ensuite du devenir de la convention (206).

Après des évolutions dans les années 1960 jusqu'au début des années 1980, le droit de l'extension et de l'élargissement n'a pas subi d'évolution législative marquante. Les évolutions majeures sont venues de la jurisprudence, administrative surtout, sans bouleverser les équilibres sur lesquels reposaient ces deux techniques. En revanche, l'ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017 contient des modifications significatives du droit de l'extension renforçant les pouvoirs du Ministre. Loin de n'être que de simples aménagements, ces modifications entraînent des mutations des techniques d'extension (Section 1) et d'élargissement (Section 2) s'éloignant de leur conception et fonction originelle.

SECTION I. MUTATION DE LA TECHNIQUE D'EXTENSION DES EFFETS DE LA CONVENTION DE BRANCHE

Étapes de la procédure. – Le Ministre peut prendre l'initiative de la procédure d'extension. En revanche, il est tenu de l'engager sans délai lorsqu'une ou plusieurs organisations syndicales ou d'employeurs représentatives en font la demande (207). L'initiative est ainsi partagée. Le Ministre publie un avis informant les organisations et les personnes intéressées de sa volonté d'étendre une convention ou un accord collectif. À compter de cet avis publié au journal officiel, les organisations et personnes intéressées disposent de quinze jours pour présenter leurs observations (208). La Commission Nationale de la Négociation Collective édicte un avis sur l'extension de la Convention de Branche qui ne lie pas le Ministre. Ensuite ce dernier décide de l'extension ou du refus d'extension.

(202) S. Nadal, *La profession et la Branche : le rôle dans la conception française de la Convention Collective*, A.N.R.T., 1996, p. 282.

(203) Ou pour les organisations potentielles, à se constituer pour négocier.

(204) P. Durand, « Contribution à la théorie de l'extension des Conventions Collectives », *Dr. soc.* 1956, p. 214 ; S. Nadal, « Contribution à l'étude de l'extension des Conventions Collectives de travail », *Dr. ouvr.* 2002, p. 423 ; C. Hablot, *De la norme privée à la norme publique en droit du travail*, Ed. Panthéon-Assas, 2013, n° 205 et s.

(205) Pour des développements substantiels : C. Hablot, *De la norme privée à la norme publique en droit du travail*, Ed. Panthéon-Assas, 2013, n° 256 et s.

(206) V. not. C. Hablot, *De la norme privée à la norme publique en droit du travail*, Ed. Panthéon-Assas, 2013, n° 320 et s. V. pour une proposition de modification de conditions de révision d'un accord étendu : Rapport de J.-F. Cesaro, Propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des Conventions Collectives, 22 janvier 2016, n° 27 et s.

(207) Art. L. 2261-24 C. trav.

(208) Art. D. 2261-3 C. trav.

Devenir de la technique. – Cette architecture générale de la procédure d’extension n’est pas modifiée. En revanche, les dispositions adoptées en matière d’extension par les réformes successives produisent des conséquences importantes sur le sort de la technique. Il en résulte à la fois une défiance à son égard (§1) et une dénaturation (§2).

§1 Défiance à l’égard du principe de l’extension

Débat. – Le débat autour de la technique d’extension administrative n’est pas nouveau, il prolonge la question des rapports entre droit social et droit de la concurrence (209). Les critiques à l’encontre de la technique ont été renouvelées à l’occasion des évolutions récentes du droit de la négociation collective (A). La défiance à l’égard de la technique d’extension se traduit ainsi par une multiplication des facultés de faire obstacle à l’extension au nom de la libre concurrence (B).

A. Débat sur la technique de l’extension

Débat originel : la conception de l’extension ? – Les travaux préparatoires de la loi du 24 juin 1936 et celle du 11 février 1950 font apparaître des discussions sur le choix du système de l’extension (210) :

- une technique automatique privant le Ministre de tout pouvoir d’appréciation (proposition de la commission de travail de l’Assemblée Nationale) (211) ;
- ou une technique accordant une marge d’appréciation assez large au Ministre (projet du Gouvernement) (212).

Pour *les partisans d’une extension automatique*, un tel mécanisme assurerait systématiquement aux employeurs de ne pas être défavorisés par rapport à leurs concurrents (213). À défaut, les organisations d’employeurs refuseraient de participer aux commissions mixtes et de signer des Conventions Collectives qui leur demanderaient d’améliorer les conditions de travail et les salaires. La longueur de la procédure apparaissait par ailleurs un inconvénient majeur. Était préconisée une prise de décision enfermée dans un bref délai d’un mois, l’extension étant perçue comme l’instrument d’une amélioration immédiate de la situation des salariés.

Cependant, fut retenue la conception reconnaissant une marge d’appréciation assez large au Ministre (214). Les défenseurs de cette approche se fondaient sur la fonction traditionnelle de l’extension : éviter les distorsions de concurrence (215). Une extension automatique risquait de mener à des comportements anticoncurrentiels. La technique aurait pu être utilisée par des groupes d’employeurs représentatifs contre de petites entreprises concurrentes. Ces dernières n’auraient pas eu la possibilité d’assurer le niveau de protec-

(209) G. Lyon-Caen, « L’infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence », Dr. ouvrier, 1992, p. 313 ; « La concurrence par la réduction du coût du travail », Dr. ouvrier, 2003, p. 261 ; P.-H. Antonmattei, « Droit social, droit de la concurrence : rencontre d’un autre type », Lamy Droit économique, déc. 1999, p. 1 ; L. Idot, « Droit social et droit de la concurrence : confrontation ou cohabitation ? », Europe, nov. 1999, p. 4 ; B. Edelman, « À bas le droit du travail, vive la concurrence ! », D. 1992, p. 1 ; « Où la concurrence sera le genre humain », D. 2000, Chron., 261 ; L. Driguez, *Droit social et droit de la concurrence*, Bruylant, 2006. Plus récemment : M. Chagny, « Les Branches professionnelles et la régulation de la concurrence », JCP S 2018, 1057.

(210) Principalement les deux amendements de R. Bichet, *J.O.*, Ch. dép., débats, 1950, I, p. 56 et s.

(211) La position du parti communiste et celle du Conseil économique : Rapport présenté par M. Rius, *J.O. Avis et rapport du Conseil économique* 1^{er} déc. 1949, 194 ; art. 31 *J* issu des travaux de la commission de travail de l’Assemblée Nationale : *J.O.*, Ch. dép., débats, 1950, I, p. 56.

(212) Projet de loi sur les Conventions Collectives et les procédures de règlement des conflits collectifs du travail, *J.O.*, Ch. dép., doc. parl., I, session de 1949, n° 8444, Annexe au procès-verbal du 22 nov. 1949. À côté du projet gouvernemental et de celui de la commission, un troisième système d’extension fut évoqué (Amendement de R. Capitant, *J.O.*, Ch. dép., débats, 1950, I, p. 62 et s.). Il s’opposait fermement au texte de la commission de travail de l’Assemblée Nationale en repoussant l’idée que des groupements privés, fussent-ils les plus représentatifs, puissent être investis d’un pouvoir de « réglementation obligatoire ». Il n’admettait pas, pour autant, l’attribution au Ministre du pouvoir d’étendre, seul, la convention comme le proposait le projet du Gouvernement. Il reconnaissait la fonction de l’extension, mais subordonnait cette technique à un double référendum – salariés et employeurs – au scrutin secret. Des difficultés de mises en œuvre furent toutefois clairement exposées (*J.O.*, Ch. dép., débats, 1950, I, p. 63) et l’amendement en question repoussé.

(213) V. Intervention de M. Patinaud, *J.O.*, Ch. dép., débats, 1950, I, pp. 57 et 60.

(214) V. Art. 31 *j* de la loi du 21 février 1950.

(215) R. Bichet, *J.O.*, Ch. dép., débats, 1950, I, p. 56 ; P.-H. Teitgen, ministre d’État, *J.O.*, Ch. dép., débats, 1950, I, p. 59 ; Brethe de la Gressaye, « Grèves et Conventions Collectives », D. 1950, Chron., p. 65, spéc. p. 69.

tion sociale imposé par la convention qui leur aurait été imposée automatiquement. L'absence d'un pouvoir d'appréciation du Ministre conduirait ainsi les organisations syndicales à craindre l'extension et à refuser de signer les Conventions Collectives. Le Ministre ne devrait pas davantage être lié par un avis conforme de la Commission supérieure des Conventions Collectives. Dans le cas contraire, dès lors qu'un avis favorable à l'extension serait rendu par la commission, le Ministre ne pourrait pas refuser d'étendre une convention présentant éventuellement des dispositions illégales ou comportant des restrictions importantes de liberté.

Ainsi, dans l'ensemble libéral de la loi du 11 février 1950, l'extension se présente comme un pouvoir particulier reconnu au Ministre. L'extension automatique a été écartée en droit français. Nombreux droits étrangers ont instauré une procédure d'extension administrative ou des équivalents fonctionnels, mais le choix d'une extension automatique n'a pas été majoritaire (216).

Débat renouvelé : le maintien de la technique d'extension ? – Dans le mouvement de décentralisation de la négociation collective en France faisant de la négociation d'entreprise le pivot, la question de la suppression ou la modification des techniques d'extension et d'élargissement par arrêté ministériel est centrale.

La technique d'extension en France est *critiquée* car finalement, en pratique, elle serait devenue quasiment automatique et présenterait « *un impact négatif sur la concurrence, l'emploi et les performances des entreprises* » (217). « *Les extensions administratives peuvent ainsi devenir des barrières à la concurrence* » (218). Outre l'assouplissement des conditions d'extension pour faciliter son recours après 1950, il a été souligné que la possibilité pour le Ministre de refuser d'étendre serait en réalité rarement utilisée. Ainsi, la France se distinguerait d'autres pays dans lesquels est prévue une technique d'extension administrative avec des conditions plus strictes ou avec des exemptions pour une entreprise ou une catégorie d'entreprises qui souffrirait des conséquences de l'extension (219). Dans certains États, la technique a même été supprimée (220).

Les défenseurs de la technique française d'extension administrative de la Convention de Branche subsistent toutefois. La portée de la technique quant à l'étendue et la garantie de la couverture conventionnelle en France est un constat qui perdure (221). Le mécanisme a joué un rôle dans la solidité et la stabilité conventionnelle en France, contrairement à la situation dans des États ayant réduit le rôle de l'extension (222).

B. Multiplication des instruments facilitant le rejet de l'extension

Instruments. – À côté du pouvoir du Ministre de refuser l'extension d'une Convention de Branche pour des motifs d'intérêt général notamment une atteinte excessive à la libre concurrence (2), deux autres instruments favorisent ou permettent la mise à l'écart de l'extension (1).

(216) OCDE, *Perspectives de l'emploi dans l'OCDE, Chapitre 3, La fixation des salaires : aspects institutionnels et résultats*, 2004, p. 142, www.oecd.org/fr ; OCDE, « Les extensions administratives des accords de Branche en France : Effets et pistes de réformes », note de la Direction de l'emploi, du travail et des affaires sociales et le Département des affaires économiques de l'OCDE, juillet 2017 : <http://www.oecd.org/els/emp/extensions-administratives-des-accords-de-branche-en-france.pdf>. *Couverture de la négociation collective et procédure d'extension*, EIRO, 2002, www.eurofound.europa.eu/eiro/2002/.

(217) OCDE, « Les extensions administratives des accords de Branche en France : Effets et pistes de réformes », note de la Direction de l'emploi, du travail et des affaires sociales et le Département des affaires économiques de l'OCDE, juillet 2017 : <http://www.oecd.org/els/emp/extensions-administratives-des-accords-de-branche-en-france.pdf>. Il est ainsi souligné que la Convention de Branche négociée par des organisations patronales représentant des grandes entreprises peut prévoir des conditions de travail inadaptées aux entreprises plus petites, moins productives ou plus récentes dans la Branche. Ainsi les entreprises bien établies sur le marché peuvent utiliser la technique d'extension pour évincer les nouveaux entrants et d'autres concurrents.

(218) *Ibid.*

(219) *Ibid.*

(220) *Ibid.*

(221) T. Schulten, L. Eldring, R. Naulmann, « Le rôle de l'extension dans la solidité et la stabilité de la négociation collective en Europe », La revue de l'IRES n° 89, 2016/2.

(222) *Ibid.* V. égal. Lerais F., Pernot J.-M., Rehfeldt U., Vincent C. *et al.*, *La démocratie sociale à l'épreuve de la crise : un essai de comparaison internationale*, Rapport IRES 2013, p. 12 ; C. Spieser, L'évolution du rôle de la négociation de Branche en Europe, AO IRES, 2017, p. 20.

1. Droit d'opposition des organisations d'employeurs et avis d'un comité d'experts

Droit d'opposition des organisations d'employeurs. – Avec l'introduction du droit d'opposition des organisations patronales à l'extension en 2014, était déjà marquée la volonté d'écartier le jeu de l'extension.

La particularité des conventions extensibles réside dans l'exigence de représentativité des organisations d'employeurs signataires (223). Sous réserve de certaines conditions, l'unanimité de signature n'est pas requise (224). La loi du 5 mars 2014 ayant réformé les critères de représentativité des organisations patronales (225) a, par la même occasion, créé un droit d'opposition à l'extension. Elle a prévu que « *pour pouvoir être étendue, la convention, avenant ou annexes, ne doivent pas avoir fait l'objet de l'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 adhérant aux organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives à ce niveau* » (226). En cas d'opposition écrite et motivée formulée par des organisations patronales représentatives (227), la Convention Collective restera valablement conclue mais ne pourra pas être étendue alors qu'elle était initialement extensible. Ce droit d'opposition se distingue de la possibilité d'émettre des oppositions au sein de la Commission Nationale de la Négociation Collective, celles-ci ne privant pas le Ministre de son pouvoir d'initier et de poursuivre la procédure d'extension (228).

Cette immixtion de la volonté patronale dans l'appréciation de l'intérêt général est contestable. D'une part, elle prive les organisations syndicales de leur possibilité de faire jouer l'extension alors même que les conditions de conclusion de la convention extensible par des organisations syndicales et patronales représentatives ont été remplies ; d'autre part, elle prive le ministre du Travail, garant de l'intérêt général, de son pouvoir de décider l'extension. Sans revenir sur ce droit d'opposition, l'ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017 a durci le dispositif en l'enserrant dans un délai. L'opposition doit être faite dans un délai d'un mois à compter de la publication de l'avis d'extension au journal officiel. Cette opposition, écrite et motivée, doit être notifiée et déposée comme les accords collectifs dans les conditions prévues aux articles L. 2231-5 et L. 2231-6 du Code du travail (229).

Avis d'un comité d'experts sur les effets sociaux et économiques de l'extension. – L'ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017 crée une nouvelle consultation. Afin d'apprécier les effets économiques et sociaux susceptibles de résulter de l'extension d'une convention ou d'un accord de Branche, un groupe d'experts peut être saisi par le ministre chargé du Travail, de sa propre initiative ou à la demande écrite et motivée d'une organisation d'employeurs ou d'une organisation de salariés représentative dans le champ d'application d'une convention, d'un accord ou de leurs avenants (230). Ainsi le Ministre peut s'entourer d'experts avant de prononcer l'extension lorsqu'il a des doutes quant aux impacts sur la libre concurrence de sa décision d'étendre une convention.

Composition. – Les conditions de désignation des experts devraient garantir leur indépendance. Il est uniquement prévu que le comité devra être composé de cinq personnalités choisies à raison de leur compétence et de leur expérience dans le domaine économique et social et nommées par arrêté du ministre chargé du Travail (231).

(223) Art. L. 2261-19 C. trav. V. *supra*.

(224) Art. L. 2261-27 C. trav.

(225) Art. L. 2151-1 C. trav. issu de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 ; Art. R. 2151-1 et s. C. trav. issu du décret n° 2015-654, 10 juin 2015.

(226) Art. L. 2261-19, al. 2 C. trav. S. Nadal, « Péril sur la conception d'extension des accords collectifs de Branche », RDT 2014, 196 ; B. Teyssié, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », JCP S 2014, 1158, n° 20 et s. Le rapport sur la représentativité patronale de 2013 remis par J.-D. Combrexelle, évoque que la mise en place d'un droit d'opposition majoritaire ne devrait être que la première étape avant une transposition purement et simplement des règles de validités des accords applicables aux organisations syndicales (Rapport sur la représentativité patronale, oct. 2013, pp. 60 et 61).

(227) Art. L. 2261-19 *al.* 3 C. trav.

(228) Art. L. 2261-27 C. trav. Au fil des textes, la règle entourant la portée de ces oppositions a été assouplie, le Ministre pouvant dans tous les cas, passer outre les oppositions émises au sein de la Commission Nationale de la Négociation Collective, même lorsque la convention ne remplit pas toutes les conditions d'extensibilité.

(229) Ces modalités s'appliquent aux accords conclus à compter du 1^{er} janvier 2018 (ord. 2017-1388, art. 5).

(230) Art. L. 2261-27-1 C. trav. issu de l'ordonnance n° 1388 du 22 septembre 2017.

(231) D. n° 2017-1689, 14 déc. 2017 : art. D. 2261-4-1 à art. D. 2261-4-6 C. trav.

Saisine. – Les organisations syndicales représentatives mais également les organisations d’employeurs, peu importe qu’elles soient représentatives, peuvent exercer cette faculté. Ainsi, du côté employeur, un groupement non représentatif, qui n’est donc pas appelé à négocier et conclure la Convention de Branche, pourra être tenté d’interférer dans la procédure et influencer sur la décision du Ministre (232).

Légitimité ? – *Quid* de la création de ce comité alors qu’il est déjà prévu une consultation de la Commission Nationale de la Négociation Collective ? Est-ce que la consultation d’un tel comité d’experts ne revient pas à renier la légitimité des organisations syndicales et patronales représentatives au profit d’un groupe d’experts dépourvu de légitimité sociale considéré comme plus compétent (233) ? Par ailleurs, *quid* en cas d’avis opposés ?

On peut également s’interroger sur cette consultation d’un groupe d’experts alors même qu’il existe une autorité compétente en droit de la concurrence (234). En effet, l’Autorité de la concurrence, à la demande du Gouvernement, peut être saisie pour avis pour toute question de concurrence. Elle peut également être saisie par des organisations professionnelles et syndicales (235) ou s’autosaisir (236).

Responsabilité de l’État. – Ces deux instruments interpellent quant au pouvoir de l’autorité étatique dans le jeu de l’extension. Le droit de l’extension, tel qu’il a été conçu, a accordé au Ministre un pouvoir d’initiative, certes non exclusif (237), et ensuite un pouvoir d’appréciation pour décider ou non de l’extension (238). L’exercice du droit d’opposition, enserré dans un délai d’un mois, est certes rendu plus difficile, mais parallèlement il est accordé aux organisations d’employeurs, représentatives ou non, le droit de saisir un groupe d’experts pouvant influencer sur la décision du Ministre au nom de la protection de la libre concurrence. Finalement, moins que de priver le Ministre de décider de l’extension d’une Convention de Branche, il est permis de penser que la création du droit d’opposition permet au contraire au Ministre de « partager » le pouvoir de refuser l’extension et ainsi reporter sa responsabilité sur les organisations patronales. Le droit de saisine du groupe d’expert constitue quant à lui une manière de « légitimer » la décision du Ministre de refuser l’extension, de « diluer » la responsabilité par l’implication d’experts que le Ministre aura toutefois lui-même désigné, suscitant nécessairement des interrogations sur l’indépendance de ses membres.

2. Pouvoir de refus du Ministre d’étendre la Convention de Branche

Article L. 2261-25 du Code du travail. – L’article L. 2261-25 du Code du travail dans sa rédaction issue de l’ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017 complété par la loi de ratification n° 2018-217 du 29 mars 2018 dispose que « [le ministre chargé du Travail] peut également refuser, pour des motifs d’intérêt général, notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence ou au regard des objectifs de la politique de l’emploi, l’extension d’un accord collectif ». Certes, la disposition confirme un contrôle instauré par le juge administratif dans plusieurs décisions. Mais, au-delà d’une simple confirmation, cette inscription légale participe du mouvement de défiance à l’égard de la fonction de l’extension.

La décision de refus doit reposer sur des motifs d’intérêt général. – Auparavant, dans les textes, aucun motif légitime n’était imposé au Ministre pour prendre sa décision. Seuls des motifs légitimes lui étaient imposés par la loi pour exclure de sa décision d’extension des clauses de la convention, autrement dit pour étendre partiellement la Convention Collective (239). Pendant longtemps, la décision du Ministre de refuser l’extension n’était pas contrôlée. Elle était de pure opportunité.

(232) En ce sens : S. Nadal, « Gouvernance du niveau et des règles de Branche : les nouveaux visages de l’emprise étatique », RDT 2017, p. 652 et s.

(233) *Ibid.*

(234) V. en ce sens : M. Chagny, « Les Branches professionnelles et la régulation de la concurrence », JCP S 2018, 1057, n° 23.

(235) Art. L. 462-1 C. com.

(236) Art. L. 462-4 C. com.

(237) Art. L. 2261-24 C. trav.

(238) Art. L. 2261-15 C. trav.

(239) Anc. art. L. 2261-25 C. trav.

Avec la décision du Conseil d'État du 21 novembre 2008, la jurisprudence administrative a franchi une étape (240). Le Conseil d'État s'est fondé sur l'article L. 2261-15 (le principe de l'extension) et non sur l'article L. 2261-25 (dont l'ancienne rédaction visait uniquement les cas d'exclusion de clauses de la Convention Collective pour des motifs précis (241)) pour décider que, si le Ministre dispose effectivement d'un pouvoir d'appréciation lui permettant de refuser l'extension d'un accord collectif, ce pouvoir n'est pas discrétionnaire. Selon le Conseil d'État, le pouvoir du Ministre s'exerce ainsi sous le contrôle du juge administratif « *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* » (242). Le juge administratif opère un contrôle normal de l'arrêté. Cependant les motifs d'intérêt général sont appréciés de manière large, le juge utilisant déjà le terme « notamment ». Le Conseil d'État a confirmé sa position à plusieurs reprises (243). Plus récemment, il avait confirmé le pouvoir d'appréciation du Ministre sur le fondement de l'article L. 2261-25 du Code du travail, ce qui pouvait conduire à une incertitude sur la portée de l'appréciation (244).

Enfin, l'inscription dans la loi du pouvoir du Ministre de refuser d'étendre une Convention Collective pour des motifs d'intérêt général confirme le rejet de tout caractère automatique de l'extension et le pouvoir d'appréciation du Ministre. On relèvera toutefois que le législateur a maladroitement inséré cette précision à l'article L. 2261-25 alinéa 1 du Code du travail entre les dispositions du même article prévoyant le pouvoir d'exclure des clauses illégales et celles prévoyant le pouvoir d'exclure des clauses inadéquates par rapport à la situation de la Branche.

La justification du refus d'extension au nom d'une atteinte excessive à la libre concurrence. – Les dispositions de l'article L. 2261-25 du Code du travail consacrent une autre solution jurisprudentielle. Le texte précise que le Ministre peut refuser l'extension pour des motifs d'intérêt général « *notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence* ». Déjà le juge administratif avait instauré un contrôle au regard du droit de la concurrence dans une décision du 30 avril 2003 en décidant qu'il « *appartient [au ministre du Travail] de veiller à ce que l'extension d'une Convention Collective ou d'un accord collectif de travail n'ait pas pour effet de conduire à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché, notamment en limitant l'accès à ce marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises* » (245). Le Conseil d'État ajoutait que le Ministre est tenu de veiller à la conciliation des objectifs d'ordre social (de nature à justifier que les règles définies par les signataires d'une convention ou d'un accord collectif soient rendues obligatoires pour tous les salariés et les employeurs entrant dans son champ d'application) et des impératifs économiques tenant à la préservation de la libre concurrence dans le secteur en cause. L'arrêté d'extension d'une convention ou d'un accord collectif qui aurait pour effet de porter une atteinte disproportionnée à la libre concurrence est ainsi susceptible d'être qualifié de pratique anti-concurrentielle et encourir l'annulation.

Bien qu'elles confirment un contrôle déjà instauré par le juge administratif, les dispositions de l'article L. 2261-25 appellent toutefois plusieurs remarques.

D'une part, ces dispositions évoquent de manière très large « *une atteinte excessive à la libre concurrence* ». Qu'est-ce que cela signifie ? Le rapport au Président de la République fait référence à des « *clauses de nature à porter une atteinte excessive à la libre concu-*

(240) CE, 21 nov. 2008, n° 300135 : A. Courreges, Concl. RJE, 2009, n°664, comm. 254 ; Sem. soc. Lamy 2009, n° 1384, p. 6 ; C. Hablot, *De la norme privée à la norme publique en droit du travail*, Ed. Panthéon-Assas, 2013, n°144 et s.

(241) Exclusion de clauses pour illégalité – donc compétence liée – ou inadéquation à la Branche – pouvoir d'appréciation soumis au contrôle de l'erreur manifeste.

(242) CE, 21 nov. 2008 : A. Courreges, Concl. RJE, 2009, n°664, comm. 254 ; Sem. soc. Lamy 2009, n° 1384, p. 6.

(243) CE, 23 déc. 2015, n° 382439 ; CE, 19 juin 2013 ; CE, 17 avr. 2013, n° 352245.

(244) CE, 12 mai 2017, n° 381870 mais sur le fondement de l'article L. 2261-25 du Code du travail.

(245) CE, 30 avril 2003, RJS 2003, n° 1043 ; P.-H. Antonmattei et S. Destours, « Convention collective et droit de la concurrence : nouvelle rencontre », Dr. soc. 2003, p. 999 ; G. Lyon-Caen, « La concurrence par la réduction du coût du travail », Dr. ouvrier 2003, p. 261 ; F. Donnat et D. Casas, « Les Conventions Collectives et le droit de la concurrence », AJDA 2003, p. 1150 ; P. Subra de Bieusses, « Droit de la concurrence et droit du travail », AJDA 2003, p. 1849 ; D. 2004, p. 1704, note X. Pretot et D. Chelle. Avant déjà mais moins explicites : CE, 16 janv. 2002, Concl. P. Fombeur, RJS 2002, p. 308. Ensuite, CE, 21 mai 2008, Concl. A. Courreges, Dr. soc. 2008, p. 794 ; AJDA 2008, p. 1689, note A. Antoine.

rence compte tenu des caractéristiques du marché concerné » (246) ce qui se rapproche du droit des pratiques anti-concurrentielles faisant référence à l'objet ou l'effet anti-concurrentiel sur le marché. Cette approche coïncide avec celle jusqu'alors retenue par le juge administratif.

D'autre part, le juge administratif a identifié plusieurs motifs d'intérêt général permettant au Ministre de refuser l'extension d'une Convention Collective : ceux « *tenant à la cohérence d'ensemble des champs conventionnels concernés et à la stabilité juridique des règles applicables aux entreprises et à leurs salariés* » (247) ou ceux « *tenant notamment aux objectifs de la politique économique et sociale ou la protection des tiers* » (248). Les premiers types de motifs devraient perdre de leur intérêt avec la restructuration des Branches professionnelles, d'autant plus que le Ministre dispose par ailleurs du pouvoir de refuser l'extension pour le motif d'intérêt général tiré de la restructuration des Branches professionnelles (249). En revanche, les seconds motifs, s'ils peuvent certes inclure l'atteinte excessive à la libre concurrence, sont plus larges et ne visent pas nécessairement une atteinte au droit de la concurrence. Ainsi, pourquoi l'article L. 2261-25 du Code du travail met-il en exergue comme motif d'intérêt général « *l'atteinte excessive à la libre concurrence* » ? Bien que la loi de ratification ait ajouté un autre exemple ensuite – la politique de l'emploi –, l'inscription légale du pouvoir de refuser l'extension pour des motifs d'intérêt général fait évidemment écho aux critiques émises contre la technique française d'extension administrative, notamment par l'OCDE (250), et reposant essentiellement sur les effets négatifs de l'extension sur la libre concurrence (251).

Enfin, cette inscription dans la loi d'un motif d'intérêt général de refus de l'extension tenant à l'atteinte excessive à la libre concurrence combinée à la création d'une consultation d'un groupe d'experts ayant pour mission d'apprécier les effets économiques et sociaux susceptibles de résulter de l'extension d'une convention ou d'un accord de Branche n'est pas anodine. Dans cet affichage renforcé de défense des intérêts économiques face à la technique d'extension, on perçoit une volonté de « légitimer » la décision de refus du Ministre de décider l'extension pour des enjeux économiques – lorsqu'il n'aura pas laissé les organisations d'employeurs s'en charger en usant de leur droit d'opposition –. En inscrivant dans la loi les risques économiques de l'extension et en multipliant les « moyens de défense » contre l'extension, le législateur, sans supprimer cette technique, manifeste sa remise en cause.

§2 Dénaturation de la technique d'extension

Accroissement des pouvoirs du Ministre. – Le Ministre dispose classiquement du pouvoir d'exclure des clauses de l'extension ou de poser des réserves à l'extension d'une convention (252). Désormais, lui est également octroyé le pouvoir d'étendre un accord de Branche incomplet ayant vocation à être complété par des accords d'entreprise (253). Ce pouvoir supplémentaire conduit à dénaturer la technique d'extension en permettant une application différenciée de la Convention de Branche étendue.

Pouvoirs classiques du Ministre. – Avec l'extension, l'acte applicable à toutes les entreprises dans la Branche est la Convention Collective étendue. La Convention Collective n'est pas incorporée à l'arrêté. Elle continue à être applicable dans les entreprises qui adhèrent aux organisations signataires ; le Ministre en impose de surcroît l'application aux tiers. Le contenu de la Convention Collective peut toutefois ne pas être parfaitement identique selon qu'il s'applique à une entreprise partie (*via* son adhésion à une organisation signa-

(246) Rapp. au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017, portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective, JO n° 0223 du 23 sept. 2017 texte n° 34.

(247) CE, 23 déc. 2015, n° 382439 ; CE, 19 juin 2013, n° 352898.

(248) CE, 21 nov. 2008, n° 300135, préc.

(249) *V. supra.*

(250) OCDE, « Les extension administratives des accords de Branche en France : Effets et pistes de réformes », préc. *V. égal.* pour une position plus critique par des économistes : P. Cahuc et A. Zylberberg, « Halte à l'extension des Conventions de Branches », Les Échos, 26 juin 2017.

(251) *V. supra.*

(252) Art. L. 2261-25 C. trav.

(253) Art. L. 2261-25 C. trav.

taire) ou une entreprise tierce à la convention (*via* l'arrêté d'extension). En effet, cette dualité de contenu applicable résulte du pouvoir du Ministre au moment de l'extension d'exclure des clauses ou de poser des réserves (254). Il peut exclure des clauses de la convention pour illégalité ou des clauses qui ne répondent pas à la situation de la Branche. En cas d'ambiguïté d'une clause ou d'hésitation sur sa légalité, le Ministre dispose aussi du pouvoir d'étendre en formulant une réserve plutôt que d'exclure la clause. Dans ces différents cas, le Ministre ne doit pas méconnaître l'économie de la convention (255). Autrement dit, il peut décider de subordonner l'extension d'une clause incomplète au regard des dispositions légales à l'application de ces dispositions.

Par ces pouvoirs classiques, le Ministre ne peut pas lui-même modifier une clause de la convention. La dualité de contenu se manifeste uniquement par des soustractions. Le contenu de la norme conventionnelle peut uniquement être réduit, sans être dénaturé. Ainsi, des pouvoirs classiques du Ministre résultent deux conséquences quant à l'application de la convention étendue : entre les entreprises parties et les entreprises tierces, les seules variations de contenus sont des soustractions n'entachant pas l'économie de la convention, aucune substitution n'étant possible ; au sein des entreprises tierces à la convention, aucune variation de contenu n'est permise.

Pouvoir supplémentaire du Ministre. – Désormais, le ministre chargé du Travail est autorisé à étendre un accord de Branche incomplet mais ayant vocation à être complété par des accords d'entreprise (256). Il peut ainsi étendre des clauses appelant des stipulations complémentaires en subordonnant, sauf dispositions législatives contraires, leur entrée en vigueur à l'existence d'une convention d'entreprise prévoyant ces stipulations. Alors que selon l'ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017 cette faculté était applicable uniquement aux accords conclus à partir du 1^{er} janvier 2018 (257), l'ordonnance « balai » n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 étend le dispositif à toute convention ou accord, quelle que soit la date à laquelle il a été conclu.

C'est un bris de jurisprudence. Le Conseil d'État avait décidé que le ministre chargé du Travail ne pouvait pas étendre les clauses d'un accord de Branche incomplet sous réserve d'une intervention ultérieure d'accords collectifs – accord de Branche étendu ou accords d'entreprise – comblant les lacunes relevées (258). Pour le juge administratif, le Ministre ne pourrait pas apprécier la conformité de l'accord subséquent avec les dispositions législatives et réglementaires en vigueur, comme il le fait avec l'accord de Branche avant son extension.

Outre cette difficulté liée au contrôle de légalité, le pouvoir supplémentaire accordé au Ministre dénature la technique d'extension. Ce pouvoir détourne la fonction d'harmonisation de l'extension et le caractère unitaire de la Convention de Branche. Par le renvoi aux accords d'entreprise pour compléter l'accord de Branche étendu, ce dernier n'est plus qu'un accord-cadre contrairement à ce qu'ont pu souhaiter les parties. La Convention de Branche étendue pourra être complétée de manière différente dans les entreprises selon le contenu des accords d'entreprise conclus. En creux, cela signifie également que les règles de la Convention de Branche, étendues mais incomplètes, ne seront pas appliquées dans les entreprises où un accord complémentaire n'aura pas été conclu.

(254) Art. 2261-25 C. trav. Pour des développements substantiels : C. Hablot, *De la norme privée à la norme publique en droit du travail*, Ed. Panthéon-Assas, 2013, n° 227 et s.

(255) En cas d'exclusion d'une clause ne correspondant pas à la situation de la Branche : Art. L. 2261-25 C. trav. Pour l'exclusion en cas d'exclusion pour illégalité ou pour la formulation de réserve, le Conseil d'État est intervenu en ce sens : CE, 8 déc. 2000, n° 206575 ; CE, 26 févr. 2007, n° 280606.

(256) Art. L. 2261-25, al. 4 C. trav.

(257) Ord. 2017-1388, art. 5.

(258) CE, 26 févr. 2003, n°241949, Concl. P. Fombeur, RJS 2003, p. 380 ; RJS 2003, n° 647 ; Sem. soc. Lamy 2003, n° 1115, p. 6, obs. S. Stein ; CE, 12 mai 2017, n° 381870, Concl. F. Dieu, Dr. soc. 2017, p. 471.

Tableau de synthèse des pouvoirs du Ministre en matière d'extension

Décision du Ministre	Motifs	Droit de veto de la CNNC*
Décision de refus d'extension	Le Ministre peut refuser l'extension pour des motifs d'intérêt général notamment (art. L. 2261-25 al. 1 C. trav. issu de l'ordonnance 2017-1388, 22 sept. 2017) : <ul style="list-style-type: none"> – pour atteinte excessive à la libre concurrence (art. L. 2261-25 C. trav.), – tenant à l'objectif de la politique d'emploi (art. L. 2261-25 C. trav.), – tenant aux objectifs de la politique économique et sociale ou la protection des tiers (CE, 21 nov. 2008, n° 300135), – tenant à la restructuration des Branches (art. L. 2261-32 C. trav.), – tenant à la cohérence des champs conventionnels et à la stabilité juridique des règles applicables aux entreprises et à leurs salariés (CE, 23 déc. 2015, n° 383439). 	Non
Décisions d'extension avec exclusion	Le Ministre peut décider l'extension en excluant des clauses de la Convention Collective pour : <ul style="list-style-type: none"> – illégalité (art. L. 2261-25, al. 1 C. trav. ; compétence liée : ex. CE, 30 juin 2003, n° 248347), – inadéquation à la situation de la Branche ou des Branches dans le champ considéré (art. L. 2261-25, al. 2 C. trav. ; pouvoir d'appréciation soumis au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation : ex. CE, 5 juin 1996, n° 157399 ; CE, 30 juin 2003, préc.). Il doit respecter l'économie de la convention (ex. CE, 26 févr. 2007, n° 280606).	Non
Décision d'extension avec réserves	Le Ministre peut décider l'extension en formulant des réserves : il subordonne l'extension d'une clause incomplète de la convention au regard des dispositions légales à l'application de ces dispositions (art. L. 2261-25, al. 3 C. trav.). La réserve doit être de nature à garantir l'application de la règle qu'elle énonce (CE, 23 juill. 2010, n° 316588) Le Ministre doit respecter l'économie de la convention (art. L. 2261-25 C. trav.).	Non
Décision d'extension d'un accord à compléter par un accord d'entreprise	Le Ministre peut décider l'extension des clauses appelant des stipulations complémentaires en subordonnant , sauf dispositions législatives contraires, leur entrée en vigueur à l'existence d'une convention d'entreprise prévoyant ces stipulations (art. L. 2261-25, al. 4 C. trav. issu de l'ordonnance 2017-1388, 22 sept. 2017).	Non

* Commission Nationale de la Négociation Collective.

SECTION II. MUTATION DE LA TECHNIQUE D'ÉLARGISSEMENT DES EFFETS DE LA CONVENTION DE BRANCHE

Technique traditionnelle d'élargissement : article L. 2261-17 du Code du travail. – Le déploiement de la Convention Collective par l'effet de l'extension est cantonné au champ professionnel et territorial de cette dernière. Les entreprises situées hors de cette zone échappent au droit conventionnel si aucune Convention Collective n'y est conclue. Par un arrêté d'élargissement, le ministre chargé du Travail peut toutefois rendre obligatoire une convention ou un accord collectif dans une zone territoriale ou professionnelle extérieure au champ de cette dernière et dans laquelle est constaté un vide conventionnel. Ainsi, il peut, à la demande d'une des organisations représentatives intéressées ou de sa propre initiative, sauf opposition écrite et motivée de la majorité des membres de la Commission Nationale de la Négociation Collective, procéder à l'élargissement territorial ou professionnel d'une Convention Collective étendue, 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 (259). L'élargissement est une technique complémentaire à l'extension. Elle est

(259) Art. L. 2261-17 C. trav.

toutefois plus attentatoire à l'effet relatif de la Convention Collective. L'originalité de ce mécanisme le rend moins présent dans les droits étrangers que ne l'est l'extension (260).

Double évolution. – Cette technique d'élargissement, telle qu'elle a été conçue, est perturbée sous deux angles : d'une part, un dédoublement de la technique (§1) ; d'autre part, une dénaturation de la technique initiale (§2).

§1 Dédoublement de la technique d'élargissement

« **Élargissement-intégration** » : **article L. 2261-32 du Code du travail.** – Afin de permettre la restructuration des Branches professionnelles, un cas d'élargissement spécifique a été créé (261).

Conditions. – Les conditions de fond sont différentes et plus souples que celles prévues à l'article L. 2261-17 du Code du travail. Le ministre chargé du Travail peut prononcer l'élargissement du champ d'application géographique ou professionnel d'une Convention Collective afin qu'il intègre un secteur territorial ou professionnel non couvert par une Convention Collective (262). La seule condition de fond posée par l'article renvoie au défaut de couverture d'un secteur territorial ou professionnel par une Convention Collective. Il n'est question dans le texte ni de l'élargissement d'une Convention Collective déjà étendue ; ni de l'élargissement à une Branche mais à un secteur professionnel ou territorial.

Le pouvoir du Ministre est particulièrement accru puisqu'il peut passer outre l'avis défavorable de la Commission Nationale de la Négociation Collective (263). La procédure est identique à celle de la fusion de Branches (264).

Portée : intégration du secteur. – L'article L. 2261-32 du Code du travail prévoit que le Ministre prononce l'élargissement du champ d'application géographique ou professionnel d'une convention afin qu'il intègre un secteur territorial ou professionnel non couvert par une Convention Collective. La négociation dans ce seul secteur est ensuite écartée. L'intégration diffère de l'effet classique de l'élargissement qui ne fait que rendre obligatoire la Convention Collective élargit dans l'attente de la négociation d'une convention dans le secteur concerné.

Droit commun/droit spécial de l'élargissement ou deux techniques différentes ? – Le régime prévu à l'article L. 2261-32 du Code du travail en vue de restructurer les Branches, dans sa dernière version, se distingue donc nettement de celui prévu par l'article L. 2261-17.

Si l'on considère que les règles de l'article L. 2261-17 du Code du travail constituent le droit commun de l'élargissement et les règles de l'article L. 2261-32 du même Code le droit spécial, le silence de cet article sur l'exigence d'extension préalable et de conditions économiques analogues entre les zones concernées conduit à appliquer les règles fixées à l'article L. 2261-17.

Cependant, il est permis de penser qu'il s'agit plutôt de deux techniques distinctes visant des situations différentes. Militent en ce sens : l'accélération du mouvement de restructuration faisant une place croissante à l'interventionnisme étatique ; le fait que la rédaction initiale de l'article L. 2261-32 du Code du travail faisait référence aux exigences précitées et qu'elles ont ensuite disparues de la dernière version ; la portée de cet élargissement permettant une intégration du secteur.

(260) Par ex. en Autriche, au Portugal, en Espagne : *Couverture de la négociation collective et procédures d'extension*, EIRO, préc.

(261) Sur la restructuration des Branches : V. *supra* Partie I, chp. I.

(262) Art. L. 2261-32 C. trav.

(263) V. *supra* : Partie I, chp. I.

(264) V. *supra* : Partie I, chp. I.

Tableau de synthèse : comparaison des deux types d'élargissement

	Conditions de fond	Droit de veto de la CNNC*	Portée
Élargissement prévu à l'article L. 2261-17	En cas d'absence ou de carence des organisations se traduisant par une impossibilité persistante de conclure une convention ou un accord dans une Branche ou un secteur déterminé ; l'élargissement concerne une convention ou un accord déjà étendu ; 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.	Oui	Rendre obligatoire une convention ou un accord à un secteur. Caducité de l'arrêté d'élargissement en cas de négociation dans ce secteur.
« Élargissement-intégration » prévu à l'article L. 2261-32	En cas d'absence d'une Convention Collective couvrant un secteur professionnel ou territorial.	Non	Intégration d'un secteur non couvert par une Convention Collective au champ d'application d'une Convention Collective.

* Commission Nationale de la Négociation Collective.

§2 Dénaturation de la technique d'élargissement

Élargissement partiel. – L'ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017 introduit la faculté pour le Ministre de décider un élargissement partiel (265). Sont visés par l'article L. 2261-17, 2° du Code du travail, l'accord et la convention professionnelle. *Quid* de l'accord et la Convention de Branche ? Le texte visait déjà l'accord et la convention professionnelle dans sa version antérieure. L'accord professionnel peut parfois posséder un champ plus étroit que celui couvert par une Convention de Branche. Il porte sur un thème particulier, à la différence de la convention professionnelle couvrant l'ensemble des conditions de travail. Cependant, par la référence à la convention professionnelle, peu fréquente dans le Code du travail, le législateur évoque traditionnellement la Convention de Branche. L'analogie entre Convention de Branche et convention professionnelle est par ailleurs confortée par la précision terminologique de l'article L. 2232-5 du Code du travail qui n'évoque que les conventions et accords de Branche et les accords professionnels et interbranches. Néanmoins, une clarification terminologique dans l'article L. 2261-17 du Code du travail à propos de l'élargissement professionnel aurait été bienvenue. En tout état de cause, c'est la notion de « secteur professionnel », au sens générique du terme, qui est au cœur du dispositif de l'élargissement. Ainsi, la Convention de Branche et l'accord de Branche ou professionnel, peuvent être élargis, même partiellement, dans un « secteur professionnel » plus étroit qu'une Branche ou dans une Branche.

Application parcellaire des règles conventionnelles de Branche. – Avec l'élargissement, l'atteinte à l'autonomie collective est significative. Il permet déjà d'imposer l'application d'une convention à des tiers se situant même en dehors de son champ d'application professionnel et territorial. De surcroît, l'élargissement partiel porte atteinte à l'économie de l'acte concerné. Il s'agit d'accorder au ministre chargé du Travail un autre instrument permettant un délitement des règles conventionnelles de Branche. À défaut d'accord conclu dans la Branche à laquelle elle appartient, et qui plus est à défaut d'accord conclu en son sein, une entreprise pourra se voir appliquer certaines clauses d'une convention conclue dans une autre Branche et présentant des conditions analogues quant aux emplois concernés.

(265) Art. L. 2261-17, 2° C. trav. issu de l'ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017. V. une autre modification issue de l'ordonnance du 22 septembre 2017 à propos de l'élargissement territorial (art. L. 2261-17, al. 5 C. trav.) : la condition d'analogie de situations économiques entre les secteurs concernés a été transformée pour être identique à celles prévus pour l'élargissement professionnel. Ainsi, « 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 ». C'est l'analogie quant aux emplois concernés qui doit être vérifiée par le Ministre au moment de décider de l'élargissement. L'alignement des conditions paraît pertinent au regard des règles relatives à la restructuration des Branches professionnelles (Art. L. 2261-32 C. trav.).

Ce pouvoir accordé au ministre chargé du Travail de décider un élargissement partiel des règles conventionnelles de Branche ne correspond plus à la finalité initiale de la technique d'élargissement : inciter à la négociation et combler les vides conventionnels en appliquant de manière identique une Convention Collective négociée et étendue dans une autre Branche sous réserve des clauses exclues lors de l'extension. Ainsi, comme à propos de l'extension, l'accroissement des pouvoirs du Ministre conduit ainsi à une dénaturation de la technique.

L'objectif visé par la création de ce pouvoir du Ministre d'élargir partiellement une convention est de faire profiter les TPE et PME de l'application des règles conventionnelles de Branche les plus pertinentes pour elles qui ont été négociées et étendues dans une autre Branche que celles à laquelle elles appartiennent et présentant des conditions analogues quant aux emplois exercés. Il est ainsi envisageable que des entreprises de moins de cinquante salariés puissent bénéficier du dispositif des accords-types alors qu'elles appartiennent à une Branche qui ne l'a pas prévu. Comme l'a justement souligné un auteur : « *les stipulations des accords étendus sont finalement conçues comme une sorte de bien commun aux entreprises relevant de Branches présentant des conditions analogues quant aux emplois exercés* » (266). Les clauses des Conventions de Branches pourraient devenir une sorte de réserve des règles négociées dans laquelle le ministre chargé du Travail pourrait piocher telles ou telles clauses et les rendre applicables dans d'autres Branches. Toutefois, demeure un garde-fou face à ce pouvoir du Ministre : le droit de véto de la Commission Nationale de la Négociation Collective (267). Cette dernière devra donner un avis favorable.

(266) S. Nadal, « Gouvernance du niveau et des règles de Branche : les nouveaux visages de l'emprise étatique », RDT 2017, p. 652.

(267) Art. L. 2261-17 C. trav.

CHAPITRE II

ARTICULATION DE LA CONVENTION DE BRANCHE AVEC LA CONVENTION D'ENTREPRISE

Affaiblissement de l'impérativité de la Convention de Branche. – Qu'elle soit ordinaire ou étendue, la Convention de Branche est soumise à des règles d'application affirmant le principe de prévalence de l'accord d'entreprise. L'impérativité, imposée comme choisie, de la Convention de Branche est ébranlée. Ainsi, en plus d'être l'exception (section I), la prévalence de la Convention de Branche est relative puisqu'elle n'a pas la même valeur que celle de principe de l'accord d'entreprise (Section II).

SECTION I. PRÉVALENCE EXCEPTIONNELLE DE LA CONVENTION DE BRANCHE

Trois catégories de matières. – Désormais trois catégories de matières sont identifiées par le Code du travail dans lesquelles s'appliquent des règles différentes d'articulation. Ces catégories sont constituées pour appliquer des règles d'articulation entre Convention de Branche et convention d'entreprise. Ce ne sont pas des domaines réservés à la Convention de Branche ou à la convention d'entreprise.

- Les deux premières catégories renvoient à des matières limitativement énumérées dans lesquelles la Convention de Branche prévaut sur la convention d'entreprise.
- La troisième catégorie renvoie à toutes les autres matières à propos desquelles la convention d'entreprise prévaut sur la Convention de Branche. La prévalence de principe de la convention d'entreprise est ainsi affirmée, reléguant celle de la Convention de Branche à ne présenter qu'un caractère exceptionnel.

Affirmation du principe de prévalence de la convention d'entreprise. – L'article L. 2253-3 du Code du travail dispose que « *dans les matières autres que celles mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail, les stipulations de la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la Convention de Branche ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la Convention de Branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large. En l'absence d'accord d'entreprise, la Convention de Branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large s'applique* ». En cas d'identité d'objet des clauses entre convention d'entreprise et Convention de Branche dans les matières relevant de la troisième catégorie de matières, la convention d'entreprise prévaut peu important que les clauses soient ou non plus favorable pour les salariés. La Convention de Branche devient une norme supplétive, uniquement applicable en l'absence d'accord d'entreprise. C'est l'aboutissement de l'évolution initiée par la loi du 4 mai 2004 et surtout la loi du 20 août 2008, poursuivie par la loi du 8 août 2016 et consacrée en un principe par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 (268).

Exception : des cas déterminés de prévalence de la Convention de Branche. – Les articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail prévoient des cas limités de concours entre les deux normes conventionnelles. La prévalence de la Convention de Branche peut être impérativement définie par la loi dans une série de matières (§1) ; elle peut également être choisie par les signataires de la convention dans quatre autres matières (§2).

(268) G. Auzero, « Conventions d'entreprise et Convention de Branche », Dr. soc. 2017, p. 1018 ; A. Martinon, « Brèves observations sur la nouvelle articulation des accords collectifs », JCP S 2018, 1047 ; A. Bugada, « L'articulation des dispositions de Branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 1056 ; P.-H. Antonmattei, « L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise », Dr. soc. 2017, p. 1027 ; F. Géa, « Un changement de paradigme ? » Dr. soc. 2017, p. 997 ; J.-F. Césaró, « Conventions et accords collectifs – L'automne dans les Branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, 1306 ; P. Lokiec, « Accord collectif et contrat de travail », Dr. soc. 2017, p. 1024. À compter du 1^{er} janvier 2018, c'est l'application immédiate des dispositions précitées.

§1 Prévalence imposée par la loi

Prévalence dans une série de matières déterminées. – L'article L. 2253-1 du Code du travail prévoit que dans une série de matières déterminées, « *la Convention de Branche définit les conditions d'emploi et de travail des salariés. Elle peut en particulier définir les garanties qui leur sont applicables* ». Il ajoute que dans ces matières, « *les stipulations de la Convention de Branche ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large 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. Cette équivalence des garanties s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant à la même matière.* ». La primauté de la Convention de Branche porte sur les conventions d'entreprises postérieures ou antérieures à son entrée en vigueur.

Matières reprises. – Ces matières ne sont pas toutes nouvelles. Un certain nombre était disséminé dans plusieurs dispositions du Code du travail. Elles sont désormais regroupées dans un seul article.

On retrouve ainsi des matières déjà citées à l'ancien article L. 2253-3 du Code du travail qui prévoyait qu'une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ne pouvait comporter des clauses dérogeant à celles des Conventions de Branche ou accords professionnels ou interprofessionnels. Ces matières étaient ainsi « sanctuarisées » par la loi. La règle d'articulation n'est pas parfaitement identique, cependant quasiment tous les thèmes de l'ancien article L. 2253-3 du Code du travail sont repris. Il s'agit des salaires minimaux hiérarchiques, des classifications, des garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du Code de la Sécurité sociale, d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la mutualisation des fonds de la formation professionnelle (269).

Certaines mesures relatives à la durée du travail, la répartition et l'aménagement du temps de travail sont également reprises dans l'article (270). Il en est également ainsi des conditions et des durées de renouvellement de la période d'essai (271), de deux cas de mise à disposition d'un salarié temporaire auprès d'une entreprise utilisatrice (272), de la rémunération minimale du salarié porté et le montant de l'indemnité d'apport d'affaire (273).

Auparavant, plusieurs de ces matières étaient réservées à la négociation de Branche. Avec la règle désormais posée à l'article L. 2253-1 du Code du travail, le monopole de la Convention de Branche disparaît pour ces matières. La liste des matières réservées à la négociation de Branche et concernées par le « verrou de légalité » de l'extension se réduisent alors considérablement (274).

Matières nouvelles. – De nouvelles matières sont ouvertes à la négociation de Branche et d'entreprise et pour lesquelles la Convention de Branche prévaut. Il s'agit de la mutualisation des fonds de financement du paritarisme (275), certaines mesures relatives aux CDD et aux contrats de travail temporaire (276), les mesures relatives au CDI de chantier (277), les modalités selon lesquelles la poursuite des contrats de travail est organisée entre deux entreprises lorsque les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail ne sont pas réunies (278).

Extension du domaine de prévalence ? – L'article L. 2253-1 fixe une liste limitative de matières pour lesquelles la Convention de Branche prévaut. Certains négociateurs de Branche ont déjà exprimé leur volonté d'étendre ce domaine de prévalence en jouant sur le contenu de ces matières (279). Citons l'exemple de l'accord du secteur des transports

(269) À l'exception des mesures en matière de prévention de la pénibilité prévue au titre VI du livre 1^{er} de la quatrième partie.

(270) Art. L. 2253-1, 6° C. trav.

(271) Art. L. 2253-1, 10° C. trav.

(272) Art. L. 2253-1, 12° C. trav.

(273) Art. L. 2253-1, 13° C. trav.

(274) V. *supra* : Vers la fin du domaine réservé de la négociation de Branche (Partie I, chp. II).

(275) Art. L. 2253-1, 3° C. trav.

(276) Art. L. 2253-1, 7° C. trav.

(277) Art. L. 2253-1, 8° C. trav.

(278) Art. L. 2253-1, 11° C. trav.

(279) V. *supra* : Jeu de la technique contractuelle (Partie I, chp. II).

terrestres prévoyant l'intégration dans les salaires minimaux hiérarchiques des modalités de travail de nuit, des jours fériés et des dimanches (280).

§2 Prévalence choisie par les signataires de la Convention de Branche

Matières visées. – L'article L. 2253-2 du Code du travail dispose que dans quatre matières déterminées : « *lorsque la Convention de Branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large le stipule expressément, la convention d'entreprise conclue postérieurement à cette convention ou à cet accord ne peut comporter des stipulations différentes de celles qui lui sont applicables en vertu de cette convention ou de cet accord sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes* ».

Les matières visées par la loi sont : la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels énumérés à l'article L. 4161-1 ; l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés ; l'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leurs parcours syndical ; les primes pour travaux dangereux ou insalubres.

Dans ces matières, la Convention de Branche peut donc prévoir son impérativité à l'égard des accords d'entreprise conclus postérieurement.

« Clauses de verrouillage » existantes ? – Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017, les négociateurs de Branche bénéficiaient de la possibilité d'insérer des « clauses de verrouillage » dans leur convention. Or, le pouvoir accordé aux négociateurs de Branche à l'article L. 2253-2 du Code du travail leur permet d'insérer des « clauses d'impérativité » différentes des anciennes « clauses de verrouillage ». D'une part, la volonté des parties d'imposer la prévalence de leur convention ne peut concerner que quatre thèmes, contrairement aux « clauses de verrouillage » qui avaient un champ illimité. D'autre part, l'application de la « clause de verrouillage » conduisait, en cas de concours, à l'application de la Convention de Branche, sauf à ce que l'accord d'entreprise soit plus favorable. C'était le retour du principe de faveur. Or, les « clauses d'impérativité » prévues par l'article L. 2253-2 du Code du travail ne produisent pas cet effet. En cas de concours avec un accord d'entreprise postérieur, celui-ci s'appliquera s'il contient des garanties équivalentes.

Quid du sort des « clauses de verrouillage » existantes dans les Conventions de Branche ? Il est prévu que dans les matières mentionnées à l'article L. 2253-2 du Code du travail, les « clauses de verrouillage » existantes dans les Conventions de Branche ordinaires ou étendues peuvent continuer de produire effet si un avenant confirme leur portée au regard de la convention d'entreprise ou d'établissement avant le 1^{er} janvier 2019 (281). *Quid* entre le 1^{er} janvier 2018 et le 1^{er} janvier 2019 ? L'interprétation littérale du texte suggère que la « clause de verrouillage » cesse de produire effet au 1^{er} janvier 2018, et qu'en cas de confirmation avant le 1^{er} janvier 2019, elle produise alors un effet rétroactif (282). L'impératif de sécurité juridique pourrait toutefois justifier que la confirmation ne produise d'effet que pour l'avenir (283).

Accords d'entreprise antérieurs ? – La Convention de Branche ne peut prévoir son impérativité dans les quatre thèmes visés par l'article L. 2254-2 du Code du travail, qu'à l'égard des accords d'entreprise qui lui sont postérieurs. Ainsi, les accords d'entreprise antérieurs à la Convention de Branche s'appliqueraient même s'ils comportent des clauses moins favorables, sauf à considérer, malgré la disparition de la règle posée à l'ancien article L. 2253-1 du Code du travail, que puisse jouer le principe fondamental selon lequel en cas de conflit de normes, la plus favorable s'applique. C'est une règle prétorienne, n'ayant pas valeur constitutionnelle, et qui a subi un nombre très important de dérogations jusqu'à sa disparition des règles légales d'articulation des accords collectifs. La loi accorde

(280) E. Poumeroulie, *Sem. soc.* Lamy 2017, n° 1790, p. 31 ; P.-H. Antonmattei, « L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2017, p. 1027, n° 22. *V. supra.*

(281) Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, art. 16, I.

(282) Pour une autre interprétation : G. Auzero, « Conventions d'entreprise et Convention de Branche », *Dr. soc.* 2017, p. 1018. L'auteur estime que les clauses de verrouillage continuent de produire effet après le 1^{er} janvier 2018 jusqu'à leur confirmation et au plus tard au 1^{er} janvier 2019.

(283) En ce sens : J.-F. Cesaro, « Conventions et accords collectifs – L'automne dans les Branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », *JCP S* 2017, 1306, n° 19.

une place croissante à l'accord d'entreprise. Il est ainsi permis de douter de l'application du principe de faveur en cas de concours entre un accord de Branche et un accord d'entreprise antérieur.

Accords de Branche conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004 ? – L'article 45 de la loi du 4 mai 2004 disposant que « *la valeur hiérarchique accordée par leurs signataires aux conventions et accords conclus avant l'entrée de la présente loi demeure opposable aux accords de niveaux inférieurs* » (284) est désormais abrogé (285).

Toutefois, il est prévu que « *dans les matières mentionnées à l'article L. 2253-2 du même Code, les clauses des conventions et accords de Branche, et des accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus large mentionnées par l'article 45 de la loi du 4 mai 2004 susvisée continuent de produire effet si un avenant confirme, avant le 1^{er} janvier 2019, la portée de ces clauses au regard de la convention ou de l'accord d'entreprise ou d'établissement. Les stipulations confirmant ces clauses s'appliquent aux accords étendus* ». Le dispositif est similaire à celui prévu concernant le sort des « clauses de verrouillage », avec la même incertitude liée à l'effet dans le temps de la confirmation.

SECTION II. PRÉVALENCE RELATIVE DE LA CONVENTION DE BRANCHE

Réserve à la prévalence de la Convention de Branche : des garanties au moins équivalentes dans la convention d'entreprise. – Dans les domaines où la Convention de Branche prévaut sur la convention d'entreprise (catégorie 1 et catégorie 2), cette dernière est toutefois applicable lorsqu'elle assure des garanties au moins équivalentes (286). La « règle d'équivalence » n'a pas vocation à jouer pour les matières de la troisième catégorie.

Questions. – Malgré les décisions du Conseil d'État puis du Conseil constitutionnel ne retenant pas le grief d'inintelligibilité et de manque de clarté de la norme (287), cette « règle d'équivalence » inédite en droit du travail suscite plusieurs difficultés s'agissant de sa mise en œuvre. Que signifie l'équivalence ? *Quid* du rôle des signataires des accords collectifs ?

L'existence de garanties dans la Convention de Branche. – La réserve de l'équivalence suppose que la Convention de Branche comporte effectivement des garanties. *Quid* des thèmes qui ne contiennent pas *a priori* de garanties ? Par exemple : les règles d'une Convention de Branche relatives au renouvellement de la période d'essai.

L'équivalence s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant à la même matière. – Le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 indique que l'équivalence devrait être appréciée domaine par domaine (288). La loi n° 2018-2017 du 29 mars 2018, ratifiant les ordonnances du 22 septembre 2017, complète les articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail. Elle précise que « *l'équivalence des garanties [...] s'apprécie par ensemble de garanties se rapportant à la même matière* » (289).

Auparavant, l'application de la règle de faveur, lorsqu'elle jouait entre accords collectifs, conduisait à comparer des avantages ayant le même objet et la même cause. Désormais,

(284) L. n° 2004-391, 4 mai 2004, art. 45.

(285) Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, art. 16 II.

(286) Art. L. 2253-1 C. trav. : « (...) *Dans les matières énumérées au 1° à 13°, les stipulations de la Convention de Branche ou de l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large 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. (...)* » ; art. L. 2253-2 C. trav. : « *Dans les matières suivantes, lorsque la Convention de Branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large le stipule expressément, la convention d'entreprise conclue postérieurement à cette convention ou à cet accord ne peut comporter des stipulations différentes de celles qui lui sont applicables en vertu de cette convention ou de cet accord sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes (...)* »

(287) CE, 16 nov. 2017, n° 415093 ; Cons. const. n° 2018-761 DC, 21 mars 2018.

(288) Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective : JO 23 sept. 2017, texte n° 28.

(289) 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 sur le renforcement du dialogue social, art. 2.

il ne s'agit plus de comparer des avantages ayant le même objet et la même cause. Cependant, le débat sur la méthode de comparaison, ancien et connu, concernant la comparaison des avantages ayant le même objet et la même cause, peut trouver un écho ici. S'opposaient la méthode analytique et la méthode globale. Il a été justement rappelé que « *la méthode globale renforcerait la primauté de l'accord d'entreprise, spécialement dans la prise en compte de l'interdépendance de ses clauses ; la méthode analytique en revanche réactiverait la perception hiérarchique en faveur de la Branche* » (290).

Avec la précision apportée par la loi de ratification sur l'appréciation de l'équivalence, il est permis de penser que c'est la méthode globale qui a été retenue. Ce n'est pas surprenant au regard de l'ensemble des règles issues des ordonnances du 22 septembre 2017 visant à favoriser la négociation des accords d'entreprise. « *L'idée sous-tendue par la réforme étant la disparition d'une hiérarchie structurelle* » (291).

Malgré cette précision apportée par la loi, des questions demeurent. Que doit-on comprendre par « matière » ? À quoi renvoie ce terme ? Le vocable est déjà très divers : thèmes, sujets, domaines. Voici désormais les matières. En creux, c'est la notion de garantie qui interroge également. Qu'est-ce qu'une garantie ? Dans quel ensemble se situe-t-elle ? Dans quelle matière se situe-t-elle ?

Il est question de garanties et non d'avantages. L'acceptation de la garantie peut être large (par ex. : les primes et salaires minimaux sont des garanties équivalentes au sein de la matière qu'est la rémunération). Dans l'acceptation étroite de la garantie, il paraît impossible dans certaines matières d'identifier des garanties équivalentes, autrement dit d'imaginer des garanties qui ne soient pas identiques (par ex. concernant la rémunération minimale, les primes ne constituent pas une garantie équivalente en compensation de la réduction des minimaux). En retenant l'acceptation étroite, la possibilité d'application d'un accord d'entreprise serait très souvent inexistante (292). À l'inverse, l'acceptation large de la garantie permettrait de donner un effet utile à la règle de l'équivalence. Cette acceptation correspond davantage à l'esprit de la réforme visant à favoriser la place de l'accord d'entreprise, et à mettre fin à la « hiérarchie structurelle » (293) entre l'accord de Branche et l'accord d'entreprise. La précision apportée par la loi de ratification milite également en ce sens. Le texte renvoie à une approche globale des thèmes ou sujets traités au sein de cette matière.

L'équivalence renvoie à la notion de valeur. – L'équivalence renvoie à une approche quantitative, à une identité de valeur (294). L'équivalence permet de résoudre un conflit de normes. Bien que les normes soient équivalentes, le choix de l'application de l'une de ces normes n'est pas libre. L'accord d'entreprise, donc l'accord de proximité, s'applique. Il prime sur l'accord de Branche.

L'équivalence n'est pas l'identique ou le plus favorable. Le rapport à la Branche est différent, il n'est plus définitivement hiérarchique. L'accord d'entreprise peut comporter des clauses différentes de celles de l'accord de Branche dès lors qu'il existe des garanties au moins équivalentes dans l'accord d'entreprise au sein de la matière concernée. Il n'est pas nécessaire que les garanties prévues par l'accord d'entreprise soient plus favorables.

L'application de cette « règle d'équivalence » ouvre la marge d'appréciation des juges. Mais le rôle à jouer par les partenaires sociaux risque d'être décisif. En effet, la charge de la preuve repose sur la partie qui souhaite faire application de l'accord d'entreprise. Il lui appartiendra de démontrer l'existence de garanties équivalentes. Or, les négociateurs d'accords peuvent identifier lesdites garanties équivalentes dans le préambule ou dans le corps de l'accord d'entreprise (295). La preuve à rapporter sera plus aisée. Il s'agit pour

(290) A. Bugada, « L'articulation des dispositions de Branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 1056, n° 8.

(291) *Ibid.*

(292) V. A. Martinon, « Brèves observations sur la nouvelle articulation des accords collectifs », JCP S 2018, 1047, n° 15.

(293) A. Bugada, « L'articulation des dispositions de Branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 1056, n° 9.

(294) J.-F. Césaro, « Conventions et accords collectifs – L'automne dans les Branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, 1306 ; G. Auzero, « Conventions d'entreprise et Convention de Branche », Dr. soc. 2017, p. 1018 ; A. Martinon, « Brèves observations sur la nouvelle articulation des accords collectifs », JCP S 2018, 1047.

(295) J.-F. Césaro, « Conventions et accords collectifs – L'automne dans les Branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, 1306, n° 8.

les parties de contractualiser les explications sur les règles ayant des effets équivalents. Il appartient au juge de rechercher l'équivalence, mais son travail sera facilité.

Certains vont jusqu'à proposer de retenir une « présomption d'équivalence » des accords d'entreprise. Il s'agirait d'aller dans le sens des nouvelles règles de preuve concernant les actions en nullité des accords : ainsi « *il appartiendrait à celui qui se prévaudrait du défaut d'équivalence d'apporter la preuve que l'accord collectif ne remplit pas une telle condition* » (296). Le juge n'opèrerait qu'un « *contrôle du dérisoire, les garanties dérisoires ne constituant pas des garanties* » (297). Si les garanties n'étaient pas clairement identifiées dans l'accord d'entreprise, alors le juge devrait approfondir son contrôle en recherchant les garanties (298).

Sans aller jusque-là et en se contentant d'admettre la méthode d'identification des garanties équivalentes dans l'accord d'entreprise, une question se pose. *Quid* si les signataires de l'accord de Branche décident également d'expliquer les garanties et précisent ce qu'ils entendent par garanties équivalentes ? En effet, si l'on admet que les signataires de l'accord d'entreprise puissent user d'une méthode explicative, il convient d'en reconnaître la possibilité aux négociateurs de la Branche. Ainsi, la Convention de Branche ne pourrait-elle pas limiter le jeu de la « règle d'équivalence » ?

(296) A. Martinon, « Brèves observations sur la nouvelle articulation des accords collectifs », JCP S 2018, 1047, n° 12.

(297) *Ibid.*

(298) *Ibid.*

CHAPITRE III

CONTENTIEUX DE LA NORME CONVENTIONNELLE DE BRANCHE

Évènements non contentieux. – Au fil de l’application de la Convention Collective, son contenu est appelé à être adapté par la voie de la révision dont la négociation est parfois imposée par le législateur (299). La durée d’application de la Convention Collective est par ailleurs variable. Elle dépend d’abord de la volonté des parties de choisir ou non que leur accord soit à durée indéterminée. À défaut de manifestation de volonté, la convention est à durée déterminée (300). Lorsqu’elle est à durée indéterminée, les parties peuvent la dénoncer (301). Il se peut également que la convention, à durée indéterminée ou déterminée, soit mise en cause (302). En cas de dénonciation ou de mise en cause, est prévue la survie temporaire de la Convention Collective.

Contentieux. – L’application de la Convention de Branche peut être perturbée par un contentieux. Deux questions spécifiques se posent quant au rôle de l’État et des partenaires sociaux dans le contentieux de la Convention de Branche. D’une part, quelle est la répartition des pouvoirs entre le juge et les partenaires sociaux dans le contentieux de la Convention de Branche, autrement dit quelle est la place du juge (Section I) ? D’autre part, lorsque l’État intervient par arrêté d’extension, des difficultés contentieuses particulières se présentent impliquant de s’interroger sur la répartition des contentieux et le juge compétent : juge judiciaire ou juge administratif (Section II) ?

SECTION I. PLACE DU JUGE : RETRAIT ?

Différents contentieux. – Le contrôle du juge peut être de différents ordres. Les contentieux se mêlent souvent. Ainsi, le contentieux de l’interprétation se confond nécessairement avec celui de l’exécution ou de l’annulation. En revanche, une action en vue d’obtenir l’exécution ou l’annulation de la convention en totalité ou partiellement peut être introduite, sans qu’aucune difficulté d’interprétation ne soit soulevée.

Retrait du juge ? – Le contentieux suscité par l’application des Conventions de Branche est abondant. Le contrôle par le juge judiciaire de la conformité de la Convention Collective à la loi ainsi que l’importance de son activité interprétative suscitent depuis longtemps le débat. La méfiance à l’encontre du juge et la volonté de garantir l’application de l’objet négocié par les organisations professionnelles en limitant les contentieux a conduit le législateur à prévoir des mesures, non réservées au niveau de la Branche, de sécurisation des accords collectifs (§1). En matière d’interprétation, le débat sur la distribution des rôles entre le juge et les parties signataires a rebondi avec la mise en place dans les Branches des Commissions Paritaires Permanentes de Négociation et d’Interprétation (CPPNI). Cependant, les règles entourant cette nouvelle instance ne bouleversent pas la répartition classique entre l’interprétation judiciaire et l’interprétation conventionnelle mais soulèvent des incertitudes quant à la mise en œuvre (§2).

§1 Mesures de « sécurisation » des accords collectifs

Évolution jurisprudentielle et législative. – De manière générale et désormais classique en droit du travail, le contrôle du juge est critiqué en ce qu’il constitue une source d’imprévisibilité et conduit à un contentieux trop important que les tribunaux ne peuvent absorber suffisamment rapidement. Lorsque le contentieux concerne l’accord ou la

(299) V. *supra* : Partie I, chp. II.

(300) Art. L. 2222-4 C. trav.

(301) Art. L. 2161-9 et s. C. trav.

(302) Art. L. 2261-14 C. trav.

Convention Collective, la défiance à l'égard du juge est encore plus marquée eu égard à la promotion de la négociation collective, spécialement d'entreprise. Le contrôle du contenu de l'accord par le juge ne disparaît pas (303). Cependant, la volonté de sécuriser les accords collectifs est présente.

Elle s'est d'abord manifestée de manière significative dans les arrêts du 27 janvier 2015 relatif aux avantages catégoriels (304). En effet, depuis 2015, la Cour de cassation décide que les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle. La solution sonnait comme un « *hommage de la chambre sociale à la négociation collective* » (305), a été confirmée et étendue (306). Le contrôle du juge sur le contenu de l'accord collectif est ainsi limité.

Dans ce sillon, l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 a ensuite inséré trois mesures de sécurisation des accords et Conventions Collectives.

Preuve de la non-conformité. – D'une part, l'article L. 2262-13 du Code du travail prévoit qu'il appartient à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent (307). La disposition est essentiellement symbolique car il ne s'agit que d'une reprise du principe civiliste selon lequel il incombe à la partie introduisant un recours contre un acte d'apporter la preuve de son illégalité. Dans la version initiale du texte, il s'agissait d'aller plus en avant en étendant la solution précitée de la Chambre sociale de la Cour de cassation à propos des avantages catégoriels en faisant bénéficier les accords collectifs d'une présomption de conformité à la loi (308). L'avis du Conseil d'État soulignait le risque qu'une telle présomption présenterait quant au droit au recours (309).

Délai réduit de prescription d'une action en nullité de l'accord. – D'autre part, sont fixés des délais de prescription abrégés pour l'action en nullité d'un accord collectif par rapport au délai de droit commun de cinq ans prévu par l'article 2224 du Code civil. L'action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif doit, à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de deux mois à compter, pour un accord ou une Convention de Branche, de la publication de l'accord ou de la convention dans une base de données nationale, en application de l'article L. 2231-5-1 du Code du travail.

Modulation des effets dans le temps de l'annulation de l'accord. – Enfin, les effets de l'annulation d'un accord collectif peuvent être modulés dans le temps. En principe, l'annulation d'un accord collectif a un effet rétroactif. La situation peut s'avérer complexe selon la durée d'application de l'accord (lorsque l'annulation intervient longtemps après que l'accord collectif ait commencé à produire ses effets) ou sa portée (lorsque la Convention de Branche annulée avait été étendue, voir élargie). Pour limiter ces situations, il est désormais prévu à l'article L. 2262-15 du Code du travail qu' « *en cas d'annulation par le juge de tout ou partie d'un accord ou d'une Convention Collective, celui-ci peut décider [...] que l'annulation ne produira ses effets que pour l'avenir ou de moduler les effets de sa décision dans le temps, sous réserve des actions contentieuses déjà engagées à la date de sa décision sur le même fondement* ». Il s'agit d'une confirmation d'une possibilité existante peu utilisée par le juge judiciaire. Le juge administratif s'agissant de l'annulation

(303) V. en ce sens : P.-H. Antonmattei, « Le juge judiciaire et l'accord collectif : brèves observations », Dr. soc. 2017, p. 425, n°4 et s.

(304) V. *supra*. Soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179 ; n° 13-25.437 ; n°13-14.773, P.-H. Antonmattei, « Avantages catégoriels d'origine conventionnelle et principe d'égalité de traitement : l'avis de tempête est levé ! », Dr. soc. 2015, p. 351 ; v. égal. sur le contrôle du juge : A. Martinon et E. Peskine, « Le juge et le contenu de l'accord collectif. Regards croisés », Dr. soc. 2017, p. 115.

(305) L. Pecaut-Rivolier, « L'hommage de la chambre sociale à la négociation collective », Sem. soc. Lamy 2015, n° 1663, p. 7.

(306) Soc. 8 juin 2016, n°15-11.324, n°15-11.324 ; n°15-12.021, B. Bossu, comm., JCP S 2016, 1321 ; Soc. 3 nov. 2016, n° 15-18.444.

(307) Art. L 2262-13 C. trav.

(308) Le projet d'ordonnance rendu public le 31 août dernier semblait toutefois marquer un retour aux intentions initiales du Gouvernement, puisqu'il prévoyait que « *les conventions ou accords collectifs répondant aux règles de validité applicables à la date de conclusion sont présumés négociés et conclus conformément à la loi* ».

(309) CE, avis, n° 393 357, 22 juin 2017. Le texte définitif de l'ordonnance 2017-1385 suit davantage le point de vue du Conseil d'État.

d'un arrêté d'extension procède en revanche fréquemment à la modulation des effets de sa décision d'annulation d'un arrêté d'extension (310).

Cette troisième mesure permet également de sécuriser les accords et Conventions Collectives, plus spécialement leurs effets malgré leur annulation. Il ne s'agit toutefois que d'une faculté et non d'une obligation pour le juge. Il conserve une marge d'appréciation. Elle demeure toutefois encadrée puisque le juge ne peut user de sa faculté que « *s'il lui apparaît que l'effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets.* » (311).

§2 Commission permanente paritaire de négociation et d'interprétation

Création d'une instance ayant vocation à devenir l'organe de gouvernance de la Branche. – Avant l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 2016, il était prévu que les Conventions de Branche et les accords professionnels instituaient des commissions paritaires d'interprétation. Désormais la mise en place d'une Commission Permanente Paritaire de Négociation et d'Interprétation est obligatoire dans chaque Branche. À défaut du respect de cette obligation, la Branche s'expose à la procédure de fusion (312). La loi regroupe ainsi les anciennes commissions paritaires de négociation et d'interprétation à l'intérieur de la CPPNI. Les partenaires sociaux peuvent y intégrer d'autres commissions. Au regard de l'ensemble de ses missions, la CPPNI a ainsi vocation à devenir l'organe de gouvernance de la Branche (313), manifestation évidente de la mutation de la fonction traditionnelle de cette dernière. Il conviendra d'observer la manière dont les Branches appréhendent la CPPNI, de manière minimaliste ou en mettant en place une réelle gouvernance (314).

Par la création de la CPPNI et sa mise en place obligatoire dans les Branches, la loi consacre le rôle d'interprète des commissions paritaires à côté de celui du juge sans pour autant modifier la répartition des rôles entre elles et ce dernier.

Consécration du rôle d'interprète des commissions paritaires. – Le juge judiciaire est compétent pour statuer sur les difficultés nées de l'application des Conventions Collectives mais c'est un exercice délicat pour lui, tiers à la négociation de la convention, d'identifier le sens des clauses de cette dernière. En raison du dualisme de la Convention Collective, l'interprétation judiciaire des Conventions Collectives de travail conduit à appliquer les règles d'interprétation de la loi plutôt que celles des contrats. La Cour de cassation a fait le choix de la primauté d'une interprétation littérale du texte conventionnel (315). Lorsqu'il est clair et sans ambiguïté, le texte prime l'intention des parties signataires. La recherche de l'intention des négociateurs peut s'avérer difficile en l'absence de connaissance du contenu des discussions. L'obligation de rédiger un préambule afin de présenter les objectifs et le contenu de l'accord collectif (316) pourrait être un outil utile pour le juge. La portée de cette obligation reste toutefois limitée puisque son inexécution n'entraîne pas la nullité de l'accord collectif.

Il n'est ainsi pas rare que la difficulté d'interprétation soit réglée par les parties elles-mêmes. Deux voies sont possibles. D'une part, la difficulté d'interprétation peut être réglée directement par les parties par voie d'avenant. L'avenant interprétatif, signé par l'ensemble des parties à la Convention Collective s'impose de manière rétroactive à la date d'entrée en vigueur de l'accord, aussi bien à l'employeur et aux salariés qu'au juge qui ne peut l'écarter (317).

(310) V. par ex. : CE, 7 déc. 2016, n° 366345 ; CE, 8 juill. 2016, n° 352901 ; CE, 7 mai 2015, n° 375882. La CJUE module également les effets dans les temps de ses décisions concernant des arrêtés d'extension : CJUE, 17 déc. 2015, C-25/14 et C-26/14.

(311) Art. L. 2262-15 C. trav.

(312) V. *supra* : Partie I, chp. I.

(313) V. *supra*. V. sp. sur la CPPNI : A. Bugada et A. Sauret, « Regards sur la nouvelle gouvernance de la Branche », préc. ; C. Frouin, « Gouvernance et fonctionnement des Branches : portrait de la CPPNI », JCP S 2018, 1058.

(314) C. Frouin, « Gouvernance et fonctionnement des Branches : portrait de la CPPNI », JCP S 2018, 1058.

(315) Soc. 12 janv. et 26 janv. 2011, JCP S 2011, 1349, note A. Martinon.

(316) Art. L. 2222-3-3 C. trav.

(317) Soc. 1^{er} déc. 1998, n° 98-40.104.

D'autre part, l'interprétation peut résulter d'une délibération d'une commission paritaire d'interprétation. Jusqu'à présent, les Conventions Collectives pouvaient prévoir une procédure *ad hoc* visant à traiter les difficultés d'interprétation susceptibles de se poser lors de l'application de ladite convention. Dans les Branches, cet organe est donc désormais absorbé par la CPPNI. Il convient de relever que cette dernière peut, à la demande d'un juge judiciaire appelé à statuer sur une question nouvelle, rendre un avis sur l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges (318).

Répartition non bouleversée des rôles entre le juge et les commissions. – La loi n'a pas apporté de précisions sur les modalités et les effets de la mission d'interprétation des CPPNI. La répartition des rôles entre le juge et les commissions paritaires en matière d'interprétation ne devraient pas évoluer sensiblement et le régime applicable aux avis interprétatifs devrait perdurer. Ainsi, la création de la CPPNI en elle-même n'évince pas la place du juge. En effet, l'existence de la CPPNI, comme les commissions paritaires *ad hoc* jusqu'alors, n'écarte pas le recours aux tribunaux. La saisine de la commission avant l'introduction d'une action en justice n'est pas obligatoire (319). L'avis ne s'impose pas au juge (320) sauf à ce que la convention prévoit que l'avis aura la valeur d'un avenant interprétatif (321). On notera seulement que la loi du 8 août 2016 a créé une nouveauté en précisant que la CPPNI peut être saisie par une juridiction judiciaire d'une demande d'avis « sur l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges » (322). Cette saisine pour avis est alternative à celle de la Cour de cassation (323). Les juridictions de l'ordre judiciaire disposent alors de la possibilité de solliciter l'avis de la Cour de cassation ou de la CPPNI avant de statuer sur l'interprétation d'une Convention Collective. Cette option soulève plusieurs observations. D'après la lettre du texte, la CPPNI serait compétente pour interpréter tout accord collectif, pas uniquement ceux du niveau de la Branche, dès lors qu'une difficulté particulière se retrouve dans de nombreux litiges. Par ailleurs, entre la saisine de la CPPNI et celle de la Cour de cassation, comment le juge doit-il effectuer son choix ? *Quid* de la portée de l'avis de la CPPNI par rapport à celui de la Cour de cassation ?

Renforcement du rôle de la commission ? – La complexité de l'exercice d'interprétation d'un accord collectif pour le juge et l'idée selon laquelle une commission paritaire d'interprétation permet de révéler plus aisément la volonté des parties invitent à s'interroger sur une évolution du rôle de ladite commission. En ce sens, le renforcement du rôle des CPPNI est parfois soutenu en préconisant de rendre leur saisine obligatoire et de donner force obligatoire à leur avis lorsqu'il a été rendu à l'unanimité des membres (324). Octroyer autant de pouvoir à la commission n'est cependant pas sans présenter des difficultés. Au moment de l'interprétation, la composition de la commission peut ne plus être le reflet des parties initiales et des équilibres syndicaux existants au moment de la négociation de la convention (325). La recherche de l'intention des parties serait alors vaine. Il s'agirait de préférer, à la place du juge, que des organisations professionnelles susceptibles d'être tiers à l'accord en donnent leur propre interprétation. On conviendra qu'est d'ailleurs sous-jacente à cette remarque la difficulté liée à la composition de la CPPNI, dont la loi, s'agissant de l'interprétation, ne dit rien (326).

SECTION II. CHOIX DU JUGE : JUGE JUDICIAIRE OU JUGE ADMINISTRATIF ?

Convention de Branche et arrêté d'extension. – L'intervention de l'État au sein de la Branche par le biais de l'arrêté d'extension, voire d'élargissement, a conduit à des difficultés contentieuses nécessitant de s'interroger sur le juge compétent. Le principe du renvoi pré-

(318) Art. L. 2232-9 C. trav.

(319) Soc. 18 juin 1970, n° 69-40.331 ; Soc. 30 juin 2004, n° 02-41.518.

(320) Ass. pl. 6 févr. 1976, *Bull. Civ.*, n° 2, Dr. soc. 1976, 472, Obs. Savatier.

(321) Soc. 11 oct. 1994, n° 90-41.818, *Bull. Civ. V*, n° 272 ; Soc. 2 déc. 2008, n° 07-44.132, *Bull. Civ. V*, n° 243.

(322) Art. L. 2232-9 C. trav. et Art. L. 441-1 COJ.

(323) Art. L. 441-1 COJ.

(324) P.-H. Antonmattei, « Le juge judiciaire et l'accord collectif : brèves observations », Dr. soc. 2017, p. 425, n° 10.

(325) A. Martinot et E. Peskine, « Le juge et le contenu de l'accord collectif. Regards croisés », préc.

(326) V. pour des développements : C. Frouin, « Gouvernance et fonctionnement des Branches : portrait de la CPPNI », préc.

judiciel entre les deux ordres a été consacré (§1). Alors que la solution semblait acquise, un aménagement s'est imposé. Trois atténuations du principe ont fait évoluer la compétence du juge administratif en lui offrant plus largement la possibilité de statuer sur la légalité d'une Convention Collective étendue lors d'un recours contre l'arrêté (§2).

§1 Principe : renvoi préjudiciel

Consécration du principe du renvoi préjudiciel. – Par arrêté ministériel, les effets de la convention ou l'accord de Branche peuvent être étendus, voir élargis. La question de la répartition des contentieux entre le juge judiciaire et le juge administratif ne se poserait pas si l'arrêté d'extension absorbait la Convention Collective selon la conception réglementaire de l'extension. Le juge administratif serait alors naturellement et exclusivement compétent pour traiter l'ensemble du contentieux de l'extension. Or, c'est la conception conventionnelle de l'extension qui a été retenue (327). Le support de l'extension est composé de deux actes relevant de deux ensembles normatifs différents : un acte de droit privé (la Convention de Branche) et un acte de droit public (l'arrêté ministériel). La répartition des contentieux de l'extension suit cette dualité et doit être analysée à l'aune du dualisme juridictionnel.

Le principe du renvoi préjudiciel entre les deux ordres de juridiction a été consacré en 1960. Ainsi, « *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, compétemement saisie d'un recours pour excès de pouvoir 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* » (328).

Mise en œuvre du principe du renvoi préjudiciel. – Conditions du renvoi préjudiciel. La question préjudicielle peut être une faculté reconnue au juge dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Elle s'impose lorsqu'elle est déterminante pour la solution du litige et présente une difficulté sérieuse. Ce sont deux conditions préalables. L'exception tirée de l'existence d'une question préjudicielle doit être soulevée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. La juridiction sursoit à statuer sur les conclusions jusqu'à ce que l'autorité compétente de l'autre ordre se soit prononcée. Il appartient aux parties de saisir le juge de renvoi dans les délais fixés ; la question préjudicielle doit être jugée selon les règles applicables devant celui-ci.

Contenu des deux contentieux. Afin de mettre en œuvre le renvoi préjudiciel, le contenu du contentieux administratif et du contentieux judiciaire de l'extension a dû être précisé.

Contentieux judiciaire. – Le juge judiciaire contrôle le respect des conditions de négociation de droit commun de la Convention Collective (329), le contentieux relatif à une adhésion (330), les problèmes soulevés par la modification et la dénonciation de la convention (331). L'interprétation de la Convention Collective est également de la pleine compétence du juge judiciaire (332). Le contentieux de l'inexécution de la convention relève du juge judiciaire. Le juge compétent ne change donc pas avant et après l'extension. Le seul acte applicable aux parties comme aux tiers demeure la Convention Collective. Il en est ainsi même lorsque l'entrée en vigueur de l'accord collectif est subordonnée à son extension.

(327) V. *supra* : Partie II, chp. I.

(328) CE, 4 mars 1960, Leb. p. 168 ; Concl. P. Nicolay, Dr. soc. 1960, p. 275 ; CE, 7 mars 1986, D. 1988, Somm., p. 78, obs. D. Chelle et X. Pretot ; CE, 4 mars 1987, D. 1989, Somm., p. 67, obs. D. Chelle et X. Pretot ; CE, 13 avr. 1988, D. 1988, Somm., p. 136, obs. D. Chelle et X. Pretot. Le principe du renvoi préjudiciel d'une question d'interprétation de la Convention Collective étendue est calqué sur celui de l'appréciation de légalité : CE, 13 juil. 1963, Dr. soc. 1964, p. 105, note J. Savatier, p. 106 ; T.C. 19 mai 1958, JCP 1958, II, 10 658 ; Dr. soc. 1959, 35, note J. Boulouis. Le principe a été confirmé par la Cour de cassation : Civ. 2^e, 12 juil. 1963, *Bull. Civ.* n° 254.

(329) V. par ex. : CE, 14 nov. 1980, n° 19957 (sur la contestation sérieuse soulevée par la question de savoir si la personne ayant signé la Convention Collective au nom d'une organisation syndicale sans délibération spéciale, cette organisation l'habilitant à cet effet, avait la qualité pour le faire) ; CE, 30 juin 2003, n° 248347, RJS 2003, n°1197 (application de la théorie de l'acte clair par le juge administratif s'agissant de l'objet de la Convention Collective).

(330) CE, 4 mars 1960, *Fédération des industries chimiques*, préc.

(331) CE, 4 mars 1960, *Fédération des industries chimiques*, préc. : à propos de la validité et les effets de la dénonciation partielle d'une clause. En l'espèce, le juge administratif pose une question préjudicielle.

(332) CE, 13 juil. 1963, Dr. soc. 1964, p. 105, obs. J. Savatier, p. 106. V. *supra*.

Contentieux administratif. – Comme tout acte administratif, l'arrêté d'extension doit pouvoir être attaqué, que soit en cause sa légalité interne ou externe. Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires (333) impose que le contentieux de l'arrêté relève exclusivement du juge administratif. Le Conseil d'État l'a toujours affirmé (334). Au-delà du respect des règles de droit commun de la légalité des actes administratifs, le contrôle des conditions de procédure et de fond de l'extension relève de la compétence du juge administratif. Le Conseil d'État accueille les moyens portant sur la représentativité des organisations syndicales de salariés signataires de la convention (335).

§2 Atténuations : compétence du juge administratif

Lente construction jurisprudentielle : pleine compétence du juge administratif. – Un aménagement du principe s'est avéré nécessaire. Il est le fruit d'une lente construction jurisprudentielle consacrée par la décision du Conseil d'État du 23 mars 2012 (336), encouragée par une décision du Tribunal des conflits (337). Trois atténuations au renvoi préjudiciel y sont précisées donnant une pleine compétence au juge administratif.

Première atténuation : jurisprudence établie de la Cour de cassation. – L'exigence de bonne administration de la justice et les principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions, en vertu desquels tout justiciable a droit à ce que sa demande soit jugée dans un délai raisonnable impliquent que le juge administratif puisse connaître de la Convention Collective s'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal.

Avant la décision précitée du 23 mars 2012, le Conseil d'État s'était déjà éloigné, au fil des décisions, d'une conception stricte de la notion de difficulté sérieuse susceptible de justifier une question préjudicielle posée au juge judiciaire. Le juge administratif usait donc déjà largement de la théorie de l'acte clair en matière d'extension mais il ne se prononçait sans renvoi préjudiciel que pour prendre des décisions de rejet (338).

En 2012, le Conseil d'État a franchi une étape. L'innovation réside dans le pouvoir du juge administratif d'accueillir la demande et ainsi d'admettre l'exception d'illégalité d'une clause d'une Convention Collective étendue lorsqu'est attaquée la décision d'extension et pas uniquement lorsqu'est contesté un refus d'extension. Le juge ne peut toutefois procéder ainsi qu'en considération de la jurisprudence établie du juge judiciaire (339).

Le Conseil d'État a confirmé sa position et, sans surprise, il a maintenu son approche subjective pour exprimer ce qu'il entendait par la notion de jurisprudence établie (340). Il suffit qu'il existe des éléments dans la jurisprudence de la Cour de cassation lui permettant de dégager une solution à la question posée. Il retient par exemple, dans des décisions de 2015, l'existence d'une jurisprudence établie de la Cour de cassation permettant d'accueillir la demande d'annulation d'un arrêté d'extension en raison de l'illicéité de l'accord collectif, alors même que la Cour de cassation n'a pas statué sur la question de droit précisément posée devant lui (341).

(333) Issu de la loi des 16 et 24 août 1790 ; principe fondamental d'indépendance de la juridiction administrative : Cons. const. n° 80-119 DC, 22 juill. 1980 ; domaine de compétence de la juridiction administrative : Cons. const. n° 86-224 DC, 23 janv. 1987.

(334) CE, 3 mars 1939, Leb. p. 140 ; CE, 12 oct. 1939, Leb. p. 540 ; CE, 4 mars 1955, Leb. p. 137 ; CE, 4 mars 1960, Dr. soc. 1960, p. 274.

(335) CE, 5 nov. 2004, Concl. J.-H. Stahl, Dr. soc. 2004, p. 1098 ; CE, 17 avril 1970, Concl. M. Morisot, Dr. soc. 1970, p. 369.

(336) CE, 23 mars 2012, n° 331805, Concl. C. Landais, RFDA 2012, p. 429 ; AJDA 2012, p. 1583, note E. Marc ; DA 2012, Comm. 56, note F. Melleray ; RDT 2012, p. 376, note H. Tissandier ; D. 2012, p. 1012, obs. S. Brondel. V. pour des développements substantiels sur l'évolution jurisprudentielle : C. Hablot, *De la norme privée à la norme publique en droit du travail*, Ed. Panthéon-Assas, 2013, n° 375 et s.

(337) TC, n° 3828 et 3829, 17 oct. 2011, Concl. J.-D. Sarcelet, RFDA 2011, 1122.

(338) Sauf CE, 26 févr. 2003, n° 24194 à propos du cas spécifique de la légalité d'une clause d'indivisibilité.

(339) Apparue en germe dans quelques décisions antérieures de rejet : CE, 26 févr. 2007 n° ????, note A. Noury, JCP S 2008, 1278, p. 38 ; CE, 23 déc. 2010, n° 332493, Concl. C. Landais, Dr. soc. 2011, p. 423.

(340) CE, 7 mai 2015 n° 375882, D. actualité 9 juin 2015, note B. Ines ; CE, 10 juill. 2015, n° 376775 ; CE, 18 déc. 2017, n° 398819 ; CE, 16 oct. 2017, n° 390011.

(341) CE, 7 mai 2015 n° 375882 ; CE, 10 juill. 2015, n° 376775.

Deuxième atténuation : effectivité du droit de l'Union européenne. – L'exigence de bonne administration de la justice et les principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions combinés au principe d'effectivité du droit de l'Union européenne, fondent la deuxième atténuation au principe du renvoi préjudiciel (342). Le juge administratif peut connaître de la Convention Collective, lorsque cet acte suscite une difficulté d'interprétation du droit de l'Union européenne ou de conformité à ce droit. La succession de questions préjudicielles devrait ainsi être évitée.

Troisième atténuation : mesures d'application d'une loi définies par un accord collectif étendu. – Lorsque le législateur a prévu que les mesures prises pour l'application d'une loi seront définies par un accord collectif, dont l'entrée en vigueur est subordonnée à l'intervention d'un arrêté d'extension ou d'agrément, le juge administratif saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre cet arrêté, est pleinement compétent pour se prononcer sur les moyens mettant en cause la légalité de ce dernier (343). L'accord collectif présente ici les effets et la fonction d'un règlement d'application. Au nom du principe d'une bonne administration de la justice, le juge administratif est ainsi compétent.

(342) CE, 23 mars 2012, n° 331805, préc. ; CE, 28 nov. 2014, n° 362823.

(343) La décision du Conseil d'État du 23 mars 2012 met ainsi fin à une évolution jurisprudentielle source d'incertitudes. À propos de l'extension des accords d'assurance chômage : CE, 11 juill. 2001, Leb. p. 363, Concl. S. Boissard, Dr. soc. 2001, p. 842. La solution avait été annoncée par une décision antérieure : CE, 18 mai 1998, Leb. p. 196. Puis à propos de l'extension des accords collectifs de travail : CE, 28 déc. 2009, n° 311421. – CE, 18 juin 2010, n° 318143.

CONCLUSION

Classiquement, la Branche renvoie au lieu de production de règles conventionnelles permettant l'émergence de « la loi de la profession ». Autrement dit, elle est comprise comme le champ d'application d'une Convention Collective. Cependant, le paysage des Branches est en cours de restructuration et le droit relatif à l'activité des Branches a particulièrement évolué notamment avec la loi du 8 août 2016 puis avec les ordonnances du 22 septembre 2017. Parmi les objectifs, on relève celui de dynamiser la négociation de Branche – mais laquelle ? – et de développer la dimension institutionnelle de la Branche en encourageant la gouvernance paritaire. Les textes incitent à un glissement de la « Branche norme » vers une Branche davantage institutionnelle prenant notamment les apparences d'un prestataire de service pour les petites entreprises.

Cette orientation imprègne le droit de la négociation de Branche qui s'en trouve transformé. **La métamorphose de la couverture conventionnelle dans les Branches est programmée. L'intervention étatique est fortement présente pour orienter et accélérer le processus.**

Avec les outils mis au service du ministre chargé du Travail pour restructurer les Branches, se profilent la constitution de Branches plus vastes. La densité des règles conventionnelles risque d'en être affectée. Ces Branches ainsi reconfigurées pourraient ne plus être propices qu'à une négociation de règles conventionnelles minimales. À ce lissage *in pejus* des règles conventionnelles de la Branche est susceptible de s'ajouter une réduction, voire une disparition, des droits conventionnels liés à un secteur ou une catégorie professionnelle. L'assèchement de la négociation de Branche pourrait aussi venir des thèmes de négociation. Même si de nouveaux thèmes sont ouverts à la Branche, ceux qui lui étaient réservés sont désormais quasiment réduits à néant. En revanche, la loi l'incite à créer des accords-types à la disposition des petites entreprises. La Branche aurait-elle moins vocation à créer une couverture conventionnelle définissant les conditions de travail applicables dans la Branche qu'à élaborer une offre conventionnelle pour les petites entreprises ?

Après la création, *quid* de l'effectivité de la couverture conventionnelle dans les Branches ? Elle dépend des règles d'application de la Convention de Branche. Or, la couverture conventionnelle de Branche est désormais « supplétive ». L'application de la Convention de Branche, qu'elle soit ordinaire ou étendue, dépend de l'existence et du contenu des accords d'entreprise. Les organisations signataires ne peuvent pas librement décider de l'impérativité absolue de leur Convention de Branche par rapport aux accords d'entreprise. En outre, la portée de la Convention de Branche est malmenée. Certes, elle peut toujours être étendue par un arrêté ministériel et s'appliquer à toutes les entreprises de la Branche adhérentes ou non à une organisation patronale signataire. Cependant, cette couverture conventionnelle étendue à la totalité des entreprises de la Branche assurant une harmonisation des conditions de travail négociées est remise en cause. En effet, se sont multipliés les instruments facilitant le rejet de l'extension d'une Convention de Branche. Mieux encore, l'application unitaire de la convention au sein de la Branche n'est plus assurée. Désormais, le ministre chargé du Travail dispose du pouvoir d'étendre une Convention de Branche lacunaire ayant vocation à être complétée par des accords d'entreprise. La Convention de Branche pourra ainsi être appliquée de manière différenciée dans la Branche. Autrement dit, en plus de pouvoir être complétées différemment dans les entreprises selon le contenu des accords d'entreprise conclus, les règles de la Convention de Branche, étendues mais incomplètes, ne seront pas appliquées dans les entreprises où un accord d'entreprise n'aura pas été conclu. Il est également octroyé au ministre chargé du Travail le pouvoir de « démanteler » une Convention de Branche. Il pourra prononcer un élargissement partiel de la Convention de Branche. Ainsi, l'application de la convention pourra être parcellaire en dehors de la Branche. L'objectif là encore est de pouvoir faire profiter les petites entreprises de l'application des règles conventionnelles de Branche les plus pertinentes pour elles (par exemple : celles sur l'accord-type). L'atteinte à l'autonomie collective est toutefois significative. Au-delà, remettre en cause l'application unitaire de la Convention de Branche par le biais de l'extension et de l'élargissement constitue une dénaturation de ces techniques.

L'étude portant sur la couverture conventionnelle dans la Branche, **la dimension institutionnelle** de cette dernière a été envisagée en creux lors de l'analyse de la dimension conventionnelle. Comme évoqué précédemment, l'objectif de dépasser l'appréhension de la Branche comme une norme pour qu'elle devienne une institution impacte profondé-

ment le droit de négociation de Branche au détriment de la couverture conventionnelle de Branche. Ajoutons que les missions nouvelles offertes à la Branche sont la démonstration de la volonté des pouvoirs publics de développer la conception institutionnelle de la Branche. **La loi entend institutionnaliser davantage la Branche en lui permettant de se construire autour d'un organe : la Commission Paritaire Permanente de Négociation et d'Interprétation (CPPNI).** Elle doit être mise en place dans chaque Branche par voie d'accord ou de convention. Des missions d'intérêt général lui sont attribuées par la loi. Si la terminologie peut susciter le débat, les missions dépassent le rôle traditionnel des syndicats qui représentent et défendent l'intérêt collectif de la profession. Outre des missions de négociation et d'interprétation des conventions, la CPPNI est notamment chargée de représenter la Branche dans l'appui aux entreprises et vis-à-vis des pouvoirs publics. Ainsi, elle a pour vocation de devenir l'organe de gouvernance de la Branche. Néanmoins, la loi ne la dote ni de moyens propres et ni de la personnalité morale. La capacité d'action d'une CPPNI dépendra donc largement des partenaires sociaux de la Branche.

À l'analyse des textes, la Branche pourrait être le cadre de négociation d'une convention comportant des règles conventionnelles seulement minimales pouvant être appliquées différemment au sein des entreprises de la Branche voire partiellement en dehors d'elle. La CPPNI pourrait être l'organe de gouvernance de la Branche faisant passer incontestablement au second plan l'activité conventionnelle de la Branche. Mais c'est aussi probable qu'au regard de l'orientation donnée à la restructuration des Branches et au droit de la négociation de Branche que les CPPNI ne soient finalement envisagées que de manière minimalistes, les partenaires sociaux répondant uniquement à l'obligation légale. Dès lors, la dimension conventionnelle de la Branche serait profondément affaiblie tandis que la dimension institutionnelle n'émergerait pas. Ces deux dimensions seraient alors vouées à connaître un destin identique et inquiétant pour le devenir de la Branche.

Les perspectives d'avenir de la Branche et de son activité ne pourraient-elles pas toutefois être différentes ?

- D'une part, s'agissant du devenir de la couverture conventionnelle dans la Branche, la capacité d'adaptation et d'innovation contractuelle des partenaires sociaux demeure une piste. Malgré l'intervention étatique très présente pour orienter le devenir de la négociation de Branche, les partenaires sociaux de la Branche conservent quelques marges de manœuvres. Ainsi, le jeu de la technique contractuelle ne doit pas être négligé, spécialement concernant la mise en œuvre des règles d'articulation des accords afin de tenter de raviver l'impérativité des Conventions de Branche. De même, la réactivité et la régularité des négociations de Branche est un enjeu non négligeable. La conclusion d'une Convention de Branche (norme de référence dans les deux premières catégories de matières visées par les textes) avant les négociations d'accords d'entreprise et son actualisation périodique lui donnera l'avantage. De plus, les organisations professionnelles pourraient jouer un rôle croissant dans l'interprétation des accords collectifs.
- D'autre part, la restructuration des Branches pourrait ne pas s'opérer uniquement sur des critères chiffrés, liés au champ limité de la Branche, à la faiblesse de l'activité conventionnelle... mais tenir compte d'autres éléments de la vie d'une Branche. Il ne s'agirait pas de se contenter de chercher à rattacher une Branche trop réduite ou d'une faible activité conventionnelle à une Branche présentant seulement des conditions économiques et sociales analogues en vue de constituer une vaste Branche dans laquelle une Convention de Branche se substituerait aux conventions des anciennes Branches. Il s'agirait de mieux prendre en considération l'ensemble de l'action des Branches pour appréhender des rapprochements. En effet, tenir compte de la possibilité de définir et mener des politiques sociales et économiques effectives au sein de la Branche issue de la fusion ne pourrait que favoriser le dialogue social et des actions en termes d'emploi et de formation. En outre, avec des fusions ou des regroupements reposant davantage sur la politique sociale et économique des Branches, il est plus envisageable que les partenaires sociaux de la Branche restructurée s'orientent vers la mise en place d'une véritable gouvernance de la Branche. Dans ce cas, les partenaires sociaux pourraient faire de la CPPNI un organe central au sein de la Branche en lui fournissant les moyens nécessaires à l'exercice de missions précises et en définissant toutes les modalités d'organisation de ses travaux. Pourrait être envisagée pour la CPPNI l'acquisition de la personnalité morale, ce qui coïnciderait davantage avec son rôle de représentation.
- Au-delà encore, n'est-il pas enfin concevable de dépasser l'opposition entre la dimension conventionnelle et la dimension institutionnelle de la Branche pour aboutir à une combinaison plus harmonieuse et respectueuse des deux dimensions ? Le fonctionne-

ment à venir des Branches nouvellement constituées et leur utilité pourraient en dépendre. Les opérations de restructuration des Branches pourraient suivre les recommandations précitées. Elles seront susceptibles de favoriser la mise en place d'une véritable gouvernance dans les Branches. Cependant, dans un certain nombre de cas, les Branches constituées seront toujours très vastes. Elles présenteront toujours les risques précités de lissage *in pejus* des règles conventionnelles et de disparition des droits conventionnels d'un secteur particulier ou d'une catégorie de salariés. Or, ces risques ne résultent pas tant des contours distendus de la Branche que de l'existence d'un seul niveau d'appréciation de la représentativité. L'appréciation de la représentativité des acteurs de la négociation s'effectue en effet uniquement au niveau de la Branche. Ainsi, les recommandations précitées relatives aux restructurations devraient être combinées à la reconnaissance d'un autre niveau de représentativité au sein de la Branche. Cette création, nécessitant une intervention législative, pourrait garantir une activité conventionnelle pertinente au niveau de la Branche en tant que telle et au niveau des secteurs et catégories. Ainsi, elle pourrait permettre : – au niveau de la Branche elle-même, de se concentrer sur des intérêts communs à tous les secteurs et à tous les personnels et de développer une action cohérente ; – au niveau des secteurs ou des catégories de personnels, d'offrir une légitimité aux acteurs de la négociation et des moyens adaptés pour une négociation catégorielle et sectorielle effective.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

I. OUVRAGES

Despax M., *Traité de droit du travail. Conventions collectives*, Dalloz, 2^e éd., 1989.

Driguez L., *Droit social et droit de la concurrence*, Bruylant, 2006.

Durand P. et Vitu A., *Traité de droit du travail*, tome 3, 1956.

Hablot C., *De la norme privée à la norme publique en droit du travail*, Ed. Panthéon-Assas, 2013.

Nadal S., *La profession et la branche : le rôle dans la conception française de la convention collective*, A.N.R.T., 1996.

II. RAPPORTS

Combrexelle J.-D.,

– *Rapport relatif à la réforme de la représentativité patronale*, Doc. fr., 2013.

– *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport, France Stratégie, 2015.

Commission nationale de la négociation collective, *Bilans et rapports, La négociation collective en 2016*, éd. 2017.

EIRO, *Couverture de la négociation collective et procédure d'extension*, 2002, www.eurofound.europa.eu/eiro/2002/.

Lerais F., Pernot J.-M., Rehfeldt U., Vincent C. et al., *La démocratie sociale à l'épreuve de la crise : un essai de comparaison internationale*, Rapport IRES 2013.

OCDE,

– *Les extensions administratives des accords de branche en France : Effets et pistes de réformes*, note de la Direction de l'emploi, du travail et des affaires sociales et le Département des affaires économiques de l'OCDE, juillet 2017 : <http://www.oecd.org/els/emp/extensions-administratives-des-accords-de-branche-en-France.pdf>.

– *Perspectives de l'emploi dans l'OCDE, Chapitre 3, La fixation des salaires : aspects institutionnels et résultats*, 2004, p. 142, www.oecd.org/fr.

Poisson J.-F., *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, Doc. fr., 2009.

Quinqueton P., *Proposition de feuille de route pour les organisations professionnelles et les organisations syndicales de salariés vers une nouvelle structuration des branches professionnelles*, 2015.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective, JO n° 0223 du 23 sept. 2017.

Spieser C., *L'évolution du rôle de la négociation de branche en Europe*, AO IRES, 2017, p. 20.

III. ARTICLES

Antonmattei P.-H.,

- « Restructuration des branches professionnelles : ce n'est pas pour demain ! », Sem. soc. Lamy 2014 ;
- « L'irrésistible ascension de l'accord d'entreprise », Dr. soc. 2017, p. 1027 ;
- « Droit social, droit de la concurrence : rencontre d'un autre type », Lamy Droit économique, déc. 1999, p. 1 ;
- « Avantages catégoriels d'origine conventionnelle et principe d'égalité de traitement : l'avis de tempête est levé ! », Dr. soc. 2015, p. 351 ;
- « Le juge judiciaire et l'accord collectif : brèves observations », Dr. soc. 2017, p. 425.

Auzero G., « Conventions d'entreprise et Convention de Branche », Dr. soc. 2017, p. 1018.

Beraud J.-M., « Les nouvelles règles relatives à la représentativité syndicales et à la représentation catégorielles sont-elles compatibles avec la Constitution ? », RDT 2010, p. 564.

Bugada A., « L'articulation des dispositions de branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel », JCP S 2018, 1056.

Adam P., « L'accord de branche », Dr. soc. 2017, p. 1039.

Cahuc P. et Zylberberg A., « Halte à l'extension des Conventions de Branches », Les Échos, 26 juin 2017.

Cesaro J.-F., « Conventions et accords collectifs – L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », JCP S 2017, 1306.

Chagny M., « Les branches professionnelles et la régulation de la concurrence », JCP S 2018, 1057.

Edelman B.,

- « À bas le droit du travail, vive la concurrence ! », D. 1992, p. 1 ;
- « Où la concurrence sera le genre humain », D. 2000, Chron., 261.

Dauxerre L., « L'élargissement des conventions collectives de travail », JCP S 2015, 1447.

Despax M.,

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

Durand P., « Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives, Dr. soc. 1956, p. 214.

Frouin C., « Gouvernance et fonctionnement des branches : portrait de la CPPNI », JCP S 2018, 1058.

Groutel H., « La réforme des conventions collectives », JCP G 1972, I, 2462.

Idot L., « Droit social et droit de la concurrence : confrontation ou cohabitation ? », Europe, nov. 1999, p. 4.

Lokiec P.,

- « Qui dit conventionnel dit juste ! », L'avènement d'un nouveau dogme, JCP S 2015, act. 129 ;
- « Accord collectif et contrat de travail », Dr. soc. 2017, p. 1024.

Lyon-Caen G.,

- « L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence », Dr. ouvrier. 1992, p. 313 ;
- « La concurrence par la réduction du coût du travail », Dr. ouvrier, 2003, p. 261.

Martinon A., « Brèves observations sur la nouvelle articulation des accords collectifs », JCP S 2018, 1047.

Martinon A. et Peskine E., « Le juge et le contenu de l'accord collectif. Regards croisés », Dr. soc. 2017, p. 115.

Mazeaud A., « Brèves observations portant sur la négociation de branche », in J.-F. Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, Doc. fr. 2009, p. 279.

Nadal S.,

– « 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 ;

– « Contribution à l'étude de l'extension des conventions collectives de travail », Dr. ouvrier 2002, p. 423 ;

– « Péril sur la conception d'extension des accords collectifs de branche », RDT 2014, 196.

Neau-Leduc C., « La restructuration imposée », JCP S 2016, 1444.

Pascre R., « Conventions et accords collectifs : le cap de l'extension », Dr. ouvrier 1986, p. 241.

Pecaut-Rivolier L., « L'hommage de la chambre sociale à la négociation collective », Sem. soc. Lamy 2015, n° 1663, p. 7.

Poumeroulie E., « Le transport routier a signé un protocole dans le respect des ordonnances », Sem. soc. Lamy 2017, n° 1790, p. 31.

Schulten T., Eldring L., Naulmann R., « Le rôle de l'extension dans la solidité et la stabilité de la négociation collective en Europe », La revue de l'IRES n° 89, 2016/2.

Struillou Y., *Actualité sociale, conventions et accords collectifs*, Liaisons sociales quotidien, 10 sept. 2018.

Teyssié B., « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », JCP S 2014, 1158, n° 20 et s.

