



Université de Lille

MASTER 2 : DROIT DU TRAVAIL DE L'UNIVERSITE
DE LILLE FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES,
POLITIQUES ET SOCIALES

Sujet : L'évolution des branches professionnelles

Par : Baudouin Duchange

Directeur de mémoire : Thomas Morgenroth

ANNEE UNIVERSITAIRE 2018/2019

Plan :

Introduction

Partie 1 - L'affaiblissement du rôle des branches professionnelles

I - Réforme de la représentativité syndicale

A - Les enjeux liés à la notion de représentativité

B - L'incidence de la loi du 8 août 2008 sur les rapports entre l'entreprise et la branche

II - La remise en cause du principe de faveur au détriment des conventions collectives de branche

A - La primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche

B - Exemples de nouveaux mécanismes de négociation d'entreprise indépendant de la branche

Partie 2 - Le renouveau des branches professionnelles

I - Une évolution imposée par l'Etat

A - Les différentes restructurations

B - La force de l'Etat dans la restructuration

II - Une adaptation nécessaire

A - Recentrer l'influence des dispositifs de branche à des enjeux plus adaptés

B - Le rôle potentiel de la branche dans la représentation collective des travailleurs indépendants de plateforme numérique

Conclusion

Bibliographie

Introduction

“*Nous ne renoncerons pas à la négociation de branche !*”¹. C’est ainsi que les cinq confédérations historiques (CFDT, CGT, FO, CFE-CGC et CFTC) ont clôturé leur communiqué de presse en réponse à une prise de position du Ministère du travail sur la détermination des salaires minima hiérarchiques. Le contexte actuel y est pour beaucoup. Suite à plusieurs réformes, la négociation au niveau de l’entreprise est devenue, à première vue, toute puissante au détriment de celle au niveau de la branche qui ne peut que constater le déclin de son rôle conventionnel. Cela n’a pas toujours été le cas.

En 1884, le législateur² abroge la loi dite Le Chapelier³ qui interdisait les groupements professionnels. La nouvelle loi autorise ainsi la libre constitution de syndicats et d’associations professionnelles ayant pour objet l’étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles. Les syndicats, pourvus de la personnalité morale grâce à cette loi, pourront dès lors agir en justice et créer des conventions collectives. A partir de 1919⁴, et surtout la réforme instaurée en 1936⁵, deux formes de conventions collectives vont cohabiter : une première présentant “*une dimension contractuelle, avec quelques aspects réglementaires*” et une deuxième, susceptible d’être étendues par arrêté ministériel, qui rend la convention collective obligatoire à toutes les entreprises qui entrent dans son champ d’application. C’est l’apparition de la convention collective de branche et l’entrée de la branche professionnelle dans la négociation collective. Au XXème siècle, la branche professionnelle constitue un véritable cadre normatif collectif pour une grande partie des entreprises et des salariés en fixant un statut social commun aux entreprises qui la composent, ce qui justifie le pouvoir que l’Etat leur a accordé durant cette

¹ CFDT, CGT, FO, CFE-CGC, CFTC, communiqué de presse du 11 juillet 2019

² Loi du 21 mars 1884 DITE WALDECK-ROUSSEAU RELATIVE AUX SYNDICATS PROFESSIONNELS

³ Décret du 14 juin 1791 relatif aux assemblées d’ouvriers et artisans de même état et profession, dit “Loi LE CHAPELIER”

⁴ Loi du 25 mars 1919

⁵ Accords de Matignon 8 juin 1936

période pour fixer les règles régissant les relations de travail⁶. A partir du XXIème siècle, une mutation de la hiérarchie des normes va progressivement s’opérer au profit de la négociation d’entreprise. La loi puis les conventions de branche vont perdre petit à petit leurs impacts normatifs pour devenir parfois supplétives. La loi dite Travail⁷ et les Ordonnances Macron⁸ de 2017 vont définitivement instaurer ce nouveau système qui modifie le rôle et la portée des branches.

Aucune des réformes précitées n’a pris le risque de définir la branche professionnelle. L’exemple de la métallurgie illustre la complexité de s’accorder sur une définition : *“La métallurgie, bien qu’elle comporte, en son périmètre, plusieurs conventions collectives (et donc plusieurs numéros IDCC), a toujours été considéré, par ses propres acteurs économiques (entreprise, salariés, organisations patronales et syndicales) comme par son environnements, comme une seule et même branche”*⁹. On en déduit donc que la branche n’est à la fois aucune des entités citées, et peut-être toute à la fois. Il apparaît donc nécessaire de bien distinguer les acteurs des conventions collectives des branches. Un syndicat professionnel est un *“groupement constitué par des personnes exerçant une même profession, ou des professions connexes ou similaires, pour l’étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu’individuels des personnes visées par les statuts. Le syndicat jouit de la personnalité morale”*¹⁰. Une convention collective est définie comme *“un accord conclu entre, d’une part, un employeur ou un groupement d’employeurs et, d’autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés possédant un caractère représentatif, en vue de déterminer l’ensemble des conditions d’emploi et de travail des salariés et de leurs garanties sociales”*¹¹. Ainsi nous voyons bien que même une convention collective peut ne pas toujours concerner l’ensemble du périmètre d’une branche professionnelle. Mais comment en cerner ses limites ? Si le Code du travail refuse toute définition, il précise néanmoins les missions qui lui sont dévolues. Elles sont de *“De définir*

⁶ Cécile Gablot-Muralo, *Couverture conventionnelle dans les branches - Pouvoirs des partenaires sociaux et intervention étatique*, p. 7

⁷ LOI n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

⁸ Particulièrement cette ordonnance Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective

⁹ Damien Delevallée, *Refondre et innover dans la branche : les classifications dans la métallurgie*, Droit social, 2018, n°15, p.30

¹⁰ Lexique des termes juridique 2013, Dalloz, 20ème édition, p.879

¹¹ exique des termes juridique 2013, Dalloz, 20ème édition, p.252

les conditions d'emploi et de travail des salariés ainsi que les garanties qui leur sont applicables dans les matières mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2 dans les conditions prévues par lesdits articles” ainsi que *“De réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application”*¹². Le premier alinéa de l'article a été modifié dans son essence par l'articles 1 et 14 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective. Si auparavant la branche devait définir les garanties applicables aux salariés des entreprises relevant de la branche en matière de salaire minima, de classifications, de garanties collectives de prévoyance, de mutualisation des fonds de la formation professionnelle, de prévention de la pénibilité et d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, elle a désormais pour mission de définir les conditions d'emploi et de travail des salariés dans les matières composant l'ordre public conventionnel obligatoire et l'ordre public conventionnel optionnel. Nous reviendrons de manière plus détaillée sur les domaines et les rapports entre les conventions de branche et d'entreprise. En tout état de cause, si les missions ont évolué, la nature de la branche n'a pas changé. La branche est le périmètre d'action des syndicats qui peut s'apprécier, dans une certaine mesure, comme l'enceinte où les partenaires sociaux négocient une convention de branche. *“Cadre des négociations pour l'action, leurs contours résultent de compromis entre les acteurs que cette négociation engage”* peut-on lire dans le rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles de l'ancien député Jean-Frédéric Poisson¹³. Le rapport insiste d'ailleurs sur l'importance de ne pas donner de définition : chaque branche a ses particularités et est composée différemment. La souplesse créée par l'absence de définition permet une organisation professionnelle adaptée à chaque activité économique.

C'est justement la notion d'activité économique qui peut nous permettre de préciser notre définition. L'article L 2232-5-1 du Code du travail précise que la deuxième mission dévolue à la branche est la régulation de la concurrence. Cette notion nous ramène à la vocation de régulation d'un secteur économique par les organisations professionnelles, à l'image des anciennes corporations. Le droit européen définit l'entreprise comme : *« toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode*

¹² Code du travail, article L.2232-5-1

¹³ Jean-Frédéric Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les Branches professionnelles*, 28 avril 2009,

de financement »¹⁴. La notion d'activité économique, pierre angulaire de la notion d'entreprise, est alors définie comme suit : « *activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché* ». Un marché est défini comme un « *périmètre géographique dans lequel l'offre et la demande de produits considérés comme interchangeables entre eux par le client (entreprise ou consommateur final), sont susceptibles de se confronter dans des conditions de concurrence homogènes* »¹⁵. Ainsi, le concept jurisprudentiel même d'activité économique permet de délimiter les acteurs de la concurrence et par la même occasion le cadre de l'exercice du jeu de la concurrence. Les branches ont donc une vocation de structurer un marché économique, ou plus exactement des entreprises ayant la même activité économique principale.

La jurisprudence administrative¹⁶ admet à la fois une définition étroite et une définition large de la notion de branche¹⁷ :

- **Définition étroite** : « *Un tout homogène au sein duquel les différentes entreprises de dimensions variables poursuivent dans des conditions pratiquement identiques des fins économiques semblables* ». La notion de marché en droit de la concurrence est ici assez proche de la définition étroite.
- **Définition large** : « *plusieurs branches d'activité qui s'apparentent entre elles par une unité de nature d'activités* ».

Ainsi, à partir de tous ces éléments amorcés, nous avons tenté de définir la branche professionnelle : Espace de négociation collective entre les partenaires sociaux d'une ou plusieurs branches d'activités qui s'apparentent entre elles par une unité de nature d'activités économiques principales et regroupant des entreprises cohabitant dans un marché concurrentiel.

Le rôle d'espace de négociation collective de la branche va nécessairement devoir évoluer depuis que les dernières réformes en droit du travail ont modifiées la construction du dialogue

¹⁴ CJCE, 23 avril 1991, Affaire C-41/90

¹⁵ Décision n° 11-D-15 du 16 novembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par la société SOGAREL dans le secteur des parkings à destination des passagers de l'aéroport de Lille, point 24

¹⁶ CE, 4 mars 1960, Droit social 1960, p. 342

¹⁷ Cécile Gablot-Muralo, *Couverture conventionnelle dans les branches - Pouvoirs des partenaires sociaux et intervention étatique*, p. 13

social français. En 2008, la CGT et la CFDT ont signées une position commune ayant pour objectif de renforcer la légitimité des accords signés par les organisations syndicales de salariés dans le cadre de l'élargissement du rôle attribué à la négociation collective. Pour cela, les syndicats ont travaillé avec les pouvoirs législatifs afin de prolonger des réformes déjà entamées depuis 2004. Cette légitimité va être fondée sur deux piliers dans le but de repenser la négociation collective : réinstaller de nouveau modes d'acquisition de la représentativité incontestables à partir d'un critère majeur, l'audience électorale. Ensuite, rebâtir les conditions de validité d'une convention collective qui vont être modifiées, allant de l'obtention d'une signature au minimum d'un syndicat représentatifs à celles de syndicats représentant au total au moins 50% des votes exprimés en faveur de syndicats représentatifs lors des dernières élections professionnelles. Ainsi, la négociation collective semble vouloir prendre sa force dans l'expression direct des syndicats réalisée par le vote des salariés pour l'organisation syndicale qui les représente. Par ailleurs, dans l'esprit du législateur, ce renforcement de la légitimité des syndicats semble devoir s'accompagner d'une promotion de l'accord collectif d'entreprise. Les ordonnances du 22 septembre 2017, à la suite d'autres réformes, accroissent ainsi les possibilités de déroger par accord collectif d'entreprise à la loi, à la convention collective de branche ou au contrat de travail.

Pourtant, l'organisation sociale du travail depuis une cinquantaine d'année reposait sur les branches professionnelles, véritables piliers normatifs palliant les absences légales, innovant avec des mécanismes conventionnels et encadrant les pratiques professionnelles au sein de leur champ professionnel et géographique. L'importante montée en puissance de la négociation d'entreprise appelle à une refonte du rôle des branches professionnelles. *“La possibilité d'un regroupement ne s'opère pas seulement à la lumière d'une cohérence économique et sociale des branches concernés au moment des négociations. Elle est aussi liée au passé et au poids des différences conventionnelles, thème par thème. Plus les différences seront notables, et plus la quête d'un nouveau tissu conventionnel commun paraît compliquée à atteindre”*¹⁸. Cette refonte passe donc par une restructuration dans la forme des branches et par une réflexion sur son rôle à jouer.

Par conséquent, en quoi les dernières réformes législatives et réglementaires de l'organisation du dialogue social en France ont-elles modifié le rôle des branches professionnelles ? La

¹⁸ Paul-Henri Antonmattei, *Restructuration des branches professionnelles : le plus dur reste à faire !* Droit social, 2018/11, p.868

réforme de la représentativité syndicale et la remise en cause du principe de faveur ont largement participé à l'affaiblissement du rôle des branches professionnelles (Partie 1). Cette remise en question doit être l'occasion pour les branches de se transformer au travers d'une restructuration imposée par l'Etat mais également en repensant à long terme son rôle de bâtisseur de règles sociales communes (Partie 2).

Partie 1 – L'affaiblissement du rôle des Branches professionnelles

Le législateur a commencé par réformer les règles de représentativité des syndicats afin de renforcer la légitimité de l'action syndicale au niveau de l'entreprise (I) et par conséquent celle des accords et conventions collectives d'entreprise qu'ils négocient ce qui justifie qu'ils puissent déroger aux accords de branche et à la Loi (II).

I – La réforme des règles de la représentativité syndicale :

En modifiant les critères de la représentativité syndicale, le législateur a apporté une plus grande crédibilité et légitimité à la négociation d'entreprise au détriment de la Branche (A). Le bouleversement de la hiérarchie des normes en est la conséquence logique (B).

A – Les enjeux liés à la notion de représentativité :

Antérieurement présumée par arrêté ministériel¹⁹, la représentativité des partenaires sociaux va évoluer pour devenir une représentativité prouvée. Les enjeux sont importants puisque pour fonder le nouvel ordre de négociation collective vers l'entreprise, les acteurs locaux

¹⁹ Arrêté du 31 mars 1966 relatif à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collectives de travail.

doivent être considérés comme légitimes. A juste titre, car une simple présomption de représentativité peut s'avérer insuffisante eut égard aux prérogatives et droits dont dispose un syndicat représentatif, et d'autant plus aujourd'hui avec les nouvelles possibilités de dérogation à la loi et à la Branche offertes par le Code du travail.

Pour les syndicats salariés, le simple fait d'acquérir la représentativité syndicale permet l'ouverture à des droits et à des avantages prévus dans le Code du travail : constitution de sections syndicales d'office, nomination de délégués syndicaux, négociation de conventions ou accords collectifs de travail par exemple²⁰. Avant 2008, la représentativité des syndicats salariés était présumée. Concrètement, un arrêté du 31 mars 1966²¹ fixait les organisations représentatives au niveau national (CGT, CFDT, CGT-FO, CFTC, CGC). Il suffisait alors qu'un syndicat soit affilié à l'une de ces organisations pour être reconnu comme représentatif à son niveau. Ce système avait l'avantage de garantir une double stabilité : stabilité des interlocuteurs et stabilité structurelle des institutions représentatives. En revanche, la présomption de représentativité posait à la fois un problème de fond, celui de la légitimité des acteurs sociaux, et un problème de sens, celui de l'importance de la négociation dans notre dispositif social. En effet, le premier tour des élections professionnelles était réservé aux seuls syndicats représentatifs²². Mais ils tiraient leurs représentativités d'une simple affiliation à une organisation représentative nationale, ce qui leur conférait pourtant le pouvoir de négocier des accords collectifs applicables dans l'entreprise. Du point de vue des salariés, des syndicats non affiliés et surtout de l'employeur, quelle légitimité tirer des accords négociés par de tels acteurs ? C'est d'ailleurs ce problème significatif qui est directement visé dès le début de la Position commune²³. Ce texte du 9 avril 2008, signé par les plus grandes organisations syndicales, vise à repenser les critères de représentativité *“pour renforcer la légitimité des accords signés par les organisations syndicales de salariés dans le cadre de l'élargissement du rôle attribué à la négociation collective”*²⁴. Pour cela, l'article 3-1 de la Position apporte ce qui constitue la vraie nouveauté de cette proposition : la suppression de la

²⁰ Bernard Teyssié, *Droit du travail relation collective*, LexisNexis, 11ème édition, 2018, p.47.

²¹ Arrêté du 31 mars 1966 relatif à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collectives de travail

²² Code du travail, ancien article L.423-14 et ancien article L.433-10

²³ Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme

²⁴ Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme

présomption de représentativité et la mise en place d'un "*ensemble de critères incluant l'audience*" électorale²⁵. La loi du 8 août 2008²⁶ va reprendre l'ensemble de ces idées. Cette reprise s'explique en partie par le contexte social puisque la même loi modifie également de nombreuses dispositions sur le temps de travail. C'est pourquoi certains critiques n'ont pas hésité à qualifier la loi de véritable "copier-coller" de la Position commune²⁷.

Quant aux organisations patronales, le législateur a longtemps été hésitant avant de légiférer sur leur représentativité, en raison de pratiques historiques et d'un statu quo bien installé : un "*consensus social avait conduit à admettre, Branche par Branche, la représentativité des organisations constituées dans un périmètre professionnel déterminé, telle l'Union des industries et des métiers de la métallurgie (UIMM) ou l'Union des industries chimiques (UIC)*".²⁸ Parmi les innombrables exemples, nous citerons également par exemple le Syndicat national de l'édition (SNE), seul syndicat patronal dans la Branche de l'édition de livres. Ces syndicats ont donc vocation à négocier seuls dans leur Branche pour l'ensemble des entreprises, tandis que le MEDEF, la CGPME ou l'UPA vont négocier au niveau interprofessionnel, seuls représentants patronaux à leurs niveaux et pour leurs domaine d'activité. La question de la représentativité réelle de ces organisations a longtemps été écartée pour ces raisons. Une première remise en question a eu lieu en 2011 avec un arrêt du Conseil d'Etat²⁹. Dans cette décision, ce dernier considère que les critères de représentativité des organisations syndicales applicables depuis la loi du 8 août 2008 sont également valables pour les syndicats patronaux. Cela est logique sur la forme, mais contestable dans le fond, entre autre en raison du critère de l'audience inadapté aux organisations patronales. Il convient maintenant d'analyser ce que cette loi a créée pour rénover la représentativité des syndicats.

²⁵ Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme, article 3-1

²⁶ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail

²⁷ Paul-Henri Antonmattei, *Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008*, Droit social, 2008. 771

²⁸ Bernard Teyssié, *Droit du travail relation collective*, LexisNexis, 11ème édition, 2018, p.71

²⁹ CE 2 mars 2011 n° 313189, 1^e et 6^e s.-s., Syndicat national des entreprises du secteur privé marchand de la filière équestre des loisirs et du tourisme, RJS 6/11, n°537

B – L’incidence de la loi du 8 août 2008 sur les rapports entre l’entreprise et la branche

La loi du 8 août 2008 instaure le principe de la représentativité prouvée. Ainsi, les organisations syndicales doivent rapporter la preuve de leur représentativité dans le cadre où cette représentativité s’effectue. Pour répondre à cet enjeu, la loi va créer des critères objectifs permettant aux organisations syndicales de prouver leurs représentativités.

Communs à toutes les organisations syndicales, qu’importe le niveau de représentativité, la loi du 8 août a imposé huit critères³⁰ :

- Le respect des valeurs républicaines
- L’indépendance
- La transparence financière
- L’ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation
- L’audience électorale (qui varie selon le champ professionnel)
- L’influence
- Les effectifs d’adhérents et les cotisations

Un critère a été ajouté respectivement pour les syndicats de Branche : une implantation territoriale équilibrée au sein de la Branche³¹. De même pour les syndicats nationaux et interprofessionnels : Ils doivent être représentatifs à la fois dans des Branches de l’industrie, de la construction, du commerce et des services³².

A la lecture de la loi, ces critères sont cumulatifs : *“La représentativité des organisations syndicales est déterminée d’après les critères cumulatifs suivants³³”*. Pourtant, la jurisprudence³⁴ vient atténuer ce propos en distinguant les critères devant être satisfaits de

³⁰ Code du travail, article L.2121-1

³¹ Code du travail, article L.2122-5

³² Code du travail, article L.2122-9

³³ Code du travail, article L.2121-1

³⁴ Cass. soc., 29 février 2012, n°11-13748

manière autonome (valeurs républicaines, indépendance, transparence financière) et les critères faisant l'objet d'une appréciation globale (tous les autres critères avec une attention particulière sur le franchissement du seuil de l'audience électorale). L'obligation légale de cumuler ces huit critères est donc en façade respectée par la jurisprudence, mais il est difficile d'y voir une pure application de la volonté du législateur.

Même si l'objet de notre travail n'est pas de détailler chaque critère, il nous est apparu nécessaire d'approfondir celui de l'audience électorale. Puis, nous analyserons le paradoxe de la fin d'une représentativité présumée avec la réaffirmation jurisprudentielle du principe d'affiliation syndicale. Enfin nous approfondirons les incidences en cas de transfert d'entreprise sur la représentativité. Ces trois éléments nous permettront de comprendre comment la négociation d'entreprise, à travers la réforme de la représentativité, a réussi dans un premier temps à devenir légitime face à la négociation de Branche, puis comment dans un deuxième temps la jurisprudence a permis de stabiliser la représentativité dans l'entreprise pour mieux encadrer la négociation au niveau de l'entreprise.

Trois seuils d'audience sont prévus dans le Code du travail en fonction du niveau de négociation. Ces seuils sont d'ordre public absolu *“ce qui interdit, par suite, à un accord collectif comme à un employeur de reconnaître la qualité d'organisation syndicale représentative à une organisation”*³⁵. Des critères d'appréciation spécifiques ont été prévus pour chaque niveau de négociation :

- Entreprises et établissements³⁶ : 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections du Comité Social et Économique (CSE). Les élections professionnelles sont organisées tous les quatre ans. La représentativité des syndicats dans les entreprises est donc remise en cause au même rythme, ce qui garantit une représentativité réelle.
- Branche³⁷ : 8% des suffrages exprimés au niveau de la Branche selon deux modes de détermination : d'une part le volume des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires aux comités sociaux et économiques, quel que soit le

³⁵ Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-21705, RJS 7/11, n°624

³⁶ Code du travail, article L.2122-1

³⁷ Code du travail, article L.2122-5

nombre de votants, et, d'autre part, le nombre des suffrages exprimés lors des scrutins dans les entreprises de moins de onze salariés.

- National et interprofessionnel³⁸ : 8% des suffrages exprimés selon le cumul des résultats obtenus dans les CSE lors des dernières élections professionnelles et des résultats des suffrages exprimés au scrutin dans les entreprises de moins de 11 salariés.

Afin de stabiliser au niveau de l'entreprise l'appréciation de la représentativité dans le temps, et donc le critère de l'audience électorale durant un cycle électoral, la jurisprudence a dû trouver des solutions pour résoudre certains problèmes juridiques pratiques. Le principe est que la représentativité des organisations syndicales est établie pour toute la durée du cycle électoral, soit une durée de quatre ans³⁹. Plusieurs éléments perturbateurs peuvent faire vaciller ce principe.

La première exception touche au respect des critères de représentativité. La jurisprudence précitée de 2012⁴⁰ permet de contourner l'application, qui s'avère compliquée à mettre en œuvre dans la pratique, du cumul des critères. Pour cela, les juges divisent en deux catégories les critères légaux :

- Ceux devant être respectés de manière autonome (valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière)
- Ceux devant être respectés de manière globale (l'influence, les effectifs d'adhérents et cotisations, l'ancienneté dès lors qu'elle est égale à 2 ans, et l'audience)

Ainsi, si un syndicat ne répond plus favorablement au critère de valeurs républicaines, d'indépendance et de transparence, il sera jugé non-représentatif et ses actions pourront être contestées judiciairement. Cela produit la volonté des juges de donner de l'importance à des critères favorisant *“l'authenticité, de la liberté du syndicat et de compétence réelle pour agir”*⁴¹. Cela renforce également la légitimité des syndicats qui exercent des prérogatives en entreprise. Un arrêt de 2013⁴² est venu confirmer cette distinction en insistant sur le caractère

³⁸ Code du travail, article L.2122-5

³⁹ Cass. soc., 13 février 2013, n°12-18098

⁴⁰ Cass. soc., 29 février 2012, n°11-13748

⁴¹ Dr. soc, 2012, 528, observation L, Pécaut-Rivolier

⁴² Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 12-29.984

figé ou non du cycle électoral. En effet, selon la Cour de cassation, les critères appréciés de manière globale ne peuvent être contestés en cours de cycle, alors que les critères faisant l'objet d'une appréciation autonome doivent être respectés de manière permanente. Ce raisonnement permet à la Cour de cassation de stabiliser le processus électoral tout en lui conférant plus de sens.

La deuxième exception consiste en la mention de l'affiliation sous laquelle un syndicat présente ses candidats, et son éventuel changement après les élections. Le principe reconnu dès 2011⁴³ est que l'affiliation confédérale constitue un élément essentiel du vote des électeurs. Le syndicat représentatif dans l'entreprise changeant d'affiliation perd donc sa représentativité, tandis que la confédération reste titulaire des suffrages obtenus et peut, dans certaines conditions, désigner un nouveau délégué syndical⁴⁴. On s'interroge sur le choix des juges d'accorder une telle importance à l'affiliation. En effet, la loi de 2008, qui a voulu briser le joug d'une représentativité présumée, revient sur une position plus traditionnelle que novatrice. Cette jurisprudence est paradoxale en accordant de l'importance à un critère fondé par essence sur la présomption. Elle nous paraît même aller plus loin en accordant une confiance aux politiques syndicales nationales aux dépens de celles conduites au niveau local. Le juge semble donc s'écarter de la ligne de conduite de la loi de 2008 de construction de la première marche vers la sacralisation d'une négociation tournée vers l'entreprise. Pour autant, par cette jurisprudence, la Cour de Cassation encadre encore une fois les limites de la représentativité figée en garantissant plus de stabilité.

La troisième exception concerne l'incidence en cas de transfert d'entreprise. En 2014⁴⁵, la Cour de cassation choisit la sécurité juridique et la clarté politique en écartant la possibilité d'une nouvelle appréciation de la représentation via l'organisation de nouvelles élections professionnelles lors de la modification dans la situation juridique d'un employeur. Selon les juges, il faut attendre la date normalement prévue pour les prochaines élections.

Le maintien du statut emporte en pratique deux conséquences :

⁴³ Cass. soc., 18 mai 2011, n°10-21705

⁴⁴ Cass. soc., 18 mai 2011, n°10-60300

⁴⁵ Cass. soc., 19 février 2014, n°13-17.445 et n°13-20.069

- En cas de cession d'une partie de l'activité de l'entreprise, la Cour de Cassation considère que le syndicat qui était représentatif dans l'entreprise cédante demeure représentatif jusqu'à la fin du cycle électoral en cours. Et en dépit de départs des salariés, parfois massifs, dont le contrat de travail va se poursuivre avec leur nouvel employeur.
- En cas d'arrivée dans une nouvelle entreprise, un syndicat antérieurement non-représentatif ne peut faire valoir qu'à l'occasion du transfert de nouvel établissement se sont adjoint à l'entreprise d'accueil de nouveaux effectifs ce qui le rendrait représentatif. En effet la Cour de cassation, qui privilégie la stabilité, considère que le transfert ne peut modifier la représentativité des forces syndicales présentes dans l'entreprise d'accueil. La différence n'impactera que les salariés changeant d'employeur, puisqu'ils seront soumis à la convention collective de leur nouvel employeur (sauf accord de substitution).

Ainsi en cas de transfert d'entreprise, la Cour de cassation choisit une solution de sécurité juridique. Cette solution semble justifiée par la volonté des juges de clarifier les acteurs responsables du dialogue social dans l'entreprise. Et ainsi stabiliser la négociation au niveau de l'entreprise.

Ces quelques exceptions nous permettent de constater que la représentativité des syndicats n'est pas *établie pour toute la durée du cycle électoral*⁴⁶, pour reprendre la formulation jurisprudentielle, mais est donc partiellement figée sur ce cycle électoral. De plus, ces jurisprudences ont pour objectif de consolider l'action syndicale dans l'entreprise en l'adaptant aux contraintes pratiques pour mieux la sécuriser. La Cour de Cassation semble donc faire le choix de la sécurité juridique en restreignant et prévoyant les cas de perte de représentativité. De ce fait, elle ajoute une pierre à la construction de la légitimité et de la crédibilité nouvelle de l'action syndicale dans l'entreprise.

En conclusion, nous avons vu que la représentativité, autrefois présumée et désormais prouvée, représente un enjeu fort de légitimation de la négociation en entreprise. En effet, un syndicat réellement représentatif disposera d'une position plus favorable dans le rapport de force avec les autres partenaires sociaux. L'exigence de représentativité s'appuie sur une

⁴⁶ Cass. soc., 13 février 2013, n°12-18098

audience électorale. Les conventions collectives négociées et signées par les partenaires sociaux gagne alors en légitimité. Pour autant, si l'esprit est déjà clairement de favoriser la négociation d'entreprise dès 2008, la réforme de la représentativité touche à tous les niveaux de négociation. Elle ne devrait donc pas en favoriser un. Pourtant, les modifications légales successives ont laissé entrevoir un projet, celui de l'apogée de la négociation d'entreprise. Pour cela, le législateur a, après la réforme de la représentativité, renforcé les exigences de validité des conventions collectives d'entreprises pour enfin inverser la hiérarchie des normes.

II - La remise en cause du principe de faveur au détriment des conventions collectives de Branche

Depuis le début des années 2000, le législateur tente de modifier la validité des conventions collectives dans le but de leur donner une force juridique supplémentaire. Mais c'est réellement la réforme de la représentativité qui a accéléré le processus. En effet, après avoir renouvelé les critères de représentativité des acteurs de la négociation collective, c'est la négociation elle-même, et plus particulièrement les conditions de validité d'une convention, qui devient la deuxième étape importante de la réforme syndicale. La négociation au niveau de l'entreprise est toujours plus privilégiée au détriment des Branches professionnelles. Pour cela, le législateur va renforcer la légitimité des accords signés en imposant une approbation majoritaire (A). Les accords collectifs signés par des syndicats plus représentatifs selon des conditions de validité plus strictes auront alors toute la légitimité requise pour devenir le sommet d'une hiérarchie des normes inversées au détriment de la Branche (B).

A - La primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de Branche

1 - L'exigence majoritaire des accords collectifs

L'analyse des réformes successives des conditions de majorités des accords collectifs nous permet d'observer l'avènement de la négociation d'entreprise en corrélation avec le déclin du système conventionnel de Branche.

A la fin du XXème siècle, la première pierre jetée contre le bâtiment conventionnel de la Branche est lancée. Ce sont les loi Auroux de 1982⁴⁷ qui ont créé les accords dit dérogatoires aux dispositions conventionnelles de Branche ou aux dispositions légales. Cette première brèche à l'ordre public social permet d'avoir des dispositions moins favorables aux salariés aux dispositions supérieures dans la hiérarchie des normes. Elle brise le principe de faveur et permet d'évincer la Branche professionnelle de toute protection salariale. La "*maison conventionnelle*" bâtie au-dessus du "*plancher légal*" est prête à s'écrouler au nom de la flexisécurité et de la démocratie sociale⁴⁸. Si les partenaires sociaux au niveau de l'entreprise ont la capacité de signer de tels accords, le législateur se devait de repenser les critères de validité.

En 2004, suite à une Position commune des partenaires sociaux⁴⁹, la loi dite Fillon⁵⁰ repense les critères de validité en introduisant pour la première fois une exigence majoritaire inversée. En effet, pour l'ensemble des niveaux de négociation, la validité des conventions était subordonnée à l'absence d'opposition de la majorité des syndicats représentatifs non-signataires de l'accord⁵¹. Ce système de "*majorité de destruction*"⁵² a repensé le processus de négociation et, en imposant la majorité des suffrages pour remettre en question l'accord, a rendu son opposition difficile.

C'est peut-être pour cette raison que la loi de 2008⁵³ va inverser l'exigence majoritaire en passant d'une majorité négative à une majorité semi-positive. Concrètement, la loi prévoit un double verrou de sécurité. Dans un premier temps, l'accord doit être signé par un ou plusieurs syndicats représentant au moins 30% des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles⁵⁴. Dans un deuxième temps, l'accord une fois validé ne doit pas rencontrer

⁴⁷ Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail

⁴⁸ Jean-Emmanuel Ray, *L'accord d'entreprise majoritaire*, Droit social 2009, p.887

⁴⁹ Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective

⁵⁰ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social

⁵¹ Code du travail, Ancien article L.132-2-2. -I.

⁵² Jean-Emmanuel Ray, *L'accord d'entreprise majoritaire*, Droit social 2009, p.889

⁵³ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail

⁵⁴ Par exemple, Code du travail, ancien article L 2232-12 au niveau de l'entreprise.

l'opposition de plus de 50% des organisations syndicales représentatives⁵⁵. Le système était le même pour les négociations qu'elles soient conduites aux niveaux de l'entreprise, de la Branche ou national, avec une exception : pour les deux derniers niveaux, les suffrages pris en compte étaient uniquement envers les syndicats représentatifs, alors que pour l'entreprise il était tenu compte de tous les suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles. Instauré en même temps que la réforme de la représentativité, et dans la perspective d'orienter le syndicalisme français vers la négociation d'entreprise, l'audience électorale apparaît de plus en plus comme le facteur déterminant de légitimité de la négociation collective. En tout état de cause, ce double verrou n'était, dans la vision des partenaires sociaux et du législateur, *“qu'une première étape préparant au passage à un mode de conclusion majoritaire des accords”*⁵⁶.

Un mode de conclusion majoritaire des accords est un système de validité positif sur la base de la majorité des suffrages et en l'absence de vote d'opposition. On peut le considérer comme plus légitime car le seuil d'approbation est à la majorité, contrairement à l'ancien système qui fixait une majorité pour s'opposer. Ainsi, la suppression du droit d'opposition accentue la quête de légitimité en apportant l'exigence majoritaire si longtemps préparée. C'est la loi du 8 août 2016⁵⁷ qui instaure le principe majoritaire en distinguant deux cas de figure :

- Les accords majoritaires : 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections professionnelles⁵⁸.
- Les accords minoritaires : si l'accord requiert entre 30% et 50% des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections professionnelles, une des organisations salariales signataires peut demander la consultation des salariés via la procédure du référendum afin de “forcer” la validité de l'accord.

⁵⁵ Par exemple, Code du travail, ancien article L 2232-6 pour les Branches.

⁵⁶ Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme, article 5

⁵⁷ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

⁵⁸ Code du travail, article L.223-12, dans sa rédaction après la loi du 8 août 2016

Enfin en 2017, l'une des ordonnances Macron⁵⁹ perfectionne la réforme de 2016. Quelques ajustages sont ainsi prévus relatifs à la validité des conventions et des accords collectifs d'entreprise. Ainsi, le référendum d'entreprise peut désormais également être organisé à l'initiative de l'employeur⁶⁰, et les entreprises de moins de 11 salariés peuvent directement y avoir recours.

Cela amène à plusieurs constatations.

Une sacralisation de l'exigence majoritaire. Tout d'abord on peut constater une "*généralisation de l'accord majoritaire*"⁶¹. Cela signifie que le principe majoritaire est devenu positif. Ainsi, une majorité absolue est exigée pour conclure un accord dit majoritaire. A défaut, une procédure pour sauver l'accord est prévu. La suppression du double-verrou avec un droit d'opposition majoritaire instaurée en 2008 est d'autant plus ingénieuse qu'elle est remplacée par un deuxième vote majoritaire en cas de dépassement de 30%. En effet, le syndicat signataire, ou l'employeur, peuvent se "rattraper" en soumettant directement aux salariés le projet. Cet accord est dit minoritaire, mais cela n'a pas d'incidence sur son régime juridique. Le principe majoritaire est donc largement rempli, même si l'introduction directe des salariés à la négociation collective peut être discuté, ce que nous analyserons par la suite.

Un système défavorable aux Branches. Enfin l'on peut se demander pourquoi le nouveau système de validité des conventions d'entreprise n'est pas à l'avantage des Branches. La réforme de la représentativité et des conditions de validité des conventions collectives impose de fait un constat. Désormais une convention ou un accord collectif repose sur une exigence majoritaire qui s'appuie sur une exigence de représentativité elle-même notamment fondée sur une audience électorale⁶². Le mécanisme est intelligemment construit et l'objectif de démocratie social respecté. Mais si ce nouveau système est le même pour chaque niveau de négociation, il devrait par conséquent s'avérer avantageux pour tous. Pourtant, en pratique, cela n'est pas toujours le cas. Le système antérieur voulait que la loi et la Branche soit

⁵⁹ Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective

⁶⁰ Code du travail, article L.2232-12

⁶¹ Rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, p.387

⁶² Pour aller plus loin, Franck Petit, *La légitimité des organisations syndicales, préalables à la légitimité de l'accord collectif*, Droit social, 2018/02, p.141 à 147

considéré comme “supérieures” via le principe de faveur. Un accord collectif, sauf cas dérogatoires légaux, ne pouvait donc être que plus favorable. Aujourd’hui, depuis la réforme de la représentativité et la légitimité des accords, les trois niveaux sont théoriquement sur le même pied d’égalité. Ils ont la même légitimité. L’entreprise auparavant dernier étage de la négociation collective peut donc devenir le premier. C’est ce qu’on appellera l’inversion de la hiérarchie des normes.

2 - L’inversement de la hiérarchie des normes, le principe majoritaire contre le principe de faveur :

Autrefois régulé par le principe de faveur, les rapports entre les différentes sources du droit du travail vont être considérablement modifiés par l’une des ordonnances Macron⁶³ qui se fonde sur le principe majoritaire, aux dépens des normes conventionnelles de Branche.

Avant 2016, le principe de faveur était omniprésent et régula les rapports entre d’une part les conventions collectives et la loi et d’autre part les conventions collectives des différents niveaux de négociation. Ce principe de faveur est à mettre en relation avec l’ordre public. Le Code du travail dispose qu’*“une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d’ordre public.”*⁶⁴. Cet article, toujours en vigueur et sa formulation a peu évolué depuis 1982⁶⁵, questionne son lecteur sur deux propos : le principe de faveur et le caractère d’ordre public. Le principe de faveur vit dans un système hiérarchisé dans lequel la norme inférieure ne peut-être moins favorable aux salariés que la norme supérieure⁶⁶. Ce principe n’a pas de valeur constitutionnelle⁶⁷, mais la Cour de cassation l’a tout de même érigé au rang de principe fondamentale du droit du travail⁶⁸. L’ordre public social était *“en définitive, en droit du travail, toutes les règles*

⁶³ Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017

⁶⁴ Code du travail, article L.2251-1

⁶⁵ Code du travail, ancien article L.132-4

⁶⁶ Cass. ass. plén. 24 octobre 2008, n°07-42799

⁶⁷ Décision du 13 janvier 2003, relative à la loi "Fillon II" sur le temps de travail

⁶⁸ Cass. soc., 28 novembre 2012, pourvoi n° 11-17501

seraient d'ordre public en ce qu'elles constituent, toujours, une protection du salarié, soumise au principe de faveur"⁶⁹. Pourtant la loi de 2016⁷⁰, en limitant les dispositions d'ordre public en matière de temps de travail révolutionne la "*conception transversale de l'ordre public social*"⁷¹. Cette réforme crée un ordre public fondamental, puis un ordre public conventionnel et un ensemble de règles supplétives. C'est ce schéma que va suivre le gouvernement en 2017 pour réformer les rapports collectifs de travail entre les conventions et accords collectifs de Branche et d'entreprise.

En distinguant les rapports de force entre la négociation de Branche et d'entreprise, il ressort des ordonnances trois blocs distincts de compétences. Si le Code du travail différencie des catégories de matières dans lesquelles s'appliqueront différentes règles d'articulations, cela ne signifie nullement que ces domaines soient strictement réservés à la Branche ou à l'entreprise⁷².

Le premier bloc d'articulation est celui instaurant une primauté de l'accord de Branche sur l'accord d'entreprise⁷³. Ainsi, quatorze matières⁷⁴ sont énumérés où l'entreprise devra respecter le principe de faveur. Pourtant, le texte prévoit d'office une exception à cette impérativité de l'accord de Branche sur ces matières. C'est le cas où l'entreprise prévoirait des "*garanties au moins équivalentes*" s'appréciant "*par ensemble de garanties se rapportant à la même matière*". La primauté de l'accord de Branche apparaît donc comme relative au vu de la notion floue de garantie au moins équivalente.

Le deuxième bloc d'articulation prévoit quatre ensembles d'objets de négociation dans lesquelles la Branche prévaut si elle le stipule expressément⁷⁵. Ce système rappelle les clauses dites de verrouillage⁷⁶. Ainsi en cas de conflit, conformément au principe de faveur,

⁶⁹ Grégoire Loiseau, Laurence Pécaut-Rivolier et Geneviève Pignarre, *L'ordre public social a-t-il un avenir ?* Droit social, 2016/11, p.886

⁷⁰ Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale

⁷¹ Grégoire Loiseau, Laurence Pécaut-Rivolier et Geneviève Pignarre, *L'ordre public social a-t-il un avenir ?* Droit social, 2016/11, p.886

⁷² Cécile Hablot-Murolo, *Couverture conventionnelle dans les Branches - Pouvoirs des partenaires sociaux et intervention étatique*, page 59.

⁷³ Code du travail, article L 2253-1

⁷⁴ Pour une étude approfondie des quatorze matières, voir 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

⁷⁵ Code du travail, article L 2253-2

⁷⁶ Code du travail, ancien article L 2253-3

l'accord d'entreprise ne pourra prévoir de dispositions moins favorables à l'accord ou la convention de Branche. Sauf que le texte prévoit une nouvelle fois une exception, celle des garanties au moins équivalentes. L'impérativité de la convention de Branche dans ces quatre matières peut donc encore être remises en question. Même en cas de clauses au préalable verrouillées.

Enfin le troisième bloc prévoit une pleine supplétivité de la convention de Branche par rapport à la convention d'entreprise pour toutes les autres matières non prévues aux deux précédents articles⁷⁷. Ici, la convention de Branche devient donc une norme supplétive applicable uniquement en cas d'absence d'accord d'entreprise.

Cette nouvelle articulation appelle à quelques réflexions.

La Branche devient un cadre normatif palliant l'absence de dispositions conventionnelles d'entreprise. *“L'ordonnance du 22 septembre 2017 amplifie le mouvement engagé et porté par la loi Travail dans des proportions telles qu'elle renverse la Branche et met à mal le principe de faveur”*⁷⁸. Si auparavant seules quelques dispositions sur le temps de travail avaient été inversé, c'est maintenant un nombre considérable de domaine que le Code du travail accorde le libre choix à l'accord d'entreprise. Le rôle des Branches professionnelles est réduit à se substituer en cas d'absence d'accord dans une entreprise.

“L'étranglement”⁷⁹ du principe de faveur affecte également la Branche. En surface le principe de faveur existe toujours. Mais il est largement limité par le système des garanties au moins équivalentes. Autrefois ce principe s'analysait avantages par avantage⁸⁰, c'est à dire que l'on comparait des avantages ayant le même objet et la même cause. Certains analystes considèrent 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*

⁷⁷ Code du travail, article L 2251-3

⁷⁸ Cécile Nicod, *Conventions de Branche et d'entreprise : une nouvelle partition*, Revue de droit du travail, 2017/10, p.657

⁷⁹ Cécile Nicod, *Conventions de Branche et d'entreprise : une nouvelle partition*, Revue de droit du travail, 2017/10, p.662

⁸⁰ Cass. ass. plén., 18 mars 1988, n°88-40083

Branche”⁸¹. Plus encore, on peut se demander comment les juges font pour évaluer les domaines susceptibles de s’inscrire dans la même catégorie. Certains auteurs craignent une forme de “*présomption d’équivalence*”⁸². Une critique s’est également interrogée en reprenant le cas des congés : un congé d’ancienneté pourrait-il entrer dans la même catégorie qu’un congé pour évènement familiale ou bien un congé de proche aidant par exemple⁸³ ? Ce qui est certain, c’est qu’une équivalence ne signifie pas que la disposition doive être plus avantageuse ou identique. Et en tout état de cause, l’appréciation globale des avantages ne va pas en faveur de la Branche. Les avantages conventionnels de Branche étaient autrefois ce qui cimentait un ensemble d’entreprises appartenant à la même Branche. La convention de Branche garantissait alors un ensemble d’avantages pour tous les salariés qui en dépendent. Ce moyen pouvait lui garantir d’assumer son rôle de structurer une activité économique. Aujourd’hui, la volonté du législateur de briser le régime de faveur en favorisant un système d’équivalence des garanties a pour incidence de faire “*disparaître la hiérarchie structurelle*”⁸⁴. Et la disparition de l’ancienne hiérarchie ouvre la porte un terrain de nouvelles opportunités pour l’entreprise⁸⁵. Ainsi, les “garanties aux moins équivalentes” sont un moyen astucieux de favoriser la négociation d’entreprise au détriment des dispositions de Branche.

L’inversion de la hiérarchie des normes a bouleversé les rapports entre les dispositions conventionnelles de Branches et les dispositions conventionnelles d’entreprises. En effet, dans la logique, puisque les organisations syndicales dans un premier temps puis les accords collectifs eux-mêmes ont pu être légitimés, l’accord collectif d’entreprise aujourd’hui peut primer sur la Branche. Pourtant, cette toute puissance de la négociation d’entreprise peut aboutir à des résultats surprenants, voire parfois inquiétant, en totale indépendance des règles de Branche qui est impuissante à les contrôler.

⁸¹ Alexis Bugada, “*l’articulation des dispositions de Branche et d’entreprise : le Rubik’s cube conventionnel*”, *JCP S 2018, 1056, n°8*

⁸² George Borenfreund et Marie-Armelle Souriac, “*Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective*”, *Droit social*, 2003, p. 72

⁸³ Cécile Nicod, *Conventions de Branche et d’entreprise : une nouvelle partition*, *Revue de droit du travail*, 2017/10, p.661

⁸⁴ Alexis Bugada, “*l’articulation des dispositions de Branche et d’entreprise : le Rubik’s cube conventionnel*”, *JCP S 2018, 1056, n°8*

⁸⁵ Voir notre développement sur le référendum et les accords de performance collectif.

B - Exemples de nouveaux mécanismes de négociation d'entreprise indépendant de la Branche

La négociation d'entreprise est vue par le législateur comme l'apogée d'une démocratie sociale. Elle ne signifie pas pour autant l'implication des syndicats, particulièrement ceux de la Branche (1). La légitimité de la négociation acquise, le législateur permet désormais aux partenaires sociaux de signer des accords très particuliers, défavorables aux salariés pour l'intérêt de l'entreprise. C'est l'effet pervers de la réforme de la négociation d'entreprise (2).

1 - Le contournement des syndicats : le référendum d'entreprise

Le référendum, une voie de contournement des organisations syndicales. Le référendum est évoqué dans deux articles de l'ordonnance du 22 septembre 2017⁸⁶ relative au renforcement de la négociation collective. Ces deux articles ne s'inscrivent pas exactement dans le même contexte⁸⁷. Dans un cas il s'agit de contourner le blocage des syndicats. Dans l'autre il s'agit de contourner l'absence de syndicats dans l'entreprise.

Le référendum, un moyen de contourner le blocage des syndicats. L'article 10 de l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective élargit un cas de recours au référendum d'entreprise déjà prévu depuis la loi du 8 août 2016⁸⁸. Il s'agit du référendum pouvant être organisé lorsqu'un accord collectif a obtenu la signature de syndicats ayant obtenu entre 30% et 50% des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections professionnelles. Le référendum va donc permettre de pallier à l'absence d'obtention des 50% qui sont en principe nécessaires.

⁸⁶ Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, article 8 et 10

⁸⁷ Semaine Social Lamy 2017, n° 1781, 1783, 1788

⁸⁸ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, article L.1°.b)

Antérieurement, l'organisation de ce référendum était réservée aux syndicats signataires. Désormais, l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective ouvre cette possibilité à l'employeur si les syndicats n'agissent pas. Ce type de référendum s'explique par l'évolution du droit de la négociation collective. La sacralisation du principe majoritaire par la loi du 8 août 2016 a rendu plus difficile la validation d'une convention collective. Avant 2004, il suffisait qu'un syndicat représentatif signe pour que la convention collective soit applicable (règle de l'unicité des signatures). Les lois du 4 mai 2004 et du 20 août 2008 ont par la suite donné un rôle à l'audience électorale pour la validation des accords collectifs. La loi Travail du 8 août 2016 est allée plus loin en introduisant la validation d'un accord d'entreprise à 50% des suffrages au lieu de 30% antérieurement. Cela crée de fait une difficulté réelle de conclure des conventions collectives, d'où l'introduction d'une solution de sauvetage : en cas d'accord minoritaire (accord signé par des syndicats représentant 30% des suffrages mais moins de 50%), les syndicats représentatifs non signataires pourront procéder à un référendum pour le valider. Mais comme ces syndicats eux-mêmes peuvent ne pas souhaiter organiser le référendum, l'ordonnance a prévu une solution de sauvetage complémentaire en permettant à l'employeur d'organiser lui-même le référendum. Il existe par ailleurs une autre forme de référendum, qui constitue également une voie de contournement des organisations syndicales

Le référendum, un moyen de contourner l'absence de syndicats. L'ouverture du référendum est envisagée ici comme une nouveauté significative et révolutionnaire pour les TPE. Il s'agit du référendum prévu par l'article 8 de l'ordonnance⁸⁹. Le référendum est introduit sans condition dans les entreprises de moins de 10 salariés. Il est également introduit dans les entreprises de 11 à 20 salariés lorsqu'il n'y a pas de membre élu de la délégation du personnel du comité social et économique. Le référendum crée donc dans les petites entreprises des possibilités d'ouvrir des dialogues sociaux jusqu'ici inexistantes : les salariés peuvent ratifier ou non un projet d'accord soumis par l'employeur. En effet, les chiffres parlent d'eux-mêmes, seules 21% des entreprises ayant entre 11 et 21 salariés disposent de délégués du personnel. Quelles auraient été pu être les autres solutions possibles ? Obliger ces entreprises à respecter les conventions collectives de Branche ? Cela aurait été clairement été contre l'idée des ordonnances du 22 septembre 2017 d'une promotion de la négociation

⁸⁹ Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, article 8

collective d'entreprise. Le législateur est ainsi soucieux de créer des modes dérogatoires de négociation dans l'entreprise. Il donne désormais la possibilité d'aborder tous les thèmes conventionnels par le biais du référendum. L'accord validé par référendum aura le même régime juridique qu'une convention collective négociée et signée par des représentations syndicales représentatives. Pourtant, il ne faut se tromper sur la nature même de ce projet : c'est une décision unilatérale de l'employeur qu'il propose au vote de ses salariés. Et, de ce fait, quel peut être l'avantage pour un employeur d'utiliser un référendum pour conclure des accords collectifs ? Il peut s'agir de faire voter des accords introduisant des dispositions parfois au désavantage des salariés qu'ils ne pourront pas contester sous faute d'être licenciés

90

La justification incertaine du contournement des syndicats. Au sujet du développement du référendum dans l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, différents points de vue sont envisageables. On peut ainsi considérer que le référendum est le sommet d'un droit du travail tourné vers l'entreprise⁹¹. Le développement du référendum a été pensé comme un outil indispensable pour permettre un nouveau développement du dialogue social. La supplétivité des règles législative introduite par la loi du 8 août 2016 et renforcée par les ordonnances du 22 septembre 2017 est clairement en faveur de la négociation collective, en partie au niveau de la Branche mais surtout au niveau de l'entreprise. Dans une certaine mesure, seules les dispositions d'ordre public resteront obligatoires à toutes les conventions, comme l'obligation de régler les conflits judiciaires devant les prud'hommes. Les évolutions du droit du travail vont vers un droit conventionnel, qui sera à l'avantage des conventions d'entreprises. En effet, l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective établit une nouvelle architecture concernant les rapports entre conventions et particulièrement entre les conventions de Branches et entreprises. Il s'agit d'une mesure de faveur pour les entreprises⁹². Le nouveau droit de la négociation collective est donc avantageux pour les entreprises et c'est pour cela que le développement du référendum a pu paraître justifié au

⁹⁰ Ce sont les accords de compétitivité qui sont ici visés. Voir notre développement.

⁹¹ Pascal Lokiec, *Vers un nouveau droit du travail ?* Recueil Dalloz, 2017, p. 2109

⁹² Voir développement page...

législateur. Mais on peut se demander s'il s'agit d'une modalité valable de participation des salariés à la gestion de l'entreprise⁹³.

En proposant un moyen de négociation extra syndicale, le législateur réaffirme sa volonté de favoriser une négociation d'entreprise. Et cela peu important l'intervention ou pas des acteurs historiques de la négociation. De fait, le référendum d'entreprise permet d'écarter le refus des partenaires sociaux en forçant l'application d'une convention via le vote des salariés. La Branche n'a aucun moyen d'action contre cela.

2 -Une entreprise indépendante : l'accord de performance collectif

Pensé pour anticiper les difficultés des entreprises et remplaçant toutes les anciennes catégories d'accords dérogatoires d'entreprises qui existaient auparavant, les accords de performance collective sont des accords dérogatoires au droit commun qui permettent à l'employeur d'imposer aux salariés des dispositions contraires ou incompatibles avec leurs contrat de travail. Ce mécanisme peut être utilisé dans deux situations⁹⁴ :

- Répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ;
- Préserver ou développer l'emploi

Cette définition aussi large que floue a été créé par l'une des ordonnances Macron⁹⁵. Elle semble permettre de répondre à de nombreuses situations. Ces accords peuvent par exemple revenir sur les salaires prévus par le contrat de travail. Les clauses de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires ou incompatibles du contrat de travail au nom de l'intérêt de l'entreprise. Et en cas de refus de l'accord, le salarié pourra être licencié pour faute réelle et sérieuse.

La prévalence de ce type d'accord peut s'effectuer à deux niveaux. Si le contrat de travail d'un salarié peut être renversé, un accord de Branche peut l'être tout autant. Par exemple, si

⁹³ Pour aller plus loin dans la critique d'une négociation se passant des syndicats, Marie-Laure Morin, *Derrière le pragmatisme des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux, Droit ouvrier 2017, p. 590*

⁹⁴ Code du travail, article L.2254-2

⁹⁵ Ordonnance n°2017-1785 du 22 septembre 2017

l'un des deux motifs légaux est rempli, cela justifiera la conclusion d'un accord de performance collective qui puisse aménager la rémunération en contradiction totale avec les garanties prévues par la convention de Branche grâce à la nouvelle hiérarchie des normes⁹⁶. L'accord de Branche, autrefois garant d'une rémunération à peu près uniforme dans son secteur, ne pourra plus constituer un garde-fou mis à part dans les primes d'insalubrité et les minimales hiérarchiques⁹⁷. Et cela sera identique pour la durée du travail ou bien la mobilité interne des salariés. Dans tous les cas, la capacité de résistance des deux est mise à mal.

Ce type d'accord peut amener plusieurs problématiques d'un point de vue syndical, et plus particulièrement au sujet du rapport entre les Branches professionnelles et l'entreprise.

Faire confiance aux partenaires sociaux. La refonte du modèle sociale a été pensée à travers la confiance dans le dialogue social⁹⁸. Mais comme le soulignent certains critiques du dogme de la confiance entre les partenaires sociaux, *“le corollaire de cet appel à la confiance est donc l'ignorance - si ce n'est la négation - du conflit entre les salariés et les employeurs”*⁹⁹. D'un autre côté l'argument envers un tel dispositif est le suivant : qui est mieux placé que les partenaires sociaux locaux pour connaître ce dont les salariés et l'entreprise ont besoin ? De ce point de vue, toutes dispositions d'un accord de performance ne sont que le fruit d'une discussion et de compromis entre les différents acteurs sociaux. C'est l'argument de la démocratie sociale. Mais qui peut être remis en question par la possibilité offerte à l'employeur de soumettre l'accord aux votes des salariés. Or, dans des petites entreprises où de tels accords pourront être ratifiés par référendum, quel est le véritable poids des salariés face à leur employeur ?

Un type d'accord défavorable aux syndicats représentant des salariés. De manière générale pour les syndicats salariés, un paradoxe a vu le jour suite aux réformes. Après avoir signé la position commune pour changer la représentativité syndicale et ainsi légitimer l'action syndical, les syndicats se retrouvent aujourd'hui à pouvoir signer des accords

⁹⁶ Frédéric Géa, *un nouveau droit du licenciement économique ?* Revue de droit du travail 2017/10, p. 640

⁹⁷ Code du travail, articles L.2253-1 et L.2253-2

⁹⁸ L. Thomas, *Confiance*, RDT 2016, p.754

⁹⁹ Tatiana Sachs et Cyril Wolmark, *Les réformes 2017 : quels principes de composition ?* Droit social, 2017/12, p.1014

objectivement défavorables aux salariés. Et cela en se reposant leur légitimité renforcée. Les juges analysent la portée des accords selon la volonté et la portée qu'ont voulu lui donner les partenaires sociaux¹⁰⁰. Il est tout à parier que les accords de performance collective ne seront pas remis en question par les juges puisque des syndicats légitimes et représentatifs dans le cadre de leur entreprise les ont signés.

Un type d'accord défavorable aux syndicats de Branche représentant les employeurs.

Un paradoxe d'un autre type se crée avec les accords de performance pour les syndicats de Branche patronaux. En effet l'une de leur missions est, dans une certaine mesure, d'assurer à l'employeur le plus de liberté dans la gestion de son entreprise. Et donc de favoriser l'entreprise. Avec un accord comme celui de compétitivité, l'entreprise n'a plus besoin de la Branche. Et la Branche perd une fois encore une prérogative, voire un peu de son utilité.

En conclusion, depuis la brèche créée par les lois Auroux en 1982 contre le principe de faveur, la "*maison commune*" fondée grâce aux dispositions conventionnelle reposant sur un "*plancher légal*"¹⁰¹ a connu beaucoup de séismes. Cela est passé dans un premier temps par une refonte de la légitimité des partenaires sociaux à travers la réforme de la représentativité syndicale. Une fois les acteurs légitimés, le législateur a transformé les conditions de validité des accords collectifs pour passer d'une règle de l'unicité à un principe majoritaire positif apportant une force juridique aux nouveaux accord négocié. Les réformes successives se sont appliquées à faire de la démocratie sociale une priorité. Pour cela, l'idéologie retenue a été celle du dialogue de proximité, c'est à dire la négociation d'entreprise. Le législateur a donc transformé l'idée d'ordre public social pour rendre supplétive la loi et la plupart des dispositions conventionnelles de Branche et donner une liberté autrefois impensable à l'entreprise. Cette liberté se matérialise parfaitement à travers le référendum d'entreprise et les accords de performance collective. Les dangers et avantages d'un tel monopole accordé à l'entreprise au dépit de toutes dispositions conventionnelles de Branches ont été soulignés.

¹⁰⁰ Cass. soc., 23 octobre 2015, n°13-25279

¹⁰¹ Jean-Emmanuel Ray, *L'accord d'entreprise majoritaire*, Droit social 2009, p.887

Reste un constat flagrant : la Branche professionnelle est presque réduite à compenser l'absence d'accord collectif, et cela peut encore s'aggraver dans les prochaines années. C'est pourquoi la Branche professionnelle a un besoin urgent de se restructurer pour survivre, et de repenser son rôle dans le dialogue social pour s'adapter.

Partie 2 - Le renouveau des branches

professionnelles

Si certains considèrent que la saison est à l'automne¹⁰² pour les Branches professionnelles, d'autres considèrent au contraire qu'elles en sont à leur printemps¹⁰³. Les évolutions structurelles du dialogue sociale ne sont pas très favorables à l'action syndicale de Branche telle que nous la connaissons depuis des années. Mais c'est justement pour ses acteurs l'occasion de se transformer. Pour cela le législateur a donné des moyens importants au Ministre du travail afin d'imposer son rythme de restructuration (I). Mais de manière plus générale, les branches doivent repenser à long terme leur rôle social dans le tissu normatif français (II).

I - Une évolution imposée par l'Etat

L'objectif depuis les premières réflexions sur la restructuration des Branches Professionnelles est clair : il faut réduire le nombre de conventions afin de rendre plus claires leurs lectures tout en facilitant l'adaptation des Branches à la nouvelle hiérarchie des normes. En 2009, le rapport du député Jean-Frédéric Poisson¹⁰⁴ décomptait 687 Branches dans le secteur conventionnel du Travail et 255 Branches dans le secteur conventionnel agricole. Nous limiterons notre réflexion au secteur conventionnel du travail. Le dernier objectif visé par la

¹⁰² 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

¹⁰³ Alain Sauret, Approche stratégique du contenu des conventions collectives de Branche, LSJ S, 2019/15, p.13

¹⁰⁴ Jean-Frédéric Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les Branches professionnelles*, 28 avril 2009, p.41

Ministre actuelle du travail était d'atteindre le nombre de 250 Branches en août 2019¹⁰⁵, soit plus du tiers des conventions existantes en 2009 ! En dépit du nombre d'arrêtés ministériels, de fusions et d'élargissement déjà en vigueur l'objectif n'est pas encore atteint. Mais qu'importe pour le Ministère puisque le mouvement a bien été suivi et la dynamique enclenchée. Pour cela, le législateur a doté le ministère du Travail de quatre outils de restructuration permettant une action rapide et contrôlée de l'Etat (A). Cependant, cette intrusion étatique peut poser quelques problèmes juridiques de fond (B).

A - Les différentes restructurations

Le processus de restructuration des Branches est une démarche relativement récente. Ses prémices se trouvent dans le rapport « Poisson » de 2009¹⁰⁶. Mais ses premières traductions concrètes n'ont été visibles qu'à la suite à la loi « Rebsamen » de 2015¹⁰⁷, qui a renforcé les moyens donnés à l'Administration pour mener à bien ce processus. Plusieurs voies de restructurations étaient possibles¹⁰⁸ : une voie souple laissant une grande part de liberté aux partenaires sociaux disposant d'un droit d'opposition à l'extension ; une voie mixte avec comme principe une restructuration menée par le chemin de la négociation dans un premier temps, complété si nécessaire dans un deuxième temps par l'intervention étatique; une voie stricte avec l'intervention poussée de l'Etat.

Si l'Etat a choisi dans un premier temps la deuxième voie en permettant aux conventions collectives de se regrouper avec les lois du 5 mars 2014¹⁰⁹ et du 17 août 2016¹¹⁰, il a ensuite imposé son rythme aux partenaires sociaux en adoptant des arrêtés de fusion grâce à la loi

¹⁰⁵ Laïla de Comarmond, *Le nombre de Branches ramené à 250 mi-2019*, Les Echos, mercredi 2 janvier 2019, p.4

¹⁰⁶ Jean-Frédéric Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les Branches professionnelles*, 28 avril 2009

¹⁰⁷ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi

¹⁰⁸ Cécile Hablot-Murolo, *Couverture conventionnelle dans les Branches - Pouvoirs des partenaires sociaux et intervention étatique*, p.17

¹⁰⁹ Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale

¹¹⁰ Loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

Travail¹¹¹ et à l'une des ordonnances Macron¹¹². Se dégagent de ces quatre textes quatre outils à la disposition du ministère du travail pour restructurer¹¹³ : la fusion, l'élargissement, le refus d'extension et le refus d'arrêter la liste des organisations professionnelles d'employeurs et des organisations syndicales représentatives pour une Branche professionnelle.

1 - La fusion :

La procédure de la fusion à l'initiative du ministre chargé du travail a été modifiée au cours des quatre lois précitées. Elle a été facilitée et élargie à plus de cas¹¹⁴. Aujourd'hui, le ministre en charge 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 présentant des conditions sociales et économiques analogues¹¹⁵ :

- Lorsque la Branche compte moins de 5 000 salariés ;
- Lorsque la Branche a une activité conventionnelle caractérisée par la faiblesse du nombre des accords ou avenants signés et du nombre des thèmes de négociations couverts ;
- Lorsque le champ d'application géographique de la Branche est uniquement régional ou local ;
- Lorsque moins de 5 % des entreprises de la Branche adhèrent à une organisation professionnelle représentative des employeurs ;
- En l'absence de mise en place ou de réunion de la commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation.

¹¹¹ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

¹¹² Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective

¹¹³ Code du travail, article L.2261-32

¹¹⁴ Pour plus d'informations sur l'évolution de cette procédure depuis 2014, Cécile Hablot-Murolo, *Couverture conventionnelle dans les Branches - Pouvoirs des partenaires sociaux et intervention étatique*, p.18

¹¹⁵ Code du travail, article L.2261-32

Ces motifs de fusions ne sont pas cumulatifs et une Branche pourra être absorbée si elle répond à l'un des critères. Avec la loi du 5 mars 2014¹¹⁶, lorsque les conditions pour une fusion étaient réunies, le ministère notifiait son intention de fusionner. Les Branches en question avaient alors au minimum un an avant que la fusion soit prononcée. Dorénavant le délai annuel a été supprimé, montrant la volonté ministérielle d'accélérer le processus des restructurations. Ainsi aujourd'hui, lorsqu'une convention collective répond à l'un des critères de restructuration, une procédure précise se met en place¹¹⁷ :

- Un avis d'insertion est publié au Journal officiel invitant les organisations et toutes personnes intéressées à faire connaître leurs observations sur le projet de rattachement proposé ;
- Dans un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours, le projet de fusion est soumis à l'avis de la sous-commission ;
- Un arrêté de fusion est publié en cas d'avis favorable de la sous-commission ;
- Si deux organisations professionnelles d'employeurs ou deux organisations syndicales de salariés proposent une autre Branche de rattachement, la sous-commission est à nouveau consultée,
- Le ministre chargé du Travail peut procéder à la fusion des Branches suite à ce deuxième avis¹¹⁸.

Ce rattachement administratif donne donc naissance à un nouveau champ conventionnel. C'est un arrêté qui fixe une convention collective de rattachement aux Branches absorbées. Les partenaires sociaux ont alors cinq ans pour écrire une nouvelle convention collective. Pendant cette durée, la convention collective anciennement applicable aux salariés entrant dans son champ d'application continue de produire ses effets. Aucune différence de traitement ne pourra être invoqué. Si aucune convention n'a pu être signée, la convention collective de rattachement s'appliquera par défaut¹¹⁹.

¹¹⁶ Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, article 29

¹¹⁷ Benjamin Redt, Charly Coco, Glenn Tanguy-Latuillière, Fabrine Thuillier, Coralie Deffes, Azadeh Akrami-Castanon, *La restructuration des Branches : pour une refonte concertée et dynamique du paysage syndical*, Droit social, 2018/11, p.873

¹¹⁸ Code du travail, article L2261-32

¹¹⁹ Code du travail, article L.2261-33

2 - L'élargissement :

L'élargissement d'une convention collective est un procédé déjà connu en droit syndical. En effet, traditionnellement le Ministre du travail peut, 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, rendre obligatoire aux secteurs concernés une convention collective étendue¹²⁰. Le Ministère élargit alors au secteur non couvert par une convention une autre convention collective. Ce système a été mis en place pour inciter les partenaires sociaux à conclure des conventions ou accord collectifs. En effet, l'élargissement peut être considéré comme caduque si les partenaires sociaux négocient de nouveau. Mais cet élargissement classique visant à susciter une "réaction"¹²¹ des partenaires sociaux n'est pas exactement le même que celui prévu dans le cadre des restructurations car il a ni la même portée ni la même ambition.

En effet, l'élargissement prévu à l'article L.2261-32¹²² est définitif. Le Ministre du travail prononce pour cela 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 elle. Le secteur touché est directement intégré au champ d'application d'une nouvelle convention de Branche. La procédure à suivre est alors la même que pour la fusion

¹²³

3 - Le refus d'extension :

*"Le ministre chargé du travail peut, eu égard à l'intérêt général attaché à la restructuration des Branches professionnelles, refuser d'étendre la convention collective, ses avenants ou ses annexes, après avis de la Commission nationale de la négociation collective."*¹²⁴

¹²⁰ Code du travail, article L.2261-17

¹²¹ Cécile Hablot-Murolo, *Couverture conventionnelle dans les Branches - Pouvoirs des partenaires sociaux et intervention étatique*, p.20

¹²² Code du travail, article L.2261-32, II

¹²³ Voir notre développement.

¹²⁴ Code du travail, article L.2261-32, III.

Ce refus d'extension peut sembler étrange et incohérent dans un article visant les restructurations des Branches professionnelles. Le principe est le suivant : l'extension d'un accord collectif pourrait remettre en cause la restructuration d'une ou de plusieurs Branches, qui, étant d'intérêt général, doit prendre le dessus. Les motifs de refus d'extension sont prévus à l'article L.2261-25 du Code du travail¹²⁵. Ces motifs sont les suivants :

- Clauses conventionnelles qui seraient en contradiction avec des dispositions légales
- L'intérêt général (atteinte excessive à la libre concurrence par exemple)

Ainsi, la restructuration des Branches professionnelles intégrerait le motif d'intérêt général pour refuser une extension. Ce pouvoir accordé au Ministre peut surprendre. En effet, puisque toutes les Branches professionnelles sont actuellement touchées par le processus de restructuration, ce motif de refus d'extension peut devenir systématique. Certains critiques analysent le refus d'extension comme "*un levier pour une restructuration forcée*" qui facilite grandement la technique du refus, traduisant ainsi une "*défiance des pouvoirs publics à l'égard de la portée de conventions de Branches*".¹²⁶ D'un autre côté, on voit mal l'utilité d'étendre une convention collective vouée à disparaître dans un nouveau champ conventionnel.

4 - Le refus d'arrêter la liste des organisations professionnelles d'employeurs et des organisations syndicales représentatives pour une Branche professionnelle

Comme pour le refus d'extension, celui-ci se fonde sur l'intérêt général de la restructuration des Branches¹²⁷. De même, il exige un simple avis de la Commission Nationale de la Négociation Collective et le Haut Conseil du dialogue social, mais la décision n'est pas liée par cet avis.

¹²⁵ Code du travail, article L.2261-25

¹²⁶ Cécile Hablot-Murolo, *Couverture conventionnelle dans les Branches - Pouvoirs des partenaires sociaux et intervention étatique*, p.21

¹²⁷ Code du travail, article L. 2161-32, IV

Quatre lois successives ont organisé la restructuration des Branches professionnelles en inventant quatre mécanismes particuliers pour servir à bien cette mission. Beaucoup de pouvoirs ont été confiés au Ministre du Travail. Si cela est parfois contestable, l'État le justifie par l'intérêt général que représente la restructuration. En tout état de cause, les différentes lois encadrant la restructuration traduisent la volonté de l'Etat d'accélérer le processus de restructuration.

B - La force de l'Etat dans la restructuration

Les différents textes prévoyant la restructuration peuvent interroger à deux niveaux. L'immixtion du Gouvernement dans l'organisation des Branches professionnelles peut parfois frôler l'ingérence. Et cela nous interroge sur la notion de liberté syndicale (1). Enfin, ce choix de restructurer les Branches via les conventions collectives peut-être jugé comme inadapté (2).

1 - L'immixtion étatique face à la liberté syndicale :

Les dispositions encadrant les quatre outils de restructuration peuvent sembler légèrement contraignantes et abruptes. La forte introduction étatique dans l'organisation et l'application des Branches Professionnelles interroge lorsqu'on la met en parallèle avec la notion de liberté syndicale. Comme à tous les niveaux de négociation, un syndicat de Branche a la liberté de se constituer librement, sans autorisation ni contrôle¹²⁸. Les juges considèrent également que "*la liberté syndicale s'entend du droit des professionnels de constituer librement une organisation syndicale*"¹²⁹. De plus, cela peut créer une atteinte à la portée contractuelle ou bien à la représentativité qui aurait alors des incidences sur l'exercice du droit syndical¹³⁰.

¹²⁸ Code du travail, article L.2131-3

¹²⁹ Cons. const. 19 nov. 2010, QPC n°2010-68

¹³⁰ Christophe Frouin, *Des Branches au service*, LSJ S, 2019, n°15, p.26

Mais trois arguments peuvent contrebalancer cette première impression. Tout d'abord, ce ne sont pas les organisations professionnelles qui sont directement visés par la restructuration, mais les conventions collectives ainsi que leurs champs d'application. A partir de ce constat, la jurisprudence européenne pourrait venir appuyer ce propos puisqu'elle considère que les "*Etats demeurent libres d'organiser leur système*" syndical tant que le pluralisme est respecté¹³¹. Ensuite, le fondement de la réforme est justifié par l'intérêt général. La mention à l'intérêt général est en permanence reprise dans les textes légaux traitant de la restructuration. La première phrase de l'article actuel du Code du travail encadrant la restructuration en est un exemple : "*Le ministre chargé du travail peut, eu égard à l'intérêt général attaché à la restructuration des Branches professionnelles, engager une procédure de fusion*"¹³². La notion d'intérêt général est bien entendu suffisamment flou pour qu'on puisse la critiquer. Mais comme le rappelle un analyste de la réforme, "*ce qui est appelé intérêt général par l'Etat, c'est la capacité des Branches à exercer les missions, rôle, et responsabilité que la loi leur confère et qui ne cessent de s'étoffer au gré des réformes successives*"¹³³. Enfin, le dernier argument pratique, mais extra-juridique, qui peut-être apporté est que l'immixtion de l'Etat dans la réforme des Branches professionnelles permet d'accélérer le processus pour l'adapter le plus vite possible à son nouveau rôle dévolue depuis les ordonnances Macron.

L'immixtion étatique est donc justifiée en grande partie par l'intérêt général que représente la restructuration et donc par la volonté du Ministère du travail d'accélérer le mouvement pour le rendre rapidement compatible avec ses nouvelles fonctions issues de l'inversion de la hiérarchie des normes. Un exemple flagrant est celui des Branches de moins de 5000 salariés. Un rapport rendu au premier ministre sur la situation actuelle des Branches dénonce le fait que « *le paysage conventionnel avec de multiples Branches sans moyens et sans stratégie sociale et économique n'est pas à la hauteur de ces défis* »¹³⁴. Le nombre de ces petites Branches est fixé approximativement à 400, soit plus de la moitié du nombre de Branches initiales en 2009.¹³⁵ Les Branches avec un faible nombre de salariés, de par le nombre et

¹³¹ CEDH, 12 novembre 2008, requête n° 34503/97, Demir et Baykara c. Turquie

¹³² Code du travail, article L.2261-32

¹³³ Christophe Frouin, *Des Branches au service*, LSJ S, 2019, n°15, p.26

¹³⁴ Jean-Denis Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au premier ministre, septembre 2015, p.90

¹³⁵ Denis Quinqueton, *Proposition de feuille de route pour les organisations professionnelles d'employeurs et les organisations syndicales de salariés vers une nouvelle structuration des Branches professionnelles*, p.15

parfois leur faible niveau d'efficacité, ont été une des cibles du ministère pour une restructuration efficace et rapide. C'est pourquoi la première mention fut introduite avec la loi du 8 août 2016¹³⁶ en introduisant comme motif de fusion "*la Branche caractérisée par la faiblesse des effectifs salariés*"¹³⁷. L'ordonnance Macron¹³⁸ modifie le contenu de ce motif en intégrant directement le chiffre de 5000 salariés justifiant une fusion¹³⁹. La fusion déclenchée en raison d'une Branche avec moins de 5000 salariés est un archétype symbolisant les pouvoirs importants du Ministère du travail ainsi que sa volonté de restructurer rapidement. Au-delà du risque d'une "*disparition des particularismes conventionnels*"¹⁴⁰, le principal danger est celui d'une vision comptable des Branches professionnelles sans aucune prise en compte du sens et de l'histoire des différents secteurs professionnels. C'est d'ailleurs également l'un des problèmes plus général soulevé par une restructuration fondée sur les conventions collectives et non sur les Branches professionnelles en tant que tel.

2 - Restructurer les conventions collectives ou les Branches Professionnelles ?

Le premier rapport amorçant la restructuration des Branches Professionnelles fut celui du député des Yvelines Jean Frédéric Poisson en 2009¹⁴¹. Parmi toutes les propositions faites par le député, nous avons retenu celle de ne pas donner de définition aux Branches professionnelles. Comme il le rappelle, "*Empirique, la définition de la Branche est avec cela plurielle : il peut y avoir autant "d'identités" de Branches et de styles d'organisation de la négociation de Branche qu'il y a d'organisations d'employeurs décidant de négocier à leur niveau.*"¹⁴². Ainsi s'il existe 687¹⁴³ Branches dans le secteur conventionnel du travail, il y peut

¹³⁶ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

¹³⁷ Code du travail, ancienne rédaction de l'article L.2261-32

¹³⁸ Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective

¹³⁹ Code du travail, article L.2261-32

¹⁴⁰ Cécile Hablot-Murolo, *Couverture conventionnelle dans les Branches - Pouvoirs des partenaires sociaux et intervention étatique*, p.27

¹⁴¹ Jean-Frédéric Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les Branches professionnelles*, 28 avril 2009

¹⁴² Jean-Frédéric Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les Branches professionnelles*, 28 avril 2009, p. 36

¹⁴³ Jean-Frédéric Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les Branches professionnelles*, 28 avril 2009 p.41.

y avoir en théorie 687 identités de Branche. Imposer une définition légale reviendrait à restreindre la liberté des acteurs du dialogue social aux dépens de leur volonté. C'est pourquoi une lettre paritaire rédigée par le comité paritaire demandait à ce que le champ de production de normes conventionnelles applicables aux relations de travail soit défini par les partenaires sociaux selon des critères professionnels, dans le cadre d'un ensemble d'activités économiques cohérentes.¹⁴⁴ Le constat est que seuls les partenaires sociaux au sein de la même Branche peuvent être amenés à se définir entre eux. Et c'est sûrement pour cette raison que le Code du travail définit la Branche uniquement par ses missions au lieu d'imposer une définition générale de fond¹⁴⁵.

La question de la définition des Branches a un enjeu important sur la manière de les restructurer. Puisqu'aucune définition ne peut être apportée, le législateur a alors opéré la restructuration suivant le rattachement à une Branche présentant des "*conditions sociales et économiques analogues*."¹⁴⁶ Cela signifie donc que le seul moyen de restructurer les Branches est d'utiliser les conventions collectives, notion peut-être moins abstraite que celle des Branches. C'est le choix qu'a fait le gouvernement en fondant son action de restructuration sur l'"unicité conventionnelle"¹⁴⁷. En effet, la restructuration passe aujourd'hui par le regroupement des champs conventionnels et la construction d'une seule convention collective. Ce choix n'a pas laissé indifférent les analystes de la réforme qui voient le caractère néfaste de l'assimilation des Branches aux conventions collectives. "*Il en est de même au demeurant pour la terminologie de base concernant les Branches où la confusion qu'entretient le ministère entre Branches et convention n'est pas tenable, car source de confusion. C'est ainsi que l'UIMM, la FNSEA, le bâtiment et les travaux publics, les transports, pour ne citer que ces Branches importantes, défendent avec vigueur et raison qu'ils représentent une Branche professionnelle, même s'ils négocient des conventions collectives.*"¹⁴⁸ Pour illustrer les incohérences d'une méthode comptable construite sur les conventions collectives, nous pouvons prendre l'exemple de la métallurgie. La métallurgie connaît une distinction selon la convention collective des cadres et celle des mensuels ainsi

¹⁴⁴ Délibération sociale sur les « *critères permettant d'accompagner la restructuration des «Branches* » », Lettre Paritaire du 28 janvier 2016, p.2

¹⁴⁵ Code du travail, article L2232-5-1

¹⁴⁶ Code du travail, article L.2261-32,1.

¹⁴⁷ Paul-Henri Antonmattei, *Restructuration des Branches professionnelles : le plus dur reste à faire*, Droit Social, 2018/11, p.868

¹⁴⁸ Alain Sauret, *Approche stratégique du contenu des conventions collectives de Branche*, LSJ S, 2019/15, p.16

qu'une distinction entre la convention nationale et les conventions territoriales. En se fondant uniquement sur les conventions collectives, la Branche de la métallurgie arrive sixième dans l'ordre du top 10 des Branches selon leur effectif salarié avec 453,700 salariés cadres¹⁴⁹ alors qu'elle revendique au totale presque 1, 500.000 salariés toutes catégories confondues. Mais d'autres analystes au contraire voient d'un œil positif cette assimilation des Branches aux conventions collectives car elle offre une simplification de la notion de Branche¹⁵⁰. Si le débat a lieu d'être, il n'en demeure pas moins que le gouvernement a de son côté tranché en décidant de restructurer non pas les Branches professionnelles mais les conventions collectives de Branche. Et quoiqu'il en soit, comme le rappelle le député Jean-Frédéric Poisson dans son rapport, *“Les Branches sont et seront ce que les acteurs de la négociation collective feront d'elles. Il s'agit, rappelons-le, des responsables d'entreprises et des salariés, des organisations appelées à représenter leurs intérêts dans le domaine des relations professionnelles et auprès des pouvoirs publics.”*¹⁵¹

II - Une adaptation nécessaire

Pour réformer les branches professionnelles, le choix a été de partir des conventions collectives. Cette restructuration de forme ne doit pas faire oublier aux organisations de branche la nécessité de repenser en profondeur leurs rôles dans le dialogue social. Pour cela plusieurs pistes peuvent être suivies. Une première serait d'utiliser le bagage historique des branches pour recentrer leurs actions et leur influence à des enjeux plus adaptés (A). Une autre consisterait à s'approprier les nouvelles formes de travail (B).

¹⁴⁹ Laïla de Comarmond, *Le nombre de Branches ramené à 250 mi-2019*, Les Echos, mercredi 2 janvier 2019, p.4

¹⁵⁰ Philippe Portier, *Restructuration des Branches professionnelles : le point de vue de la CFDT*, Droit social 2018/11, p.879

¹⁵¹ Jean-Frédéric Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les Branches professionnelles*, 28 avril 2009, p.211

A - Recentrer l'influence des dispositifs de branche à des enjeux plus adaptés

L'histoire et l'influence sociale, économique et politique des branches est une vraie force pour ses organisations. Longtemps ignoré, son rôle de régulation de la concurrence a enfin été légalisé¹⁵² (1). Ce nouveau rôle de régulateur concurrentiel sera en partie en faveur des petites et moyennes entreprises ne disposant pas des ressources nécessaires pour développer une réelle activité syndicale (2).

1 - Se concentrer sur le rôle de régulation de la concurrence

Le rôle des branches de veille à la régulation de la concurrence dans leur secteur d'activité est depuis 2016 inscrite dans le Code du travail : *“La branche a pour missions [...] de réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application”*¹⁵³.

Deux limites à ce rôle peuvent être conçues. La première critique doctrinale fut le rapport entre le marché pertinent et le champ d'application d'une convention collective¹⁵⁴. Les deux notions ne coïncident pas toujours. En effet, un marché pertinent se définit comme un lieu où se confrontent l'offre et la demande de produit ou de services identiques ou substituables¹⁵⁵. Le champ d'application ne sera pas nécessairement le même pour des raisons de non-extension de la convention à tous les acteurs ou bien d'activités principales différentes des entreprises concurrentes les soumettant à des conventions collectives de branches différentes. La deuxième limite est précisément celle développée dans la première partie, c'est à dire l'inversement de la hiérarchie des normes. Puisque désormais la branche n'a plus un rôle de régulation générale des normes conventionnelles d'entreprises, les partenaires sociaux au niveau de l'entreprise appartenant à la même branche peuvent négocier des

¹⁵² Code du travail, article L.2232-5-1

¹⁵³ Code du travail, article L.2232-5-1

¹⁵⁴ Muriel Chagny, *Les branches professionnelles et la régulation de la concurrence*, Droit social, 2018, n°6, p.18

¹⁵⁵ Décision n° 11-D-15 du 16 novembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par la société SOGAREL dans le secteur des parkings à destination des passagers de l'aéroport de Lille, point 24

dispositions tout à fait différentes. *“La reconnaissance d’une telle mission au profit des branches ne laisse pas d’étonner le spécialiste du droit de la concurrence enclin à se demander en quoi un organe de négociation collective intervenant dans le domaine des relations sociales pourrait jouer un quelconque rôle dans la régulation de la concurrence”*¹⁵⁶. L’introduction de la branche dans le domaine du droit de la concurrence n’a donc rien d’évident.

Pourtant, ce rôle n’est pas à minorer, surtout au vu du passé de corporation des branches professionnelles. La jurisprudence européenne distingue explicitement ce qu’est un accord de branche et un accord anticoncurrentiel. En effet, au vu des textes européens sur les ententes interdites¹⁵⁷, une convention collective pourrait, dans une certaine mesure, constituer un accord, ou une décision d’associations d’entreprises *“susceptibles d’affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d’empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l’intérieur du marché intérieur”*. D’autant plus que par principe les organisations syndicales de branches signent des accords pour des entreprises ayant la même activité économique principale. Les juges européens écartent cette inquiétante possibilité en considérant que *“les objectifs de politique sociale poursuivis par de tels accords seraient sérieusement compromis si les partenaires sociaux étaient soumis à l’article 101,1 TFUE dans la recherche en commun de mesures destinées à améliorer les conditions d’emploi et de travail”*¹⁵⁸. La nature d’intérêt général de la négociations collectives prends donc, en toute logique, le dessus sur les règles concurrentielles. Et c’est cette vocation de participer à l’intérêt général qui justifie dans un premier temps l’interaction des branches dans le domaine de la concurrence.

De plus, la concurrence peut se jouer à d’autres niveaux. *“Il ne faut pas négliger, outre la place confiée à la branche dans la hiérarchie des normes, son rôle d’inspirateur dévolution législatives, réglementaires ou de pratiques d’entreprise”*¹⁵⁹. La concurrence c’est également de se démarquer des autres branches en rendant attractive la sienne. Les treize domaines

¹⁵⁶ Muriel Chagny, *Les branches professionnelles et la régulation de la concurrence*, Droit social, 2018, n°6, p.19

¹⁵⁷ TFUE, article 101, 1.

¹⁵⁸ CJCE, 21 septembre 1999, affaire C-67/96, point 59

¹⁵⁹ Damien Delevallée, *Refondre et innover dans la branche : les classifications dans la métallurgie*, Droit social, 2018, n°15, p.30

réservés à la branche ainsi que les quatre clauses de verrouillages possibles offrent un large panel de dispositifs innovants à mettre en place pour les différentes branches. Par exemple, la métallurgie fut la première branche à instaurer le temps de travail pluriannuel sur trois ans ce qui offre aux entreprises de nouvelles possibilités de modulation du temps de travail dont ne disposent pas les autres branches. Ainsi réguler la concurrence c'est aussi pour une branche de proposer de manière concrète des dispositions et pratiques d'entreprise innovante. Elle peut également "concurrer" la négociation d'entreprise, ou bien au minimum lui offrir un cadre normatif dans lequel négocier localement. *La négociation d'entreprise ne peut, de facto, se contenter d'être exclusivement une négociation de régression, de nivellement par le bas*"¹⁶⁰. En effet, les syndicats qui signent des accords majoritaires ou minoritaires n'ont aucun intérêt à signer des accords moins favorables que ceux prévus par la branche. Ils peuvent donc fonder leurs prétentions sur des dispositions conventionnelles de branche pour mieux négocier. La négociation d'entreprise, par le biais d'une concurrence régulée par la branche, ne pourra donc être totalement indépendante du dispositif conventionnel proposé par les organisations syndicales et patronales de branche. Cet avis est partagé par l'Autorité de la concurrence qui, dans un avis récent, retient le constat suivant à propos de l'extension des accords de branche : *D'un point de vue social, l'extension des accords de branche joue un rôle très important, en assurant l'uniformisation des garanties sociales et en encadrant le fonctionnement du marché du travail, notamment en limitant les pratiques de « dumping social ». Par ailleurs, ce mécanisme permet de pallier la faiblesse du taux de syndicalisation des salariés et du taux de couverture patronale en France (c'est-à-dire la proportion d'entreprises adhérentes et de salariés employés dans ces entreprises), en particulier dans les très petites entreprises, et les petites et moyennes entreprises (« TPE-PME »)*"¹⁶¹.

Même si le principe d'une régulation de la concurrence par les branches peut, en doctrine, être discuté, la réforme de l'organisation du dialogue social a encouragé cette vision des choses en légalisant textuellement ce rôle important. La concurrence peut s'analyser à plusieurs niveaux, entre branche et entre la branche et les entreprises. Mais ce sont bien les

¹⁶⁰ Christophe Frouin, *Des branches au service*, Droit social, 2018, n°15, p.28

¹⁶¹ Avis n° 19-A-13 du 11 juillet 2019 relatif aux effets sur la concurrence de l'extension des accords de branche

petites et moyennes entreprises qui vont être les principales bénéficiaires d'un dispositif conventionnel de branche ingénieurs.

2 - Se recentrer sur les petites entreprises

86,5 % des salariés du secteur conventionnel du travail sont couverts par des conventions collectives, ou bien 90,4 % en incluant les accords de Branche. Cela représente environ 14 millions de salariés¹⁶². La branche professionnelle est un pilier normatif touchant réellement les salariés. Certains parlent même de “*droit*” qu’auraient les salariés à être couverts par un accord de branche¹⁶³. Comme nous l’avons vu, en cas d’absence de la branche dans un champ particulier, ce “*droit*” est retrouvé grâce à la technique de l’élargissement classique¹⁶⁴ par le Ministre du travail. Ce rôle de couverture conventionnelle de la branche est particulièrement utile et bénéfique pour les petites et moyennes entreprises. En effet, en raison de leur taille, de l’absence ou le faible niveau de compétence des représentants du personnel, ces entreprises peuvent avoir des difficultés à négocier et signer des accords d’entreprise. Et l’accord de branche peut alors devenir “*le seul statut social possible*”¹⁶⁵. La Direction de l’animation de la recherche des études et des statistiques (DARES) a étudié l’ensemble des conventions collectives de branche ayant au moins 5000 salariés au 31 décembre 2016. A l’issue de son étude, elle a réuni dans des dizaines de PowerPoints des études statistiques classées selon les Identifiants De Convention Collective (IDCC)¹⁶⁶. Par exemple, pour le secteur de l’édition (IDCC n°02121), 82,6% des entreprises ont entre 1 et 9 salariés, pour 84,4% au niveau du secteur de la culture et 81,3% au niveau de l’ensemble des conventions collectives de branche. Les chiffres sont impressionnants et montrent bien l’étendue du pouvoir et du rôle social des dispositions conventionnelles de branche. Même si l’une des ordonnances Macron

¹⁶² Jean-Frédéric Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les Branches professionnelles*, 28 avril 2009 p.41

¹⁶³ P. Portier, *restructuration des branches professionnelles : le point de vue de la CFDT*. Droit social, 2018, p.879

¹⁶⁴ Code du travail, article L.2261-17

¹⁶⁵ Christophe Frouin, *Des branches au service*, Droit social, 2018, n°15, p.26

¹⁶⁶ Site internet de la DARES, *Les portraits statistiques de branches professionnelles*, <https://dares.travail-emploi.gouv.fr/dares-etudes-et-statistiques/tableaux-de-bord/les-portraits-statistiques-de-branches-professionnelles/>

¹⁶⁷ a créé le référendum direct pour les entreprises dépourvues de délégué syndical et dont l'effectif habituel est inférieur à 11 salariés, créant ainsi un mode de négociation sans aucune implication syndicale ¹⁶⁸, le législateur encourage ce rôle d'aide conventionnelle aux petites entreprises. Le Code du travail impose par exemple aux conventions de branche de comporter des *“stipulations spécifiques sur l'ensemble des négociations prévues”*¹⁶⁹ par le Code afin de pouvoir être étendue.¹⁷⁰ De même, le législateur propose qu'un *“accord de branche puisse comporter, le cas échéant sous forme d'accord type indiquant les différents choix laissés à l'employeur, des stipulations spécifiques pour les entreprises de moins de cinquante salariés”*

¹⁷¹

L'idée que les conventions collectives, et donc les organisations signataires, doivent s'adapter à leurs ressortissants rappelle la notion de prestation de service. La notion est à première vue éloignée du rôle des branches qui n'ont pas des clients mais des adhérents, et dont le dispositif se déploie à tous les salariés affiliés ou non à un syndicat. Pourtant, la reprise de la notion de prestation de service pour une structure d'intérêt général est loin d'être absurde. Les organisations professionnelles sont dotées d'experts techniques en droit du travail et d'autres domaines intéressants les secteurs d'activité de la branche pour conseiller leurs adhérents. Par exemple, le Syndicat National de l'Édition (SNE) conseille les entreprises adhérentes à sa convention collective sur les questions de propriété intellectuelle. Certains syndicats, comme l'UIMM au niveau national, font même payer certaines de leurs prestations de conseil à des entreprises non soumises à leurs conventions collectives. Au regard de l'objet d'un syndicat, qui est exclusivement l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux des personnes mentionnées dans ses statuts¹⁷², cela ne pose pas de problèmes juridiques. Les juges ont déjà considéré qu'une activité syndicale qui consiste exclusivement à proposer des services rémunérés d'assistance et de conseil juridique n'est pas conforme avec l'objet d'un syndicat tel que décrit dans l'article L.3121-1 du Code du travail¹⁷³. A contrario, cette activité peut donc être subsidiaire à celle d'une activité syndicale

¹⁶⁷ Ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, articles 8 et 10

¹⁶⁸ Code du travail, article L.2232-21

¹⁶⁹ Code du travail, article L.2232-10-1

¹⁷⁰ Code du travail, article L.2261-23-1

¹⁷¹ Code du travail, article L.2232-10-1

¹⁷² Code du travail, article L.2131-1

¹⁷³ Cass. soc., 15 novembre 2012, n°12-27315

classique. Les branches disposent donc, dans le futur, d'un levier potentiel de faire jouer leurs expertises historiques en droit pour conseiller le monde professionnel.

L'expertise juridique dont dispose les branches dans les domaines qu'elles couvrent sont une vraie force politique. Particulièrement dans les petites entreprises ne disposant pas toujours de la technique nécessaire en droit du travail pour en appliquer les normes complexes. Beaucoup d'organisations professionnelles ont déjà développé de fortes activités de conseils auprès de leurs adhérents ou autres. Pourtant, d'autres formes de travail sont nées récemment. Les organisations professionnelles de branche auraient tout intérêt s'emparer du sujet pour s'adapter aux nouvelles formes de travail du XXIème siècle.

B - Le rôle potentiel de la branche dans la représentation collective des travailleurs indépendants

1 - Définition des travailleurs indépendant de plateformes numériques

Le travail indépendant *“ne s'exprime plus seulement au sein des professions artisanales ou industrielles, libérales ou commerciales, voire agricoles. L'économie numérique, le travail à la demande viennent en effet bouleverser des catégories juridiques qui, à défaut d'être parfaitement élucidées, avaient le mérite de disposer de régimes juridiques depuis longtemps fixés par la loi et façonnés, au besoin, par la jurisprudence”*¹⁷⁴. Définir aujourd'hui le travail indépendant relève d'un challenge presque impossible. De même que la notion de salariat relève en réalité de nombreuses situations bien distinctes à la fois juridiquement et en pratique, une catégorie unie de travailleurs extra-salariés n'aurait que peu de sens. Le travail indépendant réunit donc à la fois par exemple les professions libérales, les chefs d'entreprises ou les travailleurs utilisant une plateforme numérique. Le seul lien commun, en théorie, est celui de n'être soumis à aucun lien de subordination. Un lien de subordination *“est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité de l'employeur qui a le pouvoir de*

¹⁷⁴ Jean-Pierre Chauchard, *Qu'est-ce qu'un travailleur indépendant*, Droit social, 2016 n°11, p.947

*donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné. Le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail.»*¹⁷⁵. Le code du travail¹⁷⁶, pour définir les travailleurs indépendants, utilise une présomption de travail indépendant lorsqu'une personne est régulièrement immatriculée au répertoire des métiers (pour les artisans), au registre du commerce et des sociétés (pour les commerçants et les mandataires), à des registres professionnels (comme le registre des transporteurs pour les conducteurs de camions) ou affilié auprès des organismes sociaux en qualité de travailleur indépendant (cas notamment des professions libérales)¹⁷⁷. Pourtant, concernant les travailleurs de plateforme, la question d'un lien de subordination peut se poser¹⁷⁸.

Un travailleur de plateformes est *“un travailleur indépendant recourant pour l'exercice de son activité professionnelle, à une ou plusieurs plateformes de mise en relation par voie électronique”*¹⁷⁹. Le travailleur indépendants travaille le plus souvent sous le statut de micro-entrepreneur créé par la loi du 4 août 2008¹⁸⁰, laquelle présume de son indépendance *“lorsque les conditions de travail sont définies exclusivement par lui-même ou par le contrat les définissant avec son donneur d'ordre”*¹⁸¹. L'objet de notre étude n'est pas de revenir sur tous les critères jurisprudentiels distinguant un travailleurs indépendant de plateforme numérique d'un salarié. Pour résumer le paradoxe des travailleurs de plateforme nous nous contenterons d'identifier les deux principaux critères les définissant : ce sont des travailleurs non soumis à une subordination juridique (liberté d'organisation du travailleur, droit de refuser des requêtes, absence de sanction des plateformes) mais étant intégré dans l'activité économique d'une plateforme¹⁸². Ce paradoxe est à l'origine de débats doctrinaux et de prise de position jurisprudentielle tendant vers une requalification. Et pose la question d'une

¹⁷⁵ Cass. soc., 13 novembre 1996, n°94-13187

¹⁷⁶ Code du travail, article L.8221-6

¹⁷⁷ CIRCULAIRE INTERMINISTERIELLE N° DGT/RT1/DGEFP/SDPFC/DSS/2C/2017/256 du 8 juin 2017 relative à la responsabilité sociale des plateformes de mise en relation par voie électronique, p.4

¹⁷⁸ Par exemple sur la requalification du contrat de prestation de service d'un indépendant voir cass. soc., 28 novembre 2018, n°17-20079

¹⁷⁹ Code du travail, article L.7341-1

¹⁸⁰ loi n°2008-776 du 4 août 2008, art. 11

¹⁸¹ Code du travail, article L.8221-6-1

¹⁸² Pour reprendre chacun des critères, Alexandre Fabre, *Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés ?* Droit social, 2018/06, à partir de la page 547

représentation collective des travailleurs indépendants et du rôle à jouer pour les branches professionnelles.

2 - Les premières apparitions d'une représentation collective des travailleurs indépendants des plateformes numériques

Une première réponse légale à la problématique des travailleurs indépendants des plateformes numériques est apparue en 2016¹⁸³. La loi a alors reconnu plusieurs droits aux travailleurs de plateformes :

- Une prise en charge des cotisations d'accidents du travail
- Un accès à la formation professionnelle continue
- Un droit à des mouvements de refus concerté
- La possibilité de constituer des organisations syndicales¹⁸⁴

Nous en sommes encore qu'aux prémises du traitement de ce sujet. Le récent projet de loi dite Mobilité¹⁸⁵ propose aux plateformes d' " *établir une charte déterminant les conditions et modalités d'exercice de sa responsabilité sociale, définissant ses droits et obligations ainsi que ceux des travailleurs avec lesquels elle est en relation.* " Les deux dernières dispositions de la loi de 2016, réunies aux articles L.7342-5 et L.7342-6 du Code du travail, touchent à des domaines du droit collectif. Le "*mouvement de refus concerté de fournir leurs services organisés*"¹⁸⁶ se rapproche d'une forme reconnaissance du droit de grève, pourtant traditionnellement rattachée au salariat. La possibilité de constituer des organisations syndicales est une belle application du principe de liberté syndicale applicable à tout travailleur. Et cela pourrait-être un nouveau moyen d'action pour les branches professionnelles.

¹⁸³ LOI n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, article 60

¹⁸⁴ Code du travail, articles L.7342-1 et suivants.

¹⁸⁵ Projet de loi d'orientation des mobilités (TRET1821032L), article 20

¹⁸⁶ Code du travail, article L.7342-3

Quelques syndicats s'inscrivent dans cette démarche. Les premiers ont été la Fédération CFDT Communication, conseil, culture (F3C) en 2014. Ce n'est pas étonnant que cette fédération se soit approprié en premier ce débat puisque, comme le rappelle un analyste, "*les secteurs économiques de prédilection [des travailleurs indépendants] sont souvent l'édition, le journalisme, la culture, la communication, c'est à dire des activités de service*"¹⁸⁷. F3C a donc développé une plateforme nommée "Union" qui propose : un logiciel pour établir des devis et des factures, un logiciel de gestion de la relation client (CRM) qui permet par exemple de mettre en place une campagne de prospection, l'outil de facturation est relié à un coffre-fort numérique sécurisé, une assurance responsabilité civile professionnelle¹⁸⁸. Lors de sa création, la plateforme était mise en œuvre surtout pour les "*professions intellectuelles*" et non encore à l'époque pour les travailleurs de plateformes numériques. Aujourd'hui le projet semble au point mort. Mais la démarche représente une première étape de réflexion sur l'accompagnement syndical des travailleurs de plateformes. Pour cela, l'idée particulièrement intéressante est celle d'organiser une responsabilité civile ou sociale via une plateforme gérée par le syndicat.

L'idée n'est pas passée à côté de la coopérative SMART qui s'est fait connaître en France et en Belgique lors du redressement judiciaire de Take Eat Easy en Belgique. En mai 2016, SMART avait signé avec la plateforme numérique un accord visant à garantir le barème salarial, la protection et la sécurité des coursiers indépendants. Lors de la mise en redressement, SMART a donc remboursé, comme prévu, les sommes impayées par la plateforme pour un total de 340.000e¹⁸⁹. Le système de SMART est de proposer, entre autres, un fond de garantie mutualisé permettant d'assurer le paiement des prestations 7 jours après la réalisation et protégeant contre les impayés contre 8,5% du prix de vente Hors Taxes des indépendants. Le système est particulier et a fonctionné en Belgique. Avec l'arrêt *Take it Easy*¹⁹⁰ français, la question ne s'était pas posée puisque les juges avaient décidé de requalifier le contrat de prestation de service de service en contrat de travail. Et aujourd'hui,

¹⁸⁷ Jean-Pierre Chauchard, *Qu'est-ce qu'un travailleur indépendant*, Droit social, 2016 n°11, p.949

¹⁸⁸ Emilie Brouze, *La CFDT lance une plateforme pour les travailleurs indépendants*, L'Obs, <https://www.nouvelobs.com/rue89/rue89-nos-vies-connectees/20161201.RUE5920/la-cfdt-lance-une-plateforme-pour-les-travailleurs-independants.html>

¹⁸⁹ Amandine Clout et Bernard Padoan, *Take it Easy : restos et coursiers sur le carreau*, 27 juillet 2016, <https://plus.lesoir.be/52235/article/2016-07-27/take-eat-easy-restos-et-coursiers-sur-le-carreau>

¹⁹⁰ Cass. soc., 2018, n°17-20079

le projet de loi Mobilité¹⁹¹ portant l'idée d'une charte déterminant les conditions et modalités d'exercice de la responsabilité sociale pourrait rendre cette jurisprudence obsolète¹⁹².

L'idée d'une réunion des indépendants, ou bien une représentation collective des travailleurs de plateformes, est donc aujourd'hui encore bien faible. Mais elle est plébiscitée¹⁹³. Certains indépendants ont même créés des plateformes collaboratives dans l'idée de "*créer des plateformes possédées par leurs utilisateurs et appliquant un fonctionnement démocratique, où chaque copropriétaire dispose d'une voix, indépendamment de ses apports en capital.*"¹⁹⁴. Quelques exemples : Plateformes en commun, Coopycle, Open Food France ...

La création de ces plateformes peut sembler éloignée à première vue du rôle des branches professionnelles. Pourtant, une union de travailleurs indépendants, chefs de leur propre activité, rappelle à la fois une organisation de branches d'employeurs exerçant une activité principale similaire tout comme elle rappelle l'union de salariés au niveau de la branche pour défendre une meilleure situation sociale au niveau des entreprises - ici les plateformes. Le paradoxe de travailleurs sans lien de subordination (comme un employeur) mais intégrés à l'activité économique d'une plateforme (presque comme un salarié) ne peut-il pas trouver son point de convergence dans la branche professionnelle ?

Le Code du travail n'est pas encore adapté au développement de telle proposition, mais la requalification du contrat de travail ne sera pas éternellement possible. Et les branches professionnelles auraient tout intérêt à s'emparer le plus tôt possible du sujet des travailleurs indépendants pour des plateformes numériques. En tout état de cause, la restructuration en cours actuellement transforme le rôle social des branches professionnelles. Elles ont

¹⁹¹ Projet de loi d'orientation des mobilités (TRET1821032L), article 20

¹⁹² Vincent Roche, *Travailleurs indépendants et plateformes numériques : l'union impossible ? Le cas de Take Eat Easy*, La semaine Juridique, Edition Générale, n°3 - 21 janvier 2019, p.106

¹⁹³ Gurvan Kristanadjaja, *Mobilisation des livreurs Deliveroo : «On était là la semaine dernière, on reviendra la semaine prochaine»*, Libération, 19 octobre 2018, https://www.liberation.fr/france/2018/10/19/mobilisation-des-livreurs-deliveroo-on-etait-la-la-semaine-derniere-on-reviendra-la-semaine-prochain_1686538

¹⁹⁴ Mélissa Boudes, *D'autres plateformes sont possibles : la piste coopérative*, Contrepoints, 7 avril 2019, <https://www.contrepoints.org/2019/04/07/341075-dautres-plateformes-sont-possibles-la-piste-cooperative>

Conclusion

Différentes réformes au cours des dernières années ont profondément bouleversé l'organisation des normes en droit du travail qui reposait auparavant sur le principe de faveur. Une première brèche a été ouverte en 1982 avec l'introduction d'accords dérogatoires à la loi. Le changement est ensuite intervenu avec la volonté de placer la négociation d'entreprise au premier plan, là où elle était auparavant le dernier échelon. Pour cela le législateur a, sur la demande des organisations syndicales en quête de légitimité, modernisé les critères de la représentativité syndicale. Toujours dans un souci de légitimer l'action syndicale, le législateur a ensuite modifié les critères de validité des conventions et accords collectifs. Désormais une convention ou un accord collectif repose sur une exigence majoritaire qui s'appuie sur une exigence de représentativité elle-même fondée sur une audience électorale. La conséquence directe est que la négociation d'entreprise prend le dessus sur les autres négociation en droit du travail. Certains nouveaux outils de négociation dans l'entreprise, tels que le référendum d'entreprise ou bien les accords de performance collective, n'auraient pas pu être mis en place auparavant.

Le rôle des branches professionnelles se voit alors remis en question. Son influence aussi. Mise à part dans dix-sept cas prévus par la loi ou bien par la convention collective de branche, les dispositions conventionnelles de branche deviennent supplétives. Pour les organisations syndicales de branche défendant les intérêts des salariés, cela nuit clairement à leur capacité de défense des intérêts collectifs de tous les salariés travaillant dans la même branche. Ces salariés deviennent de plus en plus isolés. Les organisations patronales sont paradoxalement aussi remises en question puisque leurs missions est d'apporter plus de libertés aux employeurs, ce que les dernières réformes amène. Mais cela au détriment de l'influence des branches auprès des employeurs. C'est pourquoi l'Etat a engagé un large processus de restructuration des branches professionnelles. Pourtant la branche a encore une capacité d'action. Son premier atout est son patrimoine historique. Son deuxième atout est

son expertise dans les domaines qu'elle prétend défendre. Le législateur tente de promouvoir la négociation d'entreprise à tout prix, mais beaucoup de petites ou moyennes entreprises n'ont aucun moyen de négocier à leurs niveaux. Les branches doivent utiliser son arsenal conventionnel pour imposer dans ces entreprises leurs normes conventionnelles. Les nouvelles formes de travail comme les travailleurs indépendants constituent également un sujet que les branches devront intégrer à leurs réflexions et pourquoi pas un jour dans leur objet. En tout état de cause si les derniers mouvements en droit du travail ont clairement remis en question le rôle de créateur de la norme conventionnelle des branches professionnelles, ils les invitent surtout à repenser leurs rôles dans le dialogue social français.

Bibliographie

Ouvrages généraux :

- Lexique des termes juridique 2013, Dalloz, 20ème édition
- Bernard Teyssié, *Droit du travail relation collective*, LexisNexis, 11ème édition, 2018

Notes de doctrine :

- Damien Delevallée, *Refondre et innover dans la branche : les classifications dans la métallurgie*, Droit social, 2018, n°15, p.30
- Paul-Henri Antonmattei, *Restructuration des branches professionnelles : le plus dur reste à faire !* Droit social, 2018/11
- Paul-Henri Antonmattei, *Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008*, Droit social, 2008
- Jean-Emmanuel Ray, *L'accord d'entreprise majoritaire*, Droit social 2009
- Franck Petit, *La légitimité des organisations syndicales, préalables à la légitimité de l'accord collectif*, Droit social, 2018/02
- Grégoire Loiseau, Laurence Pécaut-Rivolier et Geneviève Pignarre, *L'ordre public social a-t-il un avenir ?* Droit social, 2016/11
- J.-F Césaro, "Conventions et accords collectifs - l'automne dans les Branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective", *JCP S* 2017
- Alexis Bugada, "l'articulation des dispositions de Branche et d'entreprise : le Rubik's cube conventionnel", *JCP S* 2018, 1056
- George Borenfreund et Marie-Armelle Souriac, "Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective", Droit social, 2003
- Pascal Lokiec, *Vers un nouveau droit du travail ?* Recueil Dalloz, 2017
- Marie-Laure Morin, *Derrière le pragmatisme des ordonnances, la perversion des droits fondamentaux*, *Droit ouvrier* 2017, p. 590
- Frédéric Géa, *un nouveau droit du licenciement économique ?* *Revue de droit du travail* 2017/10, p. 640
- L. Thomas, *Confiance*, *RDT* 2016, p.754
- Tatiana Sachs et Cyril Wolmark, *Les réformes 2017 : quels principes de composition ?* Droit social, 2017/12, p.1014
- Alain Sauret, *Approche stratégique du contenu des conventions collectives de Branche*, *LSJ S*, 2019/15, p.13
- Benjamin Redt, Charly Coco, Glenn Tanguy-Latuillière, Fabrine Thuillier, Coralie Deffès, Azadeh Akrami-Castanon, *La restructuration des Branches : pour une refonte concertée et dynamique du paysage syndical*, Droit social, 2018/11, p.873
- Christophe Frouin, *Des Branches au service*, *LSJ S*, 2019, n°15, p.26
- Muriel Chagny, *Les branches professionnelles et la régulation de la concurrence*, Droit social, 2018, n°6, p.18

- P. Portier, *restructuration des branches professionnelles : le point de vue de la CFDT*. Droit social, 2018, p.879
- Jean-Pierre Chauchard, *Qu'est-ce qu'un travailleur indépendant*, Droit social, 2016 n°11, p.947
- Alexandre Fabre, *Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés ?* Droit social, 2018/06, à partir de la page 547

Rapports :

- Cécile Gablot-Muralo, *Couverture conventionnelle dans les branches - Pouvoirs des partenaires sociaux et intervention étatique*
- Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme
- Jean-Frédéric Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les Branches professionnelles*, 28 avril 2009
- Rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs
- Jean-Denis Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au premier ministre, septembre 2015
- Denis Quinqueton, *Proposition de feuille de route pour les organisations professionnelles d'employeurs et les organisations syndicales de salariés vers une nouvelle structuration des Branches professionnelles*
- Délibération sociale sur les « critères permettant d'accompagner la restructuration des « Branches » », Lettre Paritaire du 28 janvier 2016
- Paul-Henri Antonmattei, *Restructuration des Branches professionnelles : le plus dur reste à faire*, Droit Social, 2018/11, p.868
- Vincent Roche, *Travailleurs indépendants et plateformes numériques : l'union impossible ? Le cas de Take Eat Easy*, La semaine Juridique, Edition Générale, n°3 - 21 janvier 2019, p.106

Rubrique internet / journaux :

- Laïla de Comarmond, *Le nombre de Branches ramené à 250 mi-2019*, Les Echos, mercredi 2 janvier 2019
- Emilie Brouze, *La CFDT lance une plateforme pour les travailleurs indépendants*, L'Obs, <https://www.nouvelobs.com/rue89/rue89-nos-vies-connectees/20161201.RUE5920/la-cfdt-lance-une-plateforme-pour-les-travailleurs-independants.html>
- Amandine Cloot et Bernard Padoan, *Take it Easy : restos et coursiers sur le carreau*, 27 juillet 2016, <https://plus.lesoir.be/52235/article/2016-07-27/take-eat-easy-restos-et-coursiers-sur-l-e-carreau>
- Mélissa Boudes, *D'autres plateformes sont possibles : la piste coopérative*, Contrepoints, 7 avril 2019, <https://www.contrepoints.org/2019/04/07/341075-dautres-plateformes-sont-possibles-la-piste-cooperative>

- Gurvan Kristanadjaja, *Mobilisation des livreurs Deliveroo : «On était là la semaine dernière, on reviendra la semaine prochaine»*, Libération, 19 octobre 2018, https://www.liberation.fr/france/2018/10/19/mobilisation-des-livreurs-deliveroo-on-etait-la-la-semaine-derniere-on-reviendra-la-semaine-prochain_1686538