

UNIVERSITÉ PARIS OUEST NANTERRE LA DÉFENSE

U. F. R. de Droit et de Sciences politiques

L'ACCORD COLLECTIF DE TRAVAIL : ÉTUDE SUR LA DIFFUSION D'UN MODÈLE

Thèse de doctorat Mention Droit privé

Présentée et soutenue publiquement par

Ylias FERKANE

Le 11 décembre 2015

Directeur de recherches : **Mme Marie-Armelle SOURIAC**

Professeur émérite à l'Université de Paris-Ouest Nanterre La Défense

Membres du jury : **M. Georges BORENFREUND**

Professeur à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense

M. Luc DEREPA

Conseiller d'Etat

M. Alexandre FABRE

Professeur à l'Université d'Artois, Faculté de droit de Douai (rapporteur)

M. Jean-François LABORDE

Professeur émérite à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

Mme Sophie NADAL

Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise (rapporteur)

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Elles doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Ce travail n'aurait jamais pu voir le jour sans le soutien, les précieux conseils et la bienveillance de Madame Souriac. Qu'elle soit assurée de ma gratitude et de mon plus profond respect.

Mes remerciements vont à tous les membres de l'IRERP pour avoir contribué à l'accomplissement de ce travail et avoir su créer un cadre de travail chaleureux. Je tiens à remercier tout particulièrement Irina pour son attention et sa présence mais aussi Marie Gabrielle, pour sa patience et son amitié.

A M. Wolmark et aux différents intervenants pour leur présence et leur implication lors des séminaires d'écriture doctorale de Goutelas.

A Emmanuel, Marie, Maxime, Sophie et les autres pour m'avoir accompagné jusqu'au bout de la nuit dans leur chapelle.

A Lola et Konstantina, pour avoir vécu cette fin de thèse ensemble.

A Benjamin et Paul-Anthelme, mes compères du parc, pour leur générosité et leur passion.

A Barbara et Sabrina pour les rires et leur compassion.

A Magali et Nathalie pour leur malice et leur gentillesse.

A Josépha et Morgan, pour leur complicité et pour avoir donné sens à l'expression, jamais deux sans trois.

Enfin, à ma mère, mon modèle idéal.

A ma sœur, une seconde mère et une amie.

A Alexy, pour ses leçons de vie et m'avoir appris à espérer même dans l'adversité.

A Valéria, pour tout, pour hier, aujourd'hui et les promesses de demain...

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJ	Actualité jurisprudentielle (du recueil Dalloz)
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJFP	Actualité juridique fonctions publiques
Al.	Alinéa
ANI	Accord national interprofessionnel
APD	Archives de philosophie du droit
AP	Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Art.	Article
Art. précit.	Article déjà cité
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
CA	Arrêt d'une cour d'appel
CC	Décision du Conseil constitutionnel
CE	Arrêt du Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cf.	Voir
Chron.	Chronique
Ch. réun.	Arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation
Civ. 1/2/3	Chambres civiles de la Cour de cassation
CJCE	Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Com.	Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation
Crim.	Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
DMF	Droit maritime français
<i>Dr. sociétés</i>	Droit des sociétés
éd.	Edition

<i>Fasc.</i>	Fascicule
<i>GP</i>	La Gazette du palais
<i>Ibid.</i>	Au même endroit
<i>Infra</i>	Ci-dessous
<i>JCP éd. E</i>	Semaine juridique, édition Entreprise et Affaires
<i>JCP éd. G</i>	Semaine juridique, édition Générale
<i>JCP éd. S</i>	Semaine juridique, édition Sociale
<i>JO</i>	Journal officiel des lois et décrets de la République française
<i>Juris.-Cl.</i>	Juris-Classeur
<i>Loc. cit.</i>	À l'endroit cité [précédemment]
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
<i>n°</i>	Numéro
<i>Obs.</i>	Observations
<i>OIT</i>	Organisation Internationale du Travail
<i>Op. cit.</i>	Ouvrage, thèse déjà cités
<i>PU</i>	Presses Universitaires
<i>PUAM</i>	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
<i>PUF</i>	Presses Universitaires de France
<i>PUR</i>	Presses Universitaires de Rennes
<i>QPC</i>	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDI</i>	Revue de droit immobilier
<i>RDP</i>	Revue de droit public
<i>RDR</i>	Revue de droit rural
<i>RDSS</i>	Revue de droit sanitaire et social
<i>RDT</i>	Revue de droit du travail
<i>RDP</i>	Revue de droit public
<i>Rééd.</i>	Réédition
<i>Rép. civ.</i>	Répertoire de droit civil
<i>Rép. trav.</i>	Répertoire de droit du travail
<i>RFAS</i>	Revue française des affaires sociales
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif

<i>RFDC</i>	Revue française de droit constitutionnel
<i>RGCT</i>	Revue générale des collectivités territoriales
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RIDE</i>	Revue internationale de droit économique
<i>RIEJ</i>	Revue internationale d'études juridiques
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDP</i>	Revue de droit public
<i>RJES</i>	Revue Juridique et Economique du Sport
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RPDP</i>	Revue pénitentiaire et de droit pénal
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
<i>RTDciv.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTDcom.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTDE</i>	Revue trimestrielle de droit européen
Soc.	Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation
s.	Suivant(e)s
Somm.	Sommaires commentés (recueil Dalloz)
<i>ss. la dir.</i>	Sous la direction de
<i>SSL</i>	Semaine sociale Lamy
<i>Supra</i>	Ci-dessus
<i>TPS</i>	Travail et protection sociale
UNCAM	Union nationale des caisses d'assurance maladie
UNOCAM	Union nationale des organismes des caisses d'assurance maladie
V.	Voir

SOMMAIRE

INTRODUCTION	13
PARTIE 1 ÉMISSION DU MODELE	45
Titre 1 Identification du modèle	47
Chapitre 1 Un modèle idéal	49
Chapitre 2 Un modèle idéal	129
Titre 2 Transmission du modèle	203
Chapitre 1 Prérequis de la transmission	205
Chapitre 2 Réalisation de la transmission	293
PARTIE 2 RECEPTION DU MODELE	354
Titre 1 Action du modèle	356
Chapitre 1 Une unification contrariée	358
Chapitre 2 Une harmonisation envisageable	456
Titre 2 Rétroaction sur le modèle	550
Chapitre 1 Le modèle transmué	551
Chapitre 2 Le modèle concurrencé	616
CONCLUSION GENERALE	703

INTRODUCTION

« *Nous ne raisonnons que sur des modèles* »

P. Valéry, *Cahiers*, Gallimard, Encyclopédie de la Pléiade, 1975, p. 835

1. Il est des déjà vus qui ne tiennent pas au hasard, des coïncidences trop troublantes surtout si l'on postule que les processus de pure création sont rares en droit. Difficile de se convaincre alors que les occurrences appuyées d'un procédé juridique relevées dans différents domaines du droit sont purement fortuites. À ce titre, il n'est pas anodin que le droit du travail irrigue aujourd'hui d'autres droits, de création ancienne ou récente, par un effet de capillarité¹. La déclinaison du procédé de l'accord collectif dans des secteurs aussi différents que les baux d'habitation, la consommation, l'agriculture, les assurances, la fonction publique, la propriété intellectuelle, la distribution ou bien encore la protection sociale semble participer de ce mouvement. Cette énumération, non exhaustive, donne un aperçu flatteur du phénomène. Certains auteurs encouragent d'ailleurs à ce que « le recours aux contrats collectifs » fasse l'objet d'études, « tant ils sont nombreux »². Cependant, le constat dressé, le mystère demeure. Vient l'heure des conjectures. Et si l'existence d'accords collectifs en dehors du droit du travail présentant des similitudes étonnantes s'expliquait par une filiation commune ? Et si ces accords provenaient du même fût ? Excessive pour une certaine part, l'affirmation n'en est pas moins pertinente, car l'on pressent bien qu'ils tirent leur inspiration d'un modèle commun, l'accord collectif de travail.

L'effervescence fut grande lorsque au sortir du XIX^{ème} siècle, fit son apparition sur la place juridique un objet non identifié. Les prétoires et les milieux savants s'empressèrent de s'en emparer, non sans mal. En effet, cette curiosité soumise à leur sagacité dynamitait les cadres d'analyse classiques et mettait au jour les limites d'une ingénierie contractuelle

¹ V. notamment, P.-Y. Gautier, « Les interactions du droit civil et du droit du travail », in *Les sources du droit du travail*, ss. la dir. de B. Teyssié, PUF, 1998, p. 129, spéc. p. 131. Pour une étude plus spécifique, v. par ex., S. Tournaux, *L'essai en droit privé. Contribution à l'étude de l'influence du droit du travail sur le droit privé*, LGDJ, 2009.

² A. Supiot, « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, ss. la dir. de A. Wijffels, Bruylant, 2005, p. 72.

pensée sur le mode d'un individualisme libéral qui imprègne aujourd'hui encore le Code civil³. Comme la victoire, l'accord collectif de travail a mille pères. Par sa profonde originalité, il est à ranger parmi ces instruments juridiques qui ont résolument su faire mouvoir les lignes et les frontières entre les branches du droit, droit privé et droit public en premier lieu, et en interroger la pertinence.

Le destin de l'accord collectif de travail et de son corollaire immédiat, à savoir la négociation collective, donne lieu de longue date à des réflexions avisées et à des prophéties inspirées. Prenant la mesure d'un droit conventionnel du travail qu'il observait, Gérard Lyon-Caen en avait ainsi conclu dans une formule presque divinatoire, mais non sans prudence que « si le XIX^{ème} siècle a été celui de l'autonomie de la volonté individuelle, la seconde partie du XX^{ème} siècle sera peut-être celui de l'autonomie des volontés collectives »⁴. Reste à déterminer si les prévisions d'hier sont les réalisations d'aujourd'hui. Pour ce faire, le raisonnement doit suivre plusieurs étapes qui consistent en la détermination de la terminologie adoptée (I), de l'hypothèse (II), de la méthode (III) et de l'objectif de notre étude (IV).

I. Le choix des mots : le dilemme entre accord collectif et convention collective

2. L'hypothèse de l'élévation de l'accord collectif de travail au rang de modèle soulève de nombreux doutes quant à la terminologie employée. Au-delà de la notion de modèle qui fera l'objet de longs développements tout au cours de cette étude, c'est étrangement celle, d'accord collectif de travail qui soulève, dans un premier temps au moins, le plus de difficultés. Il convient ainsi de dissiper le doute terminologique qui entoure cette notion (A), mais aussi d'en préciser la substance (B).

A) L'étiquette

3. D'emblée, la perplexité assaille l'observateur. Le terme d'accord collectif est souvent employé en lieu et place de celui, pourtant répandue et consacrée, de convention collective.

³ Cf. N. Olszak, *Histoire du droit du travail*, Economica, Corpus Histoire du droit, 2011, p. 109 ; J. Le Goff, « La naissance des conventions collectives », *Droits*, 1990, pp. 69 et s.

⁴ G. Lyon-Caen, « Le droit conventionnel du travail », *D.* 1963, chr., III, p. 3.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

D'aucuns relèveront qu'il n'y a pas lieu ici de disserter, les deux notions devant être tenues pour synonymes. Les adeptes du pied de la lettre feront remarquer pour leur part, non sans raison, que cette distinction n'est pas pure fantaisie et que l'article L. 2221-1 du Code du travail lui donne sens en faisant de la convention collective un réceptacle plus large que l'accord collectif. En effet, la première y est définie comme ayant vocation à traiter de l'ensemble des matières mentionnées à l'article L. 2221-1 du Code du travail tandis que l'accord collectif traite seulement un ou plusieurs sujets déterminés dans cet ensemble. Il est ainsi question d'accord collectif de réduction du temps de travail alors qu'il sera plus souvent fait état de convention collective de la branche. Mais comment se satisfaire d'une telle division si peu décisive qu'elle n'emporte que peu de conséquences sur le régime juridique des actes évoqués ici ? Aussi, il est tentant de se rallier à l'hypothèse, au demeurant plausible, d'une synonymie parfaite entre les termes d'accord collectif et de convention collective. Celle-ci autoriserait donc à les utiliser de manière indifférente.

En réalité, cette prétendue équivalence entre accord et convention n'en est pas une. L'usage du terme de convention collective est risqué à bien des égards. Celui-ci est fortement connoté, marqué par des décennies de réflexions dans un cadre juridique bien délimité, à savoir le droit du travail. Or, il n'est pas certain que ce terme siée aux actes qui déclinent la figure en dehors de cette branche du droit. En effet, l'étiquette évoque par trop, pour certains du moins, les rapports qui se nouent entre employeurs et salariés. Plus sûrement, il semble que l'utilisation d'un terme plutôt que d'un autre, en l'occurrence celui d'accord plutôt que celui de convention, permette de rendre compte d'un malaise : celui de l'étrange et problématique identité d'actes que l'intuition pour ne pas dire le législateur, refuse d'intégrer pleinement dans la sphère des conventions collectives de travail. Paul Durand dressait déjà un tel constat au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, discernant non sans étonnement et « non moins visiblement, une modification de la terminologie : le terme d'accord collectif est substitué à celui de convention collective »⁵. Le propos concernait spécialement les accords d'établissement, non reconnus juridiquement à l'époque, et qui qualifiés de la sorte se retrouvaient, par un effort terminologique étonnant, boutés en dehors des frontières de la catégorie juridique reine, celle des conventions collectives. Dès lors, la dissociation ainsi esquissée laisse présager déjà d'une adéquation

⁵ P. Durand, « Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale », *Droit social*, 1960, pp. 45 et s.

plus grande du terme d'accord collectif avec notre propos. Il est vrai que celui-ci permet de s'affranchir plus aisément de la catégorie légale de convention collective de travail, trop étreinte pour appréhender les liens entre notre modèle et les accords qui s'en rapprochent. L'accord collectif semble constituer ainsi une catégorie plus vaste et plus accueillante que celle de convention collective.

Sur un plan plus technique, la distinction traditionnellement opérée entre convention et accord, ne semble pas donner plus de substance à l'opposition ici étudiée. En effet, la convention est couramment définie comme un accord de volontés. L'étymologie du mot convention évoque d'ailleurs pleinement l'idée d'accord. Passer convention, c'est en effet convenir, autrement dit s'entendre malgré les divergences éventuelles de mobiles et d'intérêts des signataires. Littéralement, il s'agit de tomber d'accord. La convention permet ainsi de créer, de transformer ou d'éteindre des droits. Le contrat constitue par exemple une convention dont la particularité est de créer des obligations. Il est donc l'une de ses espèces. Pour autant, toute rencontre de volontés, tout accord ne constitue pas nécessairement une convention. La catégorie d'accord semble ainsi plus large. Pour s'en convaincre, il est souvent fait état de l'existence d'actes conditions qui, bien qu'impliquant l'expression d'un accord de volontés, ne prennent pas la forme de convention. Il en va ainsi notamment de certaines décisions qui emportent la soumission d'un individu à un statut légal, qu'il s'agisse de la nomination d'un fonctionnaire ou bien encore d'un statut tel que celui du mariage. Dans ces cas, la décision prise « ne porte que sur la formation de la situation juridique, non sur ses effets qui sont aménagés impérativement par la loi »⁶. Pareille remarque présente l'avantage de souligner la dimension statutaire plus accentuée de l'accord collectif de travail qui s'applique aux salariés sans qu'ils n'aient le besoin de manifester leur volonté à cette fin, la seule signature du contrat de travail emportant l'application du statut collectif.

La notion d'accord collectif engloberait ainsi celle de convention collective et entretiendrait avec elle un rapport de genre à espèce. Le propos n'a rien de novateur. Jean Savatier le formulait déjà en son temps, observant que « la convention collective apparaît alors comme une espèce d'un genre plus large, celui des accords collectifs »⁷. Mieux,

⁶ H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, Jurisclasseur, Traités, Litec, 2002, p. 541.

⁷ J. Savatier, « Espèces et variétés dans la famille des accords collectifs », *Droit social*, 1960, p. 600. V. également en ce sens, M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Traité de droit du travail, Tome VII, ss. la dir. de G.-H. Camerlynck, 2^{ème} éd., Dalloz, 1989, p. 132 : « il apparaît à l'analyse que la convention collective de travail n'est qu'une espèce d'un genre plus vaste, celui de l'accord collectif ».

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

l'auteur, ajoutant un rang taxinomique à sa classification, estimait que la convention collective de travail n'était pas tant une espèce d'accord collectif, mais plutôt une variété de l'espèce convention collective à caractère normatif. Il n'est toutefois pas encore l'heure de discuter d'une telle qualification qui à l'évidence devra faire l'objet dans le cadre de cette étude, de développements plus conséquents.

4. Au final, il est une qualité que possède la notion d'accord collectif à laquelle il faut définitivement refuser de renoncer. Paradoxalement, il s'agit de son imprécision. En effet, « la notion n'est pas assurée et il est à la fois nécessaire de délimiter le champ de l'étude et aléatoire de s'enfermer dans une définition *a priori* »⁸. Il conviendrait donc d'opter pour le terme d'accord collectif suffisamment souple pour ne pas être arbitrairement restrictif. Néanmoins, cela n'implique pas d'opposer accord et convention. Il serait préférable de déplacer la focale sur l'opposition possible entre accord et contrat. À ce titre, « le terme accord doit être préféré à celui de contrat, car il désigne, comme lui un acte bilatéral [...], mais sans évoquer une technique juridique précise »⁹. Il va de soi qu'une étude visant à prendre la mesure de la diffusion d'un modèle en dehors de la sphère dans laquelle il a pris forme, implique d'en retenir une conception suffisamment compréhensive pour que le rapprochement soit possible. Pour autant, il n'est pas question de renoncer totalement à la notion de convention collective. Comment oublier, en effet, que c'est sous cet étendard que notre modèle s'est, initialement au moins, diffusé ? De même, si la notion paraît inadéquate dans certains domaines, elle est pleinement pertinente rapportée au droit du travail. Il n'existe ainsi aucune raison de la renier. Simplement, il convient d'avoir à l'esprit les limites qui lui sont inhérentes. En somme, l'essentielle indétermination du mot « accord collectif » explique que ce terme soit mobilisé dans des contextes extrêmement divers et que le droit du travail n'en ait pas le monopole. Reste à en préciser la substance.

B) La substance

⁸ G. Rouhette, « L'extension à des tiers des effets d'un accord de volonté (les accords collectifs en droit français) », *Société d'étude de législation comparée*, Tome 1, 1979, p. 55.

⁹ *Loc. cit.*

5. Définir l'accord collectif de travail tient de la gageure, non pas que le Code du travail soit silencieux à ce sujet, mais bien parce que les éléments livrés renseignent assez peu. L'autre difficulté est propre à notre étude. En effet, proposer une définition revient, pour une part, à modéliser l'objet de notre réflexion, si tant est que l'on postule que modéliser consiste à forger une représentation de celui-ci. Ce serait ainsi s'avancer par trop dans le raisonnement que de se fixer définitivement sur le sens à donner à cette notion d'accord collectif de travail et peut-être, plus encore, à celle d'accord collectif. Il convient aussi pour l'heure de se contenter de ce qui pourrait injustement passer pour des évidences. À vrai dire, ce n'est pas tant la notion d'accord qui intrigue, mais bien celle de collectif. Si la théorie générale des actes juridiques reconnaît aujourd'hui l'existence d'actes juridiques collectifs, il est toujours aussi difficile de cerner ce que ce collectif recouvre d'un point de vue juridique. La tentation première est de le rapporter à un groupe d'individus, autrement dit à une collectivité. Néanmoins, tout accord intéressant le collectif ainsi caractérisé, ne peut prétendre à la qualification d'accord collectif. Les accords conclus au sein de groupements tels qu'une association ou bien une société et qui prennent la forme de délibérations ne constituent manifestement pas des accords collectifs semblables à ceux qu'il est possible de rencontrer en droit du travail¹⁰. Par ailleurs, rien n'est dit sur la forme dans laquelle ce collectif est censé s'incarner, un groupement d'individus n'ayant pas d'existence juridique en soi. Il doit s'incarner. Il va de soi qu'en droit du travail et spécialement s'agissant des salariés, tel est le rôle dévolu à la figure du syndicat représentatif. L'accord tirerait donc son caractère collectif de l'intercession de groupements lors de sa négociation et de sa conclusion, autrement dit lors de sa formation pour reprendre le terme consacré. Toutefois, le point est source de polémiques dans lesquelles il est pour l'heure, trop tôt, pour s'engouffrer.

À défaut de pouvoir s'expliquer plus, deux éléments essentiels doivent d'ores et déjà, être relevés. Il ne saurait être trop souligné, d'une part et une fois encore, que le procédé de l'accord collectif tient, pour une part non négligeable, son originalité de la place qu'il accorde aux acteurs collectifs. Autrefois corps intermédiaires, parias de la Révolution, ils sont aujourd'hui présentés comme les dépositaires d'une conception renouvelée de la démocratie, l'émanation de ce que l'on appelle selon un terme en vogue, la société civile. Celle-ci désigne un ensemble de groupements d'individus, issu de la libre initiative de leurs

¹⁰ Sur la nécessité de prendre garde à ne pas tomber dans une confusion des genres, cf. J. Rivero, « Remarque sur le procédé de l'accord collectif appliqué au droit de l'activité professionnelle », *Droit social*, 1960, p. 598.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

membres, qui se distingue spécialement des pouvoirs publics¹¹, même si, le droit du travail l'atteste, la négociation collective n'est pas imperméable à toute intervention étatique. Il convient d'autre part de mettre l'accent sur le lien naturel qui unit l'accord collectif à la négociation collective. Il n'est bien entendu pas question de confondre le processus avec le fruit auquel il donne naissance. Toutefois, il convient de souligner si ce n'est de réévaluer le rôle de cette négociation dans l'élévation de l'accord collectif de travail au rang de modèle. La remarque est source de complexité si l'on considère que le droit a longtemps porté un regard exclusif sur l'accord, l'acte juridique, laissant dans l'ombre un processus qui plus est collectif, par trop empreint d'enjeux et de stratégies dépassant le seul cadre du droit. Sur ce point, les lignes ont toutefois bougé et il est admis que dans la grammaire du droit du travail, la notion désigne la procédure susceptible de déboucher sur la signature d'un accord collectif doté à la fois d'une force juridique en intensité et en extension. Il n'est donc pas dit que la procédure est nécessairement couronnée de succès. Le lien entre les deux notions apparaît ainsi avec évidence. Toutefois, à l'instar de l'accord collectif, la négociation collective peut être comprise plus largement comme « toute procédure, plus ou moins organisée, tendant au rapprochement des points de vue » des acteurs qui y participent et qui « sont des représentants d'intérêts supposés antagonistes, dépassant des intérêts individuels ». Plus fondamentalement, « les résultats n'ont aucune raison de répondre à des traits déterminés : accord de type politique, décision de l'un des participants enregistrée par les autres..., tout est concevable »¹². Là encore, cette acception très compréhensive sera ici préférée pour les raisons déjà évoquées en rapport avec notre démarche. L'objectif est bien entendu d'embrasser le plus largement possible toutes les manifestations qui pourraient s'apparenter de près ou de loin à l'accord collectif de travail, afin de déterminer si une influence quelconque s'y loge.

Plus fréquemment, le caractère collectif de l'accord est analysé à l'aune de ses effets. La force juridique remarquable de l'accord collectif de travail est suffisamment connue pour qu'il n'en soit pas fait état ici outre mesure. Son éventuelle influence en dehors du droit du travail incite néanmoins à reconsidérer la question, car « le problème crucial de l'accord

¹¹ Sur ce point, cf. B. Frydman, « Vers un statut de la société civile dans l'ordre international », *Droits fondamentaux*, n°1, 2001, p. 149.

¹² A. Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-Caen, « L'ordonnement des relations de travail », *D.*, 1998, p. 359.

collectif [reste] celui de l'application de l'accord à des personnes autres que celles qui l'ont conclu »¹³.

II. Hypothèse de l'étude : la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail

6. À croire Jean Piaget, l'imitation serait « l'acte par lequel un modèle est reproduit »¹⁴. Une étude consacrée au modèle de l'accord collectif de travail ne peut donc faire l'économie d'une réflexion sur la place de l'imitation en droit. En effet, cette dernière constitue l'un des principaux moteurs de diffusion des modèles même s'il n'est pas le seul. L'hypothèse préliminaire qui est donc soutenue ici est que l'accord collectif de travail serait l'objet d'imitation (A). Celle-ci implique d'admettre consécutivement que le droit connaît de la sorte des processus de diffusion de modèles (B).

A) L'imitation comme hypothèse préliminaire

7. Ancré dans le réel, le droit est diversité¹⁵. Il se donne pour mission de saisir d'innombrables objets dont l'apparition et la disparition semblent suivre un flot continu sur lequel il est peu aisé de voguer. Ces objets diffèrent ou se recoupent parfois, mettant régulièrement à mal nos divisions commodes qui prennent bien souvent la forme de catégories juridiques. Des voix s'élèvent de longue date d'ailleurs pour que la volonté du législateur de pourvoir à tous les besoins de la société ne devienne pas obsession et la loi encyclopédique. Pourtant, la multiplication des codes, et la fragmentation des branches du droit qui en résulte, invitent à douter de l'esprit de synthèse et de concision des rédacteurs de la loi. Ces branches apparaissent à chaque fois qu'il devient possible d'identifier et d'affranchir des corps de règles suffisamment stables et cohérents. Leur identification est tout autant l'œuvre du législateur lorsqu'il décide d'étiqueter de la sorte, un ensemble de règles considérées que celle de la doctrine et des universitaires, donnant naissance alors à

¹³ G. Rouhette, *art. précit.*, p. 56.

¹⁴ J. Piaget, *La Formation du symbole chez l'enfant. Imitation, jeu et rêve, image et représentation*, Delachaux et Niestle, 1970.

¹⁵ « Tout ce qui est réel est dominé par la diversité. Cela vaut pour le réel matériel et pour le réel culturel. Le cheval diffère de l'âne. Le blé diffère du tilleul. L'air diffère de l'eau. Le carbone diffère de l'hydrogène. La diversité est la qualité du réel », R. Sacco, « L'idée de droit commun par circulation de modèles et par stratification », in *Variations autour d'un droit commun*, ss. la dir. de M. Delmas-Marty, H. Muir Watt et H. Ruiz Fabri, Société de législation comparée, 2001, p. 196.

une discipline académique¹⁶. Elles constituent autant d'éléments de repère, une carte en quelque sorte, pour situer un objet, en l'occurrence le modèle, et pister sa diffusion. Derrière cette entreprise de bornage transparait la volonté des acteurs du droit de ne pas se satisfaire d'une diversité non maîtrisée peu compatible avec l'idéal de cohérence. Mieux, il est des esprits que la diversité des objets du droit ne décourage pas et qui voient dans son hétérogénéité apparente, un mirage qu'il convient de dissiper, car il est possible malgré tout de « deviner des liens, parfois étroits, entre certaines institutions [...] des ressemblances de nature ou, plus encore, des similitudes dans les régimes procéduraux, des identités reflétant une certaine parenté, fût-elle ponctuelle »¹⁷.

Pareille entreprise a été menée avec une ferveur toute particulière en droit comparé à une certaine époque. La recherche de l'unité serait même l'une de ses finalités, certains lui conférant comme rôle « de provoquer un rapprochement continu entre les législations soumises à comparaison et de tirer de l'apparente diversité un fond commun d'institutions et de principes qui y est latent »¹⁸. À l'aube du XX^{ème} siècle, Raymond Saleilles militait, de même, pour que soient reconnus « les points de rapprochement susceptibles de faire apparaître, sous la diversité apparente des formes, l'unité foncière de la vie juridique universelle »¹⁹. Bien que datée, cette aspiration à l'unité est aujourd'hui encore perceptible. Elle n'est d'ailleurs pas l'apanage des seuls comparatistes. L'unification est un idéal auquel semblent inmanquablement aspirer les acteurs du droit, car elle « répond par l'idée même de droit dont elle permet la réalisation ». Mieux, « l'élaboration d'un droit unifié est légitimée par la nécessité d'un ordonnancement de la pluralité des droits, dont le chaos contredirait les présupposés de raison, d'unité, de cohérence du droit »²⁰. Le propos, largement relayé en droit communautaire, n'est pas, pour autant, dénué de sens en droit interne, car là aussi, l'observateur, soucieux de déceler dans le chaos des textes une logique, se heurte à l'indémêlable et incontournable diversité des objets et des normes qui les prennent comme sujets. Or, tout bien considéré, l'identification de modèles en droit

¹⁶ V. en ce sens, A. Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-Caen, *art. précit.*, p. 359 : « Le terme droit nomme aussi bien un phénomène social normatif que la connaissance dont il peut faire l'objet. Aussi l'expression « droit du travail » désigne-t-elle indistinctement une branche, c'est-à-dire l'un des sous-ensembles de règles identifiables au sein du droit de la République française, et une discipline ».

¹⁷ A. Terrasson de Fougères, *Le modèle dans le droit de la famille : notion et fonction (essai de droit comparé interne)*, thèse, Université Paris II, 1994.

¹⁸ M. Sarfatti, « Le droit comparé en fonction de l'unification du droit », *RIDC*, 1951, p. 69.

¹⁹ R. Saleilles, « Ecole historique et droit naturel », *RTDciv*, 1902, p. 80.

²⁰ J. Porta, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, LGDJ, Institut Universitaire Varenne, 2008, p. 219.

autorise la découverte d'une certaine unité derrière le multiple, fût-elle modeste et circonscrite. Il faut pour le comprendre, admettre que le droit n'est pas imperméable aux forces qui expliquent en partie en sciences humaines, la diffusion de certains objets. Il est fait état, à ce titre, de phénomènes, c'est selon, d'échange, d'influences parfois croisées, d'emprunt, d'inspiration, de greffe, de reproduction, de représentation ou bien encore de mimétisme²¹. Intuitivement, il est aisé de percevoir que ces notions recouvrent des réalités différentes. Le mimétisme suppose, *a priori*, un degré de conformation plus important au modèle que la simple influence ou la représentation. De même, le terme d'échange implique une restitution qui confère au phénomène une bilatéralité étonnante qui n'est pas présente dans la plupart des phénomènes ici égrenés. Pour autant, on ne peut nier qu'ils partagent tous quelque chose de semblable, une volonté pour l'observateur du modèle de s'y aligner. C'est dire qu'ils sont animés d'une même force qu'il est malheureusement plus facile de décrire que de nommer. Afin d'éviter tout embarras, il sera opté pour le vocable d'imitation²². Bien entendu, celui-ci prête également le flanc à la critique. On se plait aujourd'hui à dénoncer la faible valeur explicative de cette imitation et à la qualifier de pauvre et fragmentaire par rapport à d'autres notions²³. Il n'en demeure pas moins que par son éclatante richesse, sa polysémie et la diversité de ses utilisations, elle s'avère résolument efficace pour désigner l'ensemble des phénomènes ici évoqués²⁴. Peu importe, au fond, le terme, l'essentiel étant de constater que le phénomène dont il s'agit tient, « dans la vie juridique, à toutes les époques, dans toutes les branches du droit, une place capitale »²⁵. Mieux, il faut admettre que « la mutation des modèles juridiques procède

²¹ La *mimesis* a fait l'objet de vives critiques formulées par la République de Platon, appliquée néanmoins spécialement aux arts. L'auteur l'apparente à une reproduction corrompue, déformée, de la vérité. Il est impossible pour l'imitant d'imiter l'essence de l'objet imité. Plus la reproduction est fidèle plus elle est dangereuse car elle tient plus alors de la tromperie : « toutes les imitations de ce genre sont apparemment une cause de destruction pour l'esprit de leurs auditeurs, je veux dire de tous ceux qui n'ont pas le contrepoison consistant à les connaître telles qu'elles se trouvent être en réalité » ; *République*, Livre X, 595, v. également livre III, 393-398 et X, 596-608.

²² A l'instar de J. Rivero qui observait et étudiait les analogies entre systèmes étrangers de droit administratif ; « Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif », in *Mélanges W. J. Ganshof Van Der Meersch*, Bruylant et LGDJ, Tome 3, 1972, p. 619.

²³ B. Valade, V° « Imitation », *Encyclopédie Universalis*.

²⁴ *Loc. cit.*

²⁵ J. Rivero, *art. précit.* ; V. également en ce sens, F. Melleray, « L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français », *AJDA*, 2004, p. 1224 ; J.-P. Laborde, « Droit (social) comparé et littérature comparée. Observations (trop) rapides », in *Mélanges en l'honneur d'E. Alfandari*, Dalloz, 2005, p. 337, spéc. pp. 342 et s., E. Agostini, *Droit comparé*, PUF, Droit fondamental, 1988.

principalement d'une dynamique de l'imitation, laquelle devient le moteur de phénomènes d'unification culturelle et donc juridique »²⁶.

Gabriel Tarde, juriste de formation, plaçait d'ailleurs la notion d'imitation au cœur de sa réflexion, forgeant même autour d'elle ce qu'il appelait des lois. Parmi celles-ci, il en est une qui intéresse tout particulièrement notre propos. Elle postule sous forme de maxime voire de doxa, que « toutes les similitudes sont dues à des répétitions »²⁷ et que plus précisément que « toutes les similitudes d'origine sociale qui se remarquent dans le monde social sont le fruit direct ou indirect de l'imitation sous toutes ses formes »²⁸. Sur un autre plan, la notion d'imitation est également au cœur de nombreuses analyses menées en matière de développement psychologique. Elle y est décrite comme une compétence cognitive permettant l'apprentissage, spécialement chez l'enfant, mais aussi chez l'adulte²⁹. Elle consiste à reproduire les actions, les gestes ou les paroles d'individus qualifiés de modèles. Rapportée à notre étude, elle désigne par extension une des clefs de la diffusion de notre de l'accord collectif de travail.

8. L'hypothèse est ainsi posée. Le droit connaîtrait des phénomènes imitatifs prenant appui sur des modèles. Les différentes branches du droit se développeraient et se transformeraient à coup d'imitations. Voilà qui ouvre des champs de réflexion aux ressorts multiples. Ce vaste thème reste toutefois encore peu défriché même si certaines études y sont régulièrement consacrées. La difficulté ne réside pas tant dans le constat de similitudes étonnantes entre objets distincts qui est globalement assez aisé à dresser, mais plutôt dans sa justification. L'imitation permet indéniablement de s'expliquer certaines d'entre elles. Toutefois, il n'y a là rien d'évident et certains penseurs croient voir dans le semblable, le signe d'un lignage commun. Certains comparatistes prêtent ainsi une attention toute particulière aux aires juridiques culturelles. De même, le droit est souvent comparé à un arbre qui n'aurait de cesse de se ramifier. Cette présentation « porte à croire que plus on descendrait dans le passé, plus l'unité du droit réapparaîtrait. En fouillant très profond, on

²⁶ J.-F. Riffard, « La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits », in *Les mutations de la norme*, ss. la dir. de N. Martial-Braz, J.-F. Riffard et M. Behar-Touchais, Economica, Etudes juridiques, 2011, p. 105. V. également, A. Watson, *Legal Transplants*, Edimbourg, Athens, Ga., 2^{ème} éd., 1993.

²⁷ G. Tarde, *Les lois de l'imitation : étude sociologique*, 1895, 2^{ème} éd., 1993, éd. Kimé, p. 39.

²⁸ *Loc. cit.*

²⁹ L'observation n'est pas nouvelle. Quatremère de Quincy, en son temps, estimait déjà que l'on pouvait « expliquer [...] tout homme naturel et social par l'imitation », *De l'imitation*, préambule, 1823.

finirait par découvrir un noyau éclaté d'où tout aurait surgi. Et même si, avec le temps, on voyait grossir des branches centrifuges, celles-ci conserveraient toujours au moins avec le tronc leur attache d'origine »³⁰. Le droit se résumerait ainsi à un agglomérat de branches parfois si éloignées de leur branche nourricière qu'on en viendrait presque à oublier le lien vital qui les unit. Derrière l'apparente diversité de la discipline se cacheraient ainsi une multitude d'entrelacs que la doctrine s'évertuerait à révéler, car persuadée que derrière un désordre apparent, il serait possible de donner corps à l'informe, bref d'ordonner le désordre. Le droit commun procède, pour une part, de cette démarche. Il serait ainsi possible d'expliquer les similitudes relevées entre l'accord collectif de travail et tous les autres types d'accord collectif qui seront identifiés, par l'existence entre eux d'une souche commune, un droit commun des contrats par exemple. Il y a là, sans doute, une part de vérité. Toutefois, cette approche déterministe est en partie réductrice. Gabriel Tarde exhortait déjà en 1893 le juriste à ne pas succomber à la tentation des friands de théories évolutionnistes préférant « à l'explication claire d'une partie de ces ressemblances par la contagion de l'exemple, leur explication obscure par l'atavisme et l'hérédité »³¹.

9. Le pouvoir créatif des faiseurs de normes est ainsi largement remis en cause, à tel point d'ailleurs que l'on s'interroge sur l'existence en droit de processus « purs » de création. Il n'est pas rare en effet, lorsque le besoin s'en fait ressentir, pour le législateur français, de s'inspirer des pratiques de ses voisins. La mondialisation des échanges, qu'ils soient culturels ou économiques, accentue paradoxalement le phénomène³². Celle-ci laisse deviner des mouvements de confluence qui s'explique parfois par l'imitation. Il n'est pas après tout, « raisonnable, de se méfier des solutions de son voisin. L'homme serait bien pauvre s'il n'avait jamais profité des solutions que son voisin lui a offertes »³³. Cette affirmation se vérifie également au niveau interne, le législateur n'hésitant pas à opérer

³⁰ F. Grua, « Les divisions du droit », *RTDciv*, 1993, p.59.

³¹ G. Tarde, *op. cit.* La démarche se voulait en rupture avec le biologisme ambiant qui tentait de résumer les sciences humaines et le droit à quelques règles dites scientifiques inspirées des « sciences naturelles ». Elle prend tout son sens lorsqu'on la resitue dans son époque, à savoir celle de la sociologie naissante auquel l'auteur a résolument contribué.

³² V. en ce sens, G. Rabu, « La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques », *RIDE*, 2008, p. 335 : « Cette forme de concurrence entre les régimes juridiques occasionne indirectement leur convergence. Dans cette perspective, le droit mondialisé engendre un mouvement de rapprochement des systèmes juridiques étatiques par la constitution progressive d'un socle de normes communes ».

³³ G. Tarde, *Les transformations du droit*, 1893, 1994, Histoire des idées, Berg International, p. 34.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

certaines recoupements entre différentes branches du droit en implantant telle règle ou bien telle institution dans un corps étranger. C'est du moins ce que l'on entend démontrer concernant l'accord collectif de travail. Il est manifeste que les processus d'innovation se raréfient et que le droit moderne est loin d'être aussi inventif que ce que l'on pourrait croire. Aussi convient-il de dresser ce constat, « l'innovation originale est rare. L'imitation est la règle »³⁴. Les observateurs du droit en ont pleinement conscience. Ils se laissent difficilement bernier par ces innombrables et prétendues innovations dans l'ombre desquelles ils n'ont guère de difficultés à percevoir et à révéler vieilles antennes et autres reprises masquées.

Pour autant, il serait déraisonnable d'affirmer que le droit ne connaît aucune innovation, sauf à admettre qu'il soit figé et amené à s'appauvrir considérablement. Elle peut aussi bien surgir de la pratique, de l'esprit du savant ou bien encore du génie et de l'imagination des juges comme du législateur. L'accord collectif de travail est né de cette alchimie entre imitation et innovation, cette dernière lui ayant permis d'être érigé pour une bonne part au rang de modèle et de prendre place dans ce flot continu des transformations du droit activé par l'imitation pour à son tour être pris comme exemple.

B) La diffusion comme tendance

10. S'il n'est pas question pour l'heure de s'aventurer sur les terres encore non explorées du modèle, il est une évidence qu'il importe de signaler à son sujet. La diffusion lui est consubstantielle. Autrement dit, qualifiée de modèle, une notion se distingue par sa propension à se diffuser. Aussi convient-il de s'intéresser d'un peu plus près au concept de diffusion. Littéralement, il s'agit d'un mouvement de dissémination. La notion est au cœur d'études en sociologie qui s'intéressent à la propagation des idées et des valeurs. L'ethnologie s'y intéresse également à tel point d'ailleurs qu'elle a donné naissance à une école de pensée, l'école diffusionniste³⁵. Selon ses tenants, il existerait des similitudes entre différentes cultures qui s'expliqueraient par l'existence d'emprunts et d'influences. À l'usage, on perçoit très rapidement les limites de la diffusion comme clef d'explication. En effet, il faut prendre garde à ne pas voir systématiquement dans les similitudes existantes

³⁴ R. Sacco, *art. précit.*, p. 197.

³⁵ Franz Boas fut la figure la plus emblématique de ce mouvement.

entre deux objets différents, la preuve d'un quelconque lien de parenté ou plus exactement d'un quelconque rapport d'imitateur à figure imitée³⁶. Cette précaution prise, la notion demeure fort utile. Elle a notamment le mérite de souligner l'importance de la réception dans le processus d'imitation. La diffusion n'est pas un processus passif. Elle suppose un effort d'adaptation, de réinterprétation voire d'acclimatation de l'objet diffus de la part du récepteur.

11. La méthode adoptée par les diffusionnistes se résume à peu de choses. L'objet d'étude est considéré comme complexe en ce qu'il comporte une multitude de séquences. Or, si on retrouve en deux endroits différents les mêmes séquences, elles ne peuvent être mises sur le compte d'un pur hasard. Il est fort probable qu'elles s'expliquent par l'existence d'un phénomène de diffusion. La probabilité est d'autant plus forte si les objets en question se trouvent dans un espace commun que les ethnologues qualifient d'aire continue, autrement dit sans interruption géographique. Rapportée à l'accord collectif de travail, cette aire pourrait correspondre au droit privé. D'ores et déjà, il convient de réfuter cette intuition, notre modèle transcendant les frontières de la *summa divisio* entre droit privé et droit public. Une certitude demeure. Si l'on accepte de se représenter la diffusion comme la propagation d'un objet, le modèle, au-delà de son périmètre d'implantation, celle-ci est d'autant plus envisageable que l'on se situe à la périphérie de ce même périmètre. Ce dernier correspond au droit du travail ou bien encore au droit social. Cela devra être précisé.

La diffusion constitue, à n'en pas douter, un précieux outil d'explication. Les juristes y recourent parfois par opposition aux thèses évolutionnistes qui postulent que les mutations du droit seraient le fruit de l'évolution de formes juridiques élémentaires. Le droit est alors appréhendé comme un phénomène culturel qui à la différence des êtres humains qui sont conditionnés par l'héritage d'un patrimoine génétique, peut faire l'objet d'imitations. Certains comparatistes estiment ainsi que « chaque groupe humain, s'il connaît la langue et le droit du voisin, peut lui emprunter des structures linguistiques ou des solutions

³⁶ Le diffusionnisme s'oppose ainsi, du moins au premier abord, à l'évolutionnisme, courant de pensée qui postule que ces fameuses similitudes s'expliquent par le fait que chaque culture connaît à un moment de son histoire, les mêmes contraintes et se développe donc selon un même processus. L'on parle dans ce cas de convergence plutôt que de diffusion. La difficulté consiste alors à déterminer, lorsqu'on est confronté à un phénomène imitatif, si celui-ci relève d'un mouvement de diffusion ou bien de convergence.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

juridiques »³⁷. La diffusion serait ainsi une tendance du droit qu'il serait presque tentant de qualifier de naturelle.

III. La méthode : une étude de droit comparé interne

12. La matière des accords collectifs a de quoi plonger l'observateur dans un certain désarroi. Un auteur estimait à ce titre, en 1979, qu'elle se révèle « aussi touffue que fuyante et, à première vue, rebelle à l'analyse juridique »³⁸. Depuis, les progrès de l'analyse juridique et les quelques éclaircissements apportés par le législateur ont permis de faire un peu plus la lumière sur cette matière, du moins en droit du travail. Le propos conserve malgré tout une certaine actualité lorsqu'on envisage les accords collectifs dans leur ensemble, c'est-à-dire au-delà de cette branche du droit. Surgit alors une interrogation fondamentale, celle de la méthode. Le même auteur estimait que « la présentation la moins déformante consisterait elle, sans doute, à passer en revue de façon descriptive, les diverses manifestations du phénomène, regroupées en fonction du domaine économique ou social où elles s'observent ; mais un tel travail paraît relever de la compétence du chercheur en sciences politiques économiques et sociales »³⁹. Pour autant, le juriste ne doit pas désespérer face à cette masse informe dont l'unité est seulement supposée. Il doit contribuer à cette entreprise de rapprochement qui n'est rien moins d'autre qu'une entreprise de droit comparé interne. Pareille affirmation appelle de nombreuses remarques dont le développement exponentiel des études de droit comparé interne ne saurait dispenser. À cette fin, plusieurs paramètres de la comparaison doivent être prédéterminés. Ils tiennent à l'espace et au temps d'une part (**A**) et aux fins et moyens de l'étude d'autre part (**B**).

A) L'espace et le temps

13. Formulé de manière simplifiée, l'objet de la méthode comparative est l'étude de dispositifs ou de systèmes juridiques étrangers l'un à l'autre. Cette altérité se conçoit bien souvent en droit, en termes « géographiques ». Autrement dit, si les objets de comparaison

³⁷ A. Gambaro, R. Sacco et L. Vogel, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, LGDJ, Traité de droit comparé, 2011, p. 23.

³⁸ G. Rouhette, *art. précit.*, p. 56.

³⁹ *Ibid.*, p. 57.

se distinguent, c'est parce qu'ils ne couvrent pas le même espace. Il est toutefois une autre manière de concevoir l'altérité. Un même objet peut présenter deux visages différents en fonction de l'époque à laquelle il est analysé. Or, la méthode comparative peut tout aussi bien être destinée à l'étude d'objets éloignés dans le temps **(2)** que dans l'espace, au sens métaphorique du terme **(1)**. Dans ce dernier cas, on parlera de comparaison synchronique ou diachronique, selon que les objets d'étude sont contemporains l'un de l'autre ou non⁴⁰.

1. L'espace

14. Il a pu être jugé que « partir à la recherche de l'esprit du droit à travers ses modèles a rarement été fait jusqu'à présent, singulièrement en droit comparé du travail »⁴¹. Mais de quoi est-il question ? Selon une approche traditionnelle, la comparaison consiste à rapprocher et confronter des systèmes ou des procédés juridiques étrangers les uns aux autres. L'existence d'un élément d'extranéité est donc indiquée. Or, celui-ci est difficile à percevoir, au premier abord, dans le cadre d'une étude de droit comparé interne. S'il n'est pas question ici de remettre en cause cette exigence d'altérité, au demeurant nécessaire lorsqu'un modèle s'invite au cœur de l'analyse, il convient néanmoins de la replacer dans l'espace. Charles Eisenmann estimait, à ce titre, que « la comparaison peut porter sur deux séries de règles de l'ordre juridique d'un même État qui sont valables au même moment » et qu'il était donc possible de « comparer des règles de droit civil relativement à une question avec les règles du droit commercial – ou avec les règles du droit du travail- relativement à la question »⁴². Nul besoin de préciser ici que l'invitation est prise très au sérieux. Ainsi, aux systèmes de droit étrangers, traditionnellement pris comme objets de comparaison, il est proposé de substituer les différentes branches du droit⁴³. À vrai dire, cette précision appelle elle-même une observation. La démarche n'a résolument rien de nouveau. Les juristes se

⁴⁰ Sur cette distinction, cf. L. J. Constantinesco, *Traité de droit comparé*, tome 2, LGDJ, 1974, p. 42. V. également N. Molfessis, qui distingue comparaisons horizontale et verticale ; *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, p. 11.

⁴¹ F. Petit, « Esprit du droit et modèles en droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de P.-G. Pougué*, Wolters Kluwer, CREDIJ, 2014, p. 627.

⁴² Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, DES, Droit public, 1953, Les cours du droit, p. 41.

⁴³ Il est intéressant de noter le recours fréquent à la notion de modèle dans les études de droit comparé « externe ». Le droit du travail en connaît quelques-unes. V. par ex., Ph. Auvergnon, « Modèles et transferts normatifs en droits du travail de pays africains », *Bull. dr. comp. trav. séc. soc.*, 2005 ; A. Emame, « Droit du travail gabonais, modèles et transferts de normes », *Bull. dr. comp. trav. séc. soc.*, 2005 ; Ch. Kourilsky-Augeven, « L'esprit du droit : modèle russe contre modèle français », *Droit et cultures*, 2005-2.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

sont lancés depuis longtemps dans des études comparatives mettant en scène droit privé et droit public⁴⁴. Il n'est point question ici de renier ce penchant naturel de la comparaison entre les deux branches d'une *summa divisio* juridictionnelle et académique. Elle s'avère parfaitement adaptée dans une étude consacrée à l'accord collectif qui sera amenée à postuler, qui plus est, une unité du droit dont il faudra préciser la substance. En revanche, le curseur de la comparaison mérite d'être repositionné. Il n'est pas question de se contenter d'une approche droit privé/droit public⁴⁵. La comparaison doit également être menée au sein même de ces branches nourricières. Il va de soi que le droit privé fera ici l'objet de développements plus conséquents, sachant que le modèle de l'accord collectif de travail s'inscrit dans cette sphère malgré les débats toujours d'actualité sur sa nature duale à la fois contractuelle et réglementaire.

Opter pour une approche de droit comparé interne revient nécessairement et implicitement à écarter une approche que l'on pourrait qualifier pour l'occasion de droit comparé externe. Il va sans dire que cette exclusion ne doit pas être analysée comme une absence d'intérêt pour la question. Les raisons qui la justifient sont à la fois d'ordre pragmatique et théorique. L'attention mériterait, sans doute, d'être portée sur les manifestations d'un procédé qui n'est pas propre au droit français, la négociation collective étant une pratique assez répandue dans les États membres de l'Union européenne et au-delà⁴⁶. Pour autant, se lancer dans une telle approche impliquerait d'ériger non pas l'accord collectif de travail au rang de modèle, mais bien l'accord collectif de travail de droit français. Au-delà des difficultés de méthode et des risques de « provincialisme juridique »⁴⁷ communs à tout travail comparatiste, c'est la pertinence de l'hypothèse qui apparaît douteuse.

Plus problématique encore est la question des négociations collectives transnationales, spécialement au niveau communautaire. Sur ce point, les études sont

⁴⁴ V. notamment, C.-E. Bucher, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif. Étude de droit comparé interne*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2011 ; S. Tournaux, *op. cit.* ; M.-C. Vincent-Legoux, *L'ordre public. Étude de droit comparé interne*, PUF, 2001 ; N. Molfessis, *op. cit.*

⁴⁵ On notera que cette démarche a déjà été adoptée en droit processuel par W. Baranes, M.-A. Frison-Roche et J.-H. Robert, « Pour le droit processuel », *D.*, 1993, chron. p. 9.

⁴⁶ Ce travail est déjà mené. J.-P. Laborde souligne l'existence de « conceptions idéales, qui ont depuis longtemps maintenant pris leur autonomie par rapport à leur pays d'origine respectif, en l'occurrence la Grande-Bretagne et l'Allemagne » en matière de relations professionnelles. L'auteur distingue ainsi « le modèle anglo-saxon, fondé sur la négociation collective avec le seul syndicat accrédité dans l'entreprise » du « modèle allemand qui assortit la convention collective d'une obligation de paix sociale », *art. précit.*, pp. 342 et 343.

⁴⁷ M. Ancel, « Le droit comparé, instrument de compréhension et de coopération internationale », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, PUAM, 1974, p. 13.

légion. Gérard Lyon-Caen avait su, à leur propos, résumer la difficulté sous forme de question : « le moule de la convention collective ne peut-il être agrandi et adapté ? »⁴⁸. C'était, bien entendu, avant que le droit communautaire connaisse ses premières expériences conventionnelles. L'ennui est que ce moule ici décrit et qui n'est rien moins d'autre que le modèle au sens de notre étude, est pensé dans la sphère du droit français. Le rapport au droit de l'Union européenne revient donc à suggérer que le procédé de l'accord collectif de travail tel que pensé en droit français aurait pu jouer une influence sur le modèle communautaire. L'hypothèse n'a rien de farfelu, les normes édictées à ce niveau s'inspirant souvent des expériences nationales. Cependant, le constat n'épuise pas la difficulté. Si d'influence il est question, celle du modèle français ne peut être exclusive sans compter qu'elle s'avère difficile à mettre en évidence. De même, les modèles concurrents sont d'un grand poids. Plus encore, au vu des rapports hiérarchiques qui unissent droit national et droit communautaire, il n'est pas insensé de croire que le modèle français pourrait très bien se trouver dans la sphère d'influence du modèle communautaire.

2. Le temps

15. Le temps est un paramètre délicat à prendre en compte⁴⁹. Il est au cœur d'études comparatives dites diachroniques. Dans ce cas, le but de l'analyse est de comparer des objets qui ne se situent pas sur un plan chronologiquement identique. L'étude comparative se double ainsi d'une étude historique. Or, il semble difficile, ici, de faire l'économie d'une telle approche. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler que le procédé de l'accord collectif en droit du travail s'inscrit dans une histoire presque centenaire. Il en résulte un objet fuyant, difficile à modéliser. Là réside toute sa complexité. Entité unique, il ne s'épuise pas dans une seule figure. Sa malléabilité en fait un instrument parfaitement indiqué pour s'adapter aux attentes et aux époques. Toutefois, ce paramètre complexifie

⁴⁸ G. Lyon-Caen, « Négociation et convention collective au niveau européen », *RTDE*, 1973, p. 594. L'auteur relève également que « nés spontanément vers la même période dans les pays industriels, pour répondre à certains besoins précis, la technique de la négociation collective serait suffisamment souple pour servir à satisfaire des besoins analogues au sein du Marché commun ». Il précise néanmoins que « cette façon de présenter les choses serait satisfaisante et pourrait être accueillie, si les fonctions remplies par la convention collective à l'origine et ensuite de manière permanente, se retrouvaient identiques sur le plan communautaire ».

⁴⁹ Sur cette question générale, J. Carbonnier, « L'avenir d'un passé », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, p. 5.

considérablement notre tâche et il n'est pas certain qu'un modèle pensé par le passé soit adapté aux attentes du présent⁵⁰. Une comparaison rigoureuse implique de prendre en compte l'évolution dans le temps de notre modèle, mais aussi des accords qui s'en inspirent. La compréhension du phénomène ne pourra, de la sorte, qu'être améliorée.

Cependant, il est difficile, à la lecture des ouvrages de droit comparé, de décider du statut à conférer au temps dans la conception du modèle. Un auteur estime ainsi que le modélisateur « ne recherche pas tant la vérité de l'histoire que la vérité du droit et la vérité du fonctionnement de telle institution : on cherche à créer un modèle qui fonctionnerait quand bien même les contingences historiques n'existeraient pas ». Mieux, il poursuit en affirmant que le modélisateur est nécessairement conduit à « négliger un peu l'histoire proprement dite, les contingences politiques, sauf lorsqu'elles expliquent que telle situation n'entre pas dans le cadre fixé »⁵¹. M. Guillaume Tusseau semble abonder en ce sens dans son ouvrage à charge contre les modèles de justice constitutionnelle⁵². Contre les modèles traditionnels qu'il identifie, il propose d'élaborer « une grille générale des dispositifs existants de par le monde »⁵³ sur la base de critères définis *in abstracto*, c'est-à-dire sans considération de l'époque et du cadre géographique donnés. Les termes employés par l'auteur restent ambigus, mais il est possible de les interpréter non pas comme une estocade portée contre l'instrument du modèle, mais contre ses usages. Prenant le contrepied de cette affirmation, un auteur juge pour sa part que le modèle est « descriptif et contingent à une époque » et qu'il « doit s'actualiser sous peine de se confondre et de perdre son caractère distinctif, son identité ou son *éthos* »⁵⁴.

Face à ces points de vue différents, il est difficile de se situer. La difficulté provient de l'usage qui est fait de la notion de modèle sur laquelle il convient de ne pas s'attarder à ce stade du propos. Remarquons néanmoins, à la suite des réflexions de M. Tusseau que la valeur d'un modèle semble pouvoir s'apprécier, pour une part du moins, au regard de son

⁵⁰ Portalis l'exprimait à sa façon dans le discours préliminaire du premier projet de Code civil : « les lois des douze Tables sont, sans cesse, proposées pour modèle : mais peut-on comparer les institutions d'un peuple naissant, avec celles d'un peuple parvenu au plus haut degré de richesse et de civilisation? ».

⁵¹ F. Saint-Bonnet, « Regards critiques sur la méthodologie en histoire constitutionnelle. Les destinations téléologiques des options épistémologiques », *Jus Politicum*, 2009, n°2.

⁵² G. Tusseau, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle : essai de critique méthodologique*, Bononia University Press, 2009.

⁵³ *Ibid.* p. 86. Seule cette approche permettrait « une utilisation strictement descriptive et scientifique ».

⁵⁴ J.-B. Pointel, « Apologie pour les faiseurs de modèles », *Revue internationale de sémiotique juridique*, 2011.

intemporalité⁵⁵. Comment comprendre sinon l'enthousiasme d'une certaine doctrine devant la splendeur d'un Code civil qualifié sans hésitation de modèle⁵⁶ ? Monsieur Ancel relevait ainsi que « les textes relatifs au droit commun des obligations, dans le Code civil, n'ont pratiquement pas changé depuis 1804 » et que « cette extraordinaire longévité des textes contraste avec le bouleversement d'autres parties du Code civil [...] ainsi qu'avec la frénésie de réforme qui agite, à tout moment, depuis une cinquantaine d'années, les autres domaines du droit »⁵⁷. Or, toute proportion gardée, ne peut-il pas être soutenu la même chose s'agissant de l'accord collectif de travail ? À bien y regarder, il apparaît que celui-ci n'a globalement connu que peu de réformes d'envergure en un siècle d'existence. Tout est bien entendu question d'échelle. Toutefois, le mouvement semble s'être emballé au cours de la dernière décennie, chaque nouvelle législature amenant son lot de mesures visant à encourager et à redéfinir la négociation collective. D'aucuns en déduiront que le modèle gagne en instabilité ce qu'il perd en exemplarité, ce qui reviendra à se demander ce qu'il reste du modèle.

B) La fin et les moyens

16. Si le champ de la comparaison est désormais borné, la méthode qui sera ici employée n'est pas encore pleinement définie. Le propos peut surprendre dès lors qu'il a été annoncé que la méthode employée serait comparative. Un auteur faisait remarquer à ce titre que « pour la plupart des comparatistes, le droit comparé est une méthode et non pas une discipline, mais ils ne nous disent rien ou si peu sur la méthode elle-même »⁵⁸. Il convient ainsi de veiller, autant que faire se peut, à ne pas tomber dans pareil écueil. La méthode

⁵⁵ A l'instar d'Aristote qui distingue dans sa *Politique* différents modèles de Constitution. Il propose au chapitre VII du Livre III un classement des Constitutions sur la base de deux critères prédéfinis. Au sein des Constitutions droites, qui diffèrent selon le nombre du souverain, il distingue la royauté, l'aristocratie, et le gouvernement constitutionnel. Au sein des Constitutions déviées, il identifie la tyrannie, l'oligarchie et la démocratie. Malgré son ancienneté, cette modélisation est aujourd'hui encore, largement employée.

⁵⁶ V. tout particulièrement, *Code civils et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, ss. la dir. de Th. Revet, LGDJ, 2005.

⁵⁷ P. Ancel, « Une régression du modèle légal ? », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, ss. la dir. de G. Pignarre, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005, p. 47.

⁵⁸ M.-C. Ponthoreau, « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 2005, p. 8.

comparative consiste à systématiser une tendance naturelle de notre esprit⁵⁹. La question du comment (2) nous semble étroitement liée à celle du pourquoi (1).

1. La fin

17. Deux postures peuvent essentiellement être adoptées par le comparatiste, une posture statique ou bien une posture dynamique. La première consiste à ériger sur le même plan les objets d'étude et à les comparer méthodiquement en mettant au jour leur structure. La seconde sied beaucoup plus à notre étude. Elle consiste à révéler l'existence éventuelle entre les objets de la comparaison, des influences⁶⁰. Pareille initiative laisse imaginer les potentialités que recèle le modèle dans une analyse comparative. Toutefois, la démarche n'est pas sans dangers. En effet, de l'identification d'un modèle à son élévation au rang de « meilleur modèle »⁶¹, il n'y a qu'un pas que l'observateur ne devrait pas franchir trop allégrement sous peine de tomber dans un « juridico-centrisme » réducteur ou de se faire le porte-parole d'une idéologie qui avance masquée. Un auteur enjoignait d'ailleurs aux comparatistes de faire de la comparaison « un procédé de recherche, le moyen de découvrir la réalité » et non « un argument pour soutenir une thèse établie à l'avance ». Allant plus loin dans l'analyse, il regrettait qu'« on ne se [mette] plus en peine du critérium qui peut permettre de reconnaître parmi ce qui existe ce qui est bon et ce qui est à imiter », mais qu'on ait « son idéal préconçu, et quel que soit le pays où on en rencontre quelque trace, [qu'] on le proclame pays modèle »⁶². Pourtant, il est probable qu'il faille renoncer à toute objectivité et neutralité en la matière. L'œuvre du comparatiste n'est pas un simple objet de connaissance, scientifique diront certains⁶³. Elle vise également à agir sur le monde et regorge de « postures politiques sous-jacentes »⁶⁴ dont on trouve les traces jusque dans la méthode de comparaison adoptée. Ainsi, il n'est pas anodin de placer la focale sur les ressemblances ou sur les différences. Le choix des éléments de comparaison et de leur

⁵⁹ V. M. Grawitz, *Méthodes des sciences sociales*, Précis Dalloz, 2000, 11^{ème} éd., p. 419.

⁶⁰ E. Millard, « Réalisme scandinave, Réalisme américain. Un essai de caractérisation », *Revue de théorie constitutionnelle et de philosophie du droit*, 2014, p. 83.

⁶¹ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2014, p. 222

⁶² M. Deslandres cité par V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, p. 208.

⁶³ Sur cette aspiration scientifique explicite, M.-L. Mathieu-Izorche, « Approches épistémologiques de la comparaison », in *Comparer les droits, résolument*, ss la dir. de P. Legrand, PUF, 2009, p. 137.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 143.

traitement, rapprochement ou dissociation, traduit indéniablement une prise de position de la part du comparatiste⁶⁵. Reste à déterminer ce pour quoi il se propose de dégager ces ressemblances et ces différences. Parmi les objectifs traditionnellement poursuivis par les comparatistes, il est bien souvent fait état de « l'identification, dans une dimension descriptive, ou de la construction, dans une dimension prescriptive, d'un droit commun »⁶⁶. Si ce projet est toujours d'actualité dans certaines études de droit comparé modernes, les précurseurs du droit comparé, externe il s'entend, du début du XX^{ème} siècle, ont très tôt considéré qu'il leur appartenait de contribuer « à la formation d'un droit commun de l'humanité civilisée », un *ius commune*, se formant « par-dessus et au-delà des diversités juridiques particulières »⁶⁷. Poussant le raisonnement plus loin encore, un auteur a pu soutenir un projet encore plus ambitieux tendant à « effacer progressivement les diversités accidentelles entre législations régissant des peuples de même civilisation, s'appliquant à des milieux économiques analogues, à raréfier le nombre des divergences législatives [...] qui ne sont dues qu'à des hasards de la formation historique, ou à des causes passagères et superficielles »⁶⁸. Le droit comparé se veut alors résolument prescriptif.

Il est toutefois délicat de déterminer si notre étude de droit comparé interne s'inscrit dans une telle démarche. En effet, il n'est pas certain que l'idéal comparatiste ici décrit puisse être transposé à l'analyse de la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail. Cet idéal universaliste prend sens dans un contexte international. Il n'est pas étonnant qu'il soit, aujourd'hui encore, observable dans des études relatives aux droits de l'Homme⁶⁹. Dans une proportion plus modeste, mais tout aussi significative, le droit européen, que ce soit à l'échelle de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe, est également au cœur d'études comparatives volontaristes qui tendent à l'édification, parfois sous forme de code, d'un droit commun européen⁷⁰. Là encore, de telles tentatives servent des idéaux difficiles à qualifier,

⁶⁵ V. en ce sens, l'ouvrage très éclairant de C. Vigour, *La comparaison dans les sciences sociales*, La découverte, coll. Guides repères, 2005, pp. 226 et s. C'est le comparatiste, mué en observateur, qui juge de la pertinence de tel ou tel élément de comparaison, qui systématise et hiérarchise les données. L'œuvre de comparaison recèle ainsi une bonne part de construction.

⁶⁶ V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, p. 222.

⁶⁷ R. Saleilles, « Rapport de législation comparée de 1900. Conception et objet de la science du droit comparé », *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, tome 4, p. 39, disponible sur Gallica.com.

⁶⁸ Ch. Jamin, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *RIDC*, 2000, p. 748.

⁶⁹ Il en va spécialement ainsi de l'ouvrage de M. Delams-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994.

⁷⁰ V. notamment, B. Oppetit, « Droit commun et droit européen », in *Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, Dalloz, 1999, p. 311 ; B. de White et C. Forder, *Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Deventer, Kluwer, 1992.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

motivés par le sentiment qu'elles pourraient contribuer à l'édification d'une Union européenne pérenne sur un plan juridique et donc politique.

18. S'agissant du modèle de l'accord collectif de travail, l'enjeu et l'objectif ne sont pas les mêmes. Si de droit commun il doit être question, son élaboration et sa finalité diffèrent pour une bonne part des tentatives jusqu'ici évoquées. En effet, l'identification d'un tel droit ne répond à aucun idéal de notre part, si ce n'est celui de rationalité. En réalité, il s'agirait même d'un penchant naturel de l'*homo juridicus* qui éprouve « le besoin de systématiser ces règles en un ensemble cohérent de règles communes »⁷¹.

Il est évident toutefois qu'avec un objet tel que l'accord collectif de travail qui charrie moult valeurs, il est impossible de nier que sa diffusion soit motivée en partie par certains idéaux qu'il conviendra d'évoquer. Néanmoins, notre posture se veut davantage descriptive que prescriptive. L'existence d'un droit commun des accords collectifs n'est en aucun cas avérée. Aussi, s'il faut s'interroger sur l'éventuelle constitution de celui-ci, c'est en raison de l'unité qui y affère et qui est également inhérente à la notion de modèle. Là se situe d'ailleurs une autre différence de taille. Le droit commun que les comparatistes se proposent de construire dans le champ du droit communautaire est la résultante d'une convergence entre plusieurs droits nationaux ou bien de la fixation par voie de conventions internationales de normes communes. Or, la démarche suivie dans cette étude est sensiblement différente. Elle consiste non pas, aux termes de la comparaison, à faire converger les droits applicables à chaque accord collectif relevé, mais bien de partir de notre modèle, l'accord collectif de travail, pour déterminer s'il est le siège d'un droit commun des accords collectifs dans leur ensemble. Une dernière précision semble devoir être formulée au vu des remarques précédentes. Elle tient à la notion pour le moins cardinale de droit commun dont cette étude n'a pas la prétention d'épuiser le sens⁷².

Longtemps, le Code civil a été perçu comme le siège exclusif du droit commun. L'opinion est aujourd'hui encore largement répandue même si quelques nuances sont apportées. En effet, ce code est plus volontiers présenté comme un « droit privé

⁷¹ G. Pignarre, « Rapport introductif », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 17.

⁷² Sur la polysémie de la notion, v. J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Liber Amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, p. 281.

commun »⁷³. À s'y tenir, la nature d'une règle dépendrait de son emplacement et seules les règles qui se trouveraient logées dans le Code civil pourraient prétendre au statut de règle de droit commun. La division ici exposée repose sur un critère de partition d'ordre formel, critère qui empêcherait le droit des accords collectifs du travail de prétendre au rang de droit commun des accords collectifs, celui-ci ne trouvant pas son origine dans le Code civil, mais dans le Code du travail. Néanmoins, cette affirmation « est excessive parce qu'il est bien évident que toutes les règles de droit civil ne sont pas des règles de droit commun ; le droit civil a des lois spéciales [...] elle est insuffisante aussi parce qu'il paraît exister un droit commun en dehors des règles du droit civil »⁷⁴. L'affirmation paraît d'autant plus exagérée que la législation des accords collectifs du travail semble aujourd'hui avoir définitivement acquis ses lettres de noblesse et s'être nettement démarquée du droit civil. Elle « constitue désormais un corps de règles se suffisant à lui-même qui n'a plus à être situé par rapport à un droit contractuel classique que l'on ne peut après le dépérissement dont il a été l'objet, persister à considérer comme le droit commun en la matière »⁷⁵. Reste à confirmer l'hypothèse selon laquelle la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail pourrait entraîner l'élévation du droit commun des accords collectifs de travail au rang de droit commun de l'ensemble des accords collectifs. Ainsi, « à la démarche inductive et transcendante de formation du droit commun [...], a succédé une volonté d'ériger en droit commun un ensemble de lois positives ayant vocation à irradier tous les domaines juridiques et duquel les solutions doivent être déduites »⁷⁶. En effet, il est couramment admis aujourd'hui, qu'un droit spécial puisse se muer en droit commun⁷⁷ ou bien encore que le droit spécial soit amené à secréter lui-même son droit commun. Il ne s'agirait plus « alors [d'] un droit commun, produit de la diversité, mais [d'] un droit comme un, c'est-à-dire un droit qui cède au mirage de l'unité »⁷⁸. Cette unité n'est toutefois que fictive. À ce titre, le

⁷³ A. Weill et F. Terré, *Droit civil, Introduction générale*, Précis Dalloz, 4^{ème} éd, 1979, pp. 77 et s : « Malgré les retranchements qu'il a subis, le droit civil conserve son aptitude originelle à régir tous les rapports d'ordre privé ; il est très souvent resté le droit privé commun, applicable à tous, sauf lorsque certains rapports sont régis par des dispositions particulières ». Droit privé « dont la substance se trouve dans le Code civil », J.-L. Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 8^{ème} éd, 2000, p. 38.

⁷⁴ R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.*, 1961, chron. p. 92 : « Ne parle-t-on pas, par exemple, parfois d'un droit commun des sociétés commerciales, d'un droit commun des rapports du travail ? ».

⁷⁵ M. Despax, *op. cit.*, p.126.

⁷⁶ J.-P. Chazal, *art. précit.*, p. 285. La loi du 24 juillet 1966 est topique de ce type de droit commun. Elle a en effet, très tôt, été érigée au rang de droit commun des sociétés commerciales.

⁷⁷ V. sur ce point, R. Gassin, *art. précit.*, 91.

⁷⁸ J.-P. Chazal, *art. précit.*, p. 285.

droit commun est plus sûrement invoqué aujourd'hui « non plus pour affirmer l'unité d'un système juridique, mais pour lier des systèmes juridiques dont on respecte la diversité »⁷⁹. Des questions fondamentales restent néanmoins en suspens, que ce soit s'agissant de son étendue ou de ses finalités. Pris dans une acception stricte, le droit commun s'entend comme un ensemble de règles visant à régir les cas dans lesquels aucune loi spéciale ne s'applique. Il n'est toutefois pas certain que notre modèle prenne place dans un tel schéma. Il faudra ainsi se demander dans quelle mesure il invite à repenser, voire à dépasser, l'idée même de droit commun. Pour ce faire, il convient de s'accorder préalablement sur les moyens devant être mobilisés dans le cadre de cette étude comparative.

2. Les moyens

19. Traditionnellement, les études comparatives tendent à rendre compte des similitudes ou des dissemblances entre les objets étudiés. Il va de soi que ces deux approches ne sont pas incompatibles. Néanmoins, une préférence peut être marquée pour l'une d'entre elles. On parlera alors de méthode intégrative ou de méthode différentielle. Concernant cette étude, portant sur la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail, la part belle sera résolument accordée à une approche intégrative. En effet, notre objectif reste de démontrer l'influence réelle de ce modèle. Il est donc, *a priori*, plus adéquat d'opter pour une méthode visant à révéler les ressemblances entre celui-ci et les objets qui semblent s'en inspirer.

Pour autant, il ne s'agit pas, à tout prix, de déceler le commun là où il n'existe pas. L'unification à laquelle pourrait être susceptible d'aboutir l'identification d'une influence commune à partir de notre modèle, ne doit pas nécessairement aboutir à taire les différences existantes entre les différents objets de comparaison. La rigueur doit préserver de la tentation de « survaloriser les similitudes »⁸⁰ dans le but, peu avouable, de satisfaire uniquement à l'hypothèse de départ de notre étude, à savoir la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail.

⁷⁹ A. Supiot, *art. précit.*, p. 49.

⁸⁰ V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, p. 223.

20. Une fois les similitudes mises en évidence, il convient de délivrer et traiter les données recueillies. Pour ce faire, la méthode la plus simple est d'en rendre compte d'un point de vue descriptif. Il serait toutefois rébarbatif et peu instructif d'exposer de manière encyclopédique les différents cas relevés et leurs caractéristiques. Les données doivent être donc présentées sous forme intelligible et ramassées. À ce titre, les classifications ou typologies constituent des instruments précieux. Rapportés à notre étude, ces outils peuvent s'avérer utiles, même s'il est question de porter le regard sur des actes juridiques qui ont pour point commun d'appartenir à une même classe, à savoir celle des accords collectifs. Toutefois, à l'intérieur même de ce groupe, « vont peut-être se manifester de nouvelles dissociations en vertu d'une opération de comparaison subséquente conduite à l'interne par l'observateur, il ne fait pas de doute que celui-ci pourra effectuer une démarche similaire dans le groupe des différents »⁸¹. L'unité d'une classe, telle que celle des accords collectifs, ne doit pas ainsi empêcher d'identifier en son sein, des sous-classes. Reste à déterminer comment le modèle de l'accord collectif de travail prend place au sein d'une telle classification.

La tâche est par ailleurs facilitée du fait de l'étendue de la comparaison. En effet, il n'est point nécessaire de traduire les objets de comparaison dans une étude de droit comparé interne. L'usage de la même langue, voire d'une terminologie similaire facilite grandement le travail de repérage des accords collectifs susceptibles de s'être inspirés de notre modèle. Reste qu'il ne faut pas surestimer la cohérence de branches du droit pour la seule raison qu'elles relèveraient du même ordre juridique. En effet, il n'est pas certain, par exemple, que l'accord collectif intercommunal du droit des collectivités territoriales désigne le même type d'acte juridique que l'accord collectif de travail. Toute réflexion sur les équivalents fonctionnels entre branches du droit soumises parfois à des logiques différentes ne doit donc pas être systématiquement écartée.

IV. Objectif

21. Qualifier l'accord collectif de travail de modèle tient de la gageure. Bien que clairement attestée et enregistrée, l'utilisation de la notion de modèle reste encore assez peu interrogée en droit. Elle s'avère pourtant particulièrement féconde. Le champ lexical lié

⁸¹ M.-L. Izorche, *art. précit.*, p. 127.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

au modèle est particulièrement remarquable. Pour s'en tenir au français « les mots pour le dire [...] sont loin de manquer, [...] adjectif et/ou substantif, ils offrent aux chercheurs s'intéressant au modèle une palette de qualificatifs où la nuance est toujours possible comme le montre la suivante énumération : classique, canonique, archétypal, parfait, standard, prototype, paradigme, parangon, exemple, etc. bref modèle »⁸². La polysémie de la notion n'est donc pas rédhibitoire. Elle peut même être mise au service de cette étude. La notion de modèle est, il est vrai, porteuse d'une dualité fondamentale. Elle exprime à la fois la référence et l'exemplarité. Il est aisé de saisir la part d'idéal que recèle le modèle de l'accord collectif de travail : « l'idéal d'une société capable de se réguler elle-même » qui « s'exprime [...] dans l'essor contemporain de la négociation collective, et plus généralement dans la contractualisation des rapports sociaux »⁸³. Cet idéal est aujourd'hui largement relayé. Il a acquis, au fil des décennies, une résonance politique, économique, sociale et même académique, digne d'intérêt. Le rapport Combrexelle de septembre 2015 atteste de cet engouement et annonce de nouvelles perspectives de développement. Faisant état d'un consensus sur la nécessité de « développer le dialogue social et plus particulièrement l'un de ses outils privilégiés, l'accord collectif », ce rapport évoque une « justification incontestable : le dialogue social est le point de convergence qui permettrait d'assurer l'efficacité économique et le progrès social »⁸⁴. Cette opinion est le reflet d'une confiance manifestée à l'égard de la négociation collective et qui explique l'élévation de l'accord collectif de travail au rang de modèle.

De même, le recours accru au procédé de l'accord collectif exprime le retour en grâce amorcé de longue date, de corps intermédiaires issus d'une société civile appelée à prendre part de manière croissante à l'élaboration des normes juridiques. Plus largement, il serait le signe d'une « collectivisation du droit »⁸⁵ et d'un recul de l'hétéronomie au profit d'une certaine « autonomie » normative. Pour autant, cela n'est pas synonyme d'un repli de l'État. Ce dernier voit plutôt son rôle redéfini. L'idée qui sous-tend le développement de cette autoréglementation est simple. Les acteurs d'un système sont réputés les mieux placés et les plus aptes à réguler celui-ci en prenant en compte les variations qui l'affectent. La diffusion

⁸² C. Giudicelli, « A propos du modèle », *América: cahiers du CRICCAL*, Vol. 1, 2005, p.7.

⁸³ A. Supiot, *Homo juridicus*, Seuil, 2005, p. 200.

⁸⁴ J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, France stratégie, septembre 2015, p. 13.

⁸⁵ L'expression est empruntée à L. Boy, *L'intérêt collectif en droit français : étude sur la collectivisation du droit*, thèse, Nice, 1979.

du modèle de l'accord collectif s'inscrit dans ce mouvement. Celui-ci offre aux acteurs des domaines dans lesquels il influe, un outil précieux de production normative lequel présente des traits remarquables tenant pour une bonne part à la force juridique qui lui est attachée.

22. Il est étonnant de constater, au travers du procédé de l'accord collectif, que le droit du travail constitue aujourd'hui un laboratoire. Il est le lieu d'« expérimentations » législatives tendant à associer selon des modalités diverses, les interlocuteurs sociaux à l'élaboration de la norme. Le modèle s'y décline, s'y développe, prend des formes nouvelles à un rythme particulièrement soutenu depuis quelque temps. Son observation est donc source d'enseignements et d'inspirations pour les autres domaines du droit. L'influence avérée et relevée du modèle sur ces derniers trahit une espérance : les acteurs issus de la société civile veulent être en mesure de contribuer à l'élaboration de normes de qualité en prise avec leurs attentes et les contraintes qu'ils rencontrent. Le modèle est ainsi porteur d'un projet fondamental dans un État souvent décrié pour son jacobinisme. L'idée de participation est au cœur de cette ambition.

Néanmoins, si l'idée de modèle a une forte connotation méliorative, il ne faut pas se tromper. La négociation collective n'est pas nécessairement gage de succès. Elle n'est pas toujours l'outil de cohésion sociale et de réussite économique qu'aiment à décrire certains de ses partisans. En cela, le droit du travail constitue également un lieu d'enseignements. Si le recours au procédé de l'accord collectif n'est pas vain, il faut se garder d'y fonder trop d'espoirs. L'engouement manifesté à son égard encore récemment par les pouvoirs publics suscite des interrogations. L'accord collectif serait-il la « panacée propre à apaiser toutes les tensions sociales suscitées par les oppositions d'intérêts »⁸⁶, le remède aux maux d'une production normative étatique critiquée pour sa prétendue inefficacité ? L'observation du modèle de l'accord collectif de travail invite à répondre résolument par la négative à cette question.

23. La diffusion est comparable à une force qui s'exerce sur les receveurs du modèle. Toutefois, contrairement à ce que l'image suggère, cette force n'est pas sans conséquence sur le modèle. Lui aussi subit le poids de sa diffusion. Un auteur parle à ce titre d'effet déformant dans lequel le juriste est appelé à déceler « l'épuisement des modèles

⁸⁶ M. Despax, *op. cit.*, p. 10.

traditionnels : les catégories teintées de métissage juridique se diluent ; le modèle légal, ne correspondant plus guère au type conçu par le codificateur, régresse; les droits spéciaux prolifèrent et, par leur imbrication avec le droit commun, le mettent en quête d'identité »⁸⁷. Le propos se voit ainsi élargi, dépassant amplement le seul cadre de l'accord collectif. Le Code civil serait ainsi, lui aussi, porteur d'innombrables modèles prenant la forme de catégories juridiques. Il s'agit pour la plupart de différentes espèces de contrats, qu'il s'agisse de la vente, du louage, du prêt, de la société, etc. Toutefois, il n'est pas certain qu'il soit pertinent de rapprocher le modèle de l'accord collectif de travail de ces catégories. En effet, les mouvements qui l'affectent, qui déterminent sa portée, invitent à l'en distinguer et à le replacer à un niveau plus élevé. Le débat ne se résume pas à une simple question de qualification, il est d'une tout autre envergure. En effet, l'accord collectif de travail ne doit pas être présenté comme un simple contrat. Il faut l'affranchir, en partie seulement bien entendu, de cette catégorie tutélaire et l'élever à ses côtés, au rang de source du droit. Alors que le procédé célébrera d'ici quelques années, un anniversaire hautement symbolique, à savoir les cent ans de sa consécration légale, c'est une analyse rétrospective qu'il convient de mener. Qu'advient-il de cette catégorie ? Quelles sont les conséquences sur celle-ci d'un siècle de controverses, d'applications, mais surtout d'expansion ? Cette dernière constitue assurément une source de dilution du modèle, pour ne pas dire de dénaturation⁸⁸. La figure de l'accord collectif de travail n'est pas d'ailleurs la seule à être affectée par cette tendance. Nombreuses sont les études qui font état de la dilution de figures aussi cardinales que celles du contrat ou bien encore de la responsabilité. Elle se manifeste principalement par un épanchement des catégories en dehors de leur sphère d'origine. Le mouvement a clairement été identifié s'agissant du contrat, les études sur la contractualisation de la société se multiplient, attestant du succès d'un modèle qui semble pourtant avoir perdu, quelque peu, ses repères.

24. Dans un grand nombre d'hypothèses, le contrat ne constitue plus qu'un obscur *leitmotiv*. Se niche derrière son recours massif une idéologie, mais aussi, peut-être, la mutation d'une société qui serait entrée dans l'ère de la postmodernité. Le passage d'un

⁸⁷ G. Pignarre, *art. précit.*, p. 6.

⁸⁸ Sur la dilution par expansion des catégories juridiques, cf. E. Saveaux, « La dilution des catégories », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, ss. la dir. de G. Pignarre, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005, pp. 36 et s.

droit imposé à un droit négocié, de la réglementation à l'autorégulation, serait autant d'éléments attestant de ce renversement copernicien. Or, il semble que l'accord collectif de travail procède, pour une bonne part, de ce mouvement, non pas en tant que variété de contrat mais bien en tant qu'incarnation remarquable de droit négocié, pour être plus précis, un modèle de droit négocié collectivement. Sa diffusion au-delà de sa branche nourricière suggère, au même titre que le contrat, une dilution susceptible d'affecter sa substance. Placé sur le même plan que les innombrables accords collectifs relevés, il devient moins aisé de le cerner, plus difficile de le qualifier. Il est possible de se demander aussi, s'il en va des constructions juridiques comme de la nature, de la matière à propos desquels la seconde loi de la thermodynamique enseigne qu'elles sont vouées à l'entropie. Autrement dit, la transformation d'un système est irréversible et le conduit résolument à une fin inéluctable. Il pourrait ainsi être tentant de conclure à la disparition programmée d'un modèle de l'accord collectif de travail sous l'effet de sa dénaturation, conséquence elle-même de sa diffusion. Il est vrai qu'il paraît de plus en plus difficile, aujourd'hui, de concevoir les constructions juridiques dans le temps, tant « nos sociétés paraissent orphelines de l'histoire, sevrées de durée, vouées à la seule frénésie de l'instant, condamnées à vivre au rythme haletant de l'actualité »⁸⁹. Se contenter d'un tel constat reviendrait toutefois à refuser de concevoir l'historicité du modèle et plus largement des constructions juridiques. Or, le droit entendu à la fois comme discipline et comme l'ensemble des règles régissant la conduite des hommes ne doit pas être compris et analysé comme un système fermé. Les constructions juridiques sont sensibles aux éléments qui les entourent, autrement dit à leur environnement qu'il soit normatif, politique, économique, social, etc. Cela oblige leurs concepteurs à les adapter, à les faire évoluer pour en assurer la pérennité et la subsistance. Autrement dit, le modèle de l'accord collectif de travail ne peut être étudié comme une entité isolée. Des échanges se produisent avec différents facteurs qui l'entourent. Or, si le modèle perd cette capacité à entrer en contact avec son environnement, il est alors voué à la disparition. Cependant, il n'y a là rien d'inéluctable contrairement à ce que suggère l'idée d'entropie. La notion de néguentropie s'avère à ce titre plus adaptée à notre étude. Elle exprime, en effet, la capacité pour une structure de s'adapter en permanence à un environnement changeant. De même, « bien des constructions juridiques [...] contribuent à la consolidation de ce temps historique

⁸⁹ F. Ost, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, p. 24.

néguentropique : depuis le principe de non-rétroactivité des lois pénales jusqu'au [...] principe de confiance légitime qui fait obstacle au changement intempestif des lois »⁹⁰ en passant par l'herméneutique des textes. Une tension existe entre une évolution nécessaire et un esprit de conservation minimum sans quoi le modèle risque dans le premier cas de disparaître et dans le second d'être défiguré.

L'enseignement que nous espérons tirer de cette étude pourrait ainsi se résumer en quelques mots. Le regard porté sur la diffusion du modèle, dans un va-et-vient irrépensible, en apprend autant sur lui que sur ceux qu'il est censé influencer. Mieux, si le modèle a pour conséquence de modeler littéralement les sujets entrant dans son champ de diffusion, il est à son tour remodelé⁹¹. Ce mouvement est donc affaire de *corsi* et de *ricorsi*⁹², voire paradoxalement, à la fois de grandeur et de décadence, d'exemplarité et de dénaturation. C'est donc que la diffusion n'est pas une opération unilatérale supposant une hiérarchie entre le modèle et ses imitateurs, « ce n'est plus un acteur qui agit sur un receveur, mais les premiers qui se trouvent en interaction avec les seconds »⁹³. *In fine*, c'est la démarche même d'érection de l'accord collectif de travail au rang de modèle qui interroge. Elle en révèle « la fragilité : s'il faut le défendre, c'est qu'on suppose un danger »⁹⁴.

V. Plan

25. Les énoncés juridiques, qu'ils soient normatifs ou purement doctrinaux, tiennent du discours. Comme tout énoncé, ils sont porteurs d'un schéma que les experts des sciences de la communication résument très simplement, s'inspirant pour une part des lois de la physique. Il s'agit du rapport émission réception qui implique logiquement un rapport d'émetteur à récepteur. C'est en se calquant sur ce schéma que nous avons choisi, dans le cadre de cette étude, de représenter la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail. En effet, bien qu'aujourd'hui fortement discuté en sciences de l'information et de la

⁹⁰ *Ibid*, p. 26.

⁹¹ On retrouve cette idée dans les sciences de la communication. Wiener estimait que dans un système de communication, l'information pouvait être source d'organisation là où l'entropie est source de désorganisation. Elle autorise un feed-back depuis le pôle récepteur au pôle émetteur.

⁹² L'expression est empruntée au philosophe italien Vico qui l'employait pour décrire l'évolution des peuples.

⁹³ G. Pignarre, *art. précit.*, p. 7. L'auteure fait écho de la sorte aux conceptions dialogiques du droit. V. à ce sujet, F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle - Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, LGDJ, Institut universitaire Varenne, 4 vol., 2009.

⁹⁴ F. Petit, *art. précit.*, p. 633.

communication, il demeure, « par sa simplicité, par la puissante métaphore du télégraphe dont il se sert [...]», un schéma explicatif très clair qui « s'impose encore sous des formes renouvelées »⁹⁵. De plus, il présente l'avantage de ne pas le réduire à un rapport autoritaire entre modèles et ceux qu'ils inspirent. En effet, la réception implique une démarche active de la part du récepteur qui correspond bien à une conception dialogique du droit. Elle souligne l'échange que sous-tend le rapport d'imitation et qui est susceptible de produire autant d'effets sur le modèle que sur ses imitateurs. En cela, il y a beaucoup à tirer de l'idée de réception « beaucoup à glaner pour le droit social comparé », car celle-ci permet de « s'intéresser à la façon dont les ordres juridiques récepteurs ou importateurs élaborent les dispositifs et les normes qu'ils empruntent aux systèmes influents ou exportateurs »⁹⁶.

Partie 1 Émission du modèle

Partie 2 Réception du modèle

⁹⁵ A. Mucchielli, *Les sciences de l'information et de la communication*, Les fondamentaux, Hachette, 3^e éd, p.82.

⁹⁶ J.-P. Laborde, *art. précit.*, p. 344.

Partie 1

Émission du modèle

26. Dans le schéma communicationnel classique, un message ne peut être réceptionné que s'il est émis. L'émission constitue, cela relève de l'évidence, le premier stade de l'acheminement du message. En l'occurrence, celui-ci consiste en la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail. Bien qu'assez aisé à comprendre dans la forme, un tel schéma d'analyse soulève de nombreuses difficultés. La plus évidente tient à l'identification du message, difficulté accrue lorsque celui-ci tend à la diffusion d'un modèle. Lorsqu'on « s'interroge sur le poids d'un modèle et sur sa capacité à laisser son empreinte, la nécessité de le définir dans ses traits essentiels est inévitable, le but étant de démontrer sa valeur exemplaire »¹. L'imitation implique une représentation du paraître. Aussi, le risque de caricature n'est pas loin. Là réside toute la complexité de cette entreprise d'identification des traits justifiant l'élévation de l'accord collectif de travail au rang de modèle. Cette notion est profondément ambiguë. En effet, le modèle « renvoie à ce qui est, au *Sein* [...] en ce sens, il est descriptif », mais de l'autre, il « désigne ce qui doit être, le *Sollen* [...] dans cet esprit, le modèle [...] est un idéal, [...] en ce sens, le modèle est aussi prescriptif »². Bien qu'évocatrice, spécialement pour le juriste, cette opposition appelle quelques réserves. Plus que le découplage du *Sein* et du *Sollen*, c'est le rapport d'opposition bâti autour de ce duo qui est contestable, car ces deux dimensions « sont inextricablement liés puisque le prescriptif influe sur le descriptif et réciproquement », le modèle étant à la fois « une réalité et un idéal »³. L'identification du modèle de l'accord collectif de travail passe donc par la prise en compte de cette dualité (**Titre 1**).

L'émission du modèle ne s'arrête toutefois pas à son identification. Pour que sa diffusion prenne véritablement corps, il convient également d'assurer sa transmission vers

¹ M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, Corpus Droit public, p. 188.

² M. Mekki, « Le modèle de la loi au sein du Code civil » in *Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code comme modèle*, ss. la dir. de T. Revet, LGDJ, 2005.

³ *Loc. cit.*, v. également au-delà des débats portant sur le modèle, l'analyse de M. Villey pour qui le *Sein* et le mondes, « le monde de la facticité et le monde de l'idéal ». Mais ces verres ne doivent pas empêcher de dresser le constat

lequel, « l'être ne s'oppose pas au devoir être, comme le *Sein* de Kelsen au *Sollen*. Mais il est aussi un devoir être. Faut-il encore revenir sur ce truisme ? Tout existant est constitué en même temps de fait et de valeur : encore une fois, ce verre de vin, qui existe, est une bonne chose. Cet univers est ordonné. Le lac de Garde, on peut le toucher, s'y baigner et il est splendide » ; *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Dalloz, 1969, pp. 86 et s.

les récepteurs. Cela implique de mener une réflexion sur les modalités de ce transfert, autrement dit de sa circulation (**Titre 2**).

Titre 1

Identification du modèle

27. Dotée d'un fort pouvoir évocateur, la notion de modèle permet de réaliser une économie de langage appréciable. En effet, une fois le modèle identifié, il est possible de mobiliser un cadre conceptuel parfois imposant sans avoir à en détailler systématiquement les rouages. Certains y verront même un moyen « commode pour désigner de manière vague et indéterminée une expérience »¹. Voilà qui explique en partie, dans certains milieux savants, l'engouement provoqué par la notion de modèle. Cette « mode des modèles »² est particulièrement flagrante dans le domaine des politiques sociales où il est fréquemment question de « modèle social »³ ou dans celui du droit constitutionnel. Mais ce que le modèle gagne à l'usage en pouvoir évocateur, il le perd en substance et en intelligibilité. Le raccourci qu'il autorise s'accompagne en effet parfois d'analyses peu rigoureuses à son sujet. On l'encense, on le critique, on s'interroge sur son avenir sans toujours en rappeler les composantes. La rigueur nous invite à déterminer toutefois quelle est la teneur du modèle de l'accord collectif de travail.

Cette entreprise d'identification se révèle redoutable. Elle tient à la polysémie de la notion de modèle qui recouvre « deux acceptions, l'une normative [...] ce qu'il convient d'imiter [...], l'autre positive, la représentation simplifiée d'un système »⁴. Nous croyons, à notre tour, déceler deux facettes dans le modèle de l'accord collectif de travail. Distinctes, elles partagent les mêmes racines et sont loin d'être incompatibles. C'est le terme d'idée qui structure, selon nous, cette distinction. Celle-ci est également bivalente. Dans une première approche, elle exprime ce qui relève de la pensée par opposition au monde matériel. À ce titre, parler de modèle idéal, c'est l'opposer au moule physique⁵. C'est surtout admettre qu'une notion issue de l'esprit puisse constituer un référent auquel les juristes trouvent dans leur domaine de multiples fonctions. Or, du modèle idéal de l'accord collectif de travail, nous

¹ M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, 2010, p. 188.

² M. Fontanel, N. Grivel et V. Saintoyant, *Le modèle social français*, Débat public, Odile Jacob, 2007, p. 9.

³ Cette notion désignerait, selon certains auteurs, « l'ensemble des principes, des règles et des institutions qui organisent les relations sociales dans un pays » et n'impliquerait pas de « jugement de valeur ». M. Fontanel, N. Grivel et V. Saintoyant, *op. cit.*, p. 11.

⁴ J.-P. Fitoussi, « Le modèle français privé de sa cohérence », *Le Monde*, 14 février 2006.

⁵ V. en ce sens, P. Amsselek « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, 1989, p. 7 et A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, chron. p. 199.

ne pouvons avoir comme ambition que de le comprendre, étape pour le moins nécessaire si nous souhaitons par la suite le confronter à d'autres figures juridiques afin de déterminer son influence potentielle (**Chapitre 1**).

Toutefois, si le modèle de l'accord collectif de travail est idéal, la notion dont il est le siège se démarque par sa prétention, ou à tout le moins sa propension, à se diffuser parce qu'il est jugé bon de l'imiter. L'idéal se transforme en idéal, le modèle étant alors la résultante d'une « appréciation évaluative »⁶, autrement dit d'un jugement de valeur. Il convient aussi de déterminer pourquoi l'accord collectif de travail a, de fait, été élevé au rang de modèle idéal (**Chapitre 2**).

⁶ M. Weber, *Essai sur la théorie de la science, L'objectivité de la connaissance*, trad. par J. Freund, Plon, 1992, p. 183.

Chapitre 1 Un modèle idéal

28. Comme souvent, c'est par ses usages dans le langage courant qu'il est possible de donner sens à une notion, au premier abord, complexe. Il en va ainsi de celle de modèle. Une première intuition tend à voir dans celle-ci le siège d'une catégorie. Ne parle-t-on pas en effet de « modèle de fusil d'infanterie, modèle de vaisselle, et même modèle de maris, comme le disait Montesquieu »⁷ ? Le modèle désigne alors la « catégorie, définie par un ensemble de caractères et à laquelle peuvent se rapporter des faits ou des objets réels »⁸. Ériger ainsi l'accord collectif de travail au rang de modèle implique ainsi de le catégoriser et donc d'en tracer rigoureusement les frontières sur la base de critères clairement définis et qu'il importe de remplir pour tout acte prétendant à une telle qualification (**Section 1**).

Dans un second temps, il est possible de penser le modèle comme objet premier ou exemplaire d'une catégorie. Ne dit-on pas, par exemple, qu'Harpagon est le modèle type de l'avare à tel point d'ailleurs que son nom est aujourd'hui employé comme synonyme ? Il en va de même s'agissant de l'accord collectif de travail qui constitue à n'en pas douter le modèle type de la catégorie des accords collectifs. L'approche par type se veut résolument plus souple qu'une approche catégorielle stricte⁹. Elle admet plus aisément qu'un acte, bien que ne présentant pas toutes les caractéristiques du modèle type, puisse être intégré dans la catégorie que le modèle illustre¹⁰. Or, cette approche est résolument plus porteuse dans une étude qui s'intéresse à la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail et qui nécessite de ne pas retenir une conception trop restrictive de notre modèle au risque d'écarter de sa sphère d'influence, des dispositifs qui n'en présenteraient pas toutes les caractéristiques (**Section 2**).

⁷ J.-M. Legay et A.-F. Schmid, *Philosophie de l'interdisciplinarité*, éd. Petra, Transphilosophiques, 2004, p.121.

⁸ T. Revet, « Présentation », *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, ss. la dir. de T. Revet, LGDJ, 2005, p. IX.

⁹ Selon M. Grawitz, « la grande différence entre type et catégorie, provient du fait que la catégorie implique un ordre, une classification, basée sans doute sur des caractéristiques, mais impliquant davantage une moyenne et ne se référant pas à une notion de modèle ou de prototype ». Si l'on adhère aisément au propos, il nous paraît nécessaire de préciser que la notion de catégorie n'est pas exclusive de celle de modèle, du moins en droit. D'ailleurs, l'auteure reconnaît elle-même que le terme de modèle peut désigner par extension le groupe ou la catégorie, *Méthodes des sciences sociales*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd, 2000, p. 468.

¹⁰ Les implications de cette distinction sont de taille à l'heure où le tournant dérogatoire de la négociation collective invite à adopter une conception rigoureuse (et donc catégorielle) de l'accord collectif. En revanche, lorsque le principe de faveur joue pleinement, c'est l'approche par type qui devrait être favorisée, celle-ci étant la seule en mesure de conférer des effets à des actes que l'approche catégorielle exclurait du champ de l'accord collectif de travail.

Section 1

Un modèle catégoriel

29. L'opération de catégorisation est l'un des principaux chaînons du raisonnement juridique. Elle est définie en sémantique comme « l'ensemble des processus par lesquels des sujets classent des éléments particuliers de l'expérience (Médor ou Milou par exemple) dans une « catégorie » ou « classe » (en l'occurrence la catégorie *chien*) »¹¹. Traditionnellement, la catégorisation en droit s'inscrit dans la droite lignée de la pensée classique aristotélicienne¹². Trois préceptes la résument. Le premier d'entre eux invite à considérer la structure interne des catégories comme la réunion de différents éléments. Leur présence est considérée comme nécessaire et suffisante pour déclencher l'intégration d'un objet dans la catégorie considérée. Le deuxième implique que la catégorie fasse l'objet d'une définition *per genus proximum et differentiam specificum*¹³. La catégorie à définir s'inscrit ainsi dans une catégorie plus large, une catégorie mère, et n'en constitue littéralement que l'une des sous-catégories. Si elle se singularise en son sein, c'est au regard de caractéristiques contingentes qu'elle seule présente. Ces caractéristiques sont autant de propriétés que doit nécessairement présenter un objet pour intégrer la catégorie, mais ce ne sont pas les seules. La catégorie à définir hérite également des attributs de la catégorie plus large à laquelle elle se rattache. Enfin, le dernier précepte repose sur une « loi de l'alternative »¹⁴. De cette dernière, découle notamment le principe du tiers exclu qui interdit que sur la base d'un seul

¹¹ V. Nyckees, *La sémantique*, Belin, Sujets, 1998, p. 300.

¹² Elle est alors tributaire d'une science parfois qualifiée d'auxiliaire par rapport au droit, à savoir la logique. Les tenants de ce mode de catégorisation le veulent objectif et irréfutable. Cette impression de « scientificité » ou à tout le moins de saine rigueur, s'explique en partie par l'existence de préceptes établis de longue date censés guider le modélisateur et garantir la pertinence de son entreprise.

¹³ Il s'agirait de « la définition classique par excellence », F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, p. 280 ; cf. également, G. Cornu, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à J. Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77.

¹⁴ La « loi de l'alternative » invite ainsi le juriste à concevoir le droit comme un monde binaire. Cette vision imprègne fortement l'œuvre modélisatrice de nombreux auteurs. Ch. Eisenmann la formalisa, appliquée à l'exercice de classification, en ces termes : « à un même degré ou étage la distinction des divers termes d'une classification doit être fonction d'un seul et même trait et qu'il n'est pas admissible de poser, en considération annoncée d'un même trait, c'est-à-dire d'un même principe de classification, une division tripartite – par exemple – dont deux termes, disons : le second et le troisième, ont en commun un trait qui les oppose tous deux au premier, et ne se distinguent l'un de l'autre que par un trait de nature différente : en ce cas, on doit selon la logique poser une division suprême simplement bipartite, fondée sur le trait commun et différentiel ; et c'est ensuite seulement, au degré inférieur, que l'on est en droit de poser une subdivision du deuxième terme » ; « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications », *APD*, 1966, n°11, p. 37.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

critère, il soit possible de concevoir un stade intermédiaire entre le fait de le remplir ou de ne pas le remplir.

La modélisation par voie de catégorisation de l'accord collectif de travail obéit, pour l'essentiel, à ces préceptes. L'identification de notre modèle, malgré le recours à des préceptes stabilisés, n'en est pas pour autant facilitée. En effet, dispositif presque centenaire, l'accord collectif de travail porte en lui les traces d'une apparition singulière. Issu de débats doctrinaux particulièrement riches et de pratiques judiciaires incertaines, mais aussi d'interventions législatives régulières, il se révèle particulièrement difficile à saisir de par la diversité des approches observées. Ainsi, aux côtés des modèles normatifs (§1), se déploient également des modèles doctrinaux (§2). Toutefois, les modèles proposés présentent des lacunes qui tiennent notamment à leur mode de catégorisation. Or, puisqu'il est nécessaire de s'accorder dans le cadre de notre étude sur la teneur de notre modèle, il conviendra de modéliser, à notre tour, notre objet (§3).

Paragraphe 1 Un modèle normatif

30. Un modèle est dit normatif dès lors qu'il est « la représentation de ce qui doit être d'un point de vue déterminé »¹⁵. Cela suppose que l'autorité qui décide de modéliser par voie de catégorisation doit, en principe, disposer d'un pouvoir normatif. Tel est bien entendu le cas du législateur qui propose bien, pour ce qui nous intéresse, une modélisation de l'accord collectif de travail. Celle-ci a très logiquement partie liée avec la qualification dès lors qu'il est admis que « légiférer ou décréter, c'est pour une part qualifier »¹⁶. Or, lorsque « l'autorité normative qualifie, elle ne qualifie pas directement des faits réels et concrets [...], elle ne qualifie pas de tels faits auprès de notions, concepts, ou catégories juridiques nécessairement préexistants, mais peut tout au contraire élaborer ces notions, concepts ou catégories juridiques »¹⁷. Il convient aussi de s'interroger sur la manière dont le législateur catégorise l'accord collectif de travail, en référence à des catégories préexistantes ou bien de manière résolument novatrice (**A**).

¹⁵ *Dictionnaire de théorie et de sociologie du droit*, ss. la dir. de A.-J. Arnaud, 2^{ème} éd., LGDJ, 1993, V° « Modèle » : « Le modèle normatif est construit dans les sciences dites normatives et dans la pratique, à savoir dans le droit, la morale, la politique etc. ».

¹⁶ T. Janville, *La qualification juridique des faits*, vol. 1, PUAM, 2004, p.21.

¹⁷ *Loc. cit.*

Sans qu'il soit nécessaire de trancher ici la question houleuse du statut de la jurisprudence, il est possible d'admettre que celle-ci participe à sa manière à l'élaboration et à la définition des concepts juridiques et donc au bornage des catégories qui s'y agrègent. C'est notamment le cas lorsque les catégories légales ne lui permettent pas de mener à bien son office ou lorsqu'il est nécessaire de ciseler et d'affiner la modélisation légale¹⁸. La modélisation jurisprudentielle de l'accord collectif de travail est nécessairement plurielle du fait de la diversité des ordres juridictionnels. Elle contribue indéniablement à l'avancement de l'entreprise d'identification du modèle de l'accord collectif de travail **(B)**.

A) Un modèle légal

31. L'existence d'un modèle légal peut laisser perplexe. Selon une acception répandue, la modélisation est présentée comme « un travail de sélection de certaines données volontairement simplifiées et généralisées afin de constituer des repères comparatifs ou évaluatifs »¹⁹. Une telle conception semble mal s'accommoder avec l'activité législative. En effet, il n'appartient pas au législateur de proposer ce qui semble s'apparenter à de simples schémas d'explication plus qu'à des prescriptions ancrées dans le réel. Pareille tâche échoit plus certainement aux savants qui se donnent pour mission d'observer et d'instiller dans le droit, par leurs représentations, une certaine cohérence. Faut-il, pour autant, considérer que la modélisation est étrangère à toute activité législative ? Il convient, selon nous, de réfuter semblable point de vue. En effet, le modèle est également « un outil juridique, qui participe à l'élaboration d'une règle dont il devient l'objet »²⁰. En effet, il est des auteurs qui n'hésitent pas à déceler dans le droit positif, des modèles légaux « résultant de l'addition des différents articles » d'un code²¹. Reste alors à se demander quelle est la teneur du modèle légal de l'accord collectif de travail et dans quelle mesure il est possible de le qualifier de modèle catégoriel **(1)**. Cette opération de modélisation est essentielle au vu de l'utilisation

¹⁸ Si en principe la modélisation jurisprudentielle est dépendante de la modélisation légale, il arrive parfois que la première précède la seconde lorsque le législateur tarde à construire la catégorie. Les jalons de la modélisation de l'accord collectif de travail ont ainsi été posés par la jurisprudence, la consécration légale de l'accord collectif de travail étant intervenu assez tardivement en 1919.

¹⁹ V. Champeil-Desplats, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014, p. 337.

²⁰ F. Petit, « Esprit du droit et modèles en droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de P.-G. Pougoué*, Wolters Kluwer, CREDIJ, 2014, p. 628.

²¹ P. Ancel, « Une régression du modèle légal », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Thèmes et commentaires, Dalloz, ss. la dir. de G. Pignarre, 2005, p. 51.

qui est faite des modèles ainsi conçus, guides à la fois pour l'action et pour la qualification (2).

1. La teneur

32. Il est aujourd'hui admis, par certains auteurs, que « le Code civil, et plus généralement l'ensemble des codes, ne méconnaissent pas [...] la modélisation puisqu'ils proposent de nombreux types de contrat, c'est-à-dire des figures contractuelles qu'ils nomment, dont ils définissent une structure précise et qu'ils réglementent »²². À ce titre, il n'est pas rare de relever l'existence d'un « alignement de multiples accords particuliers sur un modèle préexistant »²³. Encore faut-il déterminer comment sont conçus de tels modèles. Il apparaît, à l'analyse, que la pensée aristotélicienne influence indéniablement cette œuvre de modélisation par voie de catégorisation. C'est particulièrement flagrant à la lecture de certains articles du Code civil²⁴. Le droit du travail se démarque toutefois en la matière. Soulignant la rationalité propre de cette branche du droit, des auteurs estiment que la modélisation des notions qui lui sont spécifiques ne se plie pas nécessairement aux préceptes de la catégorisation aristotélicienne²⁵. Il n'est toutefois pas certain qu'il en soit ainsi de l'accord collectif de travail.

Pour s'en convaincre, il convient de tracer les contours du modèle légal de l'accord collectif. À en croire M. Ancel, il suffirait pour cela de recenser et d'additionner les articles pertinents du code concerné. S'agissant de l'objet de notre étude, son ossature est, sans conteste, posée dans le livre 2 du Code du travail²⁶. Et c'est au terme d'un effort de synthèse et par recoupement de plusieurs textes qu'il devient possible de dégager celle-ci sous une forme ramassée. Il en ressort principalement deux critères. Le premier est d'ordre organique.

²² J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, LGDJ, 2000, p. 41.

²³ *Loc. cit.*

²⁴ V. C. Wolmark qui cite comme exemple la définition légale du contrat de vente contenue à l'article 1582 du Code civil, *La définition prétorienne. Etude en droit du travail*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2007, p. 22.

²⁵ V. *Ibid.*, pp. 25 et s. mais aussi S. Frossard, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, LGDJ, 2000, spécialement pp. 40 et s.

²⁶ L'intitulé du livre 2 de la partie 2 de l'actuel Code du travail (« La négociation collective. Les conventions et accords collectifs de travail ») laisse subsister un doute sur l'objet de cette modélisation. S'agit-il de la négociation collective, des accords collectifs ou bien des deux ? La réponse se trouve peut-être tout simplement dans le lien que l'intitulé fait plus que suggérer entre négociation collective et accords collectifs, lien clairement affirmé depuis la loi du 13 novembre 1982.

En vertu de celui-ci, l'accord collectif de travail est un acte écrit conclu entre un ou plusieurs employeurs ou groupements d'employeurs et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives de salariés²⁷. Le second est d'ordre matériel. L'accord collectif de travail est alors défini comme un acte négocié collectivement²⁸ ayant vocation à traiter des conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que des garanties sociales des salariés²⁹.

De ces observations, il est possible de conclure à la suite de M. Frossard, que la définition légale de l'accord collectif de travail est bien une définition de type aristotélicien³⁰. Selon l'auteur, « le genre commun est ici l'acte écrit ». Les espèces correspondent quant à elles à des différences spécifiques, à la fois extrinsèques, « ici la qualité des parties signataires »³¹ et intrinsèques, à savoir l'objet des accords collectifs. Tous ces éléments de définition constituent dès lors autant de conditions nécessaires et suffisantes qu'il convient d'observer pour qu'un acte juridique soit qualifié d'accord collectif de travail. Ils permettent de tracer les contours de la catégorie éponyme. Ce modèle catégoriel peut être qualifié, comme le suggère M. Ancel, d'explicite en ce qu'il ressort clairement des textes légaux.

33. L'instantané ainsi proposé est pour le moins intéressant en ce qu'il permet de faire ressortir les éléments jugés essentiels par le législateur pour fonder la catégorie. Il n'est pas anodin que la focale soit placée, entre autres, sur la représentativité des acteurs ou le caractère négocié de l'accord. Cette catégorisation est nécessairement le reflet d'une approche légale marquée dans le temps. Autrement dit, il va de soi que le modèle légal tel qu'il ressort aujourd'hui du Code du travail n'a conservé que peu de traces du modèle légal tel qu'il résultait, par exemple, de la loi de 1919. Nous relèverons, à ce titre, que le législateur avait souhaité à l'époque rattacher l'accord collectif à une catégorie plus évocatrice, une « famille de choses plus vastes »³² que celle des écrits négociés collectivement. En effet, celui-ci était alors défini comme « un contrat relatif aux conditions du travail, conclu entre, d'une part, les représentants d'un syndicat professionnel ou de tout

²⁷ Art. L. 2231-3 et L. 2231-1 du Code du travail.

²⁸ Cela peut se déduire de la formulation de l'art. L. 2221-1 du Code du travail.

²⁹ Art. L. 2221-2 du Code du travail.

³⁰ S. Frossard, *op. cit.*, p. 40.

³¹ *Ibid.*, pp. 40 et s.

³² Famille que l'on peine parfois à identifier. Cette difficulté constitue d'ailleurs l'une des critiques régulièrement adressée au mode de définition aristotélicien, F. Ost et M. van de Kerchove, *op. cit.*, p. 281.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

autre groupement d'employés et, d'autre part, les représentants d'un syndicat professionnel ou de tout autre groupement d'employeurs, ou plusieurs employeurs contractant à titre personnel ou même un seul employeur »³³. Le renvoi à la figure contractuelle permettait de solliciter de la sorte un corpus normatif extrêmement riche à chaque fois qu'il était question de préciser le régime juridique de ce nouveau procédé qu'était l'accord collectif. Il convient également de remarquer, à titre de comparaison, que la loi était beaucoup moins exigeante quant à la qualité des négociateurs.

Par la suite, l'accord collectif a progressivement pris ses distances avec la figure contractuelle. La loi du 11 février 1950 a tout d'abord introduit dans une section du Code du travail baptisée « de la nature et de la validité de la convention », un article 31a aux termes duquel il était énoncé que « la convention collective est un accord relatif aux conditions de travail... »³⁴. Dans un second temps, la loi du 13 novembre 1982 a opté pour le rattachement des accords collectifs de travail à la catégorie des « actes »³⁵. Ce choix a pu être critiqué lors des discussions parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 13 novembre 1982. Il a été soutenu à cette occasion que la notion laissait beaucoup trop entendre que la convention collective était un règlement³⁶. Pourtant, la notion d'acte juridique est particulièrement vaste, désignant toute manifestation de volonté tendant à produire des effets de droit. Elle évoque

³³ Cette définition est issue de l'article 1^{er} de la loi du 25 mars 1919, disposition qui a été intégrée dans le Code du travail dans le chapitre V du titre II du livre 1^{er} sous une section à l'intitulé plus qu'évocateur : « de la nature et de la validité de la convention ».

³⁴ La référence à l'accord ne suffit toutefois pas à écarter la qualification de contrat dès lors que tout contrat constitue un accord. Elle ne permet toutefois pas de conclure résolument en sa faveur dès lors que tout accord n'est pas nécessairement un contrat... Il est intéressant de relever, à ce titre, que le terme d'accord est beaucoup plus souvent utilisé, du moins dans les lexiques juridiques, pour désigner des actes conclus en dehors du droit civil et particulièrement en droit du travail. Notons toutefois l'existence d'« accords de principe » mais qui justement ne forment pas de contrats dès lors que leurs modalités principales sont encore discutées. I. Najjar, « L'accord de principe », *D.*, 1991, Chron., p. 57.

³⁵ Il est aisé de comprendre ce choix si l'on admet que c'est cette loi qui, la première, a introduit la distinction entre les conventions et accords collectifs de travail. Or il serait illogique, alors qu'au sens de la loi, convention et accords collectifs se distinguent, de définir la convention collective comme un accord...

³⁶ M. Noir, député, estimait ainsi que « la rédaction de l'actuel article L. 132-5 a au moins le mérite de ne pas soulever de débat d'ordre juridique sur la notion de convention collective ou d'accord collectif. S'agit-il d'un acte, comme il est indiqué dans le texte proposé pour l'article L.132-2 ou, comme d'aucuns le diraient, d'un contrat ? Il y a ambiguïté dès lors que c'est à la fois un document très défini, applicable aux signataires et dont les limites sont, à l'évidence, consignées par l'écrit, et un acte qui a une valeur potentielle puisqu'il a vocation ou capacité à être étendu. C'est donc sous cet angle un document qui ne participe pas seulement de l'essence du contrat mais qui a un caractère réglementaire. Il n'est donc pas sûr que, sur le plan juridique, le terme d'acte soit approprié pour ce qui concerne une convention ou un accord collectif », 2^e séance du 9 juin 1982, VII^{ème} législature, p.3186.

sans doute chez certains, de manière trop insistante, la notion d'acte objectif ou d' « acte règle »³⁷.

34. L'identification du modèle légal ne semble donc pas poser de problème majeur. Toutefois, les choses se compliquent « si on considère que le modèle légal ayant servi et servant encore de support aux constructions jurisprudentielles, ce n'est pas seulement ce modèle explicite résultant de l'addition des différents articles du Code » et que ceux-ci « s'articulent dans un tout, forment un ensemble cohérent, un système, dont on ne peut découvrir les lignes directrices que par une mise en relation de divers éléments »³⁸. Et M. Ancel d'estimer que « ce modèle en quelque sorte implicite est encore plus difficile à cerner, on s'en doute, que le sens de tel ou tel article isolé »³⁹. Ce type de modélisation est clairement à l'œuvre dans certains écrits. Un auteur estime ainsi que les conventions collectives sont conclues selon « un modèle légal »⁴⁰ qui aurait pour caractéristiques de faire la part belle à un système centralisé de négociation collective marqué par une forte présence étatique et de contribuer à l'uniformisation des conditions de travail sur une large échelle⁴¹. Cette analyse est assez largement relayée. Elle est notamment employée à des fins comparatives pour décrire le modèle français de la négociation collective. Ce dernier aurait toutefois largement évolué en laissant une place de plus en plus importante à la négociation décentralisée. Riches de sens, ces modélisations dépassent cependant la simple « description de la réalité du droit positif »⁴², à tel point qu'il est possible de s'interroger sur leur véritable nature. En effet, celles-ci constituent de véritables constructions doctrinales qu'il serait impropre, selon nous, de qualifier en tant que telles, de modèles légaux. De plus, de par son ancrage dans le réel et de par la nécessité pour les citoyens de pouvoir le mobiliser, le modèle légal s'accommode mal de la contingence de ces constructions doctrinales. À l'usage, il se doit d'être, autant que faire se peut, opérationnel.

³⁷ Actes « dont l'effet est de créer, de modifier ou de supprimer une situation juridique dite objective, c'est-à-dire touchant un nombre de personnes physiques ou morales [...] constituant un groupe placé dans un cadre juridique uniforme au point de vue de l'acte générateur de cette situation », S. Guinchard et T. Debard, *Lexique des termes juridiques 2015-2016*, 23^e éd., Dalloz.

³⁸ P. Ancel, *art. précit.*, p. 51.

³⁹ *Loc. cit.*

⁴⁰ J.-P. Bonafé-Schmitt, « Les enjeux de la négociation collective », *Travail et emploi*, juin 1987, p. 86.

⁴¹ La formule est à mettre au compte de X. Blanc Jouvan, *Les rapports collectifs de travail aux Etats-Unis*, Dalloz, 1957, p. 119.

⁴² P. Ancel, *art. précit.*, p. 51.

2. Les usages

35. De toute évidence, c'est à l'aune de ses usages que l'intérêt d'une modélisation légale de l'accord collectif de travail par voie de catégorisation se perçoit. Il apparaît qu'elle est essentiellement utilisée à deux titres. D'une part, dès lors qu'elle permet de figer à un instant t la teneur d'un concept juridique, elle contribue à la stabilisation de la qualification juridique et atténue l'insécurité propre à cette opération intellectuelle **(a)**. D'autre part, le modèle auquel elle permet de parvenir fait figure d'étalon pour l'action et permet à ceux qui s'y réfèrent d'y calquer, ou non, leur comportement **(b)**.

a) Le modèle au service de la qualification

36. La qualification est susceptible de recouvrir plusieurs acceptions⁴³. Elle désigne en effet à la fois l'opération intellectuelle de construction d'une catégorie (la modélisation) dont nous nous sommes attachés à démontrer l'application à l'accord collectif de travail, ainsi que la catégorie elle-même (le modèle). Nous avons également entraperçu que la qualification pouvait tout aussi bien désigner l'opération visant à faire entrer un objet dans une catégorie juridique préexistante. Or c'est essentiellement dans ce dernier sens, en tant qu'opération d'inclusion, que la qualification sera ici envisagée. Elle s'entend de « l'opération intellectuelle par laquelle le juriste révèle la consistance juridique des faits [...] à propos desquels il lui revient de se prononcer »⁴⁴. Il s'agit d'une opération de subsumption, autrement dit d'arrimage des faits aux catégories juridiques, à chacune d'entre elles correspondant un régime juridique propre. En filigrane, c'est le raisonnement syllogistique qui transparait. Illustrons le propos. Partons d'une prémisse majeure, « les accords collectifs de travail sont signés par des syndicats représentatifs ». Un accord a été conclu par un syndicat dans une entreprise. Il faut, au regard de la prémisse majeure, la règle de droit, s'assurer que le syndicat en question est bien représentatif. Pour cela, il faut le qualifier, autrement dit vérifier qu'il entre bien dans la catégorie juridique des syndicats

⁴³ La qualification peut également être employée comme une technique de transmission du modèle, § 299.

⁴⁴ A. Sériaux, « Qualifier ou l'entre deux du droit », in *Mélanges en l'honneur de J. Sainte-Rose*, LGDJ, 2012, p. 1267. C'est parfois uniquement dans cette dimension qu'est envisagée la notion de qualification. V. en ce sens, la définition proposée par G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10^e éd., 2014 : « opération de l'esprit consistant à revêtir une donnée concrète de la qualité qui détermine son régime et ses conséquences juridiques, en la rattachant, par nature, à la catégorie juridique abstraite dont il possède les critères distinctifs ».

représentatifs. Or si ce syndicat ne remplit pas l'un des critères, nous obtenons comme prémisse mineure, « le syndicat n'est pas représentatif » et comme solution « l'accord conclu par ce syndicat n'entre pas dans la catégorie des accords collectifs de travail ».

37. S'il est évident que la qualification est une opération élémentaire du raisonnement juridique et que tous les juristes en sont coutumiers, il est assez souvent admis qu'elle relève essentiellement de l'office du juge. À tel point, qu'un éminent auteur a pu se demander si le pouvoir judiciaire n'était tout simplement pas « le pouvoir de qualifier »⁴⁵. C'est, somme toute, ce que semble indiquer l'alinéa 2 de l'article 12 du Code de procédure civile aux termes duquel il est énoncé qu'il appartient au juge de « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Deux enseignements sont susceptibles d'être extraits de ce court passage. D'une part, ce dernier confirme que le juge n'a pas le monopole de la qualification. En effet, les parties proposent une qualification que le juge est libre ou non de suivre. D'autre part, le juge a le pouvoir de faire prévaloir sa qualification des faits ou des actes. En ce sens, il ne nous paraît pas abusif de parler de pouvoir. L'octroi d'un tel pouvoir est nécessaire. Il est en effet impératif que les justiciables puissent se référer à des concepts juridiques dont la qualification est clairement établie. Il s'agit d'une question de sécurité juridique et c'est en partie ce qui explique que la Cour de cassation n'hésite pas parfois à exercer un contrôle de la qualification juridique des faits réalisée par les juges du fond. Elle veille ainsi à ce qu'une certaine cohérence et une certaine régularité soient respectées en matière de qualification. En somme, « le recours aux catégories juridiques permet de renforcer la rationalité et la cohérence du droit ; il permet aussi d'en faciliter l'application »⁴⁶.

Le rôle du juge en la matière est donc essentiel. Pour autant, il convient de ne pas minorer l'importance que revêt dans son office, le modèle catégoriel légal. En effet, c'est en se référant à celui-ci qu'il est à même de remplir sa fonction. C'est en substance l'analyse

⁴⁵ G. Lyon-Caen, « *Qualis labor, talis qualitas* », *Droits*, 1993, n°18, p. 67 ; Ph. Jestaz y voit, pour sa part, la tâche principale et quotidienne du juge, « La qualification en droit civil », *Droits*, 1993, n°18, p. 45 ; v. également A. Sériaux, *art. précit.*, pour qui « qualifier paraît être avant tout l'affaire du juge », p. 1267.

⁴⁶ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit, Méthodes du droit*, 5^{ème} éd., 2012, p. 221. C'est en ce sens d'ailleurs que le modèle catégoriel constitue également un instrument de connaissance. La constitution des catégories juridiques par l'éclairage qu'elle apporte sur la complexité d'un droit rarement ordonné, a des vertus propédeutiques.

que livre M. Serge Frossard selon lequel, « l'appréhension de la norme en tant que modèle repose en réalité sur une conception identique des catégories juridiques [et] ce sont à la base les catégories juridiques contenues dans les énoncés normatifs qui constituent des modèles de référence, des instruments d'évaluation permettant de qualifier des faits ou des concepts et qui déterminent ensuite plus largement la position à l'égard de la norme »⁴⁷. Le modèle catégoriel de l'accord collectif de travail constitue ainsi un véritable référent au regard duquel il devient possible pour le juge d'analyser les innombrables accords qui sont soumis à son analyse et dont il se doit de déterminer s'ils entrent ou non dans la catégorie des accords collectifs de travail. En cela, notre procédé ne se démarque en rien des innombrables dispositifs juridiques que recèle le droit positif. Les règles juridiques qui en constituent les supports sont autant de « modèles de référence à la fois pour les personnes relativement à leurs projets de conduite et pour le juge lorsqu'il a à apprécier des conduites passées »⁴⁸. Ainsi, le modèle constitue également un guide pour l'action au profit de ceux qui souhaiteraient se couler dans un tel moule.

b) Le modèle au service de l'action

38. Il est aujourd'hui admis et défendu par certains auteurs que toute norme juridique serait le siège d'un modèle. Une telle position constitue une rupture avec une approche déontique qui délivre de la norme juridique une vision relativement réductrice, selon laquelle celle-ci prohiberait, autoriserait ou prescrirait. Adopter une approche en termes de modèle revient au contraire à délivrer une définition qualifiée de fonctionnaliste de cette même norme. Toutefois, tel n'est pas l'objet de notre propos. Qualifiée de modèle, la norme a vocation à jouer le rôle de « guide destiné à être suivi d'effets »⁴⁹. Elle est en ce sens un référentiel comportemental, plus largement un modèle ayant vocation à orienter l'action de ceux auxquels elle se destine. Séduisante, cette conception de la norme juridique présente à la fois un avantage et un inconvénient. D'un côté, elle conforte dans l'idée que les règles relatives aux accords collectifs de travail sont bien porteuses d'un modèle. De l'autre, elle plonge dans l'embarras en ce qu'elle ne permet pas d'expliquer en quoi ce modèle se

⁴⁷ S. Frossard, *op. cit.*, p.35.

⁴⁸ J.-L. Souriou, *Introduction au droit*, 2^{ème} éd., PUF, 1990, pp. 31 et 32.

⁴⁹ B. Lavergne, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Presses de l'Université de Toulouse capitole, 2013, p. 133.

démarque. Elle en vient même à en banaliser la portée dès lors qu'il est admis que toutes les normes juridiques recèlent en elles, des modèles. En réalité, cette difficulté est loin d'être insurmontable, car ce qui rend le modèle particulier et remarquable ne relève pas uniquement de l'idéal, mais aussi de l'idéal.

Pour l'heure, nous nous situons sur le terrain idéal et c'est la dimension instrumentale du modèle légal de l'accord collectif de travail que nous entendons établir. Celle-ci est particulièrement bien exprimée par M. Amserek selon lequel les règles « sont des instruments d'évaluation, et, bien sûr, des instruments d'évaluation au service de l'homme, au même titre que tous ses autres outils »⁵⁰. Plus encore, l'auteur ajoute que « la norme 'dirige' la conduite de l'homme, non pas en exerçant sur lui une pression, mais en lui indiquant un modèle, un schéma, un exemple à suivre ; notamment, la proposition normative va diriger ma conduite, non pas par elle-même, mais en tant que j'utiliserai le modèle qu'elle me signifie, en tant que je m'appliquerai à le reproduire, en tant que je moulerai ma création sur le modèle, c'est-à-dire en tant que le modèle va me permettre à chaque instant de juger ma création, de la confronter à ce qu'elle 'doit être', et par suite de la corriger, de l'ajuster : en d'autres termes, le modèle « dirige » ma conduite en tant que mon jugement éclaire, comme on dit, mon action, en tant que celle-ci est guidée par celui-là »⁵¹. M. Jeammaud prolonge le propos en définissant à son tour la norme juridique comme « une référence vouée à et permettant de déterminer comme des 'choses' doivent être du point de vue de l'ordre auquel la règle appartient »⁵².

39. Le modèle catégoriel doit donc permettre à ceux qui s'y réfèrent de s'y calquer, car c'est au regard de celui-ci que sera appréciée la conformité de leur action par rapport au droit positif. Il s'agit donc d'un modèle au service de l'action. La catégorie des accords collectifs de travail a ainsi pour fonction de guider, d'assister et d'orienter les acteurs du monde des relations professionnelles. Idéal dans sa conception, et donc nécessairement

⁵⁰ P. Amserek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, 1964, p. 231.

⁵¹ *Ibid.*, p. 232.

⁵² A. Jeammaud, « L'interdisciplinarité épreuve et stimulant pour une théorie des règles juridiques », in *Le droit dans l'action économique*, ss la dir de T. Kirat et E. Serverin, Paris, CNRS Editions, 2000, p. 224. Cf. également, M. van de Kerchove et F. Ost pour qui « s'il est vrai que l'action des individus se conforme à des modèles ou à des rôles, il est clair que la répartition et l'imposition de ceux-ci est pour une large part l'affaire du droit. », *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Les voies du droit, 1988, p. 163. Voir également C. Groulier, pour qui la règle de droit doit « fournir référence pour l'organisation des rapports sociaux » : « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in *La force normative*, ss la dir. de C. Thibierge, p. 200.

abstrait, le modèle juridique de l'accord collectif de travail influe nécessairement sur l'action des interlocuteurs sociaux. La constitution de concepts juridiques « a en effet pour but essentiel de penser le réel et d'agir sur lui. [...] Toute possibilité de subsumer des faits sous un concept entraîne des conséquences dans la réalité, car la prévision des conséquences incite les hommes à modifier leur conduite afin qu'elle soit plus facilement subsumable sous des catégories juridiques. C'est ainsi que la législation [...] crée des formes sociales, des modèles...⁵³ ».

40. La raison qui pousse les acteurs à se conformer au modèle de l'accord collectif de travail est évidente. Ce n'est pas uniquement dans le but de respecter le droit, mais bien pour que les actes juridiques conclus par eux puissent être dotés des effets, lorsqu'ils en ont connaissance, reconnus par la loi aux accords collectifs de travail. C'est une des conséquences attachées à la règle selon laquelle à chaque catégorie juridique correspond un régime juridique propre. Les interlocuteurs sociaux en décidant d'opter pour la figure de l'accord collectif de travail ne font rien moins d'autre que « s'en remettre [...] à un cadre contractuel préétabli, à un contrat connu, nommé et réglementé par la loi, les usages ou la pratique. Leur préoccupation réside dans une simplification, une accélération, et une plus grande sécurité de leurs échanges ». Ils adoptent de la sorte « une structure éprouvée, ayant fait la preuve de son efficacité pour parvenir au résultat attendu⁵⁴ ».

À l'origine de la décision de se conformer au modèle, se trouve donc un jugement d'opportunité. « Ainsi les normes juridiques constituent-elles moins des « règles de conduite » que des *règles pour les actions* ; et pour les actions visées par leur énoncé ou de fait affectées par la référence à ces normes, y compris celles des juges. Permettant de connaître la valeur ou l'environnement juridiques des actes, donc de calculer, elles constituent aussi des ressources pour agir »⁵⁵. Mais si l'accord collectif constitue pour les acteurs sociaux un modèle d'action, il n'a pas, en principe, vocation à s'imposer à eux. Libres à eux d'y adhérer. Le Conseil constitutionnel a en effet reconnu que « la libre négociation des rémunérations » entre employeurs et organisations syndicales de salariés constituait un principe général du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution⁵⁶.

⁵³ J. Parain-Vial, « Note sur l'épistémologie des concepts juridiques », *APD*, n°4, 1959, p. 132.

⁵⁴ J. Rochfeld, *op. cit.*, p.17. Ces modèles sont qualifiés par l'auteur de « contrats typiques par choix ».

⁵⁵ A. Jeammaud, « Les règles juridiques et l'action », *D.*, 1993, p. 207.

⁵⁶ CC, décision n° 63-5 FNR du 11 juin 1963.

41. En définitive, l'image que le législateur donne à voir de l'accord collectif de travail renseigne peu sur ce qui en fait un modèle original. Loin d'y remédier, les modélisations proposées par les juridictions françaises sont pleines d'incertitudes et sèment le doute de par leurs divergences.

B) Un modèle jurisprudentiel

42. Au premier abord, il est difficile de suggérer l'existence d'un modèle jurisprudentiel de l'accord collectif de travail. À cela, il est possible d'invoquer deux raisons. La première tient à l'usage du singulier qui pourrait laisser à penser qu'on entend faire fi des différences d'analyse qui existent d'une juridiction à l'autre. Bien évidemment, il n'en est rien. La seconde tient à l'impossibilité présumée de conclure à l'existence d'une modélisation spécifique de l'accord collectif de travail par la jurisprudence. Cette dernière semble, en effet, être logiquement et largement tributaire de la modélisation légale. À ce titre, un auteur a pu juger que « cette discussion autour de la nature juridique de la convention collective n'a pas eu de véritable incidence sur la position d'un juge qui ne s'est pas engagé dans un débat qui est resté de pure doctrine »⁵⁷. En réalité, les juges ont eux aussi cherché à apporter leur pierre à l'édifice. La difficulté majeure réside dans l'impossibilité de proposer une modélisation jurisprudentielle unique, car celle-ci se révèle décisive quant à la répartition des compétences en matière de négociation collective entre juridictions judiciaires (1) et administratives (2). Sans surprise, les modélisations retenues par les juridictions confortent bien souvent leur compétence et justifient de la sorte leur intervention. Demeure le Conseil constitutionnel dont l'intervention pourrait bien à terme unifier les différentes modélisations jurisprudentielles de l'accord collectif de travail (3).

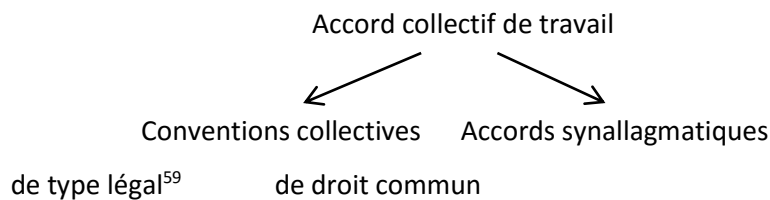
1. La modélisation opérée par les juridictions judiciaires

43. La modélisation de l'accord collectif de travail par les juridictions judiciaires est l'histoire d'une tension incessante entre approches contractuelle et règlementaire. Il est

⁵⁷ J.-P. Chauchard, *La conception française de la négociation et de la convention collectives*, thèse Paris-Sorbonne, 1984, p. 7.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

intéressant de faire état ici d'une série d'arrêts rendus le 9 mars 1957 dont l'intérêt est en grande partie « archéologique ». La Cour de cassation y avait estimé que les accords soumis à son appréciation « n'étaient pas, faute d'agrément par arrêté ministériel, assortis des effets spéciaux propres aux conventions collectives à caractère réglementaire, [mais] n'en constituaient pas moins des accords synallagmatiques immédiatement obligatoires dans les termes du droit commun des contrats »⁵⁸. Il résultait de ces décisions une modélisation catégorielle de l'accord collectif de travail qu'il est possible de représenter graphiquement sous forme de classification par genre et par espèce, autrement dit selon les préceptes de la catégorisation aristotélicienne.



44. Si cette modélisation n'a plus cours aujourd'hui, elle demeure à l'analyse riche en enseignements. Elle révèle que la Cour de cassation semblait opter, à l'époque, pour une approche très réglementaire des conventions collectives. Cette nature ressortait avec d'autant plus de force qu'elle les opposait à ce qui était qualifiés alors d'« accords synallagmatiques de droit commun ». Derrière cette dénomination, c'est la figure du contrat qui transparaissait. Toutefois, il est important de souligner que cette décision avait été rendue à propos d'accords conclus sous l'empire de la loi du 23 décembre 1946 qui donnait indéniablement une coloration réglementaire aux accords collectifs de travail dès lors qu'elle en suspendait la validité à l'obtention d'un agrément ministériel. Il ne faut toutefois pas nier toute actualité à ces arrêts dès lors qu'ils révèlent, pour ainsi dire, un embarras toujours à l'œuvre, à opter entre une conception réglementaire que l'on pouvait autrefois justifier par l'intervention du ministre et une conception purement contractuelle qui sied plus sûrement aux accords qui ne remplissent pas les conditions légales de validité des conventions collectives de travail. S'agissant de ces derniers, nous n'ignorons pas que la Cour de cassation recourt désormais à la notion d'engagement unilatéral de l'employeur pour

⁵⁸ Soc. 9 mars 1957 ; D. 1958, p. 92, obs. J. Brethe de la Gressaye.

⁵⁹ Nous reprenons ici la terminologie de M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Traité de droit du travail, ss. la dir. de G.-H. Camerlynck, Tome VII, Dalloz, 2^{ème} éd., 1989, p. 118.

désigner ces accords atypiques. Celle-ci permet certes de mieux signifier leur portée, mais elle met également sous silence leur mode d'élaboration collectif lorsqu'ils sont négociés avec des représentants élus du personnel.

45. L'embarras ici décrit est certainement le signe d'un dualisme inhérent de l'accord collectif de travail qui empêche de trancher clairement pour l'une ou l'autre des branches de l'alternative. Il est tout d'abord très clairement perçu comme un acte de droit privé sans quoi les juridictions judiciaires ne se reconnaîtraient même pas compétentes en la matière. Le contentieux en interprétation et en annulation de ces accords leur revient en principe. Il faut, nous le verrons, une intervention du ministre, par le biais notamment d'un arrêté d'extension, pour que les juridictions administratives soient compétentes.

Plusieurs décisions laissent à penser néanmoins que les juridictions judiciaires sont tentées parfois d'assimiler l'accord collectif à une loi. Il est assez fréquemment relevé ainsi que la méconnaissance d'une convention collective constitue en soi un cas d'ouverture à cassation⁶⁰. Pourtant, initialement, la haute juridiction judiciaire avait estimé qu'en matière d'interprétation de ce type de convention, prévalait le principe d'interprétation souveraine des juges du fond⁶¹. Elle s'est toutefois ravisée et a admis par la suite la recevabilité des pourvois formés sur la base d'une violation d'un accord collectif sans qu'il soit nécessaire d'invoquer une dénaturation de ses clauses. C'est ce qui ressort d'un arrêt célèbre rendu le 6 février 1976⁶². Sur un autre plan, le contentieux de l'exécution de ces accords dénote également une approche pour le moins règlementaire, spécialement s'agissant de leurs effets. Aux actions traditionnelles reconnues au profit des organisations syndicales signataires⁶³ ainsi qu'aux organisations dont l'un des membres au moins est lié par la convention litigieuse⁶⁴, la Cour de cassation admet également qu'un syndicat ne pouvant agir sur le terrain de ces deux actions spécifiques soit autorisé à agir en défense de l'intérêt collectif de la profession sur la base de l'article L. 2132-3 du Code du travail⁶⁵.

⁶⁰ J. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1997, n° 1173 et s.

⁶¹ Soc. 6 novembre 1942, *JCP*, 1943, II, 6220.

⁶² AP, 6 février 1976, Société La belle jardinière, *Droit social*, 1976, p. 472, obs. J. Savatier.

⁶³ Art. L. 2262-9 et L. 2262-10 du Code du travail.

⁶⁴ Art. L. 2262-11 du Code du travail.

⁶⁵ Soc. 3 mai 2007 05-12340 *Bull. civ.*, V, n°68. La Cour de cassation exigeait autrefois que cette action ne soit menée qu'à l'encontre d'un accord collectif étendu. Là encore, la logique qui sous tendait à cette condition se déchiffre aisément car dès lors qu'il se trouve étendu, un accord a vocation à s'appliquer très largement à la manière d'une loi. Aussi, il paraît logique dans ce cas que la possibilité d'agir en exécution de cet accord soit

46. Il n'est pas, pour autant, question de dénier la nature contractuelle de l'accord collectif, mais simplement d'admettre que « celui-ci donne naissance [...] à des normes d'une nature particulière, comparables en définitive aux normes issues des lois et règlements »⁶⁶. L'accord collectif de travail n'en demeure pas moins un acte résultant de la conjonction de volontés privées et non de la rencontre d'une volonté étatique et d'une toute autre volonté. L'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation, si elle suggère une adhésion à la théorie dualiste de l'accord collectif, laisse malgré tout penser que « la qualification de contrat prévaut sur celle de règlement »⁶⁷. Cela est particulièrement vrai s'agissant des accords d'entreprise qui ne peuvent se voir conférer, par définition, des effets similaires à ceux reconnus au profit des lois, dès lors qu'ils ne peuvent être étendus ou élargis. Plus fondamentalement, l'un des arguments qui plaide de la manière la plus convaincante pour le maintien du caractère de droit privé de l'accord découle de ce que celui-ci vit sa vie d'accord collectif indépendamment de l'arrêté d'extension qui en accroît la portée. Son destin est, à ce titre, largement dépendant de la volonté des interlocuteurs sociaux. Ainsi, si l'accord vient à être dénoncé par exemple, cette dénonciation l'affectera sans que l'arrêté d'extension ne puisse être invoqué pour la contrer.

47. La Cour de cassation ne semble pas prête à trancher définitivement le débat sur la nature de l'accord collectif de travail. Y voit-elle seulement un intérêt ? Cette incertitude lui ménage assurément une certaine liberté d'action dans le choix de ses solutions. Les différents arrêts rendus témoignent nettement de cette volonté de puiser aussi bien dans la théorie contractuelle⁶⁸ que dans la théorie règlementaire⁶⁹. De sorte qu'il est possible de

reconnue au plus grand nombre. Cette solution posée par l'arrêt Euro Disney du 12 juin 2001 s'est révélée toutefois trop restrictive dès lors qu'elle revenait à n'admettre une telle action que lorsqu'un accord est susceptible d'être étendu, ce qui n'est bien entendu pas le cas des accords d'entreprise. Cf. *Bull civ.*, V, n°221, p.176.

⁶⁶ X. Prétot, « Les sources du droit du travail au regard du droit public », in *Les sources du droit du travail*, ss. la dir. de B. Teyssié, PUF, Droit, éthique et société, 1998, p. 178.

⁶⁷ *Lamy Négociation collective, Droit et pratique*, ss. la dir. de P.-H. Antonmattéi, Etude 120-10, 2013.

⁶⁸ La plupart des règles de formation des accords collectifs de travail obéissent au droit commun des contrats. Ainsi, la Cour de cassation a déjà appliqué les règles relatives aux vices du consentement, la bonne foi etc. Comme tout contrat, l'accord collectif de travail ne peut être annulé ou modifiée par une loi nouvelle.

⁶⁹ La Cour de cassation considère ainsi que la convention collective s'applique aux contrats individuels de travail de la même manière qu'une loi le ferait. Elle produit sur eux un effet impératif mais ne s'y incorpore pas. De plus, la Cour de cassation contrôle, comme pour une loi, l'interprétation qui en est donné par les juges du fond afin de l'unifier, non sans critique.

convenir que la Cour de cassation opte résolument pour une approche duale de l'accord collectif de travail, peu compatible, nous aurons l'occasion de le démontrer, avec le mode de catégorisation aristotélien. Les juridictions administratives se montrent pour leur part plus tranchées quant à la nature de l'accord collectif de travail.

2. La modélisation opérée par les juridictions administratives

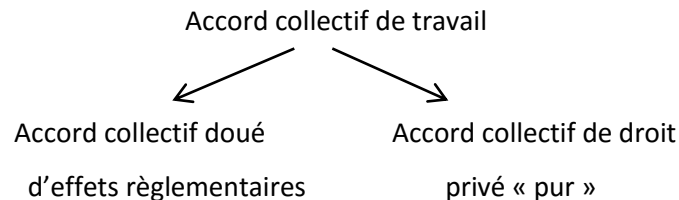
48. Les juridictions administratives laissent peu de doute quant à leur manière de modéliser l'accord collectif de travail. Depuis un célèbre arrêt du 6 mars 1960, le Conseil d'État qualifie la convention collective de « contrat de droit privé »⁷⁰. Cette jurisprudence, toujours d'actualité, est d'autant plus intéressante qu'elle portait sur l'exercice de son pouvoir réglementaire par le ministre du travail dans le cadre de l'extension. La règle de principe est claire : « la légalité d'un arrêté ministériel prononçant l'extension d'une convention collective de travail est nécessairement subordonnée à la validité de la convention en cause ; que lorsqu'une contestation sérieuse s'élève sur ladite validité, la juridiction administrative, compétemment saisie d'un recours pour excès de pouvoir contre l'arrêté ministériel d'extension est, eu égard au caractère de contrat de droit privé que présente la convention collective de travail, tenue de renvoyer à l'autorité judiciaire l'examen de cette question préjudicielle ». Autrement dit, s'il existe un doute quant à la légalité de l'accord, il appartient selon la Haute Cour administrative, de différer sa décision et de saisir le juge judiciaire d'une question préjudicielle. Cela signifie clairement que seules les juridictions judiciaires sont compétentes pour statuer sur la licéité des clauses conventionnelles et sur le respect des règles de conclusion des accords.

49. *A priori* limpide, la jurisprudence du Conseil d'État soulève en réalité de nombreuses incertitudes. Celles-ci tiennent pour l'essentiel au traitement différencié des accords selon qu'ils font ou non l'objet d'un arrêté d'extension ou d'élargissement. L'intervention du ministre permettrait, elle seule, de conférer des effets réglementaires à l'accord. En dehors d'une telle configuration, les accords ne seraient finalement que de purs actes de droit privé. C'est de la sorte leur dénier, quelque part, la portée normative assez large que la Cour de

⁷⁰ CE, 6 mars 1960, Société anonyme Le peignage de Reims et autres, *Rec.*, p. 168 ; *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^{ème} éd., n°173, p. 779, concl. P. Nicolaÿ, *Droit social*, 1960, p. 274.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

cassation leur attache indépendamment de leur extension ou de leur élargissement. Le Conseil d'État semble ainsi introduire une division interne au sein des accords collectifs de travail dont il est délicat de prendre la mesure et qu'il est possible de représenter de la sorte :



50. Cette distinction se comprend aisément. En effet, lorsque le juge administratif est amené à se prononcer sur la portée d'un accord collectif, un obstacle majeur se dresse devant lui. Dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, les moyens tirés de la méconnaissance d'une norme contractuelle ne sont pas recevables⁷¹. Seule l'intervention du ministre l'autorise lui permet de s'approprier une part du contentieux et de forger « en toute autonomie, sa jurisprudence en droit du travail »⁷². Bien entendu, il n'est pas dit que la Haute juridiction administrative ait acté que les accords collectifs de travail en cause auraient perdu leur qualité d'actes de droit privé du fait de la seule intervention d'une autorité administrative, bien au contraire⁷³. De même, il n'est pas certain que les juridictions administratives soient prêtes à réagencer l'ordonnancement des normes auxquelles ils doivent faire face, en attribuant aux accords collectifs une place à part entière. Il est plus simple dès lors, selon les cas, de les appareiller à la catégorie des contrats ou de leur prêter ponctuellement des effets règlementaires. La position du Conseil d'État sur les accords collectifs non marqués par un sceau ministériel se révèle ainsi assez timide⁷⁴.

La jurisprudence du Conseil d'État connaît toutefois des évolutions suggérant une approche résolument plus offensive⁷⁵. Il s'est ainsi autorisé à se prononcer sur la validité

⁷¹ V. sur cette question, X. Prétot, *art. précit.*, p. 183.

⁷² *Loc. cit.*

⁷³ V. par exemple, CE, 13 décembre 1989, *Groupes services France*, 81025.

⁷⁴ A. Morin-Galvin, *La convergence des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat*, LGDJ, 2013, p. 523.

⁷⁵ Il faut remonter à l'avis du 22 mars 1973 pour trouver les ferments d'un contrôle juridictionnel étendu (CE, Avis du 22 mars 1973, comm. G. Couturier, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2008, n°6, p. 107). La Haute juridiction administrative y a admis que le ministre était autorisé à exclure du domaine de l'extension les clauses conventionnelles contraires aux textes règlementaires et législatifs mais surtout de soustraire de ce

d'accords collectifs sans renvoi préjudiciel préalable. Il a notamment admis que le ministre était en droit de refuser d'étendre certaines clauses dès lors que celles-ci méconnaissaient clairement les dispositions d'ordre public telles qu'interprétées par le juge judiciaire⁷⁶. En creux, c'est la théorie de l'acte clair qui justifie une telle démarche. En effet, c'est sous son couvert qu'il est possible d'investir le juge administratif du pouvoir de contrôler sa validité interne ou externe⁷⁷. Il n'est toutefois pas question là encore, malgré cet aménagement majeur, de reconsidérer la nature juridique de l'accord collectif de travail. Un pas supplémentaire vient sans doute d'être franchi en ce sens. Si, en principe, en cas de contestation relevant de la compétence des juridictions judiciaires, il appartient au juge administratif de surseoir à statuer, cette règle admet aujourd'hui selon le Conseil d'État, trois exceptions. Les deux premières tiennent à l'exigence de bonne administration de la justice et au droit communautaire. La troisième concerne l'hypothèse où le législateur a prévu que les mesures prises pour l'application de la loi seront définies par un accord collectif conclu entre les partenaires sociaux, dont l'entrée en vigueur est subordonnée à l'intervention d'un arrêté ministériel d'extension ou d'agrément. Il appartient alors au juge administratif, compétemment saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre cet arrêté, de se prononcer lui-même, compte tenu de la nature particulière d'un tel accord, sur les moyens mettant en cause la légalité de ce dernier⁷⁸. L'hypothèse est certes très précise, elle n'en suggère pas moins que dans ce cas particulier, l'accord collectif, acte de droit privé, se nove en acte réglementaire⁷⁹. Les conclusions rendues par le rapporteur public cette affaire s'opposent néanmoins à une telle lecture. Se refusant à reconnaître aux accords en cause la

même domaine, celles qui ne répondraient pas à la situation de la branche sauf à modifier de manière trop radicale l'économie de l'accord. C'est donc que l'extension relève bien d'une décision discrétionnaire du ministre qui demeure malgré tout sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Précisant sa pensée, le Conseil d'Etat a même estimé que le premier alinéa de l'article L. 2261-15 du Code du travail attribuait au ministre un pouvoir d'appréciation lui permettant, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, de refuser l'extension qui leur est demandée pour des motifs d'intérêt général. V. à ce titre, CE, 21 novembre 2008, Syndicat national des cabinets de reconnaissance des créances et de renseignements commerciaux, 300135 ; SSL, 2009, n° 1384, concl. A. Courrèges, p. 11.

⁷⁶ CE, 23 déc. 2010, n° 332493, Fédération de l'équipement, de l'environnement, des transports et des services Force Ouvrière, *Rec. ; Droit social*, 2011, p. 423.

⁷⁷ Selon les propres termes du Président Nicolaÿ, concl. ss. CE, 4 mars 1960, *Rec.*, p. 169.

⁷⁸ CE, 23 mars 2012, Fédération Sud Santé Sociaux, 331805, *Rec.*, concl. C. Landais.

⁷⁹ Cette transmutation est déjà à l'œuvre dans les cas d'élargissement des accords car « l'aspect contractuel, propre à l'élaboration de toute convention ou accord collectif s'efface au profit de l'aspect réglementaire dont la source réside alors dans la seule volonté de l'autorité publique », J.-P. Chauchard, V° « Conventions et accords collectifs de travail », *Rép. Trav.*, Dalloz, p. 53 ; V. également, CE, 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, *RJS*, 5/01, n°700 et CE, 28 février 2001, Union syndicale groupe des 10, *Droit social*, 2001, p. 375, obs. X. Prétot.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

nature d'actes réglementaires, il estime que si « le fait qu'ils soient des actes pris pour l'application de la loi les en rapproche bien davantage que ne le faisait la simple circonstance qu'ils n'entraient en vigueur qu'étendus ou agréés », il demeure « difficile de dépasser le fait qu'ils sont conclus entre personnes privées »⁸⁰.

51. Au final, il apparaît que le Conseil d'État s'en tient à une approche catégorielle classique à propos de l'accord collectif de travail. Il s'agit d'un contrat de droit privé. Toutefois, cette approche ne lui permet pas de saisir toute l'originalité de cet acte juridique dont elle ne perçoit la portée réglementaire que lorsqu'il est l'objet d'un arrêté d'extension. Cette position difficile à tenir, complique l'office de du juge et rend la jurisprudence des juridictions administratives relativement incertaine⁸¹. Le Conseil constitutionnel semble pour sa part plus réceptif à cette dualité.

3. La modélisation opérée par le Conseil constitutionnel

52. Le principe de participation posé par l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution constitue une référence cardinale pour le droit de la négociation collective. Le droit constitutionnel n'est donc pas sans lien avec l'accord collectif de travail. Reste alors à s'interroger sur la manière dont est modélisé cet acte juridique dans cette branche du droit⁸².

D'emblée, il faut indiquer que le Conseil constitutionnel se situe dans la même lignée que la Cour de cassation. Autrement dit, l'analyse de ses décisions laisse transparaître une approche duale de l'accord collectif de travail. Elle est, à vrai dire, la résultante d'une évolution peu évidente. En effet, initialement, les juges constitutionnels paraissaient « privilégier une conception publiciste de l'accord collectif, en mettant l'accent sur sa dimension réglementaire »⁸³. Nous ne sommes pas sans savoir que depuis 1989, elle admet dans une certaine mesure que l'accord collectif puisse se substituer avantageusement aux règlements d'application. Il acquiert ainsi une force similaire celle d'un décret. Ainsi, dans une

⁸⁰ *Concl. précit.*

⁸¹ En ce sens, cf. les développements d'A. Morin-Galvin, *op. cit.*, pp. 523 et s.

⁸² Pour une approche plus large des rapports entre droit constitutionnel et normes sociales, cf. O. Dutheillet de Lamothe, « Les normes constitutionnelles en matière sociale », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29-2010, p.193.

⁸³ I. Odoul-Asorey, *Négociation collective et droit constitutionnel*, LGDJ, 2013, p. 92.

décision du 29 avril 2004, le Conseil constitutionnel a affirmé qu' « il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte »⁸⁴. Décret et accord collectif sont très clairement placés sur le même plan lorsque le Conseil constitutionnel précise « qu'il est loisible au législateur de renvoyer au décret ou de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités d'application des règles fixées par lui »⁸⁵.

53. La dimension réglementaire de l'accord collectif de travail est ainsi clairement établie. En revanche, c'est plus tardivement que sa dimension contractuelle a commencé à être affirmée par le Conseil constitutionnel. Il faut sans doute voir dans la décision rendue le 10 juin 1998, le point de départ de cette reconsidération. Celle-ci a, en effet, posé pour la première fois l'exigence de ne pas porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte telle qu'elle méconnaisse l'article 4 de la DDH⁸⁶. Cette dernière référence est lourde de sens. En effet, l'article visé est généralement analysé comme un renvoi à la liberté contractuelle. Pareil rattachement ne pouvait que susciter l'étonnement des commentateurs. Il a ainsi été fait remarquer que « rattacher la liberté contractuelle à la notion de convention collective peut surprendre, car la jurisprudence comme la doctrine du droit du travail sont partagées sur le caractère contractuel des conventions collectives »⁸⁷. Au-delà de la pertinence d'une telle décision, demeure la volonté de repenser, au moins partiellement, l'accord collectif de travail au travers du prisme du contrat.

54. Une certaine doctrine, opérant dans le domaine du droit du travail, opte également pour une approche duale. Il est d'ailleurs possible que cette même doctrine ait influencé les modélisations jurisprudentielles ici exposées. Il n'en demeure pas moins, encore une fois, que celles-ci s'accordent mal avec les préceptes de la catégorisation aristotélicienne. Les

⁸⁴ CC, 29 avril 2004, décision n° 2004-494 DC, considérant 8.

⁸⁵ CC, 16 août 2007, décision n° 2007-556 DC, considérant 7.

⁸⁶ CC, décision n° 98-401 du 10 juin 1998, considérant 29.

⁸⁷ Th. Renoux et M. de Villiers, *Code constitutionnel*, 1998-5, p. 15.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

modélisations doctrinales initiales s'y conformaient plus volontiers en tranchant, sans nuances, entre approche contractuelle ou bien approche règlementaire.

Paragraphe 2 Un modèle doctrinal

55. Il est peu de dispositifs juridiques qui peuvent se targuer d'avoir donné lieu à autant de controverses que celui de l'accord collectif de travail. Les joutes doctrinales auxquelles ce procédé a pu donner lieu ont été qualifiées d'impressionnantes, d'intenses ou bien encore de riches⁸⁸. Plus péjorativement, certains ont pu se demander si « l'ingéniosité et la subtilité prodiguées par les auteurs » lors de l'étude de la nature théorique du contrat collectif de travail « n'avaient pas compliqué à l'excès le problème au lieu de l'éclairer »⁸⁹. Il y a là sans doute une part de vérité que l'analyse des différents modèles doctrinaux de l'accord collectif de travail devrait, sans trop de difficultés, confirmer, qu'il s'agisse de modèles moniste **(A)** ou dualiste **(B)**.

A) Un modèle moniste

56. La première tentation qui saisit l'observateur lorsqu'apparaît un objet juridique difficile à qualifier est de le rattacher, tout naturellement à une figure bien connue. Telle est la démarche que poursuivirent les tenants d'approches monistes que ce soit dans le champ du droit civil ou dans celui du droit public, rattachant notre objet à la figure du contrat **(1)** ou bien à celle du règlement **(2)**.

1. La modélisation de l'accord collectif de travail dans le champ du droit civil : un dilemme autour de la figure du contrat

57. Face à l'accord collectif de travail, les juristes opérant dans le champ du droit civil ont très rapidement été confrontés à un dilemme pour le moins embarrassant. S'agit-il d'un

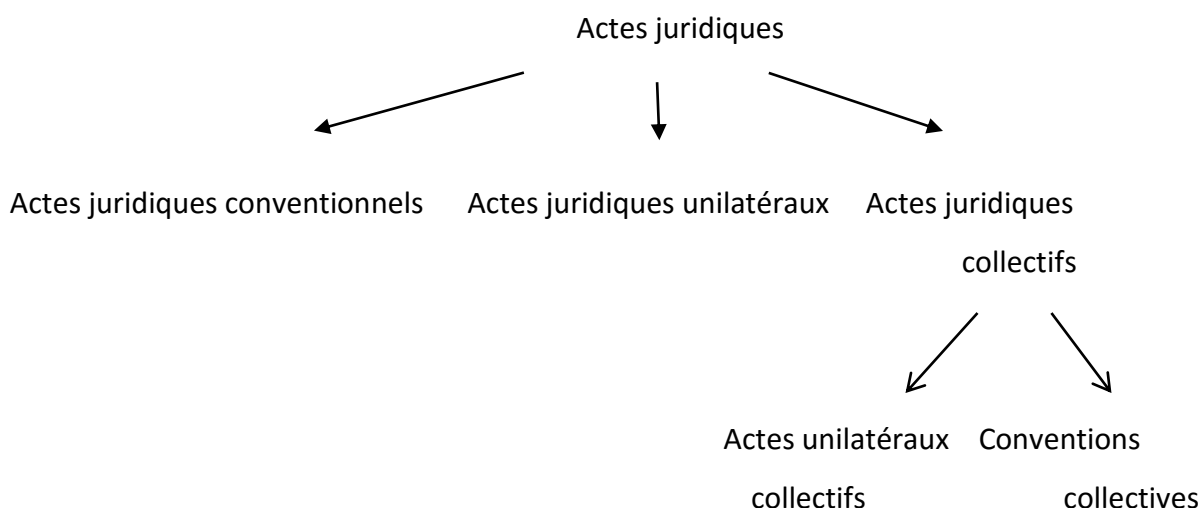
⁸⁸ J. Le Goff, « La naissance des conventions collectives », *Droits*, 1990, n°12, p. 67.

⁸⁹ G. Pirou, « Le problème des contrats collectifs en France », *Revue internationale du travail*, janvier 1922, p. 40.

contrat ?⁹⁰ Sur la base de cette question, deux modélisations sont avancées, l'un se démarquant de la figure du contrat (a), l'autre l'embrassant (b).

a) La remise en cause de l'analyse contractuelle

58. La première tentation consiste à voir dans les accords collectifs de travail et plus généralement dans tous les actes juridiques collectifs, une des trois principales sources d'obligation. Trôneraient ainsi aux côtés du contrat, les actes juridiques unilatéraux ainsi que les actes juridiques collectifs dont la spécificité résiderait dans sa capacité à pouvoir créer des obligations non pas seulement *inter partes*, mais y compris à l'égard de personnes qui n'y ont pas consenti⁹¹. Il est possible de le représenter graphiquement.



59. D'essence doctrinale, ce triptyque n'a jamais connu de consécration légale⁹². Il étonne en ce que les conventions collectives se trouvent exclues de la catégorie des actes

⁹⁰ Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre reprennent cette question en la reformulant lorsque s'interrogeant sur la « nature juridique » des contrats collectifs dans lesquels elles intègrent la convention collective de travail, elles finissent par se demander : « mais s'agit-il vraiment de contrats ou d'actes collectifs ? », *Droit civil, deuxième année, Les obligations*, Sirey, 14^{ème} éd., 2014, p. 258.

⁹¹ V. notamment en ce sens, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2013, p. 66 ; J.-L. Aubert, *Introduction au droit*, Sirey, 15^{ème} éd., 2014, p. 243 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey Université, 16^e éd, 2014, pp. 519 et s.

⁹² Une évolution semblait toutefois s'être amorcée, l'article 1101-1 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations reconnaissant au même titre que « l'acte juridique conventionnel » et « l'acte juridique unilatéral », l'existence d'actes juridiques collectifs. Toutefois, la satisfaction a laissé place à la déception puisque la définition de l'acte juridique collectif finalement retenue par l'avant-projet s'est révélée beaucoup moins ambitieuse. L'article 1101-1 al 4 définissait ainsi l'acte juridique collectif comme « la décision prise collégalement par les membres d'une collectivité ». Or cette définition ne couvre qu'une partie de ce qu'une

juridiques conventionnels pour épouser celle des actes juridiques collectifs au côté des actes collectifs unilatéraux, dont l'appellation intrinsèquement antinomique laisse planer quelques doutes sur sa pertinence⁹³. Cette absence de consécration dans le Code civil peut étonner si on l'interprète comme une forme de dédain à l'égard du procédé de l'accord collectif. À ce titre, le doyen Cornu s'étonnait à l'occasion du colloque célébrant le bicentenaire du Code civil que les conventions collectives ne soient pas encore reconnues au sein de ce même code « au rang des sources du droit »⁹⁴. La convention collective et le Code civil auraient ils ainsi raté leur rendez-vous ?

En réalité, une frange de la doctrine civiliste soutient que les cadres d'analyse proposés par ce code s'avèrent suffisants pour appréhender les accords collectifs de travail. Surtout, ils reprochent aux tenants de cette modélisation tripartite de ne pas respecter les principes mêmes de la logique formelle et donc de la catégorisation aristotélicienne. Leur présentation heurte, en effet, de front un des principes que sous-tend la logique aristotélicienne. Il s'agit du principe du tiers exclu. Selon ce principe, il n'est possible sur la base d'un même critère que d'élaborer deux catégories, la première comprenant les cas où le critère est rempli, la seconde les cas où celui-ci ne l'est pas. Il n'existe ni intermédiaire possible ni tierce catégorie. Autrement dit, la catégorie des actes juridiques collectifs n'a aucune raison d'être. D'où la conclusion selon laquelle, l'accord collectif de travail serait tout simplement une déclinaison d'acte juridique conventionnel.

certaine frange de la doctrine appelle les actes juridiques collectifs, à savoir les « actes unilatéraux collectifs ». V. en ce sens, S. Brissy, « L'avant-projet de réforme du droit des obligations : une source d'évolution pour le droit du travail ? », *Droit social*, 2007, p. 9 : « Quant aux conventions et accords collectifs de travail, leur intégration dans la définition des actes juridiques soumis au droit des obligations reste impossible au regard de l'avant-projet ». Le projet d'ordonnance visant à réformer le droit des contrats rendu public le 25 février 2015 se situe dans la droite ligne de l'avant-projet précité, v. à ce titre, le commentaire de N. Dissaux et Ch. Jamin ss. L'article 1101, Dalloz, 2015.

⁹³ Cette appellation vise tous les actes qui se forment par le biais d'« un faisceau de manifestations de volontés exprimées sur un même objet » tels que par exemple les délibérations des assemblées de sociétés. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 66.

⁹⁴ G. Cornu, « Réflexions en attendant le tricentenaire », in *Le Code civil 1804-2004, Le livre du bicentenaire*, Dalloz et Litec, 2004, p. 711. A ce titre, il est bon de rappeler que la reconnaissance explicite de l'accord collectif de travail au sein du Code civil était déjà discutée au début du XX^{ème} siècle. Le rapport établi par la Commission de travail de la Chambre des députés à propos du projet de loi Doumergue, proposait ainsi d'introduire à l'article 1781 du Code civil une définition de la convention collective de travail.

b) La persistance de l'analyse contractuelle

60. Les tenants de l'analyse contractuelle s'opposent radicalement à l'idée que l'accord collectif de travail constituerait une figure originale aux côtés du contrat. Tel est notamment le cas de M. A. Bénabent, les conventions collectives ordinaires, autrement dit celles qui n'ont pas fait l'objet d'un arrêté d'extension, ont une nature fondamentalement contractuelle. Il en veut pour preuve que « ces accords ne lient que ceux qui ont été représentés lors de leur conclusion : un employeur non syndiqué n'est pas lié par la convention collective signée en dehors de lui. Certes, il n'y a pas mandat précis, mais mandat général résultant de l'affiliation au syndicat⁹⁵ ». Mais comment expliquer alors qu'un salarié non syndiqué puisse être soumis à un accord collectif contre sa volonté ? Il en vient ainsi à nier l'effet *erga omnes* de l'accord. M. Langlois en a parfaitement conscience⁹⁶. Cela ne l'empêche pas pour autant de rejeter l'analyse règlementaire qui selon lui est simplement descriptive et n'explique en aucun cas les effets que produit l'accord collectif, qualifié au passage de contrat collectif, sur les contrats individuels⁹⁷. Il opte plutôt pour une analyse contractuelle fondée sur l'idée de représentation d'intérêts qui explique, selon lui, que les salariés puissent se prévaloir des droits reconnus par l'accord. Là encore, l'analyse prête à discussion, car si de représentation il est bien question, il semble plus judicieux de la qualifier de légale plutôt que de contractuelle, car elle ne découle pas tant d'un contrat, mais plutôt d'une habilitation qui se matérialise par la reconnaissance de la qualité de syndicat représentatif⁹⁸.

De manière plus nuancée, M. Roujou de Boubée estime que n'est collectif, que l'acte dont la formation est collective et non pas tout acte doué d'effets collectifs⁹⁹. Il préserve une classification tripartite (contrat-acte unilatéral-acte collectif), mais extirpe l'accord collectif de travail de la catégorie des actes juridiques collectifs pour les ranger dans celle des actes juridiques conventionnels. Selon l'auteur, cet accord, plus que tout autre contrat, constitue

⁹⁵ A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, Domat droit privé, 14^e éd., 2014, p.41.

⁹⁶ Ph. Langlois, « Droit civil et contrat collectif de travail », *Droit social*, 1988, pp. 395 et s.

⁹⁷ V. également en ce sens, P.-D. Ollier, « L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources du droit dans l'entreprise », *Droit social*, 1982, p. 680.

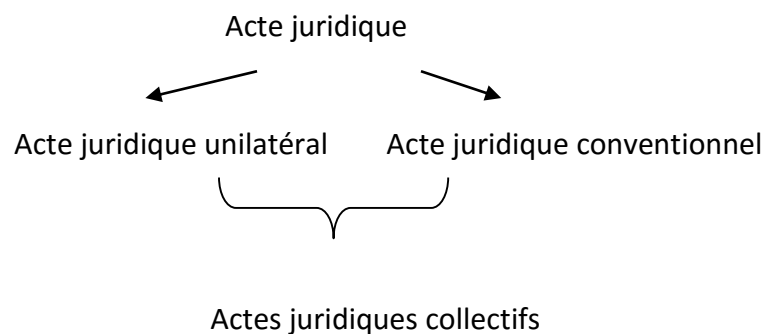
⁹⁸ Sur cette question, cf. G. Borenfreund, « Propos sur la représentativité syndicale », *Droit social*, 1988, p.476

⁹⁹ G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961, pp. 27 et s. L'auteur définit à ce titre définit l'acte juridique collectif comme un « accord de volontés identiques dans leur contenu et concourant au même but ».

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

un véritable compromis entre intérêts antagonistes¹⁰⁰. Il correspondrait nettement, en ce sens, « au critère classique du contrat » celui-ci étant « conclu entre deux parties, c'est-à-dire entre deux intérêts ou deux groupes d'intérêts opposés »¹⁰¹.

Prenant acte de cette thèse et allant plus loin encore en optant pour une classification bipartite et non tripartite plus conforme aux préceptes de la catégorisation aristotélicienne, Mme A.-L. Pastré-Boyer considère pour sa part que l'acte juridique collectif, qu'il soit de nature conventionnelle ou unilatérale, constitue non pas une catégorie autonome d'acte aux côtés du contrat ou de l'acte unilatéral, mais « une sous-catégorie transversale »¹⁰² traversant à la fois les actes juridiques conventionnels ainsi que les actes juridiques unilatéraux.



61. Toutefois, les modélisations ici rapportées ne sont pas pleinement satisfaisantes pour au moins deux raisons. La première tient au fait qu'elles ne rendent pas suffisamment compte « d'un fait qui, pour n'être pas essentiel au point de pouvoir constituer le critère même de l'acte collectif, n'en est pas moins fort important : à savoir que, souvent, un tel acte lie, sans possibilité de refus de leur part, des personnes qui n'y ont pas consenti »¹⁰³. La seconde est plus d'ordre formel, car admettre l'existence d'un triptyque ou même encore d'une sous-catégorie transversale pour préserver nos catégories juridiques traditionnelles, se heurte aux principes de la catégorisation aristotélicienne, et spécialement, au principe de non-contradiction. Selon ce dernier, les actes juridiques collectifs ne peuvent à la fois appartenir aux actes juridiques unilatéraux et conventionnels. Il y a contradiction.

¹⁰⁰ Pareille conception ne laisse guère de place à une conception solidariste du contrat.

¹⁰¹ G. Roujou de Boubée, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰² M.-L. Pastré-Boyer, *L'acte juridique collectif en droit privé français*, PUAM, 2006, p. 243

¹⁰³ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op.cit.*, p. 519.

Voilà pourquoi, constatant la difficulté éprouvée par les juristes à raccrocher la figure de l'accord collectif de travail à des figures du droit privé, notamment en raison de son effet *erga omnes*, certains auteurs ont décidé de se tourner vers le droit public pour « y rechercher des modèles »¹⁰⁴ à même d'appréhender l'accord collectif de travail dans toute sa spécificité.

- c) La modélisation de l'accord collectif de travail dans le champ du droit public : le rejet de l'analyse contractuelle

62. Si dans le domaine du droit public, certains auteurs s'accordent aujourd'hui pour qualifier l'accord collectif de travail de contrat de droit privé¹⁰⁵, s'alignant de la sorte sur la jurisprudence du Conseil d'État, pareille qualification n'a pas toujours été unanime. Mieux, elle a été au cœur d'intenses débats voire de « luttes de territoire » entre partisans d'une approche privatiste ou bien publiciste au début du XX^{ème} siècle. Bien que l'on ne puisse dénier les aspirations expansionnistes de chaque corps de doctrine, une telle vision est peut-être trop caricaturale, comme si publicistes et privatistes avaient à cœur d'avancer chacun leur modèle en vue de faire tomber dans l'escarcelle de leur univers conceptuel, tel ou tel dispositif.

63. Cette vision est pourtant clairement véhiculée par certains écrits. G. Ripert affirmait ainsi que si les civilistes ont tenté de « s'emparer » des accords collectifs de travail en recourant à des figures telles que le mandat ou la stipulation pour autrui, leurs tentatives furent un échec, le législateur marquant « de plus en plus fortement le caractère règlementaire de l'institution ». Toutefois, il ajoutait « que pour sauver quelque chose de la conception ancienne, les juristes [civilistes il s'entend] ont été réduits à admettre le dualisme de la convention collective »¹⁰⁶. Plus radical encore, J. Bonnetant, soulignant la confusion manifeste des discussions doctrinales ayant trait à l'objet de notre étude, n'hésita pas en 1924 à pointer le doigt sur les luttes doctrinales et à railler par là même une certaine frange de la doctrine juridique. « Il n'est pas de notion qui ait donné naissance à un chaos de

¹⁰⁴ F. Gaudu et R. Vatinet, *Traité des contrats, Les conventions du travail*, ss. la dir. de J. Ghestin, LGDJ, 2001.

¹⁰⁵ V. notamment R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 15^e éd., 2001, p. 916.

¹⁰⁶ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 280.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

conceptions divergentes comparable à celui qui était sorti de la notion de contrat collectif ; comme on le pense bien, les auteurs de droit public et les économistes, dans leur ardeur combative contre le droit civil, n'avaient eu garde de perdre une si belle occasion de tenter d'enlever à notre science une notion et une institution qui lui appartiennent légitimement. Auteurs de droit public et économistes avaient d'ailleurs trouvé des alliés quelque peu naïfs chez certains civilistes »¹⁰⁷. Plus finement, G. Pirou s'est attaché dès sa thèse à comprendre comment une forme juridique nouvelle telle que l'accord collectif de travail avait pu être réceptionnée par la doctrine, modélisée serions-nous tentés de dire. Il a identifié ainsi deux manières toutes deux tributaires de cette division académique ô combien discutable et pourtant si ancrée dans les esprits, entre droit public et droit privé. Ainsi, il relève que si les privatistes « dépensèrent des trésors de dialectique ingénieuse et subtile pour tenter de démontrer le mécanisme et d'expliquer les effets juridiques des conventions collectives de travail, en se servant des instruments et des cadres auxquels ils étaient habitués », les publicistes s'engagèrent pour leur part plus hardiment « dans la voie d'une interprétation qui mettait à l'arrière-plan les volontés individuelles »¹⁰⁸.

64. C'est en réaction à des analyses « contractualistes » jugées incapables de saisir la profonde originalité de l'accord collectif de travail, que d'éminents auteurs ont tenté de trouver dans le droit public un cadre d'analyse plus satisfaisant. Ils ont opté, pour ce faire, en faveur de classifications davantage matérielles que formelles : « les actes juridiques peuvent ainsi être classés soit d'après leurs effets, c'est-à-dire le genre de modification juridique qu'ils entraînent ; c'est la classification matérielle, -soit d'après le mode de manifestation de volonté qu'ils empruntent ; c'est la classification formelle »¹⁰⁹.

65. Léon Duguit, le premier, n'hésita pas à brocarder des civilistes trop attachés, selon lui, à la figure du contrat. Ainsi, considérait-il que l'expression de contrat collectif, alors en vogue au début du XX^{ème} siècle, contenait « une contradiction en soi », le contrat étant « par nature et par définition chose essentiellement individuelle ». Dans la même veine, il n'hésita

¹⁰⁷ J. Bonnacase, cité par S. Nadal, *La profession et la branche : leur rôle dans la conception française de la convention collective*, Thèse Paris X Nanterre, 1996, p.35.

¹⁰⁸ G. Pirou, *Traité d'économie politique*, Tome 1, Sirey, 2^e éd., 1946, p. 363.

¹⁰⁹ A de Laubadère *Traité de droit administratif*, 16^{ème} éd, tome 1, 2001, p. 20 et s. Il faut préciser que ces deux classifications se combinent entre elles.

pas à affirmer que « contrat et caractère collectif sont deux éléments qui s'excluent ». Les juristes auraient ainsi selon lui commis pas moins de deux erreurs. La première serait d'avoir donné à ces actes le nom de contrat collectif, la seconde, facteur d'aggravation, d'avoir voulu « coûte que coûte les faire rentrer dans le cadre traditionnel du contrat »¹¹⁰. C'est pourquoi il préféra qualifier ces actes de « conventions-lois »¹¹¹. Celles-ci, « tout à fait étrangères aux cadres traditionnels du droit civil », régleraient « les relations de deux classes sociales ». Ce seraient des lois qui établissent « des rapports permanents et durables entre deux groupes sociaux, le régime légal suivant lequel devront être conclus les contrats individuels entre les membres de ces groupes. Voilà le vrai point de vue »¹¹². Toutefois, n'est-il pas incongru d'associer convention et loi ? Une convention n'est-elle pas un contrat ? Duguit était conscient de ce problème. Mieux il relevait lui-même, y voyant « une question de droit public d'un haut intérêt »¹¹³, l'inconvénient d'accoler deux termes qu'il jugeait antinomiques. Néanmoins, si « on ne peut méconnaître qu'il y'ait là une convention », il faut préciser que « cette convention n'est point un contrat, qu'on la considère en elle-même ou au point de vue de l'effet du droit qui lui est consécutif. Dans un contrat, chaque contractant veut une chose différente et est déterminé par un but différent : l'un veut devenir créancier pour que l'autre veuille devenir débiteur, et réciproquement. Ici les deux parties veulent une même chose : la naissance d'une règle générale, d'une véritable loi, qui règlera désormais les conditions du travail dans la profession intéressée »¹¹⁴.

Fortement influencé par les théories allemandes de son époque, Duguit opposait au contrat, l'acte collectif (*Gesamttakt*) ainsi que ce qu'il appelait à la suite de Jellinek, l'union (*Vereinbarung*). Tandis que l'acte collectif visait selon lui l'acte qui résulte d'une pluralité d'actes unilatéraux déterminés par un but commun - c'est le cas typiquement de l'acte constitutif d'une société - l'union désignerait quant à elle un accord de volontés dont résulterait une règle permanente ou une situation juridique objective, ce qui est justement le cas, selon lui, du « contrat collectif de travail ». Originale, cette modélisation a rencontré un certain succès dans le champ du droit du travail, spécialement auprès de Brèthe de la Gressaye qui fut l'un des premiers auteurs à défendre une vision règlementaire de l'accord

¹¹⁰ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1921, p. 126.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 127.

¹¹² *Ibid.*, p. 134.

¹¹³ *Ibid.*, p. 136.

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 305 et 306.

collectif de travail avec toutefois une légère critique à l'encontre de l'appareil conceptuel de Duguit. S'il retient son observation sur la situation que crée la convention collective « situation objective, générale et permanente », il rejette la notion d'union ou plutôt considère qu'elle n'apporte rien. Il suffit de « dire que toute convention n'est pas un contrat, et qu'il y a certaines conventions qui donnent naissance à une règle objective de droit, au lieu de créer des droits subjectifs ou des situations juridiques subjectives »¹¹⁵. Duguit n'est cependant pas le seul auteur auquel se réfère Brethe de la Gressaye. Il se fait également l'écho des analyses de Maurice Hauriou.

66. Partant du constat que la conception contractuelle est trop étroite pour appréhender la situation des entreprises, Hauriou estimait qu'il fallait s'orienter « vers des situations institutionnelles par la triple voie de la réglementation législative, de l'organisation des syndicats professionnels et de la pratique des conventions collectives de travail, qui comme tous les contrats réglementaires, ne sont qu'une transition à l'institution »¹¹⁶. Contrairement au contrat, cette dernière serait faite pour durer. L'accord collectif de travail s'apparenterait ainsi selon cet auteur à un contrat réglementaire. À l'appui de son analyse, il relève que « la limite d'action du contrat du côté des institutions se marque en ce que, dès qu'on veut employer la forme contractuelle à sanctionner des situations qui, en réalité, sont institutionnelles, cette forme devient une pure apparence et le contenu réglementaire jure avec son enveloppe », ce qui est notamment le cas des contrats collectifs « sur lesquels l'attention n'est appelée que depuis peu d'années [et] que les civilistes s'efforcent de tirer entièrement au contrat, mais qui résistent, et dont le moins qu'on puisse dire, c'est qu'ils constituent des formes transitoires conduisant à de véritables institutions ». La particularité de ces contrats résiderait dans ce qu'Hauriou appelait l'apparition de la *lex*, « c'est-à-dire la dictée des clauses par l'une des parties et le fait que l'autre partie n'a qu'à adhérer ». Et l'auteur de conclure qu'« en réalité la convention passée entre le patron et le syndicat devient, vis-à-vis de chaque ouvrier, une *lex*, un règlement auquel il adhère par son propre embauchage »¹¹⁷.

¹¹⁵ J. Brethe de la Gressaye, *De la nature juridique de la convention collective de travail*, Thèse Bordeaux, 1921, p. 83.

¹¹⁶ M. Hauriou, *Principes de droit public*, Dalloz, 1910, réed. 2010, p. 204.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 211.

67. Très riches, ces théories n'ont dans l'ensemble eu que peu d'écho en droit positif. Ce dernier « se montre assez rebelle à ces catégories et préfère intégrer les actes qualifiés d'union par Duguit à la catégorie générale des contrats, quitte à introduire des dérogations par rapport aux règles normalement applicables »¹¹⁸. Mais si une telle mise à l'écart peut sembler regrettable, il faut admettre que de telles distinctions seraient difficiles à mettre en œuvre, car « la permanence des relations contractuelles et la poursuite d'un but partiellement commun sont trop fréquentes et surtout trop relatives pour permettre de tracer une ligne de séparation suffisamment significative »¹¹⁹. Il se pourrait toutefois que toute influence des théories règlementaires n'ait pas complètement disparu. En effet, il est encore des auteurs pour classer d'un point de vue matériel l'accord collectif de travail dans la catégorie des « actes règle » qui formulent des règles de droit par opposition notamment aux actes subjectifs qui créent ou affèrent à une situation juridique individuelle, ce qui serait le cas des contrats¹²⁰. Cette qualification « d'acte règle », de même que celle de « convention loi » ou de « contrat règlementaire », bien qu'apparemment fortement tributaires d'analyses publicistes, ont sans doute lancé les bases d'une l'analyse qui est assez largement plébiscitée, à savoir l'analyse dualiste.

B) Un modèle dualiste

68. Le modèle dualiste s'inscrit clairement, que ce soit intellectuellement, mais aussi historiquement, en rupture avec des modèles monistes jugés incapables de prendre la mesure de toute l'originalité de l'accord collectif de travail. Avant d'en expliquer la teneur (2), il convient de donner plus de détails quant aux raisons qui ont milité en faveur d'une adhésion assez large à une approche dualiste (1).

1. Les raisons militant en faveur d'une approche duale

69. La catégorisation aristotélicienne prête le flanc à de vives critiques qui sont autant d'invitations à opter en faveur d'une approche dualiste. Qu'elle soit qualifiée

¹¹⁸ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^e éd, 2014, p.20.

¹¹⁹ J. Ghestin, « La notion de contrat », *Droits*, n°12, p. 23.

¹²⁰ V. notamment, A de Laubadère pour qui la convention collective serait un « acte règle collectif », *op. cit.*

d'essentialiste¹²¹ ou qu'il lui soit reproché de vouloir enfermer les éléments qu'elle prétend modéliser et classer dans une dichotomie franche pas toujours adaptée, elle se révèle à bien des égards imparfaite. Cela est particulièrement flagrant s'agissant de cas à la marge qui refusent de se laisser confiner dans une division qui n'admet aucune nuance, aucun statut intermédiaire. Tel est manifestement le cas de l'accord collectif de travail. Cette approche offre une représentation tronquée du réel et cela est dû, en partie, au rigorisme du raisonnement par conditions nécessaires et suffisantes. Sont ici révélées les contradictions internes d'une pensée désireuse d'ordonner le réel et qui ne tolère pas que l'on s'écarte d'une logique binaire malmenée et qui se révèle à l'usage incapable de saisir la réalité dans sa complexité et l'accord collectif de travail dans toute son originalité. Les modélisations monistes de l'accord collectif de travail par voie de catégorisation aristotélicienne se révèlent ainsi insatisfaisantes (a). Étrangement, ce rigorisme est parfois tempéré par un certain laxisme dans la mise en œuvre du raisonnement en termes de conditions nécessaires et suffisantes, comme l'attestera l'étude de l'accord collectif de travail. La catégorie ainsi élaborée s'avère, dans certains cas, tellement inconfortable qu'il devient préférable de s'en éloigner sans pour autant l'abandonner. Le risque est d'alors voir cette dernière se transformer en réservoir où viendraient se déverser, de manière résiduelle, tous les cas inclassables (b).

a) Une rigueur excessive

70. Au nom de l'exigence de sécurité qui sous-tend l'activité juridique et de la nécessaire cohérence du droit, il paraît normal que les concepts et par conséquent les catégories que ce dernier abrite soient relativement stables. L'extrême rigueur que l'approche aristotélicienne invite, à ce titre, à adopter, ne pouvait en ce sens qu'être saluée. C'est toutefois, paradoxalement, en raison des qualités qui lui sont traditionnellement reconnues que la pensée aristotélicienne est contestable. En effet, ce qui peut être considéré comme un gage de sécurité et de fiabilité pour les uns, peut tout aussi bien être stigmatisé par les autres comme rigueur excessive. C'est bien entendu le raisonnement par conditions nécessaires et suffisantes qui est ici discuté. Le découpage et le classement binaires qu'il autorise paraissent, en effet, par trop radicaux.

¹²¹ V. sur cette question, F. Ost et M. van de Kerchove, *op. cit.*, pp. 276 et s.

L'appartenance à la catégorie de l'accord collectif de travail est appréciée au regard de critères cumulatifs dont il suffit de relever la présence ou l'absence. Si cela rend sans doute plus aisée l'entreprise de qualification, elle en apparaît que plus expéditive. Il est aisé de comprendre en quoi une telle approche disjonctive peut se révéler problématique face aux cas limites auxquels manque l'une des conditions requises pour intégrer la catégorie. Il en va ainsi, notamment, des accords conclus par des représentants élus parfois qualifiés, non sans embarras, d'« accords atypiques »¹²². La Cour de cassation se refuse d'y voir de véritables accords collectifs de travail dès lors qu'ils ne remplissent pas l'une des conditions nécessaires de la catégorie légale, à savoir la signature par des syndicats représentatifs¹²³. Elle y voit aussi des engagements unilatéraux de l'employeur. Pourtant, certains de ces engagements partagent des points communs avec les accords collectifs de travail, notamment au stade de leur négociation, des similitudes qui auraient pu pousser la Cour à opter pour une tout autre qualification. À ce titre, M. G. Couturier estime qu'il serait sans doute plus judicieux de distinguer parmi ces actes, ceux qui sont bien des mesures arrêtées unilatéralement par l'employeur et pour lesquels la qualification d'engagement unilatéral convient parfaitement des accords qui ont réellement été négociés. De ce type d'accord, « on peut bien dire qu'il contient des engagements de l'employeur ; on peut dire aussi que, n'étant pas un accord collectif au sens de l'article L.132-2, il n'a d'autre valeur que celle d'un engagement unilatéral, mais non pas qu'il aurait nature d'acte unilatéral »¹²⁴. Ce détachement entre « nature » et valeur pour le moins surprenant mérite d'être pris en considération. Il permet d'affirmer qu'un accord atypique, s'il a la valeur d'un engagement unilatéral de volonté, n'en a pas forcément la « nature »¹²⁵. Le modèle légal semble toutefois faire peu de cas de ce type d'engagements. Rien n'interdit pour autant, en dehors du cadre

¹²² Voilà de quoi douter de la vraie nature de tels actes. S'agit-il d'accords ou bien d'engagements unilatéraux ? En effet, parler d'accords atypiques, n'est-ce pas quelque part prendre position en faveur de la première branche de l'alternative ?

¹²³ Toutefois, afin de leur conférer une force juridique, la Cour a opté pour une qualification alternative, à savoir celle d'engagement unilatéral de l'employeur. La même qualification est retenue en ce qui concerne notamment certains règlements de fin de conflit négociés avec certains salariés érigés en représentants des salariés grévistes et qui ne remplissent pas les conditions nécessaires pour être considérés comme appartenant à la catégorie légale des accords collectifs de travail. V. notamment, Soc., 12 avril 1995, *Droit social*, 1995, p.684, note E. Dockès.

¹²⁴ G. Couturier, *Droit du travail, Tome 2*, Thémis, PUF, 1991, p. 536.

¹²⁵ Il ne faut pas omettre que ces actes, bien que signés par des institutions représentatives du personnel, produisent des effets très similaires à ceux des accords collectifs de travail. Leur régime juridique est à ce titre relativement proche que ce soit en matière d'articulation avec d'autres sources du droit du travail ou bien au stade de leur dénonciation (sur le délai de prévenance, v. notamment, Soc. 16 mars 1989, *Bull. civ.*, V, n° 221).

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

d'analyse proposé par le législateur, de rapprocher ces « accords atypiques » des accords collectifs de travail. Cette approche plus compréhensive ouvre à n'en pas douter des perspectives de réflexion intéressantes. Il faut se rappeler qu'au cours du siècle dernier, la Cour, ne parvenant pas à qualifier certains accords, avait admis qu'un « contrat, nul comme convention collective soumise aux dispositions du Code du travail [en] produise tout au moins les effets »¹²⁶.

Dans le même sens, le droit du travail abrite de nombreux accords gratifiés d'appellations trahissant la nature juridique incertaine et laisse entendre que leurs auteurs ne désirent pas voir rattacher à la catégorie légale des accords collectifs de travail. Il en va notamment ainsi des positions communes, accords de principe et autres protocoles d'accord. S'il est aisé de convenir que ces qualifications, « loin d'être infamantes, ont le mérite d'être plus proches de la réalité »¹²⁷, elles présentent néanmoins l'inconvénient majeur de laisser un doute sur la normativité même de ces accords. Dressant le même constat au-delà du droit du travail, des auteurs ont pu juger que ces expressions « ambiguës sont censées désigner des bribes d'accords, des accords qui n'en seraient pas ou n'en seraient que 'par principe' [or] le droit des contrats ne s'embarrasse guère de ces ambiguïtés : il y a contrat ou il n'y a pas contrat »¹²⁸. La pensée aristotélicienne invite ainsi à trancher sans nuances, soit il y a accord collectif, soit il n'en y a pas¹²⁹. Il est parfois difficile de se satisfaire d'une rigueur qui pourrait exclure de la catégorie des actes, qui en remplissent bon nombre de conditions. Au final, il devient nécessaire de distendre, de manière artificielle, les contours de cette catégorie.

b) Une distension inévitable

71. À trop vouloir préserver un cadre d'analyse beaucoup trop étroit, c'est irrémédiablement que la catégorie de l'accord collectif de travail est appelée à se distendre de manière quelque peu artificielle. Il ne s'agit pas alors de revenir sur les conditions d'appartenance à la catégorie, mais de décréter que certains actes, ne les remplissant pas,

¹²⁶ M. Despax, *op. cit.*, p.116.

¹²⁷ Y. Madiot, « Les incertitudes de la force juridique des contrats de plan », note sous Conseil d'Etat, 25 octobre 1996, Association Estuaire-Ecologie, *RFDA*, 1997, p. 343.

¹²⁸ D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Droit des obligations*, 2008, Ellipses, p. 34.

¹²⁹ L'étiquette accolée aux actes par leurs auteurs ne préjuge rien de leur nature, c'est au juge qu'il revient, au regard de l'article 12 du Code de procédure civile, d'occulter le flacon pour en analyser le contenu.

s'y verront malgré tout intégrer. Il faut mentionner encore une fois à ce titre certains actes conclus avec les représentants élus du personnel et plus particulièrement ceux conclus dans les entreprises de moins de 200 salariés dépourvues de délégué syndical. L'article L. 2232-21 du Code du travail autorise en effet les représentants élus du personnel à négocier et conclure des accords collectifs d'entreprise en l'absence de délégués syndicaux, s'ils sont expressément mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel¹³⁰. Mieux, la loi du 20 août 2008 autorise depuis le 1^{er} janvier 2010 le représentant de la section syndicale à signer un accord collectif dans les entreprises de plus de 200 salariés dépourvues de délégué syndical notamment cas de carence aux élections professionnelles. Ce représentant doit toutefois être affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel et mandaté par celle-ci¹³¹.

Si nous nous en tenions à une approche catégorielle stricte, il serait impossible de considérer de tels actes comme de véritables accords collectifs de travail, ceux-ci n'étant pas signés par des organisations syndicales représentatives dûment représentées. Mais la volonté combinée des interlocuteurs sociaux ainsi que des pouvoirs publics semblent avoir eu raison d'une telle approche. En effet, dès 1996, il est apparu nécessaire pour ces acteurs d'œuvrer en faveur du développement de la négociation collective dans les entreprises où celle-ci n'avait pu jusqu'ici pénétrer faute d'interlocuteurs, autrement dit dans la plupart des petites et moyennes entreprises. L'approche en termes de conditions nécessaires et suffisantes a ainsi cédé le pas devant les politiques visant à promouvoir le procédé de l'accord collectif. C'est ainsi au gré des réformes, les contours de la catégorie de l'accord collectif qui sont redessinés. L'approche aristotélicienne s'accommode mal de telles mutations. Aussi, il paraît nécessaire de la dépasser en faveur d'une modélisation qui acterait la nature duale de l'accord collectif de travail.

2. La teneur du modèle

¹³⁰ Art. L. 2232-21 tel qu'il résulte de la loi n°2015-994 du 17 août 2015.

¹³¹ Art. L.2143-23 du Code du travail.

72. Face aux limites des modèles monistes de l'accord collectif de travail, une large frange de la doctrine adhère aujourd'hui à une approche dualiste. Contraire à certains préceptes de la catégorisation aristotélicienne, elle en dévoile les faiblesses. En effet, une application stricte du mode de catégorisation aristotélicien laisse à penser que les frontières entre les catégories sont nettement établies. Celles-ci sont compartimentées et classées de telle manière à ce que les recoupements ou les tierces possibilités (le *tertium non datur*) soient logiquement impossibles. Ce sont là, les conséquences des principes du tiers exclu et de non-contradiction. Mais la réalité est beaucoup plus complexe, car à bien y regarder, il est plus facile de tracer les contours des concepts juridiques à la brosse qu'au crayon fin. C'est ce que confirme notamment l'apparition de figures inclassables en droit qui dynamitent l'approche aristotélicienne classique. Aux prises avec les faits, les juristes le sont avec la diversité du réel. Leur approche ne peut ainsi qu'être relative, ce qui interdit de considérer le droit en général et les concepts juridiques en particulier comme susceptibles d'être réduits à une dichotomie franche. Son extrême rigueur la voue inexorablement à la critique¹³².

Aussi, il n'est guère étonnant que l'accord collectif de travail ait très tôt été présenté comme une figure duale à mi-chemin entre le contrat et le règlement. Paul Durand est, en bonne partie, à l'origine du développement de ce type de modélisation en France. Partant du constat que la coexistence de modèles monistes qualifiés d'unitaires, il juge que celle-ci « donne l'impression de solutions imparfaites [...] et permet de penser que chacun contient une part de vérité »¹³³. Il en conclut aussi qu'« au lieu de l'unité de nature de la convention collective », il serait préférable d'en reconnaître le dualisme¹³⁴. Cette proposition a connu, sans conteste, un franc succès d'autant que cette dualité peut se comprendre de différentes manières.

¹³² Certains logiciens s'attachent aujourd'hui à démontrer le caractère parfois stérile de la logique classique. Le courant intuitionniste s'est ainsi attaqué au principe du tiers exclu, considérant que l'on ne pouvait déduire de ((non) A) est faux, A est vrai mais seulement que (non(non) A) est vrai. Ainsi, si l'on considère que l'affirmation selon laquelle l'accord collectif de travail est un règlement est erronée, on ne peut en déduire qu'il s'agit nécessairement d'un contrat. De même, certains auteurs ont proposé d'adjoindre au principe du tiers exclu, celui du « tiers inclus ». Ce principe est décrit par Edgar Morin comme une « transgression logique nécessaire ». Il signifierait « que l'on peut être Même et Autre ». On échapperait de la sorte « à toute alternative disjonctive. Grâce au principe du tiers inclus on peut considérer et relier des thèmes qui devraient apparemment s'exclure ou être antagonistes ». Toutefois, l'auteur de ces lignes n'est pas favorable à un abandon pur de la logique formelle et donc du principe du tiers exclu. « Le tiers doit être exclu ou inclus selon la simplicité ou la complexité rencontrées ». N. Vallejo-Gomez « La pensée complexe : Antidote pour les pensées uniques. Entretien avec Edgar Morin », *Synergies Monde*, 2008, p. 249.

¹³³ P. Durand, « Le dualisme de la convention collective de travail », *RTDciv*, 1939, p. 356.

¹³⁴ *Loc. cit.*

La première consiste à tempérer le dualisme de l'accord sans pour autant le rejeter. Certains auteurs considèrent ainsi qu'entre nature contractuelle et nature réglementaire, l'une prévaut sans faire disparaître l'autre. M. Despax qualifiait ainsi l'accord collectif de travail de figure duale à prédominance contractuelle¹³⁵. D'autres auteurs semblent pour leur part privilégier la dimension réglementaire qualifiant les accords collectifs de travail de « règlements privés, adoptés par le commun accord des employeurs et des syndicats de salariés »¹³⁶.

Les tenants de la deuxième approche proposent, quant à eux, d'aborder ce caractère dual selon qu'on s'intéresse à la formation ou à l'application de l'accord. Contrat au stade de sa formation, il serait en revanche pareil à un règlement au stade de son exécution¹³⁷. Toutefois, cette présentation s'avère en certains aspects, excessive, car elle semble taire que l'accord collectif de travail peut prendre des airs, sur certains aspects du moins, d'un règlement au stade de sa formation, et celle d'un contrat au stade de son exécution¹³⁸. Voilà pourquoi, certains auteurs préfèrent nuancer le propos en considérant que l'accord collectif de travail constitue principalement un contrat lors de sa formation et produit essentiellement les effets d'un règlement lors de son exécution¹³⁹. Il y aurait ainsi une différence de degré.

Une autre approche consiste à affirmer que la nature juridique varierait « en fonction du niveau, mais aussi peut-être de l'objet de l'accord »¹⁴⁰. Il en est ainsi de M. Chauchard qui soutient dans sa thèse que les accords conclus au niveau de la branche auraient une dimension réglementaire plus accusée que ceux conclus au niveau de l'entreprise. Concernant l'objet, de nombreux auteurs se sont interrogés sur les conséquences que pouvait avoir l'apparition de certaines clauses relatives au maintien ou à la création d'emplois dans l'entreprise sur la nature de l'accord collectif de travail. Certains ont cru déceler dans ce phénomène, « l'émergence du contrat synallagmatique » en matière

¹³⁵ M. Despax, *op. cit.*

¹³⁶ E. Peskine et C. Wolmark, *Droit du travail*, Hypercours, Dalloz, 10^e éd., 2015, p. 477.

¹³⁷ V. notamment en ce sens, P. Malaurie et L. Aynès qui soulignent la « nature ambiguë » de cet hybride normatif qu'est la convention collective de travail : « contractuelle dans sa formation, elle produit un effet réglementaire », *Introduction générale*, 5^e éd., LGDJ Lextenso éd., 2014, p. 294.

¹³⁸ V. en ce sens R. Vatinet et F. Gaudu, ss. la dir. de J. Ghestin, *Traité des contrats, Les contrats du travail, Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, 2001, p.470. P. Durand le suggérait également, « Le dualisme de la convention collective de travail », *RTDciv*, 1939, p. 356

¹³⁹ J.-M. Verdier, A. Coeuret et M.-A. Souriac, *Droit du travail, Vol. 1, Rapports collectifs*, Mémentos Dalloz, 15^e éd, 2009, p. 260.

¹⁴⁰ J. Barthélemy, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Droit social*, 2008, p.570.

d'accords collectifs de travail¹⁴¹. L'analyse ne convainc toutefois pas complètement, et ce, pour au moins deux raisons. D'une part, elle semble revenir à une approche moniste de l'accord peu satisfaisante. D'autre part, il nous paraît plus simple d'expliquer la soumission des salariés aux dispositions imposant aux salariés concessions et autres obligations dans l'effet normatif de l'accord¹⁴². Il paraît donc inutile de chercher dans un prétendu rapport synallagmatique le fondement de la sujétion des salariés qui, au demeurant, ne consentent pas, à proprement parler, individuellement¹⁴³.

Une dernière approche consiste à reconnaître dans l'accord collectif de travail deux types de clauses, certaines se rattachant à la dimension normative de l'accord, d'autres à sa dimension obligatoire. La dimension normative se manifesterait à travers l'effet impératif et l'effet *erga omnes* produit par l'accord collectif de travail. Ce serait son aspect, à proprement parler, règlementaire. À l'opposé, la dimension obligatoire se manifesterait à travers la force obligatoire de l'accord collectif de travail. Toutes les dispositions d'un tel accord ne visent pas à régir les relations entre employeurs et salariés. Certaines d'entre elles ne concernent que les rapports entre les signataires de l'accord, à savoir les syndicats de salariés ainsi que les employeurs ou leurs représentants. Ce serait l'aspect contractuel de l'accord collectif de travail. C'est de la sorte qu'un auteur analysant l'accord collectif de travail, a pu conclure qu'il était plus sage d'admettre sa double nature et de distinguer entre les deux rapports que cette convention est appelée à régir plutôt que de chercher à résoudre l'insoluble question de sa nature règlementaire ou contractuelle¹⁴⁴. Toutefois, cette présentation fait elle aussi l'objet de nombreuses interrogations. L'étendue de la dimension contractuelle de l'accord collectif est par exemple au cœur de nombreuses réflexions doctrinales, notamment en raison de l'existence d'accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du

¹⁴¹ F. Gaudu et R. Vatinet, *op. cit.*, pp. 589 et s. Ces auteurs vont plus loin et proposent de distinguer parmi les actes collectifs que connaissent le droit du travail, l'acte à effet règlementaire de ce qu'ils appellent le contrat collectif. Cette dernière catégorie accueillerait tous les accords contenant des engagements conventionnels en matière d'emploi et seraient ainsi empreintes de synallagmatisme.

¹⁴² Un effet normatif entendu largement, c'est-à-dire qui « ne concerne pas seulement les rapports individuels mais aussi l'organisation de l'entreprise », P. Durand et A. Vitu, *Traité de droit du travail*, Tome 3, Dalloz, 1956, p.557 et s.

¹⁴³ Et ce, quand bien même, on admettrait que l'effet normatif de l'accord se trouve amputé de l'une de ses composantes, à savoir l'effet impératif. En effet, selon T. Katz, ce serait l'effet *erga omnes* à lui seul qui justifierait la soumission des salariés aux engagements conventionnels en matière d'emploi, « les clauses de nature économique [n'ayant] pas vocation à atteindre, dans son contenu, le contrat de travail », *La négociation collective et l'emploi*, LGDJ, 2007, p. 215.

¹⁴⁴ X. Blanc-Jouvan, *Les rapports collectifs du travail aux Etats-Unis*, Dalloz, 1957, p. 332.

personnel¹⁴⁵. Cette approche présente toutefois l'inconvénient de cantonner quelque peu l'analyse de l'accord collectif de travail à ses effets, délaissant au passage les interrogations tenant à son mode de formation.

73. Ainsi, il convient d'admettre que le modèle dual prévaut largement. Il a été accueilli comme une clef permettant de mieux appréhender la qualification de la nature juridique de l'accord collectif de travail. Pourtant, Paul Durand soulignait dès sa formulation, le caractère inachevé de sa démonstration, « cet état de la théorie [étant] vraisemblablement transitoire » et ne paraissant « pas traduire les raffinements d'un droit décadent, mais un moment de transition dans l'apparition d'une institution juridique qui se dégage lentement de sa gangue contractuelle »¹⁴⁶. Il est difficile aujourd'hui de déterminer s'il est ainsi. Certains reprocheront sans doute au modèle dual son caractère schématique, aspect qui ressort particulièrement bien de cette formulation célèbre et suggestive de Canelutti selon lequel la convention collective aurait le corps d'un contrat auquel on aurait insufflé l'âme d'une loi. Aussi, il est des auteurs qui estiment qu'il convient de renouveler le débat en proposant de faire de l'accord collectif de travail, une figure hybride qui, si elle tient à la fois du contrat et du règlement, n'en demeure pas moins pleinement autonome. Là encore, il paraît délicat de modéliser une telle figure selon les préceptes de la catégorisation aristotélicienne, comme si le droit ne pouvait accueillir en son sein que des figures aux contours nets et sans scories. L'hybride serait alors juridiquement « contre nature ». Face aux incertitudes et la grande diversité des modélisations jusqu'ici relevées, il convient de trancher. Ainsi, la présente étude se propose de modéliser l'accord collectif de travail afin de déterminer quelles en seront les caractéristiques essentielles.

¹⁴⁵ A ce sujet et sur l'impact de ces accords sur les frontières entre partie normative et partie obligatoire de l'accord collectif de travail, v. G. Borenfreund, « Les syndicats bénéficiaires d'un accord collectif (Soc. 29 mai 2001 CGT c./Société Cégélec) », *Droit social*, 1996, p. 821. Dans l'arrêt commenté, il était question d'une clause conventionnelle réservant le bénéfice de certains avantages aux seuls syndicats signataires. La Cour de cassation a estimé à leur sujet qu'elles étaient « applicables de plein droit à tous, et en particulier entre ceux qui ont signé ou adhéré à la convention ou à l'accord collectif et ceux qui n'ont pas signé ou pas adhéré » dès lors qu'elles tendaient à améliorer le système légal de représentation des salariés. Cet arrêt marquerait ainsi une extension considérable de la dimension normative de l'accord collectif de travail, sa dimension obligatoire ne se réduisant qu'à peu de chagrin (essentiellement les organismes paritaires et institutions créées par la convention collective et les conditions de renégociation des accords collectifs). Le champ obligatoire de la convention collective subirait par ailleurs une autre contraction sous l'effet de l'exigence d'égalité. Cette dernière suppose en effet que les avantages accordés par un accord collectif de travail ne bénéficient pas uniquement aux syndicats signataires ou à leurs adhérents dès lors qu'ils améliorent le système légal de représentation des salariés.

¹⁴⁶ P. Durand, *art. précit.*, p. 392.

Paragraphe 3 Proposition de modélisation

74. Lorsqu'un nouveau dispositif fait son apparition sur la scène juridique, il est d'abord tentant de recourir à des catégories préexistantes en vue de l'analyser. Toutefois, lorsque celui-ci se révèle à bien des égards, original, il peut se montrer rétif à tout rattachement. Tel fut le cas, en quelque sorte, de l'accord collectif de travail dont certains proposaient de faire la énième déclinaison de figures juridiques bien connues, au choix, ou bien un contrat ou bien un règlement. Il n'est pourtant pas certain qu'il soit réductible ni à l'un ni à l'autre sauf à en dénier quelque part, la singularité. Il est, bien entendu, possible de se réfugier derrière le caractère dual ou hybride de l'accord collectif de travail. Néanmoins, il est, à chaque fois, question d'emprunter aux figures du contrat ou du règlement et de réduire le débat de la spécificité de notre objet à sa nature juridique. Aussi, il nous semble utile, dans le cadre de cette étude, de déplacer la focale sur ce qui semble faire, en grande partie, de l'accord collectif de travail, un procédé original et qui tient à son mode de formation et ses effets.. De là, il tirerait ses caractères collectif (**B**) et négocié (**A**). Transparaîtrait ainsi « la logique de l'accord collectif »¹⁴⁷.

A) Un modèle de droit négocié

75. Que l'accord collectif de travail constitue un acte négocié relève, *a priori*, de l'évidence. N'est-il pas en effet, le fruit d'un processus de négociation collective ? Sur la base d'un tel constat, il est possible d'affirmer qu'un tel acte appartient à la catégorie des actes négociés et plus spécifiquement des actes négociés collectivement. Mais quels sont les intérêts d'une telle qualification ? Ils tiennent principalement à l'absence de correspondance nécessaire entre acte négocié et acte contractuel. Cette présentation a ainsi pour mérite de dissiper la part d'incantation que recèlent les discours prônant une contractualisation massive de la société. Là où la figure du contrat est parfois invoquée, il n'est bien souvent question que de négociation ou de concertation. Il est possible d'observer ce phénomène de manière remarquable, en droit public. Des actes d'un « nouveau » genre y apparaissent,

¹⁴⁷ I. Vacarie, « Sécurité sociale et démocratie des choix collectifs » », in *Mélanges en l'honneur de J.-F. Laborde*, Dalloz, 2015, p. 926.

témoignant au passage de la porosité des frontières entre acte unilatéral et acte négocié. Ces actes sont qualifiés d'actes unilatéraux négociés. Et si on emploie à leur égard, « des expressions telles que celles de politique contractuelle ou de contractualisation des rapports de l'administration avec les administrés ou avec ses agents, il ne faut pas se laisser abuser. C'est seulement l'élaboration de l'acte (décret ou arrêté ministériel) qui a été négociée et cet acte aura la nature et les effets d'un acte unilatéral ». Dans ce cas, l'*instrumentum* reste unilatéral. Tout acte négocié n'est donc pas nécessairement un contrat. Le droit public offre à ce titre de nombreux exemples d' « actes unilatéraux négociés »¹⁴⁸ dont l'élaboration évoque une forme de négociation collective, mais dont le support demeure un acte unilatéral. Il faut y prêter une attention toute particulière tant certains de ces actes s'apparentent en certains points à notre modèle.

Toutefois, cela n'est pas suffisant pour dénier toute nature contractuelle à l'accord collectif de travail. Cependant, telle n'est pas l'ambition de cette étude. Le qualifier d'acte négocié permet cependant de le démarquer quelque peu de la figure contractuelle, si tant est qu'il soit admis qu'une place essentielle est accordée à la négociation lors de la formation de l'accord collectif, plus en tout cas que lors de la formation d'un contrat de droit privé commun. Un auteur estime à ce titre que « c'est presque une banalité de souligner que le droit français accorde une attention insuffisante à la phase des négociations ». Plus fondamentalement, la négociation n'aurait pas « bonne presse dans l'analyse économique du droit, parce qu'elle induirait des coûts de transaction »¹⁴⁹. Pour autant, il reste délicat, non sans quelques précisions, de soutenir que le modèle de l'accord collectif de travail se démarquerait en raison de son caractère négocié, et ce pour deux raisons au moins.

D'une part, il est possible de faire remarquer que la négociation n'est pas l'apanage de notre modèle. Certains relèveront, non sans raison, que le contrat individuel peut également être la résultante d'un processus de négociation. Cela est d'autant plus essentiel qu'à l'heure actuelle, de nombreuses réflexions sont menées pour que les pourparlers, autrement désignés sous l'expression de phase précontractuelle, fassent l'objet d'une attention plus soutenue¹⁵⁰. Néanmoins, elles se heurtent, parfois, à la réalité feutrée des

¹⁴⁸ R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, Domat, Montchrestien, 15^{ème} éd, 2001, p. 483.

¹⁴⁹ P. Lokiec, « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale », in *La contractualisation de la production normative*, Thèmes et commentaires, Dalloz, pp. 101 et 102.

¹⁵⁰ V. par exemple l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations et plus spécialement les préconisations formulées s'agissant de la formation du contrat qui tiennent en trois exigences, liberté, sécurité

négociations contractuelles. En effet, la majorité des contrats conclus pour les besoins de la vie courante ne sont pas précédés d'une négociation, ceux-ci se formant instantanément par la rencontre d'une offre ferme et précise et de son acceptation pure et simple. De même, nous ne saurions ignorer l'existence de nombreux contrats d'adhésion. Pire, il apparaît que même lorsque des négociations sont censées avoir lieu, elles se réduisent parfois à l'adoption et à la nécessaire individualisation de contrats-types, de modèles types, constitués sur la base de précédents contractuels standards¹⁵¹. Or, n'est-il pas possible de considérer que l'accord collectif de travail est pour sa part, assurément, un modèle de droit négocié ? Ce qui ferait donc l'originalité majeure de cet accord tiendrait à son caractère négocié¹⁵². Il faut admettre, c'est certain, que la négociation collective est encadrée par une procédure d'origine légale et jurisprudentielle, sans doute plus substantielle que celle du contrat. Cette dernière, placée sous l'égide d'une liberté exacerbée, rechigne en partie à être enserrée.

D'autre part, élever l'accord collectif au rang d'acte négocié peut prêter à discussion. Certains n'hésitent pas à objecter que de négociation collective il n'est pas toujours question, car derrière le processus se cache des relations de pouvoir peu propices à l'échange raisonné et que le droit ne permet pas vraiment de canaliser¹⁵³. De là à parler d'accords collectifs d'adhésion, il n'y a qu'un pas que nous nous garderons bien de franchir. Nous nous contenterons simplement, de rappeler que conformément à une certaine littérature juridique, la négociation collective n'a pas été pensée en vue de transposer à une échelle plus large, le déséquilibre inhérent au contrat de travail, mais pour justement y remédier en rendant possible la négociation. Il importe peu au final qu'une telle image soit partiellement erronée au regard de l'état actuel du droit positif. Il ne s'agit pas d'un modèle

et loyauté. Plus récemment, le projet de loi d'habilitation du gouvernement à légiférer par ordonnances pour prendre les mesures, relevant du domaine de la loi, nécessaires pour modifier la structure et le contenu du livre III du code civil, déposé au Sénat le 27 novembre 2013, prévoit en son article 3 dispose qu'à cette fin, il convient de « préciser les règles relatives au processus de conclusion du contrat, y compris conclu par voie électronique, afin de clarifier les dispositions applicables en matière de négociation ».

¹⁵¹ Sur ces questions, cf. Chapitre 1, Section 2. V. surtout la thèse de J. Rochfeld, *op. cit.*

¹⁵² V. en ce sens, T. Revet, « Le contrat règles », in *Mélanges en l'honneur de Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p.919

¹⁵³ V. en ce sens, G. Lyon-Caen, « Critique de la négociation collective », *Droit social*, 1979, p.350. Toutefois, est-il de vraie négociation qu'imperméable au pouvoir ? La négociation n'est-elle pas porteuse d'une relation de pouvoir, les négociateurs n'acceptant d'entrer en négociations que dans le secret espoir de pouvoir imposer ses vues ? Doit-on s'en étonner ? Assurément non, car « la vie n'est pas dans la fusion des identités et dans les équilibres statiques, elle est dans la pluralité, le déséquilibre et l'ajustement d'intérêts qui nous oblige à l'ouverture et à la confrontation à autrui... », E. Friedberg, « Pouvoir et négociations », *Négociations*, 2009/2, p. 22.

normatif, reflet du droit positif, mais simplement d'un modèle qui se veut le reflet d'une certaine conception de l'accord collectif de travail. Celui-ci nous semble malgré tout, dans certains de ses aspects, partagé par certains observateurs. Ainsi, si affirmer que notre objet se démarque par son caractère négocié peut sembler naïf, voire idéaliste¹⁵⁴ au vu l'état actuel des choses, cette distance sera analysée comme une dénaturation du modèle qu'il conviendra d'expliquer¹⁵⁵. De manière tout aussi significative, la dissociation entre accord collectif et négociation collective doit être réaffirmée. En effet, la reconnaissance d'un droit à la négociation n'implique pas nécessairement la reconnaissance du droit de conclure des accords collectifs de travail. La CEDH l'a récemment rappelé dans un arrêt du 8 avril 2014¹⁵⁶. Aussi, il convient de prendre garde à ne pas systématiquement déceler là où la négociation collective se développe, la trace d'une diffusion du modèle de l'accord collectif de travail. Une autre possibilité consisterait à voir dans l'essor d'une négociation collective ne s'accompagnant pas nécessairement d'un recours au procédé de l'accord collectif, le dépassement annoncé de notre modèle. Le résultat de la négociation serait ainsi relégué au second plan par rapport au processus de négociation en tant que tel.

S'il est donc possible d'admettre que l'accord collectif de travail est un modèle de droit négocié, il ne peut en être déduit que tout acte négocié constitue un accord collectif de travail. Il doit également s'agir d'un acte collectif.

B) Un modèle de droit collectif

76. Très classiquement, il convient de considérer que l'accord collectif de travail constitue un modèle collectif à la fois de par son mode de formation **(1)** que de par ses effets **(2)**.

¹⁵⁴ En ce sens, nous nous rapprochons ici de la figure de l'accord collectif de travail pensée comme modèle idéal, Cf. *infra*, §124.

¹⁵⁵ Cf. *infra*, §548..

¹⁵⁶ CEDH, 8 avril 2014, *Case of the national union of rail maritime and transport workers vs The United Kingdom*, req : 31045/10 : « The right to collective bargaining has not been interpreted as including a "right" to a collective agreement (see in this respect §158 of Demir and Baykara judgment, where the Court observed that the absence of any obligation on the authorities to actually enter into a collective agreement was not part of the case) », §85.

1. Collectif de par son mode de formation : un modèle syndical

77. Originellement, le caractère collectif de notre objet d'étude était déduit de son opposition avec la figure contemporaine du contrat de travail. Ainsi, au début du XX^{ème} siècle, la réponse la plus immédiate à la question de ce pour quoi cet accord était qualifié de collectif était qu'elle « est la référence d'un ensemble de contrats individuels ; elle ne dépend pas de la volonté des parties au contrat de travail ». Autrement dit, « la dimension collective est définie négativement, comme non individuelle »¹⁵⁷. Cette approche s'est révélée toutefois insuffisante dès lors qu'elle ne permettait pas d'aboutir à une définition positive de l'accord collectif de travail.

Dans la même lignée, le « multilatéralisme » de l'accord a pu également être avancé comme justification. En ce sens, celui-ci émanerait de plus de deux volontés¹⁵⁸. Il s'opposerait ainsi aux actes unilatéraux et bilatéraux. Cependant, il est difficile d'adhérer à cette approche dès lors que le principe d'unicité de signature qui autorise une seule organisation syndicale représentative à signer valablement un accord sous certaines conditions n'a pas été remis en cause par la loi du 20 août 2008. L'accord collectif de travail n'est donc pas nécessairement un acte multilatéral sauf à considérer que la volonté des salariés doit être prise en considération. Là aussi, l'argument ne convainc guère, car même si la prise en compte de l'audience suggère un rapprochement de la représentation syndicale et des modes de représentation classiques, les salariés sont engagés par l'accord, parfois contre leur gré, sans avoir à manifester leur volonté.

78. Un autre argument tendant à justifier le caractère collectif de notre objet consiste à affirmer que celui-ci constitue l'émanation d'une collectivité. Telle était la position adoptée par André Rouast pour qui le contrat collectif était celui « qui émane d'un groupement non personnalisé ou qui est passé en dehors de toute intervention d'un être moral, et qui, par

¹⁵⁷ C. Didry, « La production juridique de la convention collective. La loi du 4 mars 1919 », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, 2001, p. 1254.

¹⁵⁸ C. Larroumet, *Droit civil, Tome 3, Les obligations, Le contrat, 1^{re} partie, Conditions de formation*, Economica, 7^e ed., 2014, n°73, p.66. L'auteur, précisant sa pensée, le définit comme « un contrat dans lequel il y'a plus de deux créanciers ou plus de deux débiteurs ». Sur la base d'un tel critère, les conventions littéralement collectives seraient innombrables. L'auteur cite pêle-mêle aux côtés des conventions collectives de travail, les contrats de partage, les contrats de société ou bien encore les contrats de vente de choses indivises, op. cit., n°76, p. 67. V. également, G. Cornu qui distingue d'après les parties à l'acte juridique, selon que l'acte est unilatéral ou plurilatéral (parfois bilatéral), *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, Domat droit privé, 13^e éd., 2007, n° 126, p. 73.

suite de son caractère unitaire lie tous les individus de ce groupement, même les opposants »¹⁵⁹. De même, l'auteur précisait qu'un acte est individuel « parce qu'il émane d'un individu » et collectif « parce qu'il émane d'une collectivité »¹⁶⁰. L'explication a le mérite d'être claire, elle soulève toutefois quelques interrogations rapportées à l'accord collectif de travail. Pour l'auteur, c'est la majorité qui fait loi dans le contrat collectif et qui impose sa manière de voir parce que l'application à tous de la règle majoritaire est le seul moyen d'éviter la survenance de la grève. Or, de quelle meilleure manière, peut se dégager cette majorité que par le biais d'un vote ? Voilà qui s'avère problématique s'il faut confronter pareille position avec l'état actuel du droit positif. Il revient, en effet, en principe, aux seules organisations syndicales représentatives de signer ce type d'accord. L'observation est décisive pour certains auteurs. Elle justifie que l'accord collectif ne soit pas rangé parmi les actes juridiques collectifs dès lors qu'il n'émane pas d'une manifestation de volontés concordantes et qu'il n'est pas collectif dans son mode de formation direct¹⁶¹.

79. Il est toutefois difficile de se résoudre à admettre l'absence de caractère collectif s'agissant de notre objet d'étude. Les arguments jusqu'ici déployés semblent avoir trop d'égards pour « la considération quantitative du nombre des parties » et le propos gagnerait, sans doute en substance, si nous acceptons de nous concentrer sur « la considération substantielle des intérêts en cause »¹⁶². Or, s'agissant de l'accord collectif de travail, c'est bien d'intérêt collectif dont il est question. Celui-ci est essentiellement défendu par les syndicats professionnels¹⁶³. Toutefois, seuls les syndicats représentatifs sont habilités, par la loi, à signer des accords collectifs. Autrement dit, seuls ces groupements sont autorisés à défendre l'intérêt collectif par le biais de la négociation collective. De ce constat, un auteur déduit que « la nature collective de ce type de convention [l'accord collectif] ne suscite plus aujourd'hui de débats dans le droit français du travail », celle-ci « tire son caractère collectif de ses signataires, les syndicats 'représentatifs', et le débat se

¹⁵⁹ A. Rouast, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, Thèse Lyon, 1909, p. 86.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 78.

¹⁶¹ G. Roujou de Boubée, *op. cit.*, pp. 26 à 28.

¹⁶² G. Cornu, *op.cit.*, n° 126, p. 73.

¹⁶³ A ce titre, l'article L. 2132-3 du Code du travail prévoit que les syndicats professionnels disposent du droit d'ester en justice en défense l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent.

concentre désormais sur leur représentativité »¹⁶⁴. Cette précision ne doit pas être minorée alors que de nouveaux agents de négociation ont fait leur apparition. Il ne faudrait pas oublier que si les syndicats représentatifs ont été investis d'une telle prérogative, c'est en raison d'une légitimité acquise dans le temps et qui leur donne la capacité à représenter et à s'exprimer au nom des salariés qu'ils défendent. Mieux, « si la loi élève la convention collective au rang des règles impératives de la vie juridique, n'est-ce pas parce qu'elle tient pour acquise une forme d'équivalence entre l'acte conclu par les syndicats représentatifs et celui qui aurait été accompli par les salariés s'ils avaient pu agir directement ? Or, cette équivalence sous-jacente à l'effet normatif de la convention collective et que favorise le concept de représentativité, est à la racine de l'idée de représentation »¹⁶⁵. Nous percevons alors que la force juridique exercée par l'accord collectif s'explique en grande partie par son mode de production collectif.

2. Collectif de par ses effets : la force juridique de l'accord collectif de travail

80. Il n'y a rien d'innovant à considérer que notre modèle tire son caractère collectif de ses effets. En effet, l'accord collectif produit une force juridique en extension qui lui permet de s'appliquer très largement, c'est-à-dire à l'ensemble des salariés qui sont liés contractuellement avec un employeur qui se trouve être soumis à celui-ci qu'il ait conclu lui-même l'accord ou qu'il ait adhéré à un organisme patronal signataire. Il va de soi que les salariés n'ont pas à y consentir. Cet effet *erga omnes* constitue à n'en pas douter un élément caractéristique de notre modèle¹⁶⁶. L'évidence mérite toutefois d'être discutée. Il est, en effet, des auteurs qui n'hésitent pas à discuter de la pertinence d'une telle affirmation. Il est notamment avancé que l'accord collectif de travail ne serait pas un acte juridique collectif, mais simplement un « acte à effet collectif »¹⁶⁷. L'observation n'est pas de pur style. Elle est alimentée par le constat que l'accord collectif de travail est loin d'être aujourd'hui le seul

¹⁶⁴ C. Didry, « La production juridique de la convention collective. La loi du 4 mars 1919 », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, 2001, p. 1254.

¹⁶⁵ G. Borenfreund, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Droit social*, 1997, p. 1008.

¹⁶⁶ « Collectifs, par leurs conditions de formation, ces actes juridiques le sont aussi, le plus souvent, quant à la portée de leurs effets », J.-L. Aubert, *op.cit.*, p. 222.

¹⁶⁷ G. Roujou de Boubée, *op. cit.*, p.29.

acte juridique de droit privé à produire des effets collectifs¹⁶⁸. Ces actes n'en sont pas pour autant qualifiés d'actes collectifs. Cela confirme sans doute qu'un acte ne tire pas exclusivement son caractère collectif de ses effets, mais également de son mode de formation.

Pour autant, il convient de ne pas oublier ce trait essentiel de notre modèle. En effet, nous aurons l'occasion d'y revenir, il se pourrait que sous l'effet de sa diffusion, cette force juridique s'estompe. Il pourrait s'agir là également, d'une trop grande attention portée au processus de négociation qui enfante l'accord. Il ne faudrait pas en conclure trop vite que tout acte négocié collectivement constitue, dans une approche purement catégorielle, un accord collectif de travail. De même, il convient d'indiquer dans le cadre du modèle idéal ici décrit, l'emprise de la volonté collective n'anéantit pas toute résistance individuelle. Selon un principe d'autonomie des sources, l'accord collectif n'a pas vocation à s'incorporer aux contrats de travail qui peuvent prévaloir dès lors qu'ils sont plus favorables que l'acte collectif. L'emprise du collectif ne se comprend ainsi qu'eu égard à cette présomption selon laquelle l'accord a vocation à améliorer le sort des salariés. De là à en déduire que le principe de faveur participe du modèle, il n'y a qu'un pas que nous ne saurions franchir.

Au final, il apparaît que la difficulté ressentie à modéliser l'accord collectif de travail tient aux évolutions qui l'affectent. Reste alors à déterminer si elles attestent d'une évolution ou d'une dénaturation de notre modèle. En attendant de trancher, il convient de proposer une nouvelle méthode de modélisation plus à même de saisir la diffusion de l'accord collectif de travail et au sein de laquelle la notion de type se révèle cardinale.

¹⁶⁸ En droit privé, le débat se concentre autour de l'article 1165 du Code civil censé renfermer le principe de l'effet relatif des conventions. En vertu de ce principe, les *penitus extranei* (ou tiers absolus) ne peuvent se voir reconnaître ni de droits ni d'obligations d'un contrat auquel ils ne sont pas partis. Ces personnes ne sont donc pas soumises à l'effet obligatoire du contrat. Or, il est classiquement admis que les accords collectifs constituent l'exception majeure à ce principe. Tel serait ainsi l'élément permettant d'isoler notre objet et de révéler son originalité. Il ne permet pas en réalité d'isoler encore une fois notre objet, car comme cela a déjà été sous-entendu, « *le prétendu principe de l'effet relatif des contrats* » (R. Savatier, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTDCiv*, 1934, p. 525) connaît aujourd'hui de nombreuses exceptions. Sont ainsi traditionnellement mentionnés la promesse de porte-fort, la stipulation pour autrui, les actions directes ou bien encore les contrats d'assurance de responsabilité.

Section 2

Un modèle type

81. S'il n'est pas question de renier l'approche catégorielle classique, il convient néanmoins d'en reconnaître les limites. Celles-ci sont particulièrement visibles dans une étude qui s'attache à prendre la mesure de la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail. En effet, la définition catégorielle « applicable à une convention ou à un accord collectif [...] dont les rédacteurs auraient scrupuleusement suivi les prescriptions du législateur, tant dans leur lettre que dans l'esprit » conduit nécessairement à « disqualifier [...] tout accord ou convention s'écartant, ne serait-ce que sur un point de ladite définition, qu'il s'agisse des parties signataires, du contenu de l'accord ou des formes qu'il doit revêtir ». Aussi, « l'hésitation est permise entre une solution stricte - dictée par le souci de conserver intact un outil juridique tel que la convention collective – et une solution plus libérale où prévaudraient la volonté d'assurer le fondement juridique le plus solide aux résultats bénéfiques d'une négociation collective, celle-ci se serait-elle, [...] concrétisée dans [...] un accord collectif ne correspondant pas, sur tous les points, aux prescriptions légales ou réglementaires »¹⁶⁹.

Trop restrictive, l'approche catégorielle classique devrait ainsi être enrichie à partir d'une nouvelle approche autorisant des recoupements entre objets qu'il s'agit moins d'opposer que de placer sur une échelle. L'analyse ne se veut plus alors binaire, mais multidimensionnelle et ne procède plus par critères de distinction, mais par degrés d'appartenance à la catégorie. Or, il apparaît que l'accord collectif de travail peut très bien être analysé sous cet angle, celui du type. Cet accord exemplifie, représente et illustre la catégorie plus vaste des accords collectifs en général. L'admettre c'est accepter d'une part que le procédé de l'accord collectif connaît des déclinaisons en dehors du droit du travail et d'autre part que l'accord collectif de travail, de par sa centralité, en est bien un modèle type. De même, le recours au type s'avère précieux en vue de l'identification du modèle de l'accord collectif de travail. Il est alors question de modélisation par voie de typification. S'opère de la sorte un passage, aux allures de chiasme, du modèle type d'accord collectif de travail qui permet de penser le modèle en soi (§1) à l'accord collectif de travail comme modèle type qui permet de penser le modèle rapporté aux autres accords collectifs (§2).

¹⁶⁹ M. Despax, *op. cit.*, p. 123.

Paragraphe 1 L'identification d'un modèle type d'accord collectif de travail

82. La notion de type doit être saisie à travers ses multiples facettes. Trois acceptions peuvent en être retenues dans le domaine juridique. La première consiste à y voir un patron qui bien souvent prend la forme de documents contractuels standards mis à la disposition des parties. Pour la plupart, ceux-ci sont élaborés par des organismes professionnels ou des éditeurs spécialisés qui entendent ainsi épargner le soin de les rédiger à leurs clients ou adhérents. Ils sont volontiers qualifiés de modèles¹⁷⁰. Toutefois, ce n'est pas en ce sens qu'il sera ici question de modèle type. En effet, outre que ces documents ne permettent pas de penser véritablement la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail, ils constituent des modèles matériels et non idéels. La deuxième acception est centrée sur la notion de prototype. Il s'agit alors de déterminer s'il est possible d'identifier au sein de la catégorie des accords collectifs de travail, un prototype, c'est-à-dire une figure censée représenter et exemplifier au mieux la catégorie. Le type permet ainsi d'appivoiser l'irréductible diversité des accords collectifs de travail en offrant d'eux une image uniforme (**A**). La troisième, plus abstraite, consiste à identifier non pas des figures concrètes au sein de la catégorie, mais des « idéaltypes ». Véritables représentations de l'objet étudié, elles ne sont aucunement le reflet fidèle de la réalité, simplement des outils heuristiques permettant de mettre au jour les traits saillants et signifiants de ce même objet qu'il sera possible par la suite de mobiliser lorsque sera prêté un œil plus attentif à sa diffusion (**B**).

¹⁷⁰ J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 19. Ces modèles sont qualifiés de contrats-types en droit des obligations. On relève même l'existence « conventions collectives types de travail ». Il est possible de voir au travers des clauses obligatoires que doit contenir un accord appelé à être étendu, la trame et la structure d'une convention collective type. Certaines conventions d'entreprise ont pu également jouer le rôle d'accord type tel que l'accord Renault du 15 septembre 1955 qui avait « valeur d'exemple » et vocation à être « imité » (R. Jaussaud, « L'extension de l'accord Renault du 15 septembre 1955 », *Droit social*, 1956, p. 149). En réalité, les accords collectifs types sont essentiellement proposés par des éditeurs privés. En dehors du droit français, des *pattern agreements*, traduits littéralement par « conventions collectives types », sont mis au services de stratégies syndicales visant à faire signer un accord favorable aux salariés avec un employeur enclin à négocier pour ensuite proposer ce précédent à d'autres employeurs comme un accord « à prendre ou à laisser » (G. Dion, *Dictionnaire canadien des relations de travail*, Les presses de l'Université Laval, 2^{ème} éd., 1986. V. également le *Fair work act* australien de 2009).

A) L'identification d'un prototype d'accord collectif de travail

83. Lorsqu'il prend la forme du prototype, le type doit permettre de penser l'appartenance d'un objet à une catégorie. Tenter d'identifier un prototype d'accord collectif de travail consiste donc à cerner plus largement les frontières de la catégorie dont on l'extrait et qu'il doit permettre de représenter. Mais le processus dont il est ici question n'a rien de commun avec la méthode aristotélicienne de catégorisation déjà envisagée. Les premières théories du prototype ont pris forme dans le domaine de la psychologie puis de la linguistique. Pour une part, elles ont été influencées par le concept de « ressemblance de famille » pensé par Ludwig Wittgenstein. Pour expliquer ce concept, l'auteur l'appliquait aux « processus que nous nommons « jeux ». De ces processus, il établissait une liste assez conséquente : « jeux de dames et d'échecs, de cartes, de balle, les compétitions sportives [...] jeux de ronde [...] et ainsi nous pouvons parcourir beaucoup d'autres groupes de jeux... »¹⁷¹. Ayant relevé leur diversité, il s'interrogeait alors sur ce que l'ensemble de ces jeux ont en commun. Il exhortait le lecteur, à ce titre, à ne pas dire qu'il « doit y avoir quelque chose de commun à tous », mais plutôt à regarder « s'il y a quelque chose de commun à tous », car une fois ce travail accompli, il est possible de relever l'existence de ressemblances, de parentés désignées sous le terme d'air de famille¹⁷². L'auteur tirait de ce constat un enseignement fondamental pour notre étude, à savoir que « le champ couvert par un mot n'est souvent pas descriptible en termes de caractéristiques communes à tous les cas d'application : il y a plutôt une structure en réseau, certains cas exemplifient les caractéristiques (a) (b) (c) (d), d'autres les caractéristiques (b) (c) (d) (e), etc. »¹⁷³. Dès lors, on pressent ce que cette approche peut apporter à notre étude. Nombreux sont en effet, les actes qui ne présentent par toutes les caractéristiques essentielles du modèle de l'accord collectif de travail, mais qui présentent un « air de famille ».

¹⁷¹ L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus suivi d'Investigations philosophiques*, trad. de l'allemand par P. Klossowski, Gallimard, Tel, 1961, §66, p.147. Selon l'auteur, il serait futile de vouloir enfermer la réalité dans des catégories clairement définies, autrement dit en termes de conditions nécessaires et suffisantes. Sa pensée peut être rapprochée de celle de Hart qui estimait que les catégories juridiques ont une texture ouverte. Bien qu'elles soient dotées d'un noyau permettant d'identifier les cas typiques, « les cas limites révèlent une périphérie moins claire », S. Goltzberg, *L'argumentation juridique*, Connaissance du droit, Dalloz, 2e éd., 2015, p. 31.

¹⁷² L. Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, trad. de l'allemand par F. Dastur, M. Élie, J.-L. Gautero, D. Janicaud et E. Rigal, Gallimard, Bibliothèque de philosophie, 2015.

¹⁷³ L. Wittgenstein cité par F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau, Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002 p. 282.

Prolongeant ces réflexions, certains linguistes ont élaboré une théorie des prototypes pour penser les catégories lexicales¹⁷⁴. Le prototype désigne l'exemplaire le plus représentatif d'un ensemble en ce sens qu'il réunit, selon une opinion commune, toutes les propriétés saillantes de la catégorie à laquelle il appartient. La démarche est donc intuitive et invite à penser l'appartenance à la catégorie différemment. Celle-ci ne s'apprécie pas de façon aussi tranchée que dans le modèle catégoriel sur la base de critères nécessaires et suffisants, mais en fonction du degré de similarité avec le modèle type, autrement dit le prototype. Au regard de cette configuration, un objet peut très bien appartenir à une catégorie alors même qu'il ne présente pas exactement les mêmes caractéristiques que le prototype auquel elle s'est agrégée. Se crée ainsi une sorte de hiérarchie interne à la catégorie, une typologie axée sur un prototype. Les types ainsi dégagés n'ont pas nécessairement le même statut au sein de la typologie dès lors que certains d'entre eux présentent une centralité plus marquée que d'autres. Ainsi, il est possible d'affirmer de manière intuitive qu'un protocole d'accord préélectoral incarne dans un degré moindre la catégorie des accords collectifs de travail qu'un accord collectif salarial¹⁷⁵. Cette pensée autorise à admettre et à penser l'existence de « quasi-conventions collectives »¹⁷⁶.

84. La pensée par type invite à introduire au sein des catégories juridiques des degrés. La présence ou l'absence d'un critère justifie ordinairement le choix de qualification. Toutefois, il n'est pas rare qu'un objet soit difficile à classer. Le jugement basé sur un simple codage présence/absence est limité. Or, plus on s'inscrit dans une approche dimensionnelle, plus on sera en mesure de saisir l'extrême complexité de figures inclassables. La qualification

¹⁷⁴ Les théories du prototype doivent beaucoup aux travaux menés par E. Rosch. Sur ces théories, cf. C. Chauviré, « Ce que les linguistes ont appris de Wittgenstein? », in *Le Grand Miroir : Essais sur Peirce et sur Wittgenstein*, PU de Franche-Comté, 2004.

¹⁷⁵ Ce mode de raisonnement est parfois pratiqué sans être nommé. L'ancien article L.2121-1 du Code du travail offrait en ce sens une illustration frappante. En effet, cet article édictait cinq critères sur la base desquels était appréciée la représentativité des organisations syndicales. Toutefois, il n'était pas nécessaire que l'ensemble de ces critères soit rempli selon les juridictions françaises. L'absence d'un critère pouvait donc être compensée. De la sorte, on admettait l'existence d'un degré de représentativité différent selon les syndicats. Ce mode de raisonnement tendrait à se développer en droit marquant « le passage [d'une] logique binaire (interrupteur ouvert ou fermé, lampe allumée ou éteinte) à [une] logique floue [qui] se traduit non pas par un changement de structure du circuit, mais par le remplacement des interrupteurs par des rhéostats, qui vont permettre de faire varier continûment l'intensité du courant électrique », M.-L. Mathieu-Izorche et M. Delmas Marty, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC*, 2000, p.772.

¹⁷⁶ L'expression est empruntée à L. Picard, « Les accords-cadres internationaux : conventions collectives, quasi-conventions collectives ou déclarations d'intentions ? », in *La contractualisation du droit social*, ss. la dir. de Ph. Auvergnon, COMPTRASEC, 2003, p. 319.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

juridique ne se conçoit plus alors comme un simple étiquetage, mais comme le placement de l'objet interrogé sur une échelle composée de différents paliers. Mener un tel raisonnement permettrait à coup sûr de décloisonner la catégorie des accords collectifs de travail. Dans cette optique, la notion de négociation collective pourrait jouer un rôle important, car certains actes, s'ils ne sont pas à proprement parler des accords collectifs de travail au sens de la loi, n'en sont pas moins négociés collectivement. La pensée par type invite ainsi à adopter une vision plus compréhensive en déplaçant le curseur non plus seulement sur les accords collectifs en eux-mêmes, mais aussi sur le processus qui les enfante. Il en ressort une vision des actes négociés collectivement fondée sur une combinaison de critères qu'il n'est pas nécessaire de tous remplir pour intégrer la catégorie des accords collectifs de travail. Encore faut-il, comme dans la pensée catégorielle, poser des critères censés définir le mieux cette catégorie. Pour ce faire, il convient d'identifier le modèle type qui représente au mieux la catégorie des accords collectifs de travail. Il faut ainsi déterminer si le Code du travail abrite une figure autour de laquelle graviteraient les multiples variétés que compte cette catégorie. À ce titre, la convention collective telle qu'elle est définie par le Livre II de la 2^{ème} partie du nouveau Code du travail constitue « une sorte de modèle qui sert de référence pour caractériser ceux qui s'en distinguent, tels les accords préélectoraux [...] ou les accords relatifs à la protection sociale complémentaire ». Tel serait donc le siège du modèle type de l'accord collectif de travail. Encore faut-il en tracer les contours. À partir du Code du travail, il est possible d'affirmer que cet accord type est conclu pour une durée déterminée ou non, « par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord ». De plus, il doit être signé par des organisations syndicales ayant obtenu 30% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles et ne doit pas faire l'objet d'une opposition majoritaire de la part des organisations syndicales non signataires. Concernant son contenu, l'accord collectif de travail type peut contenir des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur, mais ne peut déroger aux règles d'ordre public absolu. Son contenu prime sur celui des contrats individuels de travail conclus avec l'employeur lié par l'accord, sauf dispositions plus favorables. L'accord collectif de travail type porte sur les conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que sur les garanties sociales des salariés. L'image ici esquissée de l'accord collectif de travail n'est qu'un prototype. Autrement dit, elle n'a pas vocation à constituer une représentation fidèle de l'ensemble des

accords collectifs de travail, mais simplement un exemplaire le plus représentatif. Il peut ainsi être dérogé aux exigences ici relevées par le législateur. Dans certains cas, un accord collectif peut par exemple être signé par des représentants élus du personnel sans que cela n'entraîne une disqualification de celui-ci.

85. Le prototype ici dressé s'appuie exclusivement sur les textes légaux. Il pourrait également être affiné à partir de données statistiques qui ont l'avantage de donner un aperçu quantitatif de l'activité conventionnelle à un moment t. Les bilans annuels de la négociation collective constituent à ce titre une source précieuse d'informations. Le bilan de l'année 2014 établit notamment que le salaire est le principal thème de négociation¹⁷⁷ et que la plupart des accords signés le sont au niveau de l'entreprise. Mieux, il s'avère qu'il s'agit d'une constante observable depuis plusieurs années. De même, il ressort que les accords collectifs restent prioritairement signés par des représentants syndicaux confortant au passage l'idée que le modèle de l'accord collectif de travail reste avant tout un modèle syndical malgré la possibilité pour les représentants élus du personnel de signer de tels accords dans certains cas¹⁷⁸. Toutefois, il convient d'être prudent quant à ces données et aux conclusions qu'il est possible d'en tirer s'agissant des traits du prototype de l'accord collectif de travail. En effet, s'agissant par exemple du niveau de négociation, il va de soi qu'on dénombre plus d'entreprises que de branches ce qui n'est pas sans conséquence sur le nombre d'accords conclus.

86. Proposer une image prototypique des accords collectifs de travail présente indéniablement des avantages. Le pouvoir évocateur d'une telle réduction est incontestable. Le modèle type permet d'exemplifier au mieux une catégorie en proposant à l'observation un modèle concret unique. Toutefois, le prototype ainsi esquissé présente l'inconvénient de faire croire à une unité là où il n'y a que diversité. L'on pourrait alors tenter d'élaborer plusieurs prototypes d'accord collectif de travail. Ce serait toutefois nier la centralité du prototype. C'est pourquoi, il convient d'adopter une autre approche qui sans nier l'unité

¹⁷⁷ *Bilan annuel de la négociation collective en 2014*: « La hiérarchie des thèmes abordés dans les accords en 2014 est similaire à celle observée les années précédentes. Le thème des salaires est toujours le premier thème de négociation », p. 17.

¹⁷⁸ *Ibid*, pp. 527 et 531. Sur les 36 523 accords d'entreprise signés en 2014, 5 563 ont été signés par des représentants élus du personnel. Dans la majorité des cas, ils portent sur l'épargne salariale (78%).

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

notionnelle de l'accord collectif de travail autorise à y voir plusieurs modèles-types. Cette approche sera qualifiée d'idéaltypique.

B) L'identification d'idéaltypes d'accord collectif de travail

87. Popularisée et pensée par Max Weber dans le domaine des sciences sociales, la notion d'idéaltype n'est pas inconnue des juristes¹⁷⁹. Or, l'idéal type est un modèle¹⁸⁰. Pour s'en convaincre, il faut admettre que le modèle puisse constituer une représentation schématique d'un objet ou d'un processus visant à proposer une image plus intelligible d'un phénomène complexe observable. Pour sa part, l'idéal type s'obtient « en accentuant unilatéralement un ou plusieurs points de vue et en enchaînant une multitude de phénomènes donnés isolément, diffus et discrets, que l'on trouve tantôt en grand nombre, tantôt en petit nombre et par endroits pas du tout, qu'on ordonne selon les précédents points de vue choisis unilatéralement...»¹⁸¹. Modèle et idéaltype se recoupent ainsi bel et bien. Ils ne correspondent en aucun cas à la réalité et constituent simplement des outils de représentation¹⁸². D'un point de vue fonctionnel, l'idéaltype n'a vocation à être employé qu'à des fins heuristiques. Il doit permettre « d'accentuer la formulation par l'esprit de relations causales dont le chercheur soupçonne qu'elles peuvent se révéler décisives pour la compréhension et l'explication des faits soumis à sa sagacité »¹⁸³. Il ne s'agit que d'une fiction sans aucune prétention axiologique ou normative. À ce titre, afin de dissiper toute ambiguïté liée à l'appellation même d'idéaltype, il serait préférable de qualifier le type idéal d'« idéal plutôt qu'idéal »¹⁸⁴. Toutefois, cette appellation étant consacrée, il est difficile de la

¹⁷⁹ Elle est exploitée en droit comparé où elle constituerait un instrument de la connaissance mieux une « stratégie », M. Lallement et L. Lima, « Idéal-type et convention : complémentarité ou concurrence ? », in *Comparer les droits, résolument*, ss. la dir. de P. Legrand, PUF, Les Voies du Droit, 2009, p. 379.

¹⁸⁰ Un auteur semble abonder dans ce sens lorsque proposant des « modèles » d'Etat, il les qualifie de « types idéaux » qui permettent de « mieux décoder une réalité sociale ou juridique touffue dans laquelle les formes d'action les plus diverses cohabitent », Ch.-A. Morand, *Le droit néo moderne des politiques publiques*, LGDJ, Droit et société, 1999, p. 17

¹⁸¹ M. Weber, *Essai sur la théorie de la science*, trad. par J. Freund, Plon, 1965, p. 181.

¹⁸² L'admettre c'est accepter que « la formation d'idéaltypes [...] repose sur une stylisation de la réalité », M. Couttu, *Max Weber et les rationalités du droit*, LGDJ et les presses de l'Université de Laval, Droit et société, 1995, pp. 22 et 23. Parfois, la notion de modèle est d'ailleurs considérée comme « le contraire du fait » mais ce sont les faits qui « fournissent un certificat de pertinence au modèle, par l'expérience et la vérification », M.-A. Frison-Roche, « Le modèle du marché », *APD*, n°40, 1995, p. 287. 22 et 23.

¹⁸³ M. Lallement et L. Lima, *art. précit.*, p. 379.

¹⁸⁴ G. Rocher, V° « Type idéal », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* ss la dir. de A-J Arnaud, 2^{ème} éd, LGDJ, 1993.

renier. Rien ne semble donc empêcher la construction d'idéaltypes à partir de l'accord collectif de travail. Le pluriel est de mise, car un même objet peut être représenté de différentes manières. L'idéaltype l'autorise. Toutefois, proposer plusieurs représentations de l'accord collectif de travail ne revient pas à en nier l'unité notionnelle, mais à admettre que sa malléabilité et son adaptabilité lui permettent d'être décliné d'innombrables façons selon le temps et l'espace. Il faudra donc s'attacher à déterminer de quel idéaltype se rapproche le plus le modèle de l'accord collectif de travail tel qu'il est décrit dans cette étude.

L'élaboration d'idéaltypes d'accord collectif de travail nécessite pour être pertinente de s'astreindre au respect de quelques exigences de méthode. N'étant qu'une simple représentation de l'objet observé, l'idéaltype se construit sur la base de critères librement choisis par celui qui se décide à le bâtir. Cette liberté ne doit toutefois pas le dispenser d'exposer sur la base de quels critères il entend procéder. Il faut reconnaître d'emblée que malgré l'extrême diversité qui caractérise les accords collectifs de travail depuis leur création, ceux-ci sont construits sur la base d'une architecture commune : « suprématie de l'Etat ou de la profession ; autorité absolue du syndicat sur l'individu ou indépendance de l'individu ; égalité ou inégalité des groupements professionnels »¹⁸⁵. Il convient donc de porter l'attention sur ces éléments afin d'élaborer une typologie et identifier trois idéaux types d'accord collectif de travail : le modèle libéral (1), le modèle statutaire (2) et le modèle dirigiste (3).

1. L'idéal type libéral de l'accord collectif de travail

88. Comme son nom l'indique, l'idéaltype libéral de l'accord collectif de travail est construit sur une certaine conception de la liberté. Comprise dans le domaine du droit, celle-ci évoque naturellement la liberté contractuelle déduite traditionnellement d'une interprétation *a contrario* de l'article 6 du Code civil. Il n'est donc guère étonnant que la dimension contractuelle de l'accord collectif de travail ressorte avec éclat dans le cadre cet idéaltype. Il est toutefois difficile de rattacher complètement l'accord collectif à un simple contrat, même dans cette perspective. Il convient aussi de déterminer ce qu'implique la reconnaissance d'une liberté qualifiée en parallèle à la liberté contractuelle, de conventionnelle en ce qu'elle évoque la convention collective (a). De même, dans ce schéma

¹⁸⁵ A. Brun et H. Galland, *Droit du travail*, Tome 2, Les rapports collectifs de travail, 2 éd, Sirey, 1978.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

de pensée, une attention toute particulière doit être portée à la volonté des destinataires de la norme conventionnelle et plus largement à la force juridique qui lui est conférée **(b)**.

a) La liberté conventionnelle comme principe directeur

89. Aucune disposition légale ne définit véritablement la teneur de ce qu'il faut entendre par liberté contractuelle et encore moins par liberté conventionnelle. Le projet de réforme du droit des contrats rendu public le 25 février 2015 envisage néanmoins d'y remédier. L'article 1102 du Code civil tel qu'il en ressort prévoit que chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter **(i)**, de choisir son cocontractant **(ii)** et de déterminer le contenu et la forme du contrat **(iii)** dans les limites fixées par la loi. Il convient également de convenir qu'une telle liberté implique en matière d'accord collectif de travail, la faculté de choisir le niveau de négociation **(iv)**.

i. La liberté de contracter ou de ne pas contracter

90. Dans une optique libérale¹⁸⁶, la négociation collective et son corollaire, le droit de conclure des accords collectifs de travail, constituent de véritables libertés. Les agents de négociation doivent en effet être libres de s'engager ou non. Il va de soi qu'un refus de négocier de la part de la partie patronale est susceptible de créer des tensions voire des conflits dans le champ où elle est envisagée. Cependant, selon une approche libérale, le choix de négocier devrait rester à la libre discrétion de chacun des interlocuteurs sociaux qui ne peuvent être contraints par des moyens juridiques à s'engager dans un tel processus. En somme, dans l'idéaltype libéral, la liberté de négocier et de conclure un accord collectif de travail implique le droit pour chaque partie de faire ou de ne pas faire. La négociation collective constitue une « liberté «relationnelle», c'est-à-dire dont l'exercice implique des relations avec autrui ». Elle doit s'entendre comme « la liberté, pour chacun de ses agents, d'entrer ou de ne pas entrer en négociation avec l'autre ». Dès lors, dans un tel cadre, « obliger les antagonistes sociaux à négocier entre eux équivaudrait à la négation de la liberté en question et aussi de la liberté syndicale dont la négociation collective n'est qu'une

¹⁸⁶ Qualifiée de « conception européenne classique » par N. Aliprantis, « La nature et les agents de la négociation collective », *RIDC*, 1979, p. 781.

expression »¹⁸⁷. Dans l'idéaltype libéral de l'accord collectif de travail, il n'existe pas ainsi de véritable droit à la négociation collective entendu comme le droit d'exiger l'ouverture de négociations et encore moins d'obligation de signer un accord collectif. De cette liberté de négocier et de conclure un accord collectif de travail ou non, découle très logiquement la liberté de négocier avec l'interlocuteur de son choix.

ii. Le libre choix du cocontractant

91. La liberté contractuelle s'entend également comme la liberté pour toute personne de choisir son cocontractant. Or, ce choix implique une reconnaissance de ce dernier et l'acceptation de composer avec lui¹⁸⁸. La reconnaissance permet ainsi l'établissement d'un lien de droit et donc d'une obligation entre deux personnes¹⁸⁹. Pour être plus précis, elle constitue un préalable nécessaire à l'établissement du contrat. Toutefois, si la signature d'un contrat doit être précédée d'une reconnaissance, celle-ci n'implique pas nécessairement la signature d'un contrat. La reconnaissance est mutuelle en ce que les parties doivent se reconnaître aptes à contracter et donc à s'obliger. Ce jugement d'aptitude est d'autant plus essentiel dans le domaine des conventions collectives de travail que celui qui négocie au nom des salariés doit être doté d'une certaine légitimité. En effet, ce n'est qu'à ce prix que l'accord collectif aura des chances de susciter l'adhésion de ses destinataires. Cela nous invite alors à nous interroger sur l'identité de celui ou de ceux qui sont susceptibles d'être reconnus comme aptes à négocier et conclure un tel accord.

Du côté des employeurs, la question ne pose guère de problèmes. Est reconnu comme apte à négocier et à conclure un accord, celui qui détient le pouvoir de direction. Au niveau de l'entreprise, l'identification du détenteur de ce pouvoir est relativement aisée. En revanche, au-delà de l'entreprise, si l'employeur ne signe pas de manière isolée l'accord collectif, c'est son adhésion à un groupement constitué à un niveau géographique ou professionnel plus large que celui de l'entreprise, qui logiquement devrait emporter son

¹⁸⁷ *Loc. cit.*

¹⁸⁸ La reconnaissance est définie, en droit international, comme un « acte unilatéral et discrétionnaire par lequel un Etat prend position sur une situation ou un fait qui s'est produit en dehors de lui et dont il est disposé à tenir compte » (*Lexique des termes juridiques*, Dalloz, *op. cit.*). L'Etat peut ainsi être amené à reconnaître l'existence d'un autre Etat. Les conséquences d'une telle reconnaissance sont importantes puisque ce n'est qu'alors que des relations diplomatiques peuvent être nouées. Dans le domaine du droit privé des contrats, il est plus volontiers question de reconnaissance de dette plutôt que de reconnaissance du cocontractant.

¹⁸⁹ V. à ce sujet, E. Jeuland, « L'énigme du lien de droit », *RTDciv*, 2003, p. 455.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

adhésion à tout accord conclu par ce même groupement. Du côté des salariés, les choses se compliquent. L'accord collectif de travail étant un acte juridique collectif, il doit, au moins du côté des salariés, être signé par un groupement. Il reste alors à déterminer, dans une optique libérale quelles formes est susceptible de prendre ce collectif. La capacité de conclure un accord devrait *a priori* pouvoir être reconnue à tout groupement de salariés. Cela pourrait être le cas d'un syndicat, mais aussi de toute autre association. Il pourrait également s'agir d'un comité de grève, d'un comité d'entreprise ou même d'une communauté de salariés. La liberté serait ainsi le maître mot. Cependant, un obstacle est susceptible de se dresser en droit positif contre une admission trop lâche des entités aptes à négocier et à conclure un accord collectif de travail. Il tient au droit commun des contrats. En effet, la capacité de contracter n'est reconnue qu'aux entités dotées de la personnalité juridique dont sont notoirement et spécialement dépourvus les regroupements spontanés de salariés.

Néanmoins, dans une approche libérale partisane, il est possible de dépasser cette question de la personnalité juridique. Il faut pour cela partir de l'analyse selon laquelle l'accord collectif de travail ne serait finalement qu'une « loi contractuelle offerte aux adhésions particulières »¹⁹⁰. Dès lors, le recours à toute idée de personnalité morale devient inutile¹⁹¹. Les individus, dotés de la personnalité juridique, deviennent les parties à l'accord collectif. Cette conception, on ne peut plus individualiste, tend à faire du collectif une simple agrégation d'individus et conduit à l'effacement du groupement derrière ses composantes. Contre cette vision agrégative, la solution consisterait à admettre la personnalité juridique de la collectivité des salariés. Le référendum constituerait à ce titre, un médium pour permettre l'expression de ce collectif¹⁹². Toutefois, si la consultation de la collectivité des salariés par le biais d'un vote peut conditionner l'entrée en vigueur d'un accord collectif de travail, ce n'est pas la collectivité elle-même qui élabore et négocie l'accord. Celle-ci se contente d'approuver ou non le projet d'acte qui lui est soumis. En ce sens, il paraît difficile de considérer que la collectivité des salariés peut se passer de représentants¹⁹³.

¹⁹⁰ R. Saleilles, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Pichon, 1901, p. 230.

¹⁹¹ M. Nast, « De la nature juridique des conventions conclues par une collectivité dans l'intérêt de ses membres », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1908.

¹⁹² V. en ce sens, J. Barthélemy, « Le référendum en droit social », *Droit social*, 1993, p. 89.

¹⁹³ V. en ce sens, F. Petit, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, LGDJ, 2000, p. 506 et s.

Toujours dans une optique libérale, rien ne s'oppose à ce qu'un accord collectif de travail soit conclu par des représentants élus des salariés. Ainsi, la loi du 12 novembre 1996, en ouvrant, sous certaines conditions, la négociation collective d'entreprise à des acteurs autres que délégués syndicaux, s'inscrit résolument dans une démarche libérale¹⁹⁴. Mais plus que le libre choix du cocontractant, la liberté conventionnelle implique pour les négociateurs de pouvoir librement fixer la substance de leur accord.

iii. La liberté de déterminer librement le contenu et la forme de l'accord

92. Dans le cadre d'une approche libérale, les interlocuteurs sociaux devraient être en mesure de conclure un accord collectif sur le thème de leur choix. Le droit positif français semble s'inscrire dans la lignée d'une telle pensée tant il est vrai que l'étendue matérielle du droit des salariés à la négociation collective prévu par l'article L.2221-1 du Code du travail est large. Il concerne aussi bien les conditions de travail, les conditions d'emploi, les garanties sociales que la formation professionnelle des salariés. La loi du 11 février 1950 est pour beaucoup dans ce mouvement d'extension. Elle a notamment posé comme principe la libre négociation collective des salaires alors que le Gouvernement en avait fixé autoritairement le montant depuis plusieurs années.

93. Affirmer toutefois que tout est négociable selon une approche libérale est largement abusif. Un accord collectif de travail ne peut être valable que si son objet est licite. Cela suppose que celui-ci ne contrevienne pas aux règles d'ordre public¹⁹⁵. En effet, le Conseil constitutionnel le rappelle, « il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré »¹⁹⁶. Cette idée est clairement exprimée s'agissant de la

¹⁹⁴Il n'est guère étonnant d'ailleurs que pareille démarche ait été saluée comme « une victoire de l'idée libérale [...] car assurément il ne serait pas libéral d'accorder le monopole de la négociation collective à des organisations syndicales », C. Harmel, « La pensée libérale et les questions sociales » in *Aux sources du modèle libéral français*, ss. la dir. d'A. Madelin, Perrin, 1997.

¹⁹⁵ L'ordre public exprime l'idée que « les titulaires d'un pouvoir légal, c'est-à-dire d'un pouvoir de produire des effets de droit par leurs agissements, ne peuvent l'exercer en toute liberté car des règles s'imposent à eux dans la façon dont ils en usent », J. Combacau, « Conclusions générales », in *L'Ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p. 420.

¹⁹⁶ CC, décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, considérant 3.

liberté contractuelle. On la retrouve clairement au sein de l'article 6 du Code civil. L'ordre public doit permettre « d'assurer le plein exercice de la liberté contractuelle »¹⁹⁷.

Néanmoins, d'aucuns considéreront que l'ordre public peut également constituer un sérieux frein à la liberté contractuelle¹⁹⁸. Une telle objection prend un relief tout particulier dans le domaine des accords collectifs de travail dans lequel s'est développé un ordre public social qui a pour particularité de n'être qu'un plancher en deçà duquel les négociateurs ne peuvent s'aventurer. Autrement dit, il est possible de déroger à une règle d'ordre public social dans un sens plus favorable aux salariés. Mais faut-il nécessairement y voir une limitation à la liberté conventionnelle ? Ce serait « méconnaître l'esprit et la lettre même de notre législation du travail que de considérer » l'ordre public social « comme un obstacle au développement d'un droit conventionnel qui n'aurait d'autre objet que de combler les lacunes du droit positif¹⁹⁹ ». Certes la loi établit le champ de la négociation collective, mais celle-ci est libre de s'y épanouir pleinement. L'idée d'ordre public social n'est donc pas nécessairement incompatible avec une approche libérale.

94. Une autre composante de la liberté contractuelle semble découler ou à tout le moins être liée avec la liberté de déterminer le contenu de l'accord. Il s'agit de la liberté d'en fixer la forme. Elle correspond à la faculté « de déterminer le contenu d'un contrat nommé ou de gagner les rives des contrats innommés, dans les seules limites fixées par les dispositions impératives ou d'ordre public »²⁰⁰. Cette précision est importante si l'on accepte de voir dans les innombrables accords prévus par le Code du travail, des conventions nommées. L'approche libérale invite à penser qu'un accord n'entrant pas dans les prévisions légales peut malgré tout constituer, sous certaines conditions, un accord collectif de travail innommé, peu importe son niveau de négociation et de conclusion.

¹⁹⁷ « Rapport introductif » in *L'Ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, ss. la coord. de Th. Revet, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p. 4 ; v. également pour une réflexion plus large sur cette question, M. Mekki, *L'Intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004.

¹⁹⁸ V. par exemple, J. Ghestin, « Les effets pervers de l'ordre public », in *Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Ch. Gavalda*, Dalloz Sirey, 2001, p. 123

¹⁹⁹ M. Despax, *op. cit.*, p. 3.

²⁰⁰ Ph. Dupichot, « Les principes directeurs du droit français des contrats », *RDC*, 2013, p. 387.

iv. Le libre choix du niveau de négociation et de conclusions des accords collectifs de travail

95. Dans une optique libérale, aucun niveau de négociation et de conclusion d'un accord collectif de travail ne devrait, en principe, être privilégié. La reconnaissance d'une véritable liberté conventionnelle doit donc emporter la reconnaissance d'une certaine liberté dans le choix du niveau de négociation. Cette dernière semble trouver un écho largement favorable en droit positif. Si longtemps, les niveaux de négociation centralisés ont été privilégiés, en particulier la branche, la loi du 13 juillet 1971 a modifié la donne. Cette « réforme repose essentiellement sur un principe de libre choix du niveau de négociation, ou, pour mieux dire, de détermination de celui-ci au gré des luttes et des rapports de force »²⁰¹. Elle prolonge et densifie en ce sens l'arrêt du Conseil d'État en date du 21 juillet 1970 qui reconnaît la faculté de négocier et de conclure un accord collectif de travail au niveau de l'établissement comme un principe fondamental du droit du travail²⁰². Globalement, le libre choix du niveau de négociation semble avoir pris forme en droit français sous l'effet d'une sédimentation progressive et la reconnaissance successive de nouveaux niveaux de négociation, comme assez récemment le groupe ou bien encore l'unité économique et sociale. Ainsi, il est clair que le droit français « a opté en faveur d'une conception pluraliste des niveaux de négociation »²⁰³.

96. Il revient donc, dans l'idéaltype libéral, aux interlocuteurs sociaux de choisir le niveau de négociation qui leur paraît le plus adéquat, bien souvent celui de la prise de décision. Un problème peut toutefois surgir face à la multiplicité des niveaux de négociation. Il tient à l'articulation des accords conclus à ces différents niveaux en cas de conflit. Les négociateurs voudront peut-être décider eux même de cette articulation. Cela n'irait toutefois pas sans difficulté, les négociateurs présents à chaque niveau de négociation n'étant pas les mêmes. Des tensions pourraient surgir quant au choix de la norme conventionnelle ayant vocation à primer. Il est donc préférable dans le cadre de l'idéaltype libéral d'envisager la fixation par

²⁰¹A. Lyon-Caen, « Grandeur et décadence de la loi professionnelle », in *Les conventions collectives de branche : déclin ou renouveau ?*, CEREQ, Etudes, 1993.

²⁰² CE, 21 juillet 1970, 72780 ; *Droit social*, 1971, p. 112, note J.-C. Venezia.

²⁰³ M.-A. Souriac, « Autonomie de la négociation d'entreprise », in *Les conventions collectives de branche : déclin ou renouveau ?*, CEREQ, Etudes, 1993, p. 183.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

voie légale d'une règle de conflit. Celui-ci aurait vocation à régir les rapports entre accords entre eux, mais aussi rapportés aux autres sources du droit du travail.

b) Les rapports entre l'accord collectif de travail et les autres sources du droit du travail

97. Dans l'idéaltype libéral, les rapports entre accord collectif, contrat de travail et loi sont remarquables. En effet, ils sont guidés par des considérations individualistes (i) et de « laissez-faire » (ii).

i. Les rapports entre accord collectif de travail et contrat de travail confinés par l'individualisme de la pensée libérale

98. L'individu se trouve au cœur de la pensée libérale en droit. Celui-ci ne peut être contraint que par sa propre volonté. Cela n'est pas sans conséquence sur les effets qu'est susceptible de produire l'accord collectif sur les contrats individuels de travail. Ses effets peuvent être pensés au moins de deux manières.

La première approche est sans conteste la plus radicale. Elle consiste à refuser à l'accord collectif toute emprise sur la volonté individuelle du salarié. Telle était la position originelle adoptée par certaines juridictions françaises lorsque les premières formes d'accord collectif de travail firent leur apparition à la fin du XIX^{ème} siècle. En témoigne le célèbre jugement en date du 29 juin 1876 dans lequel le Tribunal de Saint Étienne estima qu'un accord collectif portait atteinte à l'autonomie contractuelle des salariés en interdisant aux individus de régler leurs conditions de travail en dehors de cette convention²⁰⁴. Ceux-ci ne pouvaient ainsi invoquer les dispositions de l'accord collectif dans le cadre d'un litige individuel.

Selon une seconde approche, l'accord collectif n'a vocation à produire d'effets qu'à l'encontre des membres des groupements signataires. C'est en substance l'effet relatif du contrat qui est ici décrit. Cette règle peut être aménagée de différentes manières. L'accord peut avoir vocation à s'appliquer d'une part aux seuls adhérents des syndicats signataires pendant la durée de leur adhésion. D'autre part, il est possible de prévoir que l'accord sera applicable aux salariés qui adhéreront postérieurement à la signature de l'accord. Dans ces

²⁰⁴ J. Chérioux y voit une « expression du libéralisme, dominant à cette époque », Sénat, *Rapport sur le projet de loi relatif à la formation professionnelle*, n°179, 2004.

deux premiers cas, il est possible de ménager au salarié un certain délai afin qu'il puisse décider au regard du contenu de l'accord de mettre un terme à son adhésion. Enfin, l'on peut très bien prévoir que l'accord sera applicable à l'ensemble des salariés liés à un employeur signataire tout en leur ménageant la possibilité de s'y opposer individuellement pendant un certain laps de temps. La loi du 25 mars 1919 prévoyait d'ailleurs une telle faculté, s'inscrivant résolument dans cette veine libérale.

99. Aujourd'hui, l'individualisme alimente une pensée libérale qui se renouvelle par un étrange retour aux fondements de l'idéologie libérale utopiste du XIX^e siècle²⁰⁵. Celle-ci est opposée à toute intervention étatique et assez hostile à l'égard des corps intermédiaires. Or, la négociation collective est l'un des modes d'expression de ces corps. Ne doit-on pas conclure à l'incompatibilité de l'idéologie libérale avec le procédé de l'accord collectif de travail²⁰⁶ ? L'idée est véhiculée par une littérature abondante, parfois qualifiée de néolibérale, qui s'inquiète du peu de place consacré à la volonté du salarié pris individuellement²⁰⁷. Le discours est résolument offensif. À ce titre, MM. Lepage, Garello et Lemmenicier se révèlent particulièrement sévères à l'égard des conventions collectives. Détaillant de manière fastidieuse le régime de tels accords, les auteurs croient y déceler la volonté des pouvoirs publics d'imposer « le plus légalement du monde, des ententes horizontales obligatoires entre travailleurs, d'une part, et entre firmes, d'autre part ». Les accords collectifs d'entreprise ont ainsi vocation, selon eux, à assurer « une forme d'intégration verticale entre les salariés et leurs patrons ». Et les auteurs de finir sur ce constat édifiant : « on est revenu aux plus beaux jours des traditions corporatives de

²⁰⁵ V. à ce sujet, E. Peskine et C. Wolmark, *op. cit.*, p. 9.

²⁰⁶ Idéologie qui serait fortement marquée politiquement. Ainsi la critique libérale de la négociation collective est parfois qualifiée de critique de droite. « Ne craignant pas le paradoxe, une certaine droite française considère que meilleur moyen d'avancer la libéralisation de l'économie consiste à l'imposer. En arguant du traditionnel : avec les syndicats qu'on a, mon cher Monsieur, comment voulez-vous faire... », A. Colson, « Penser la négociation en science politique », *Négociations*, 2009/2, p. 103.

²⁰⁷ La critique n'est toutefois pas exclusive à la pensée libérale. S. Simitis dénonce ainsi la tendance qu'auraient la convention collective et la loi à ne pas percevoir le salarié comme un individu mais comme la partie d'un collectif, « incapables de remplir leur tâche, qui est de donner forme aux revendications opposées aux conséquences de la dépendance » sur le lieu de travail. Et « peu importe qu'il s'agisse de lois ou de conventions collectives, l'accord entre individus est systématiquement refoulé au profit d'une réglementation qui ne se soucie pas des attentes du salarié en tant qu'individu, mais de la situation d'un groupe spécifique de salariés, si ce n'est de celle des salariés en général ». L'autodétermination individuelle serait ainsi « sapée par les compétences régulatrices de l'autonomie collective », cité par J. Habermas, *Droit et démocratie*, Gallimard, Essais, 1997, pp. 440 et 441.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

l'époque pré moderne ». Dès lors, selon eux, « plus aucun des grands principes fondateurs de la liberté contractuelle n'est intégralement respecté »²⁰⁸.

100. Si la critique apparaît excessive en bien des points, elle a pour mérite de mettre en lumière les fondements de l'analyse libérale. Les conventions collectives y sont analysées non pas comme des contrats, mais comme de véritables règlements. Pour preuve, il est rapporté que si « le contrat individuel n'a pas force obligatoire si ses clauses diffèrent de celles du contrat type des conventions collectives, qui, de plus, peuvent être étendues par décision administrative à des entreprises qui ne sont initialement pourtant pas partie »²⁰⁹. Ainsi, la seule manière de penser l'accord collectif dans le cadre de l'idéaltype libéral serait d'y voir une norme n'ayant vocation à s'appliquer au salarié que si celui-ci y a consenti. La proposition est étonnante lorsqu'on sait que pour beaucoup, l'originalité du procédé tient essentiellement à sa force juridique en intensité et en extension. La volonté des négociateurs est toutefois réhabilitée face à la loi, l'accord collectif devant de préférence primer sur cette dernière selon une approche libérale.

- ii. Les rapports entre accord collectif de travail et loi guidés par l'impératif du « laissez-faire »

101. L'idéologie libérale porte en elle un discours « contractualiste », entendu comme la promotion de la figure contractuelle spécialement au détriment des normes étatiques. Le développement de la négociation collective passe ainsi par un recul de la loi au sens large. « S'exprime ici une aspiration particulièrement prisée des Anglo-Saxons : l'autonomie »²¹⁰. Plus exactement, elle signifie que les interlocuteurs sociaux doivent être en mesure de s'autoréguler. Cette idée qui est décrite comme « séduisante » et exerçant « un fort pouvoir de séduction [...], épouse [indéniablement] l'idéologie libérale... »²¹¹.

Reste néanmoins à déterminer comment cette capacité à l'autorégulation est susceptible de se manifester dans le cadre de l'idéaltype libéral. Elle passe par l'idée de

²⁰⁸ J. Garelo, B. Lemennicier et H. Lepage, *Cinq questions sur les syndicats*, PUF, 1990, pp. 103 et s.

²⁰⁹ V. Vincent, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, Corpus essais, 2002, pp. 229 et s.

²¹⁰ P. Lokiec, « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale », in *La contractualisation de la production normative*, ss. la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p.95

²¹¹ *Loc. cit.*

« laissez-faire » qui se concrétise essentiellement de deux manières. La première consiste en la possibilité offerte aux interlocuteurs sociaux de déroger à la loi comme bon leur semble. Un point délicat reste sur ce point à définir. En effet, il est difficile, comme cela a déjà été évoqué, de déterminer si une approche libérale est résolument opposée à ce que la dérogation ne soit admise que dans un sens plus favorable aux salariés. La seconde passe par la reconnaissance d'une sphère de compétences propre aux interlocuteurs sociaux dans laquelle ils doivent être en mesure de passer des accords à leur guise. La position commune de 2001 plaide en faveur de la reconnaissance d'une telle sphère, sans succès.

102. L'idée d'autonomie est donc cardinale dans le cadre de l'idéaltype libéral de l'accord collectif de travail. Pour autant, il serait faux de soutenir qu'elle lui est exclusive. En effet, on la retrouve également en filigrane dans l'idéaltype statutaire de l'accord collectif de travail.

2. L'idéaltype statutaire de l'accord collectif de travail

103. La seconde manière de concevoir l'accord collectif de travail sous forme d'idéaltype est d'en donner une représentation statutaire²¹². Dans son sens le plus général, le statut désigne un ensemble de règles régissant une catégorie définie de personnes. Bien connue du droit de la fonction publique, la notion de statut est loin d'être étrangère au droit du travail. Elle est traditionnellement opposée à celle de contrat. Dans l'analyse contractuelle, la volonté du salarié détermine le régime du rapport de travail. À l'inverse, dans l'approche statutaire, le contrat ne constitue que l'acte par lequel le salarié entérine sa soumission à l'égard de son employeur et par là même accède à un corps de règle défini en dehors de lui, à un statut²¹³.

Ce statut est susceptible de revêtir différentes formes. Légal, il désigne le support normatif auquel ne peuvent se soustraire les parties dont la relation est qualifiée de relation de travail subordonné. Il désigne également, sous l'appellation d'origine prétorienne de

²¹² L'existence d'une telle représentation est actée par F. Petit qui évoque une « théorie statutaire de la convention collective », *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, LGDJ, 2000, p. 419.

²¹³ A ce titre, il est possible de soutenir qu'il n'existe pas de véritable opposition ou du moins d'incompatibilité entre contrat et statut. En effet, on peut tout à fait considérer que le second trouve quelque part son origine dans le premier. De manière plus originale, on peut également considérer que le statut s'attacherait non pas au contrat mais à la personne du travailleur, cf. sur ce dernier point, A. Lyon-Caen, « Contrat et/ou emploi : composition ou recomposition », *SSL supplément*, 2011, n° 1508.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

« statut collectif », un ensemble de normes d'origine professionnelle parmi lesquelles figurent règlements intérieurs, usages et engagements unilatéraux de l'employeur ainsi que les accords collectifs de travail²¹⁴. Ce statut collectif aurait pour caractéristique de s'appliquer sans que les salariés soient tenus d'y consentir dès lors qu'ils ont accepté de se lier à l'employeur. Dans cette perspective, le contrat de travail constituerait un « acte condition » déclenchant l'application du statut aussi bien collectif que légal²¹⁵. L'accord collectif de travail s'apparente alors à une norme légale à laquelle elle emprunte les traits, c'est-à-dire son abstraction et sa généralité (a), sa permanence (b) ainsi que son impérativité (c).

a) L'accord collectif de travail comme norme générale et abstraite

104. Une norme est dite abstraite et impersonnelle lorsqu'elle est destinée non pas à régir des cas particuliers, mais à s'appliquer de manière uniforme à toutes les personnes et les choses se trouvant dans la situation juridique définie par elle. S'il est abstrait, l'accord collectif de travail est donc impersonnel. Cette impersonnalité garantit contre l'arbitraire. Les salariés qui sont soumis à la norme conventionnelle n'ont pas à craindre que celle-ci soit pensée en faveur ou au préjudice d'un salarié pris individuellement. L'accord collectif tel qu'il résulte de l'idéaltype statutaire relèverait ainsi plus volontiers du droit objectif que du droit subjectif. Cela ne veut pas dire que l'accord collectif ne peut particulariser les conditions de travail de certaines catégories de salariés, mais simplement que tout salarié se trouvant dans les circonstances définies par l'accord collectif sera régi par les mêmes dispositions. Ce caractère général garantit ainsi l'égalité entre salariés, égalité qui logiquement ne devrait pas empêcher d'instaurer des différences de traitement entre salariés si elles sont motivées par des raisons objectives.

L'accord collectif de travail contribue donc, dans le cadre de l'idéaltype statutaire, à homogénéiser les droits des salariés au niveau de sa conclusion, du moins de manière plus accentuée que dans le cadre de l'idéaltype libéral. Dans cet idéal type, les normes collectives doivent s'imposer et transcender les arrangements individuels. L'idée est de tempérer l'absence d'égalité entre les parties au contrat de travail en déplaçant les négociations sur le

²¹⁴ Donner une coloration statutaire à ce deuxième idéaltype d'accord collectif de travail ne semble pas ainsi dénué de sens au regard de cette qualification.

²¹⁵ P. Ollier, *art. précit.*, p. 680.

terrain collectif. Le statut collectif avait, ainsi, initialement, du moins vocation à garantir l'application aux salariés d'un statut censé être plus protecteur. Les dérogations individuelles par voie de contrat de travail sont envisageables dans le cadre de l'idéaltype statutaire, mais difficiles à admettre si elles aboutissent à priver les salariés de certains avantages conventionnels. L'ordre public social se conçoit ainsi assez aisément dans le cadre de l'idéaltype statutaire. En droit positif, la négociation de branche a longtemps été présentée comme vectrice d'égalité entre les entreprises et les salariés. C'est pourquoi le droit français de la négociation collective a pendant un temps été construit sur la base du primat de l'accord de branche. À vrai dire, plus un accord est conclu à un niveau de négociation centralisé, plus il permet une homogénéisation des conditions de travail. La généralité des normes qu'il contient est ainsi assurée par un rayonnement plus large. Aussi, dans l'idéaltype statutaire, une préférence est nettement marquée en faveur des niveaux de négociation les plus centralisés. Cela ne signifie pas que toute négociation décentralisée est impossible dans l'idéaltype statutaire. Simplement, les rapports entre accords conclus à des niveaux différents sont nécessairement guidés par une certaine prévalence des accords les plus centraux.

105. Dans la même perspective, mais sur un autre plan, la généralité de la norme conventionnelle est également assurée au stade de son application. En effet, si le but de l'accord collectif de travail est de permettre une standardisation des conditions de travail dans un secteur donné, il faut que cette norme s'applique uniformément à l'ensemble des entités et individus qui entrent dans son champ d'application professionnel et géographique. L'accord collectif s'apparente alors à une loi professionnelle.

106. Du caractère général de l'accord collectif de travail pensé dans le cadre de l'idéaltype statutaire, il découle également que celui-ci s'applique aux salariés de la manière la plus large. Autrement dit, il doit s'appliquer à l'ensemble des salariés liés par un employeur assujetti, peu importe qu'ils n'y aient pas consenti. À ce titre, il est traditionnellement fait état d'un effet *erga omnes* de l'accord collectif de travail. Il est question de force juridique en extension. Mais cette emprise de la norme conventionnelle ne se manifeste pas que dans l'espace. Elle s'opère également dans le temps.

b) L'accord collectif de travail comme norme permanente

107. La spécificité de l'idéaltype statutaire s'apprécie également dans le temps. Comme toute loi, l'accord collectif de travail appréhendé sous cet angle, doit présenter une certaine permanence. Cette dernière est toutefois relative. Elle ne signifie pas que l'accord collectif de travail a vocation à s'appliquer *ad vitam aeternam*. Comme le rappelle l'adage, « les engagements perpétuels sont prohibés ». Conçue comme une véritable charte professionnelle, la convention collective doit être assurée de stabilité et de continuité. Cela est particulièrement vrai au stade de la dénonciation ou de la mise en cause d'un accord conclu pour une durée indéterminée. En principe, en droit commun des obligations, si les parties d'un contrat conclu pour une durée indéterminée décident d'y mettre légalement un terme, celui-ci a vocation à ne plus produire d'effets à compter de cette décision commune. Dans l'idéaltype statutaire, les effets de l'accord collectif dénoncé ou mis en cause ont vocation à se prolonger dans le temps afin de garantir une stabilité et une continuité au statut collectif. Il est bien des manières de procéder à cette fin. Le droit positif s'inscrit indéniablement dans la lignée de cet idéaltype. En effet, lorsqu'une convention collective est régulièrement dénoncée ou mise en cause, celle-ci a vocation à produire ses effets a minima pendant un délai de préavis, qui sauf disposition conventionnelle contraire, est de trois mois. Au-delà, tant qu'aucun accord de substitution n'a été signé, l'accord continue à s'appliquer pendant une période d'un an. Enfin, à l'issue de ce délai, les salariés conservent le bénéfice des avantages individuels acquis issus de l'accord non remplacé²¹⁶. Cette permanence « est un atout essentiel quand on sait que le principal reproche fait par les investisseurs à notre droit du travail est moins sa complexité, et même sa rigidité, que son instabilité et son imprévisibilité »²¹⁷. Toutefois, cette stabilité n'a de sens que si l'accord collectif de travail constitue *de facto* une norme obligatoire sans quoi il n'y aurait aucun intérêt à vouloir prolonger sa survie dans le temps. Mieux, elle doit produire prévaloir sur les contrats individuels de travail.

²¹⁶ Art. L.2261-13 pour la dénonciation et art. L.2261-14 pour la mise en cause.

²¹⁷ O. Dutheillet de Lamothe, « L'accord collectif, une source constitutionnelle du droit du travail », *SSL*, n°1533, 10 avril 2012, p.7.

c) L'accord collectif de travail comme norme impérative

108. Dans le cadre de l'idéaltype statutaire, l'accord collectif participe d'un statut à l'égard des salariés. À ce titre, il doit s'imposer à eux, même s'ils n'y ont pas consenti. La force juridique en extension se voit ainsi doublée d'une force juridique en intensité. Il faut comprendre par là que l'accord produit un effet immédiat, automatique et impératif. Tel est le cas en droit positif.

On dit de l'accord collectif de travail qu'il produit un effet immédiat dès lors qu'il a vocation à régir non seulement les contrats de travail conclus postérieurement à sa signature, mais aussi ceux qui sont en cours d'exécution. L'effet automatique signifie, quant à lui, que les clauses d'un contrat de travail contraires à l'accord collectif sont automatiquement mises de côté. La clause contractuelle contraire à l'accord n'est pas nulle, elle est simplement, par un mécanisme remarquable en droit, temporairement mise de côté. Accord collectif de travail et contrat individuel de travail demeurent ainsi des sources autonomes du droit du travail. Les dispositions du premier n'ont pas à vocation à s'intégrer au premier. Il est fait état d'un principe de non-incorporation de l'accord collectif au contrat de travail.

En vertu de l'effet impératif, un contrat de travail ne peut en principe déroger à un accord collectif de travail. En droit positif, l'article L. 2254-1 du Code du travail prévoit à ce titre que « lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention collective de travail, ces clauses s'appliquent au contrat de travail conclu avec lui ». Issu de la loi du 11 février 1950, cet article disposait initialement que les clauses de l'accord collectif s'imposent au contrat de travail. La formulation actuelle a été introduite en 1982 « sans pourtant qu'on doute aujourd'hui de l'impérativité des règles posées par convention collective »²¹⁸.

De cet effet impératif, il découle qu'un salarié ne peut renoncer aux droits qu'il tient d'un accord collectif et plus largement que « les parties liées par un contrat de travail ne peuvent, pendant toute la durée du contrat, déroger par un accord particulier [...] aux stipulations de la convention collective dont ils relèvent »²¹⁹. Il existe différentes manières de concevoir cet effet impératif. Entendu restrictivement, celui-ci empêche dans tous les cas le contrat individuel de travail de déroger à l'accord collectif de travail. Entendu plus

²¹⁸ A. Lyon-Caen, « Grandeur et décadence de la loi professionnelle » in *Les conventions collectives de branche : déclin ou renouveau : déclin ou renouveau ?*, CEREQ, Etudes, 1993, n°65, p. 54.

²¹⁹ Soc. 3 mars 1988, *Bull. civ.*, V, n°161

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

largement, l'effet impératif autorise la dérogation, mais uniquement en faveur des salariés. En ce sens, l'article L. 2251-1 prévoit que les accords collectifs peuvent « comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur ».

109. Reste à déterminer d'où l'accord collectif de travail tire son effet impératif dans l'idéaltype statutaire. Deux possibilités sont envisageables. La première consiste à fonder cet effet dans la capacité normative autonome des interlocuteurs sociaux. La seconde fait découler le pouvoir normatif des négociateurs d'une habilitation légale. L'accord collectif de travail tirerait ainsi son effet impératif de la loi elle-même. Encore faut-il dans ce cas que cette même loi identifie les acteurs susceptibles d'engager les personnes qu'ils représentent. L'idée de représentativité prend alors forme comme titre habilitant. Dans cette perspective, les pouvoirs publics ont un rôle à jouer dans l'encadrement de l'activité conventionnelle. Ainsi, la liberté reconnue aux interlocuteurs sociaux est moindre dans l'idéaltype statutaire que dans l'idéaltype libéral. L'emprise des pouvoirs publics est encore plus radicale dans l'idéaltype dirigiste.

3. L'idéaltype dirigiste de l'accord collectif de travail

110. Si les idéaltypes libéral et statutaire relèvent plus sûrement de l'anomie ou de l'autonomie, tempérée s'agissant du second, l'idéaltype dirigiste de l'accord collectif de travail s'inscrit dans une approche résolument hétéronome de la négociation collective. Ainsi, s'il est question de dirigisme, c'est bien de dirigisme étatique dont il est question. Dans cet idéaltype, peu de place est laissée à l'initiative des interlocuteurs sociaux **(a)** et les accords collectifs conclus par eux font l'objet d'un fort contrôle administratif **(b)**.

a) Une négociation contrainte

111. Dans l'idéaltype dirigiste de l'accord collectif de travail, l'activité conventionnelle n'est pas complètement spontanée. La loi la suscite de différentes manières. La plus connue reste l'obligation périodique de négocier qui contraint les interlocuteurs sociaux à négocier sur un ou plusieurs thèmes préétablis. La contrainte ici décrite doit néanmoins fortement être relativisée. En effet, l'obligation de négocier est avant tout une négociation d'ordre

procédural. Autrement dit, négocier n'implique pas nécessairement de conclure un accord collectif. Pour autant, il ne faut pas non plus en sous-estimer l'impact, car le non-respect d'une telle obligation par l'employeur est sanctionné. De même, le choix des thèmes de négociation n'est pas innocent. Par ce biais, les pouvoirs publics entendent imprimer leur marque sur le cours de la négociation et influencer sur le contenu même de l'accord.

112. Le degré de contrainte exercé sur les interlocuteurs sociaux peut se voir accentué par d'autres biais que l'obligation de négocier. La plus simple serait d'instaurer une obligation de conclure un accord collectif. Le recours à ce mécanisme est difficilement envisageable en droit positif, le système français de négociation collective reposant aujourd'hui sur une liberté conventionnelle entendue comme la liberté de conclure ou de ne pas conclure un accord, sur laquelle il serait extrêmement difficile de transiger. Reste que dans l'idéaltype dirigiste, une telle obligation aurait tout son sens. De manière intermédiaire entre l'obligation de négocier et celle de conclure, il est également possible de mettre en place un système de négociation dite administrée²²⁰. L'expression est employée pour désigner les cas dans lesquels, sans être contraints à signer un accord collectif, les interlocuteurs sociaux sont fortement incités à le faire. En effet, en cas d'échec, un système de pénalisation financière peut être mis en place. De manière moins radicale, il peut être prévu qu'en l'absence d'accord, les pouvoirs publics seront amenés à légiférer à titre subsidiaire aux risques et périls des interlocuteurs sociaux. Toutefois, lorsqu'une sanction pécuniaire est prévue, il est possible d'aménager une voie alternative au profit de l'employeur sur lequel pèse le risque de la négociation collective. Il peut ainsi être prévu qu'une décision unilatérale devra pallier l'absence d'accord.

113. Dans l'idéaltype dirigiste, la liberté conventionnelle trouve ainsi peu d'écho. Cela se manifeste également par la circonscription très stricte du domaine matériel de la négociation collective. Les accords collectifs ne peuvent porter que sur les thèmes que la loi ou les règlements les autorisent à traiter. Mieux, la loi peut fixer une liste de thèmes expressément exclus du champ de la négociation collective. À ce titre, la loi du 23 décembre 1946 s'inscrivait parfaitement dans une logique dirigiste. Celle-ci excluait par exemple du

²²⁰ Sur ce type de négociation, cf. F. Canut et P.-Y. Verkindt, « Négocier sous contrainte. Un nouveau visage de la négociation collective en France ? », *in Etudes en hommage à la mémoire de F. Gaudu*, 2014, p. 241.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

domaine du négociable les salaires et autres indemnités accessoires de la rémunération du travail.

Une autre manière d'orienter le contenu d'un accord collectif dans le cadre d'un tel idéaltype consisterait à prévoir une liste de thèmes devant obligatoirement être traités. À titre d'exemple, en droit positif, l'extension d'un accord de branche est subordonnée à l'existence de certaines clauses par l'article L. 2261-22 du Code du travail. De manière plus radicale, les pouvoirs publics et pour être plus précis les autorités administratives, peuvent également être amenés à contrôler le contenu d'un accord si une procédure d'agrément en conditionne la validité.

b) Un accord collectif contrôlé administrativement

114. Dans l'idéaltype dirigiste, l'accord collectif de travail doit, pour produire ses effets, recevoir l'onction de l'autorité publique. Au sens large, il est possible de parler de procédure d'agrément, véritable condition *ad validitatem* de l'accord. Sans ce précieux sésame, l'accord ne peut entrer en vigueur de même que son retrait ou son annulation en cours d'application, l'empêche de produire des effets à l'avenir.

Cette procédure est susceptible d'être mise en place pour au moins deux raisons. D'une part, elle permet à l'autorité de tutelle de s'assurer de la régularité de l'accord par rapport aux textes légaux et conventionnels. D'autre part, elle peut permettre à cette même autorité d'exercer un véritable contrôle en opportunité purement discrétionnaire sur le contenu de l'accord. Lorsqu'il est délivré, l'agrément permet alors à l'accord de produire pleinement ses effets à l'égard de l'ensemble des salariés et des employeurs compris dans le champ de l'accord collectif. La force juridique ainsi conférée, par cette intervention administrative, est proche de celle d'un règlement.

115. Il existe ainsi bien des manières de représenter l'accord collectif de travail sous forme de modèle idéaltype. Au moins trois d'entre elles ont été ici identifiées. À chaque fois, l'accord collectif de travail s'est trouvé au cœur de l'effort de modélisation. La pensée par type a ainsi été exploitée afin de faire la lumière sur cette figure. Toutefois, il convient désormais de dépasser ce travail d'identification du modèle de l'accord collectif de travail en soi. Il est possible à présent de mener cette quête d'identité en commençant à rapporter ce

modèle aux accords qui semblent l'imiter. À ce titre, l'accord collectif de travail peut être perçu comme un modèle type, entendu comme archétype, de la catégorie plus vaste des accords collectifs au sens large.

Paragraphe 2 L'élévation de l'accord collectif de travail au rang de modèle type d'accord collectif

116. L'hypothèse ici défendue consiste à voir dans l'accord collectif de travail un modèle type d'accord collectif. L'assertion mérite d'être vérifiée. Le modèle type doit ici être compris comme un archétype. Pour qu'un objet puisse être érigé à ce rang, il existe deux possibilités. La première consiste à y voir le meilleur exemplaire, le meilleur représentant d'une catégorie. La seconde consiste à y voir le premier exemplaire d'un modèle, d'une série. Or si l'accord collectif de travail est un modèle type, c'est à la fois parce qu'il est perçu comme l'exemple le plus représentatif de la catégorie des accords collectifs et parce qu'il a été historiquement le premier exemplaire, le premier représentant de la catégorie des accords collectifs.

Le type se veut concret. Il illustre et exemplifie la catégorie en la particularisant à partir d'une figure nettement circonscrite tandis que la méthode des conditions nécessaires et suffisantes aboutit à regrouper différentes espèces en généralisant certains traits réputés communs. Le type est singulier alors que la catégorie est plurielle. En effet, la catégorie regroupe une multitude d'actes tandis que le type n'en constitue que l'une des espèces. Simplement, lorsqu'il se veut modèle, il en est la figure la plus représentative.

Il est donc proposé de voir dans l'accord collectif de travail, un modèle type d'accord collectif. L'assertion se veut presque intuitive, car derrière se cache un jugement de valeur. Si l'accord collectif de travail est un modèle type d'accord collectif, c'est d'abord en raison d'un sentiment tenace, celui de l'exemplarité du procédé. Une telle conclusion n'est toutefois pas satisfaisante et appelle confirmation. La rigueur invite en effet à démontrer que l'hypothèse est fondée. Il faut pour ce faire, s'appuyer sur la littérature juridique (A) et déterminer *in fine* les raisons pour lesquelles l'accord collectif de travail a été élevé au rang de modèle type (B).

A) Le constat de l'exemplarité de l'accord collectif de travail relayé par la littérature juridique

117. Si l'accord collectif de travail est aujourd'hui reconnu comme l'exemplaire le plus représentatif de la catégorie des accords collectifs, c'est en grande partie parce qu'il est reconnu comme tel par la communauté des juristes. Intuitivement, il est possible de penser que pour une très majorité de ses membres, l'accord collectif de travail est la figure qui vient automatiquement à l'esprit lorsqu'il est question d'accord collectif. Rien ne permet, à vrai dire d'infirmer ou de confirmer une telle intuition. À défaut de pouvoir sonder les esprits, il est possible de se référer d'en tester la pertinence en menant un travail, il faut le convenir, assez rudimentaire. Pour ce faire, il suffit de se référer aux manuels généraux notamment consacrés à l'étude des actes juridiques en général et des actes juridiques collectifs en particulier. Une image revient avec persistance lorsqu'il s'agit de présenter la catégorie des accords collectifs. Il s'agit bien entendu de celle de l'accord collectif de travail. Un recensement rapide permet de le confirmer. Cela suppose un travail de sélection forcément arbitraire. L'attention sera essentiellement focalisée sur les ouvrages consacrés à l'introduction au droit, au droit des obligations voire même droit administratif.

À la lecture de ces ouvrages, il apparaît que c'est avec une fréquence et une régularité plus que significatives que l'accord collectif de travail est présenté comme une figure centrale de la catégorie des accords collectifs. Se détachent plusieurs manières d'appréhender cet objet. La première consiste à faire de l'accord collectif de travail un simple exemple d'accord collectif. Telle est l'approche adoptée par MM. Flour, Aubert et Savaux qui identifient dans leur manuel une catégorie des conventions collectives²²¹. On notera toutefois avec intérêt qu'ils y consacrent deux sections, l'une réservée aux conventions collectives de travail et l'autre aux « autres conventions collectives »²²².

La deuxième approche consiste à faire de l'accord collectif de travail certes un exemple d'accord collectif, mais cette fois-ci un exemple remarquable. « Exemple le plus évident » selon MM. Terré, Simler et Lequette, « exemple le mieux structuré » d'accord

²²¹ V. également, A. Bénabent, *Droit des obligations*, Domat droit privé, LGDJ, 2014, 14^{ème} éd., p. 41 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribeau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 14^{ème} éd., 2014, p. 258 : « on nomme contrats collectifs ceux où des personnes se trouvent liés sans avoir eu à manifester leur consentement (par ex. convention collective de travail...) ».

²²² J. Flour, J-L, Aubert et E. Savaux, *op.cit.*, p. 521 et s.

collectif²²³ selon J. Carbonnier, « exemple le plus typique »²²⁴ selon Mme Fabre-Magnan, « exemple le plus topique d'acte collectif » selon M. Cabrillac²²⁵, l'accord collectif de travail est également selon MM. P. Malinvaud et D. Fenouillet, « l'hypothèse la plus connue »²²⁶.

La troisième approche, qui s'inscrit dans la lignée des précédentes approches va encore plus loin et consiste à faire de la convention collective de travail, «le modèle des accords collectifs », son « archétype ». Telle est l'approche adoptée par MM. P. Malaurie, L. Aynès et Stoffel-Munck²²⁷.

118. L'accord collectif de travail est donc, semble-t-il, pour de nombreux juristes, un modèle type d'accord collectif. Cette présentation qui paraît relativement fidèle à l'image que peuvent avoir les juristes des accords collectifs présente néanmoins quelques inconvénients. Elle est en effet reliée à la psychologie et laisse à penser qu'elle pourrait varier selon les individus. Ainsi, il est des manuels dans lesquels les accords collectifs ne sont pas mentionnés ou bien dans lesquels l'accord collectif de travail n'est pas présenté comme une figure typique de la catégorie des accords collectifs. Cette « origine psychologique pose directement le problème de la variation individuelle, puisque, étant d'abord la figure que les individus ont à l'esprit »²²⁸ le modèle type peut très bien varier d'un individu à l'autre. Ce problème se résout toutefois assez facilement. En effet, certains sémiologues considèrent qu'il est possible de surmonter cet obstacle dès lors qu'on admet que le type envisagé « n'est vraiment considéré comme le meilleur exemplaire d'une catégorie que s'il apparaît comme celui étant celui qui est le plus fréquemment donné comme tel »²²⁹. Or il apparaît très clairement que dans notre champ d'investigation, l'accord collectif de travail est majoritairement considéré comme un exemplaire on ne peut plus remarquable de la catégorie des accords collectifs.

Toutefois, ce constat dressé, quelles sont les conséquences qu'il convient d'en tirer sur un plan juridique ? Il est très délicat de répondre à une telle question. La pensée par type est sollicitée en substitution de la pensée par conditions nécessaires et suffisantes. Or, cette

²²³ J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations*, Paris PUF, Quadrige, 2004, p. 213.

²²⁴ M. Fabre Magnan, *Droit des obligations. Tome 1 Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis Droit PUF, 3^e éd. 2008, p. 177.

²²⁵ R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Cours Dalloz, 11^{ème} éd., 2014, pp. 166 et 167.

²²⁶ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^{ème} éd, 2014, p. 51.

²²⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, LGDJ, Defrénois, 2003, p. 402.

²²⁸ G. Kleiber, *La sémantique du prototype*, PUF, 1990, p. 48.

²²⁹ *Ibid.*, p. 49.

dernière est mobilisée en vue de proposer une définition de l'objet considérée. Autrement dit, le type peut à son tour être mobilisé à cette fin. Il existerait ainsi une « définition par typicalité » reposant sur l'idée que « ce qui est typique n'est pas nécessaire, mais probable et représentatif »²³⁰. Il s'agirait ainsi de définir l'accord collectif à travers son représentant le plus fameux, c'est-à-dire l'accord collectif de travail. Plus encore, il pourrait alors être question de tirer du régime juridique des accords collectifs de travail des règles visant à s'appliquer à l'ensemble des accords collectifs. Il conviendra de tester ultérieurement cette proposition. En attendant, il reste à déterminer pour quelles raisons l'accord collectif de travail est considéré comme la figure typique par excellence de la catégorie des accords collectifs.

B) Les raisons de l'exemplarité de l'accord collectif de travail

119. Le raisonnement par type défie quelque peu le raisonnement par conditions nécessaires et suffisantes qui fonde une pensée catégorielle classique. Dans le cadre de cette dernière, les espèces d'une même catégorie sont considérées comme semblables dès lors qu'ils présentent des traits communs. Il en découle que les normes attachées à cette catégorie doivent s'appliquer de manière identique à l'ensemble des espèces qui en relèvent. Ce raisonnement est particulièrement prégnant en droit où les catégories juridiques sont pour l'essentiel élaborées sur cette base. La logique qui sous-tend la pensée par type est à l'inverse complètement différente. En effet, elle repose sur l'idée que les espèces d'une même catégorie n'ont pas le même statut et ne peuvent, dès lors, être mises sur le même plan. Celles-ci sont plus ou moins typiques. Autrement dit, elles représentent plus ou moins bien la catégorie à laquelle elles appartiennent.

Ce raisonnement n'est pas incomplètement inconnu des juristes. En effet, chaque juriste retire par exemple « de sa formation élémentaire ou de ses recherches approfondies — de la théorie générale comprise comme activité, en fait — une image du contrat qu'il utilise ensuite dans l'étude des autres branches, plus ou moins éloignées, du droit »²³¹. C'est ce qui conduit de manière spontanée à penser bien souvent le contrat au travers de l'échange et spécialement du contrat de vente. Ce n'est pourtant aujourd'hui, « qu'une

²³⁰ S. Goltzberg, *op.cit.*, p. 37.

²³¹ E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, 1997, p. 312.

espèce marginale de la catégorie juridique du contrat »²³². Cette démarche réductrice présente néanmoins de sérieux avantages. En tant que telle, la catégorie des contrats regroupe sous sa coupe une multitude d'actes juridiques qu'il est ici inutile de recenser. Grâce au modèle type, cette diversité qui constitue un obstacle à l'appréhension de la catégorie peut être dépassée en l'associant à un exemplaire unique illustratif.

120. Pour comprendre la logique du modèle type, un auteur se propose de l'appliquer à un énoncé classique : les animaux sont interdits dans les restaurants. Au premier abord, on peut en déduire que cette interdiction s'oppose aussi bien à la présence d'un chien que d'un canari. Pourtant, on pressent bien que si « le chien sera typiquement interdit [...] le canari le sera moins, car bien qu'il s'agisse indéniablement d'un animal [...], ce n'est pas un animal typiquement concerné par l'interdiction [...] notamment parce que le canari (typique) n'aboie pas et qu'il ne mord pas les pieds des clients »²³³. Il faut donc admettre que certaines figures juridiques illustrent mieux une catégorie juridique que d'autres. Plus délicate est en revanche la question des conséquences juridiques qu'il faut tirer d'un tel constat, notamment sur le plan du régime juridique. Il n'est pas question pour l'heure de résoudre ce problème. L'essentiel est pour l'heure de constater que l'accord collectif de travail constitue indéniablement le modèle type de la catégorie des accords collectifs.

121. Il est relativement aventureux de vouloir expliquer en quoi tient l'exemplarité de l'accord collectif de travail lorsqu'on se situe sur le terrain idéal. Le jugement de valeur n'est en effet pas loin et le risque de basculer de l'idéal à l'idéal est grand. Nous avons fait dans un premier temps le constat de l'exemplarité de l'accord collectif de travail dans la littérature juridique. La fréquence à laquelle ce type d'accord est cité pour exemplifier la catégorie des accords collectifs au sens large laisse à penser qu'il en est à l'évidence l'instance la plus représentative. Les raisons avancées pour justifier une telle représentation tiennent essentiellement à l'historicité de l'accord collectif de travail. Qualifier ce dernier de modèle type ne revient pas à en faire une figure hégémonique. Simplement, il convient d'admettre que si la catégorie des accords collectifs est pensée essentiellement au travers de l'accord

²³² A. Jeammaud, « Le droit de la convention collective dans son rapport aux relations professionnelles : constats, mystères et hypothèses » in *Les conventions collectives de branche, déclin ou renouveau ?*, CEREQ, Etudes, 1993, n°65.

²³³ S. Goltzberg, *op. cit.*, p. 80.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

collectif de travail, c'est parce qu'historiquement il en constitue la figure originelle. Et parce que ce type d'accord collectif est le plus ancien, ancienneté somme toute relative à l'échelle de l'histoire, il est sans doute l'accord collectif juridiquement le mieux structuré. Il va sans dire que d'un strict point de vue quantitatif, les accords collectifs de travail sont majoritaires au sein de la catégorie des accords collectifs. Répandu, le procédé offre de la sorte un corpus de règles et de nombreux et précieux enseignements aux acteurs qui seraient tentés de vider de son emprunte « travailliste » un procédé juridique susceptible d'être étendu au-delà de son terreau originel. Les raisons de cette transposition sont innombrables. Il est difficile ici d'en dresser une typologie, du moins nous n'envisageons pas d'en proposer une à ce stade de notre étude. Il faut à tout le moins admettre que si le procédé de l'accord collectif s'est développé en dehors du droit du travail, c'est qu'une telle transposition présentait pour ses auteurs un intérêt pratique.

122. La catégorie des accords collectifs peut donc être envisagée au travers de l'accord collectif de travail qui en constitue le modèle type. Toutefois, l'historicité de l'accord collectif de travail ne suffit pas à expliquer la diffusion de ce modèle au-delà du droit du travail. Cette extension découle également d'un jugement de valeur, jugement qui tend à faire de l'accord collectif de travail plus qu'un simple modèle idéal, un modèle idéal.

Conclusion de chapitre

123. En quête de l'identité du modèle de l'accord collectif de travail, la première étape a consisté à y déceler un modèle idéal. Si l'adjectif employé suggère qu'il relève avant tout du monde des idées, il exprime surtout la nature référentielle du modèle. Cela est vrai d'ailleurs, que le modèle soit conçu comme une catégorie, ou bien comme un type. Toutefois, selon l'approche adoptée, la référence est employée de différentes manières. Catégoriels, les contours du modèle sont tracés avec netteté selon la logique des conditions nécessaires et suffisantes. Cette dernière est précieuse, car elle est source de sécurité et de stabilité. Elle offre des critères opérationnels pour le juge qui s'y réfère et fait de la catégorie de l'accord collectif de travail, un modèle pour la qualification juridique. Elle est aussi un modèle pour l'action. Il n'est pas étonnant dès lors que les modèles normatifs de l'accord collectif de travail ainsi que les modèles doctrinaux soient essentiellement pensés au travers de ce prisme.

Type, le modèle transcende la pensée juridique classique. L'appartenance à la catégorie, en l'occurrence celle d'accord collectif au sens large, ne se réduit plus à la réunion de conditions nécessaires et suffisantes, mais se déduit de son degré d'appartenance à celle-ci. En cela, certaines figures la représentent et l'exemplifient mieux que d'autres. Exemple au sens de déclinaison, le modèle se veut prototype. Exemple au sens de déclinaison la plus représentative, le modèle se veut archétype. Or, le modèle de l'accord collectif de travail peut être analysé sous ces deux angles. Mieux, il apparaît que le modèle lui-même peut se plier à ce travail de typification et donner lieu à l'identification de différents idéaltypes. Bien qu'idéelles, ces représentations sont porteuses d'une ambiguïté fondamentale. Elles sont susceptibles d'exprimer à la fois l'idéal et l'idéal.

Chapitre 2 Un modèle idéal

124. « Idéal : modèle qu'on compose en vue de l'admirer et de l'imiter. L'idéal est toujours nettoyé d'un peu de réalité qui ferait tâche »²³⁴. De cette affirmation triviale découle une intuition cardinale : la notion de modèle évoque un idéal²³⁵. Or, un modèle ne peut prétendre à une telle qualification qu'à l'issue d'un jugement de valeur. S'il est jugé bon, il peut alors être proposé à l'imitation à des fins d'excellence²³⁶. Un modèle juridique a donc vocation à « servir de référence, être cité en exemple, imité, voire transposé, grâce à ses caractéristiques ou ses qualités, vraies ou supposées »²³⁷. La raison d'un tel jugement tient donc aux vertus qui lui sont ainsi prêtées²³⁸. Celles-ci correspondent à autant de traits qui le confinent, à tort ou à raison, dans une certaine image de la « perfection ». La modélisation, entendue comme l'élévation d'un objet au rang de modèle, est alors le fruit d'un travail d'étalonnage qui consiste à en extraire les éléments remarquables pour les ériger en référence à atteindre²³⁹.

Or, il est manifeste que l'accord collectif de travail fait l'objet, par certains acteurs du droit, d'une véritable idéalisation. Encore faut-il le démontrer. La tâche s'avère redoutable,

²³⁴ Alain, *Définitions*, Gallimard, Nrf, 1953, p. 66.

²³⁵ Sur la notion de « modèle idéal », cf. J.-P. Laborde qui l'emploie pour l'appliquer aux systèmes de Sécurité sociale, *Droit de la sécurité sociale*, Thémis Droit public, PUF Droit, 2005, p. 14.

²³⁶ Telles les petites filles modèles de la comtesse de Ségur. En revanche, l'objet auquel on prête certains défauts est plus volontiers qualifié d'anti-modèle. Cette notion d'anti modèle ne peut être comprise qu'à l'aune du modèle idéal car elle abrite en elle une évaluation-un jugement de valeur- qui est propre à ce type de modèle. L'anti modèle est un modèle qu'il est jugé bon de ne pas suivre.

²³⁷ F. Petit, « Esprit du droit et modèles en droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de P.-G. Pougué*, Wolters Kluwer, CREDIJ, 2014, p. 628. V. également, M.-A. Frison-Roche, « Le modèle du marché », *APD*, n° 40, 1995, p. 288 : le modèle a vocation à « susciter [...] le développement d'une technique adéquate ».

²³⁸ Cet « appel aux vertus de la négociation collective » a notamment été lancé au lendemain de la crise au CNE mis en place par voie d'ordonnance en août 2005, sans concertation préalable. A. Lyon-Caen, « Vers un renouvellement des sources et l'émergence d'un droit du marché du travail », *Rép. trav., cahiers de l'actualité*, 2007-1, p. 4.

²³⁹ V. en ce sens, F. Blondel, « L'aggiornamento de l'évaluation dans le champ de l'action publique : entre raison gestionnaire et exigence démocratique », *Nouvelle revue de psychosociologie*, 2009, p. 71. Cette tendance irrésistible « à l'alignement des instruments juridiques sur le modèle dominant est imposée, ou tout du moins réclamée » par des acteurs soucieux de « copier sur le meilleur » et de trouver les instruments juridiques « les plus efficaces », J.-F. Riffard, « La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits », in *Les mutations de la norme*, ss. la dir. de N. Martial-Braz, J.-F. Riffard et M. Behar-Touchais, Economica, Etudes juridiques, 2011, p. 106. V. également, J.-P. Laborde qui relève que les imitateurs cherchent « à reproduire une législation jugée supérieure aux autres », un « modèle [...] estimé particulièrement compétitif, performant ou harmonieux », « Droit (social) comparé et littérature comparée. Observations (trop) rapides », in *Mélanges en l'honneur d'E. Alfandari*, Dalloz, 2005, p. 343.

car il ne peut s'agir ici de sonder les cœurs pour déceler les raisons d'un tel « éloge »²⁴⁰. L'étude des lois se révèle à ce sujet assez décevante. En effet, la norme juridique est très souvent « muette sur ses raisons d'être » et « ne dit jamais pourquoi elle dispose ainsi, le devoir être [étant] posé comme un absolu, qui n'aurait pas à être fondé »²⁴¹. Il est pourtant incontestable, si tant est que l'on croie en la cohérence de l'œuvre législative, que l'adoption d'une loi répond à un besoin ou à une attente²⁴². Il reste malgré tout difficile, sans les présumer, de dévoiler des intentions dont la diversité empêche d'identifier un objectif unique. De même, comment taire le fait qu'à la rationalité originelle d'un dispositif juridique peuvent se substituer de nouvelles raisons « de conserver la règle, de ne pas l'abroger, que rien ne permet de déterminer avec exactitude »²⁴³.

L'entreprise se heurte ainsi à un obstacle majeur. Cependant, celui-ci ne doit pas empêcher de proposer un panorama des raisons ayant contribué à l'idéalisation du modèle de l'accord collectif de travail. Pour ce faire, il convient d'opter en faveur d'une analyse discursive d'un ensemble de textes allant de l'exposé des motifs des lois aux articles de doctrine. Il n'est pas question ici de s'adonner à une analyse exhaustive de l'ensemble de ces discours, mais simplement de faire jaillir de ceux-ci, les raisons les plus évidentes qui poussent à faire de l'accord collectif de travail un procédé juridique modèle. Cela suppose de déterminer d'une part quelles sont les qualités qui lui sont prêtées (**Section 1**) et d'identifier les visées d'un tel procédé érigé alors à la fois en mode idéal de production normative et de composition entre intérêts divergents (**Section 2**).

Section 1

Les qualités du modèle de l'accord collectif de travail

125. La qualité désigne l'ensemble des propriétés et caractéristiques d'un objet qui lui confère son aptitude à satisfaire des besoins implicites et explicites²⁴⁴. Identifier les qualités du modèle de l'accord collectif de travail implique donc de faire la lumière sur les traits qui lui confèrent sa dimension idéale. Si ces qualités sont attachées à l'acte collectif en lui-

²⁴⁰ J.-F. Amadiou et D. Boissard, *La démocratie sociale en danger*, Liaisons, 2001, p. 43.

²⁴¹ R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Lextenso éd., 2013, pp. 302 et 303.

²⁴² Certains y verront la *ratio legis* de la norme.

²⁴³ R. Libchaber, *op. cit.*, p. 303.

²⁴⁴ Telle est la définition proposée par l'organisation internationale de normalisation.

même, il convient de souligner qu'elles tiennent également au processus qui l'enfante, à savoir la négociation collective. Elles sont donc à la fois extrinsèques (§1) et intrinsèques (§2).

Paragraphe 1 Les qualités extrinsèques

126. Les qualités extrinsèques du modèle de l'accord collectif de travail tiennent à la fois au mode de production de l'accord, à savoir la négociation collective, et aux agents de cette négociation que sont pour l'essentiel les organisations syndicales représentatives. Traditionnellement, liberté (A) et égalité (B) sont présentées comme les qualités cardinales d'un tel mode de production normative. Toutes deux font écho « à une certaine conception de l'intervention de l'État sur les acteurs privés »²⁴⁵, l'une étant empreinte de libéralisme tandis que l'autre s'inscrit plus volontiers dans le cadre d'une approche plus volontaire, plus providentialiste diront certains, de l'État. Mieux, le droit social se serait lui-même construit « en réincorporant ces valeurs [...] donnant naissance à des formes contractuelles mutantes, dont la convention collective n'est que l'une des manifestations »²⁴⁶. A ces deux qualités, il est utile d'en adjoindre une troisième, celle de légitimité. Cette notion ne recoupe pas celle de légalité, mais désigne un état de conformité à certaines valeurs. Or, ces dernières sont contingentes et dépassent parfois le cadre du droit. Il conviendra donc de les identifier (C).

A) Un modèle facteur de liberté

127. La liberté a une résonance en droit des contrats sur laquelle il n'est pas nécessaire de revenir ici. Reste à déterminer si celle-ci se ressent dans le domaine de la négociation collective. Force est de constater en la matière que l'on assiste depuis quelques années déjà à une promotion tous azimuts de l'activité conventionnelle²⁴⁷. Or, celle-ci semble s'inscrire dans un discours particulièrement en vogue qui plaide en faveur d'une contractualisation

²⁴⁵ P. Lokiec, « Procéduralisation à l'épreuve du droit privé », in *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, ss. la dir. de C. Pigache, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 178.

²⁴⁶ A. Supiot, « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, ss. la dir. d'A. Wijffels, Bruylant, 2005, p. 73.

²⁴⁷ Il est difficile de dater ce phénomène. Seule certitude, il n'est pas aussi récent que pourraient le laisser à penser les innombrables écrits qui signalent le renouveau du contrat. Ainsi, M. Vasseur constatait déjà en 1964, un « nouvel essor du concept contractuel », « Un nouvel essor du concept contractuel », *RTDciv*, 1964, p. 1.

croissante de la production normative²⁴⁸. Cette dernière désignerait « au sens large le recul de l'hétéronomie face à l'autonomie dans l'ordre juridique positif »²⁴⁹. Autrement dit, elle prônerait un recours massif au contrat dans des domaines où l'unilatéralité de la décision est encore de mise. La promotion du modèle de l'accord collectif de travail s'inscrit en partie dans la lignée d'une telle mouvance. En effet, on ne saurait taire le lien qui existe entre ce dernier et la figure contractuelle. Parler « aujourd'hui de contractualisation en droit privé, c'est [...] souligner la réhabilitation du contrat comme mode de production normative, à l'instar de la place grandissante du contrat de travail et de l'accord collectif en droit du travail »²⁵⁰. Toutefois, l'analyse n'est pas nouvelle. En 1964, « le recours de plus en plus fréquent à l'accord collectif » était déjà analysé comme une manifestation de l'essor du concept contractuel²⁵¹. Au cœur de cette affirmation, la liberté des négociateurs sociaux et l'autonomie qui leur est reconnue sont en jeu (1). Des voix s'élèvent pour discuter de la teneur incertaine d'une liberté qu'elles estiment pour certaines, encore trop limitée (2).

1. L' « autonomie collective » corollaire de la liberté conventionnelle

128. Contrairement à ce que la vigueur et l'actualité du discours « contractualiste » pourraient laisser à penser, les vertus du procédé de l'accord collectif de travail ont été mises au jour depuis bien longtemps. À ce titre, la dimension libérale de la négociation collective est soulignée de longue date. L'accord collectif de travail serait même, selon certains, une invention libérale²⁵². Quoi qu'il en soit, il existe peu de doutes sur les liens entre idéologie libérale et discours « contractualiste ». Tous deux participent d'une même dénonciation, à savoir celle de l'intervention excessive des pouvoirs publics, pour ce qui nous intéresse, dans les relations de travail. La loi est qualifiée de rigide et d'asservissante. Le

²⁴⁸ V. *La contractualisation de la production normative*, ss. la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008.

²⁴⁹ A. Supiot, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », in *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, 2007, p. 19.

²⁵⁰ P. Lokiec, « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale », in *La contractualisation de la production normative*, ss. la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008, p. 95.

²⁵¹ M. Vasseur, *art. précit.*, p. 42.

²⁵² V. par exemple, C. Harmel, *art. précit.* A l'appui de son analyse, l'auteur estime que pour les tenants de l'approche libérale, les syndicats ne sont « pas des machines à faire des grèves, mais des machines à faire des contrats ». Il fait également valoir que parmi les premiers hommes politiques à avoir prôné une reconnaissance légale de l'accord collectif de travail, figuraient E. Lockroy et G. Doumergue qu'il prétend libéraux. En réalité, un tel rattachement est sujet à discussion.

législateur est invité à se démettre au profit des interlocuteurs sociaux et de la figure conventionnelle, car il n'y a pas de règle plus juste que celle à l'élaboration de laquelle on participe. Autrement dit, « qui dit conventionnel dit juste »²⁵³. On effleure alors une des composantes essentielles de cette liberté conventionnelle revendiquée, l'autonomie. Celle-ci exprime l'aspiration d'un être à s'autoréguler pour ne pas dire à s'autodéterminer²⁵⁴. Or, dans le domaine des accords collectifs de travail, de l'autonomie à l'autonomie collective il n'est qu'un pas qu'il est tentant de franchir.

À ce titre, on relèvera avec intérêt que selon un auteur avisé, « appliquée aux conventions et accords collectifs, la liberté contractuelle est le corollaire de l'autonomie collective »²⁵⁵. Reste alors à déterminer ce que recouvre cette dernière notion. D'ores et déjà, il convient de signaler les limites de la notion. En effet, l'idée d'autonomie ne convainc guère, car utiliser ce terme « pour viser la mise en place de règles qui s'imposent aux salariés sans, voire contre, leur volonté est, au mieux, une méprise et, plus probablement, une supercherie de communicant »²⁵⁶. Il serait, sans doute, plus juste de voir dans l'autonomie collective une fiction²⁵⁷ ou plus exactement une aspiration que nous entendons, ici, prendre au sérieux.

L'autonomie collective désigne la « faculté pour les collectivités de contracter librement et d'élaborer elles-mêmes des normes hors toute ingérence des organes de l'Etat »²⁵⁸ ou bien encore « l'expression d'un domaine réservé à la négociation collective »²⁵⁹. Mais comment justifier l'existence d'une telle faculté ? La question est de

²⁵³ P. Lokiec, « Qui dit conventionnel dit juste, L'avènement d'un nouveau dogme », *JCP éd. S*, 2015, 282. Cette vogue de l'accord collectif « renoue avec la célèbre formule popularisée par Fouillée au XIXe siècle : Qui dit contractuel dit juste », A. Supiot « La loi dévorée par la convention », in *Droit négocié, droit imposé ?*, ss. la dir. de Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, p. 631.

²⁵⁴ « Nombre de libéraux estiment que la valeur de l'autodétermination est si évidente qu'elle ne requiert aucun plaidoyer spécifique ». W. Kymlicka, *Les théories de la justice : une introduction*, trad. par M. Saint-Upéry, La découverte, 1999, p. 218.

²⁵⁵ G. Couturier, *Droit du travail, les relations collectives*, PUF, Droit fondamental, 2001, p. 480.

²⁵⁶ E. Dockès, « Vers un déséquilibre conventionnel plus fort que le déséquilibre contractuel ? », *Droit ouvrier*, 2015, p. 255 (p. 252).

²⁵⁷ P. Rémy parle à ce titre d'illusion, « L'autonomie collective: une illusion en droit français », *SSL*, supplément, n° 1508 p. 63.

²⁵⁸ S. Yannakourou, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur*, LGDJ, 1995, p. 3. V. également en ce sens, G. Lyon-Caen, « L'état des sources du droit du travail », *Droit social*, 2001, p. 1031.

²⁵⁹ A. Mazeaud, « Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux depuis la Position commune du 16 juillet 2001 », *Droit social*, 2003, p. 361. Certains interlocuteurs sociaux ont exprimé avec force cette revendication d'autonomie –de plus d'autonomie- dans une position commune en date du 16 juillet 2001, en réclamant la reconnaissance d'une sphère autonome de compétence à leur profit dans laquelle ils seraient libres de négocier comme bon leur semble, à l'abri de toute ingérence étatique quitte à ce que la Constitution soit réformée.

taille. En effet, l'identité du modèle de l'accord collectif de travail est dépendante de la réponse qui y sera apportée. On pressent ici que la liberté qui s'exprime au travers de ce modèle est loin d'être absolue. En effet, la notion d'autonomie « reste entachée d'une ambiguïté essentielle en exprimant un phénomène normatif développé en dehors et au sein même de l'ordre juridique étatique »²⁶⁰. La dualité du concept d'autonomie collective reflète inmanquablement cette ambiguïté.

Selon une première conception dite forte, les interlocuteurs sociaux auraient une aptitude initiale et intrinsèque à l'auto-réglementation. Elle s'inscrit dans les théories du pluralisme juridique²⁶¹ qui tendent à reconnaître l'existence d'un ordre juridique socioprofessionnel ou d'un ordre juridique de l'entreprise autonome par rapport à l'ordre juridique étatique²⁶². La particularité de cet ordre nouveau résiderait notamment dans la présence d'une norme instituant « la convention collective en mode de création future de normes »²⁶³. Plus encore, cette convention ne tirerait pas sa juridicité d'une quelconque reconnaissance étatique. Si cette conception renseigne sur les fondements du pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux, elle ne permet pas de résoudre les difficultés liées à la coexistence de différents ordres juridiques. Se refusant à adopter une approche conflictuelle des rapports entre ordres, Santi Romano estimait qu'un ordre juridique doté d'autonomie se

²⁶⁰ C. Vigneau, « Etude sur l'autonomie collective au niveau communautaire », *RTDE*, 2002, p. 656.

²⁶¹ Cette thèse a initialement été développée par S. Romano. S'interrogeant sur la nature juridique des accords collectifs en droit italien à une époque où ce dernier ne leur consacrait pas encore un régime spécifique, l'auteur estimait qu'il y'avait là « un phénomène juridique à double face qui ne peut s'expliquer entièrement qu'en admettant qu'il se développe par des manifestations simultanées mais différentes, voire opposées, dans chacune des sphères propres des deux ordres juridiques distincts. Le premier est celui de l'Etat, pour lequel la figure du contrat est, du moins en principe, la seule admise. Tout ce qui n'y peut pas tenir ne bénéficie pas de la protection de cet ordre [...]. Le second est cet ordre particulier que réalisent une ou plusieurs institutions constituées par des groupes d'entrepreneurs et d'ouvriers ; et ce qui est un contrat pour le droit étatique représente, dans l'autre ordre, un système en soi de droit objectif [...]. Quand l'avis général constate que les lois étatiques sur une certaine matière sont inadéquates, cela signifie simplement qu'à côté de ces lois et parfois contre elles se sont peu à peu constitués des ordres et qu'ils demandent [...] à être reconnus légalement [...] », *L'ordre juridique*, trad. L. François et P. Gothot, Dalloz, 2^e ed., 2002, p. 94.

²⁶² Cf. G. Lyon-Caen, « Négociation et convention collective au niveau européen », *RTDE*, 1973, p. 591. V. également N. Aliprantis qui défend de longue date l'idée d'un ordre juridique socioprofessionnel dans lequel il intègre la convention collective, N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, 1980 ; « L'entreprise en tant qu'ordre juridique », in *Etudes en l'honneur d'H. Sinay*, 1994, pp. 194 et s. V. contra, M. Bonnechère, « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères », *Droit ouvrier*, 2001, p. 415. Selon l'auteure, on ne peut parler d'ordre juridique que lorsqu'on se trouve « en présence d'un ensemble normatif et institutionnel ayant une cohésion suffisante et conduisant à un modèle social ». Elle semble ainsi dénier l'existence d'un ordre juridique spécifique aux relations professionnelles.

²⁶³ S. Yannakourou, *op. cit.*, p.33.

voit incorporé dans le système organique de l'État »²⁶⁴. Il soulignait ainsi l'existence de rapports de relevance entre ordres distincts²⁶⁵.

Selon une seconde conception dite faible, l'autonomie collective résulterait d'une concession des pouvoirs publics. Dès lors, si autonomie il y a, elle demeure conditionnée en ce que les interlocuteurs sociaux tirent leur capacité à s'autoréguler d'une norme édictée par l'autorité étatique, une norme d'habilitation. L'autonomie collective désignerait ainsi une liberté conditionnée.

129. Reste alors à déterminer dans quelle conception s'inscrit le modèle de l'accord collectif de travail tel qu'il est envisagé dans cette étude. Sur ce point, il importe de rappeler que le droit français est marqué par certaines caractéristiques fondamentales : « l'héritage d'un Etat jacobin, une certaine conception de l'autorité dans l'entreprise peu favorable au dialogue entre dirigeants et subordonnés et le pluralisme des organisations syndicales »²⁶⁶. Il est possible d'en conclure que « le droit français reconnaît [...] aux partenaires sociaux une autonomie collective au sens faible » même si force est de constater que celle-ci est « d'un plus haut degré aujourd'hui que jadis »²⁶⁷. Ainsi, la liberté conférée aux interlocuteurs sociaux n'est pas totale. Elle est même discutée.

2. Une liberté discutée

130. Liberté et autonomie seraient consubstantielles à la capacité des interlocuteurs sociaux de conclure des accords collectifs. Il est toutefois possible d'émettre quelques doutes au sujet de la prétendue conformité du modèle de l'accord collectif de travail avec la pensée libérale. La critique formulée par Friedrich Hayek est à cet égard édifiante. Elle part du postulat selon lequel trop de lois et de mauvaises lois expliqueraient leur déclin. Il

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 26.

²⁶⁵ Parmi les trois formes de relevance exposés par l'auteur, celle dite d'inclusion se révèle particulièrement adaptée à l'analyse du modèle de l'accord collectif de travail. Elle suppose que la validité des normes d'un ordre trouve son fondement dans leur reconnaissance sous forme d'incorporation, de réception ou de renvoi par l'ordre étatique. En creux de ces développements, c'est la théorie de la réception qui se trouve ici exposée. Pour un panorama complet et de toutes les théories qui ont trait à l'autonomie collective et particulièrement la théorie de la réception que l'auteur défend, cf. N. Aliprantis, *op. cit.*, pp. 29 et s.

²⁶⁶ V. Viet, « L'organisation par défaut des relations sociales : éléments de réflexion sur le rôle et la place de l'Etat dans le système français des relations sociales (1880-1939) », in *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, ss. la dir. de J.-P. Le Crom, PUR, L'univers des normes, 2004, p. 189.

²⁶⁷ M. Le Friant et A. Jeammaud, « Une réforme constitutionnelle, pour quelle autonomie collective ? », in *Mélanges en hommage de F. Gaudu*, IRJS, 2014, p. 146.

existerait ainsi une crise régulatoire particulièrement prégnante dans le domaine des relations de travail. Le droit social serait trop rigide. Il est attaqué de toute part et certains lui reprochent même de violer les grands principes fondateurs de la liberté contractuelle²⁶⁸.

Afin de remédier aux insuffisances de ce système, Hayek distinguait le droit de la législation. Tandis que la législation serait l'œuvre de l'État, le droit, antérieur à la législation, correspondrait à un ensemble de normes produit spontanément et librement par les forces sociales. Ce droit serait au cœur d'un système que l'auteur nomme la « catallaxie ». L'appellation désigne une forme « d'ordre spontané produit par le marché à travers les actes de gens qui se conforment aux règles juridiques concernant la propriété, les dommages et les contrats »²⁶⁹. À l'appui de cette représentation, Hayek prône le primat de l'abstrait²⁷⁰ en ce sens que la norme ne doit pas vainement tenter de planifier l'action, *in concreto*, mais permettre aux individus de rechercher leur satisfaction par l'apprentissage des schémas d'action vertueux aux termes d'un processus d'imitation et de sélection des bonnes pratiques²⁷¹. Or, pour l'auteur, si le marché permet un tel apprentissage, il n'en va pas ainsi de la négociation collective et donc plus largement, du modèle de l'accord collectif de travail²⁷².

La pensée d'Hayek conduirait ainsi à « un pur et simple retour des relations du travail dans l'empire du droit civil des biens et des obligations » et « d'un droit civil modèle 1804 de préférence »²⁷³. Au nom du primat de l'abstrait, « les principes du marché ne sont jamais exprimés que de façon imparfaite et partielle dans les principes du droit privé : droit de propriété, principes contractuels, obligation de tenir ses promesses, etc. »²⁷⁴. Par son absolutisme, cette théorie s'expose à la critique dès lors qu'elle hypostasie « pour l'ensemble la rationalité sectorielle du système économique – marché et concurrence- et

²⁶⁸ V. en ce sens l'ouvrage de J. Garello, B. Lemennicier et H. Lepage, *Cinq questions sur les syndicats*, PUF, 1991, spéc. pp. 95 et s.

²⁶⁹ F. Hayek, *Droit, législation et liberté*, Tome 2, Le mirage de la justice sociale, PUF, 1981, p. 131.

²⁷⁰ F. Hayek, « The primacy of the Abstract », cité par J. de Munck, « Procéduralisation du droit et négociation collective », in *Démocratie et procéduralisation du droit*, ss. la dir. de P. Coppens et J. Lenoble, Bruylant, 2000, p. 267.

²⁷¹ Cette proposition rappelle peu ou prou l'injonction de Portalis dans son discours préliminaire : « les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multiples et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout ».

²⁷² F. Hayek, *The Constitution of liberty*, cité par J. de Munck, p. 275.

²⁷³ A. Jeammaud, « Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation », *Droit ouvrier*, 1998, p. 246.

²⁷⁴ J. de Munck, *art. précit.*, p. 271.

refuse de voir que la mission de la judiciarisation dans l'État social est précisément de valoriser par rapport à l'économie la rationalité d'autres sous-systèmes »²⁷⁵.

Mais au-delà de la critique nécessaire de la pensée hayekienne, n'est-il pas possible de considérer que le modèle de l'accord collectif de travail puisse être réévalué et réhabilité à son aune ? En effet, ne contribue-t-il pas, à sa manière, à l'expression d'un ordre social spontané ? À ce titre, il est possible de considérer que la convention collective, « en raison de son incomplétude, [...] n'épuise [...] pas le savoir tacite ; elle est souvent aussi abstraite que les règles de juste conduite que Hayek voit dans le marché »²⁷⁶.

131. Toutefois, un dernier élément pourrait laisser à penser que la pensée libérale s'accommode mal du modèle catégoriel de l'accord collectif de travail. La liberté contractuelle reconnue aux individus dans l'unique fin de leur garantir la capacité à s'autodéterminer n'implique-t-elle pas qu'ils soient protégés contre toute contrainte collective ? La pensée libérale n'érige-t-elle pas l'individu comme fin et fondement de toute action ? Tel était en substance, l'argumentaire de Clément Colson lors des débats qui précédèrent l'adoption de la loi de 1919²⁷⁷. Il manifestait une préférence très nette, par la suite confortée par la loi de 1919, pour « l'institution d'un délai de réflexion laissé à chaque individu pour se dégager de la convention collective » afin que celle-ci soit rapportée « au principe général du consentement individuel »²⁷⁸. Or, on n'est pas sans savoir que ce droit de renonciation n'existe plus²⁷⁹.

132. Au final, il apparaît qu'une véritable liberté est reconnue aux interlocuteurs sociaux, plus qu'aux salariés pris individuellement, lors de la négociation d'un accord collectif. Il s'agit d'une spécificité du modèle catégoriel tel qu'identifié par nos soins, qui ouvre « un nouveau dispositif de production de la norme, qui n'est ni centralisé étatique, ni disséminé dans les accords interindividuels »²⁸⁰. À la lumière d'un tel constat, on comprend mieux les débats qui agitent depuis les origines du procédé de l'accord collectif de travail, les observateurs

²⁷⁵ G. Teubner, *Droit et réflexivité*, Kleuver, 1995, p. 84.

²⁷⁶ J. de Munck, *art. précit.*, p. 277.

²⁷⁷ *Bulletin de la Société d'études législatives*, Rousseau, 1907, spéc. pp. 187 et s (accessible depuis Gallica).

²⁷⁸ C. Didry, *Naissance de la convention collective*, éd. de l'EHESS, 2002, p. 157. L'auteur évoque une « réforme libérale de la convention collective ».

²⁷⁹ Il convient néanmoins de tempérer cette absence du fait de l'application de la règle de faveur dans les rapports entre contrat de travail et convention collective.

²⁸⁰ J. de Munck, *art. précit.*, 2000, p. 278.

quant à sa nature contractuelle ou règlementaire. La pensée libérale ne semble pas, *in fine*, incompatible avec la négociation collective si tant est que l'on admette que la liberté reconnue aux interlocuteurs sociaux n'est pas absolue. Cette pensée n'est d'ailleurs pas inconciliable avec toute intervention étatique. Il appartient en effet à l'État de veiller au respect des libertés des citoyens. Toutefois, une reconnaissance sans bornes de la liberté contractuelle n'est pas sans risque si elle s'accompagne d'une désertion des pouvoirs publics. En effet, des inégalités sont susceptibles de naître particulièrement sur le plan interindividuel du fait du jeu libre des négociations. Si l'on postule dans un système juridique libéral qu'il est préférable de « laisser aux sujets de droit le soin de régler eux-mêmes leurs intérêts économiques et autres », une réglementation « indépendante et autonome de ces intérêts [étant] la solution la mieux indiquée et la plus juste »²⁸¹, celui-ci devient source d'injustice lorsque le rapport contractuel est foncièrement inégal comme c'est le cas dans le rapport de travail. Une intervention législative peut s'avérer alors nécessaire²⁸². Mieux, la négociation collective contribuerait elle-même, en dehors de toute action législative, au rétablissement d'une certaine égalité entre employeurs et salariés²⁸³.

B) Un modèle générateur d'égalité

133. Nombreuses sont les études qui soulignent et établissent le caractère protéiforme de l'exigence d'égalité, spécialement dans le domaine du droit social qui en constitue aujourd'hui l'un des principaux terrains²⁸⁴. Pourtant, « l'égalité ne paraît nulle part [...] ignorée, contrariée, combattue [...] il suffit d'ouvrir le Code du travail : tout y semble

²⁸¹ H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 48. L'analyse est classique. Dans le même sens, cf. notamment Y. Lequette, P. Simler et F. Terré, *op. cit.*, p. 29 : « chaque individu étant le meilleur juge de ses intérêts, on peut présumer que ceux-ci sont parfaitement respectés par les engagements qu'il a volontairement souscrits ».

²⁸² A ce titre, M. Ghestin souligne qu'au-delà d'un certain degré de limitation de la liberté contractuelle, l'autonomie de la volonté ne fonde plus la force obligatoire du contrat. La volonté n'est créatrice d'obligations que si elle est soutenue par une norme objective de droit, *La notion de contrat*, D. 1990, p. 147. Aussi, si l'on considère que le vrai sens de l'autonomie de la volonté est un pouvoir normatif souverain, « on peut en effet dire qu'elle n'est plus un principe du droit des contrats - et même qu'elle ne l'a probablement jamais été-, qu'elle est un mythe périmé » E. Saveaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, 1997, p. 195.

²⁸³ V. contra. G. Lyon-Caen qui estimait que les négociations qui président à la conclusion d'un accord collectif ne sont pas véritablement placées sous l'égide de l'égalité, « Critique de la négociation collective », *Droit social*, 1979, p.350.

²⁸⁴ V. à ce sujet l'introduction de la thèse de M. Sweeney, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, thèse UPOND, 2010, pp. 12 et s.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

différence »²⁸⁵. Pire, la négociation collective est présentée comme participant de ce mouvement. En effet, nul ne saurait nier les différences de statut collectif selon les branches et les entreprises. L'égalité serait ainsi, étrangère au modèle de l'accord collectif de travail. Le recul aidant, un sentiment différent saisit par la suite l'observateur. L'exigence d'égalité est réelle en droit social où exerce « une constante pression »²⁸⁶ pour gommer les différences et faire reculer l'arbitraire et l'injustice. Or, dans ce programme, la négociation collective est alors invoquée « pour rétablir un rapport de force plus équilibré » mis à mal par un « libéralisme économique [qui] a imposé, après la révolution industrielle, la fiction juridique d'un contrat individuel de travail négocié entre des employeurs et des salariés libres et égaux »²⁸⁷.

La négociation collective aurait ainsi une fonction d'égalisation²⁸⁸. À ce titre, le modèle catégoriel de l'accord collectif de travail est générateur d'égalité sur au moins deux plans. Verticalement, il permet de rétablir une certaine égalité dans les rapports entre employeurs et salariés en déplaçant leurs échanges du terrain individuel au terrain collectif (1). Horizontalement, l'accord collectif tend à assurer une standardisation relative des conditions de travail des salariés au niveau auquel il est conclu (2).

1. Un modèle générateur d'égalité verticale

134. Il serait de l'essence du contrat de travail que d'être inégalitaire. S'il n'est point nécessaire de s'étendre sur la question tant le constat relève aujourd'hui de la banalité, il est utile de rappeler que cette inégalité puise ses racines dans l'échange inhérent au contrat de travail. De ce dernier, il résulte que le salarié consent à se placer sous le pouvoir de son employeur du fait du lien de subordination juridique qui le relie à lui. L'inégalité des parties est ainsi clairement assumée. D'ailleurs, le droit du travail s'est lentement et progressivement constitué sur cette base à partir de la critique doctrinale d'une « égalité juridique » formelle, « axiome de l'individualisme libéral »²⁸⁹. Celle-ci serait particulièrement

²⁸⁵ A. Lyon-Caen, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Droit social*, 1990, p. 68.

²⁸⁶ *Loc. cit*

²⁸⁷ J. Freyssinet, « La négociation collective et l'emploi », *Alternatives économiques*, Hors-série n°71, 2006.

²⁸⁸ D'autres préféreraient parler de rééquilibrage, l'idée d'égalité renvoyant à une égalité réelle sans doute utopique. Nous nous situons toutefois ici, dans le registre de l'idéal et conférer ce statut à l'exigence d'égalité ne manque pas, selon nous, de pertinence car un idéal est bien plus un horizon vers lequel on tend qu'un objectif que l'on réalise.

²⁸⁹ A. Lyon-Caen, *ibid.*, p. 69.

à l'œuvre en droit civil, branche du droit dans laquelle l'égalité des parties serait présumée. Selon une « opinion commune, le droit du travail [serait ainsi] né d'une critique de cette égalité juridique »²⁹⁰ rendue possible par une liberté contractuelle dont le résultat est d'offrir « la chance par une utilisation intelligente de biens sur un marché libre, d'acquérir un pouvoir sur les autres »²⁹¹. Il n'est point surprenant aussi que la plupart des règles du droit du travail « s'inscrivent dans un effort de rééquilibrage »²⁹². Plus problématique, en revanche, est la place occupée dans ce cadre par la négociation collective. En effet, si la loi semble à même de rééquilibrer les rapports de travail, pourquoi serait-il nécessaire d'y recourir ? En réalité, il faut admettre que si le droit du travail est bien un droit des inégalités, il ne tend pas à les résorber seulement, mais à les encadrer et éventuellement à les atténuer. À ce titre, il convient de garder à l'esprit que si la loi encadre à n'en pas douter le rapport de travail qui lie le salarié à son employeur, elle n'entraîne pas la disparition de l'inégalité qui lui est inhérente. Or, à en croire certains auteurs, « c'est aux négociations collectives que le législateur a confié le soin de corriger l'inégalité et la diversité inhérentes au contrat de travail »²⁹³. L'explication tiendrait même « aujourd'hui du lieu commun », car « à la faiblesse du salarié, dit-on, doit se substituer la force du groupement syndical ; la règle de source collective doit compléter le contrat individuel [et] c'est donc pour gommer, autant qu'il est possible, l'inégalité foncière des parties individuelles que la loi doit encourager la confrontation entre agents collectifs »²⁹⁴.

135. La négociation collective permettrait donc d'encadrer au mieux l'exercice du pouvoir de décision de l'employeur, mieux de l'infléchir « dans le sens du vouloir de l'autre, c'est-à-dire des salariés si au point de départ régnait sans partage le pouvoir du capital »²⁹⁵. Le rôle ici reconnu à la négociation collective est d'autant plus essentiel à l'heure où le droit des contrats prend un chemin inquiétant. Paradoxalement, c'est la nécessité de substituer au nom d'une égalité juridique ravivée le négocié à l'unilatéral, qui est à l'origine de l'évolution du contrat de mode d'échange à mode de légitimation du pouvoir. En effet, « au périmètre

²⁹⁰ *Loc. cit.*

²⁹¹ M. Weber, *Sociologie du droit*, Quadrige, PUF, 2013, p. 113.

²⁹² J.-J. Dupeyroux, « Quelques questions », *Droit social*, 1990, p. 10.

²⁹³ S. Nadal, « Égalité en droit du travail : quelques réflexions », in *L'égalité des chances*, sous la direction de G. Guglielmi et G. Koubi, La découverte, 2000, p. 211.

²⁹⁴ A. Lyon-Caen, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Droit social*, 1990, p. 71. V. également sur cette question, cf. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Quadrige, PUF, 3e éd. 2015.

²⁹⁵ G. Lyon-Caen, « Critique de la négociation collective », *Droit social*, 1979, p. 350.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

de l'échange et à celui de l'alliance, le Droit des contrats ajoute [...] désormais celui de l'allégeance, par laquelle une partie se place dans l'exercice du pouvoir d'une autre », ce qui est particulièrement le cas s'agissant des contrats de dépendance ou des contrats dirigés²⁹⁶. Un tel constat laisse présager de nombreuses perspectives de diffusion pour notre modèle en dehors du droit du travail²⁹⁷. Il est d'ailleurs édifiant de constater comment, progressivement, le postulat de l'égalité entre parties au contrat est remis en cause dans de plus en plus de contrats, spécialement le contrat de consommation. Si l'égalité formelle du rapport contractuel qui s'inscrit dans le cadre posé par le Code civil est traditionnellement affirmée, la négociation collective permettrait pour sa part de se rapprocher d'une égalité réelle²⁹⁸.

Il serait toutefois imprudent, même si l'on se situe ici dans le registre de l'idéal, de voir dans la négociation collective une panacée. Ce serait oublier que l'accord collectif est avant tout le fruit d'une négociation qui, bien qu'idéalisée, peut favoriser l'un des négociateurs au détriment de l'autre. Transposée au niveau collectif, la négociation n'est donc pas forcément plus juste²⁹⁹. Elle n'est donc pas immunisée contre la reproduction ou même l'accentuation des inégalités observées au niveau individuel. Il n'en demeure pas moins que la négociation collective reste préférable à l'arbitraire des négociations individuelles. Pour garantir au mieux l'équilibre entre employeur et syndicats, il appartient au législateur de prévoir notamment une protection légale au bénéfice des représentants des salariés qui s'exposent. Celle-ci implique également de penser l'égalité entre salariés. Il est intéressant de relever à ce titre, si l'on accepte d'extrapoler le propos, que le modèle est également générateur d'égalité horizontale.

2. Un modèle générateur d'égalité horizontale

136. L'égalité à laquelle tend le modèle de l'accord collectif de travail ne s'inscrit pas exclusivement dans les rapports entre salariés et employeurs, mais se déploie également

²⁹⁶ A. Supiot, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, p. 170.

²⁹⁷ Cf. infra. §202.

²⁹⁸ En réalité, c'est l'ensemble du droit du travail qui est censé tendre vers la réalisation d'une telle progression. A. Supiot considère à ce titre que « l'édification du droit du travail français peut se lire toute entière comme une tentative d'englobement du principe d'égalité concrète dans un cadre juridique dominé par le principe d'égalité formelle », « Principe d'égalité et limites du droit du travail », *Droit social*, 1992, p. 382.

²⁹⁹ V. à ce propos les développements fondateurs de G. Lyon-Caen, « Critique de la négociation collective », *Droit social*, 1979, p. 350.

entre salariés. En effet, « il ne faudrait [...] pas oublier que l'accord collectif est avant tout une source d'égalité entre les salariés »³⁰⁰. Cette égalité horizontale n'a de sens que si l'on saisit à quel point le droit du travail permet l'individualisation, par voie contractuelle, des rapports de travail³⁰¹. Plus encore, le droit du travail étatique n'hésite pas à aménager, selon différents facteurs, des règles spécifiques à certaines catégories de salariés de telle sorte que celles-ci bénéficient de protections supplémentaires ou non. Il y a bien entendu, dans les deux cas ici décrits, des sources potentielles d'inégalité. À l'inverse, « l'élévation de la négociation au niveau collectif aboutit [...] à instaurer l'unité là où régnait la diversité contractuelle »³⁰². En effet, dans le cadre du modèle légal, l'accord collectif de travail produit, en principe, un effet impératif sur les contrats de travail qui lui permet de s'appliquer uniformément. Seule la règle de faveur permet d'écarter efficacement la norme conventionnelle. D'ailleurs, plus l'accord est conclu à un niveau de négociation centralisé, plus il a de chances d'égaliser les conditions de travail des salariés qui sont placés sous son empire. On ne saurait trop rappeler à cet égard qu'initialement les accords de branche avaient pour objectif d'assurer une certaine égalisation de la concurrence entre entreprises en unifiant le statut des salariés du secteur et en éliminant les risques de « dumping social »³⁰³ et de concurrence sur les coûts salariaux.

137. Toutefois, une tendance à l'éroussement de cette visée égalisatrice s'observe aujourd'hui. Cela passe notamment par la relégation de l'accord de branche au rang de norme supplétive par rapport à l'accord d'entreprise. Plus radicalement, la négociation collective est aujourd'hui utilisée pour accentuer la diversification et l'individualisation croissante du statut des salariés. La question s'est posée à ce sujet, de savoir si un accord collectif pouvait octroyer des avantages à certaines catégories de salariés seulement, spécialement les cadres. Il serait logique qu'un tel acte juridique ne puisse s'affranchir du respect de l'exigence d'égalité et en particulier du principe d'égalité de traitement. C'est du moins ce qu'elle jugeait jusqu'à peu³⁰⁴. Néanmoins, dans une série d'arrêts en date du 27

³⁰¹ En ce sens, v. A. Jeammaud, « Les polyvalences du contrat de travail », in *Études offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, p. 299.

³⁰² S. Nadal, *art., précit.*

³⁰³ G. Lyon Caen, *Le droit du travail, une technique réversible*, Connaissance du droit, Dalloz, 1997, p. 91.

³⁰⁴ La Cour de cassation avait considéré en 2009 que « la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés

janvier 2015, la Cour de cassation a estimé que « les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs [...] sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle »³⁰⁵. Discutable, cette lecture de la Cour de cassation laisse à penser, malgré tout, que dans l'esprit des juges le procédé de l'accord collectif est porteur en soit d'égalité. Il faut peut-être y voir le signe que la légitimité présumée supérieure des interlocuteurs sociaux, surtout depuis la loi du 20 août 2008 et la mise en valeur du vote des salariés, autorise des raccourcis contestables lors de la mise en œuvre de l'exigence d'égalité³⁰⁶.

C) Un modèle source de légitimité

138. Il peut sembler étonnant de voir dans le modèle de l'accord collectif de travail une source de légitimité. Les termes employés sont trompeurs, car la légitimité d'un accord s'apprécie principalement à l'aune de la légitimité de ses signataires. En cela, la légitimité reconnue au modèle ne peut être qu'extrinsèque. L'exigence de représentativité incarne

placés dans une situation identique » quand bien un accord collectif en aurait disposé ainsi, (Soc. 1^{er} juillet 2009, n° 07-42.675, *Bull. civ. V*, n° 168 ; *D.* 2012, p. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *Droit social*, 2009, p. 1002, obs. C. Radé. Par la suite, elle a légèrement modifié sa position dans un arrêt du 8 juin 2011 en admettant que la catégorie professionnelle puisse justifier une différence de traitement d'origine conventionnelle si cette dernière avait « pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération » (Soc. 8 juin 2011, n° 10-14.725, *Bull. civ. V*, n° 155 ; *Droit social*, 2011, p. 986, obs. P.-H. Antonmattei et Ch. Radé ; A. Lyon-Caen, « Les conventions collectives de branche à l'épreuve de l'égalité de traitement entre salariés », *SSL*, 2011, 20 juin 2011n°1497, p. 8.

³⁰⁵ Soc., 27 janv. 2015, n° de pourvoi : 13-22.179 ; n° 13-25.437 ; n°13-14.773 et 13-14.908 ; n° 14-13.569 ; n° 13-23.818 à 13-23.850. Pour une analyse de ces arrêts, cf. Ch. Radé, « Égalité de traitement et avantages catégoriels conventionnels : la volte-face de la Cour de cassation », *Lexbase hebdo*, 5 févr. 2015 ; L. Pécaut-Rivolier, « L'hommage de la chambre sociale à la négociation collective. Revirement sur la jurisprudence égalité de traitement », *SSL*, 2015, n° 1663, p.7

³⁰⁶ Cf. en ce sens, E. Peskine qui s'inquiète de la « réduction de la légitimité sociale au vote » à l'œuvre dans ces arrêts, « La Chambre sociale architecte imprudent de la négociation collective », *RDT*, 2015, p. 343. Plus encore, il est à craindre que nombreux soient « les accords collectifs qui pourraient se voir immunisés contre le contrôle requis par l'application du principe d'égalité de traitement et les solutions qui pourraient être remises en cause » sous l'effet de cette jurisprudence. On songe notamment à la jurisprudence relative aux « différences de traitement entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale », Soc. 28 octobre 2009, n° de pourvoi : 08-40.457. A ce sujet, cf. A. Fabre, « Les négociateurs sociaux, seuls juges du principe d'égalité », *Droit social*, 2015, p. 237. En l'état actuel de la jurisprudence, ces différences ne peuvent être justifiées entre salariés en situation identique, que si elles reposent sur des critères objectifs. Affleure ici une conception spécifique de l'égalité, « qui ne vise plus seulement la définition des catégories essentielles du droit, mais qui vise directement les motifs, les raisons d'une décision », M. Sweeney, *L'égalité en droit social, thèse UPOND*, 2011, p. 13. Cf. également, J. Barthélémy, « Le principe d'égalité de traitement », *SSL*, n°1414, 2009, p. 6.

cette aspiration. Formulée de longue date, elle se renouvelle aujourd'hui grâce à la prise en compte croissante de l'audience électorale des signataires (1). Toutefois, la légitimité de l'accord collectif de travail ne s'apprécie pas uniquement au regard de celle des agents de négociation. Il s'avère que sous l'impulsion d'un courant de pensée volontiers qualifiée de procéduraliste, la procédure même de négociation collective confère à l'accord qui en résulte une légitimité d'un nouveau genre (2).

1. Une légitimité électorale

139. De légitimité électorale, il ne peut être question que rapportée aux acteurs de la négociation collective. Il paraît, dès lors, impropre d'évoquer une telle légitimité s'agissant de l'accord collectif, car ce n'est pas lui qui est au cœur du vote, mais bien les syndicats qui le signent. Le recours au vote exprime plus sûrement la volonté du législateur de conditionner cette signature et de filtrer parmi les interlocuteurs sociaux, ceux qui sont aptes à édicter des normes qui auront vocation à s'appliquer largement par le biais de l'effet *erga omnes* reconnu en propre à l'accord ou par celui de mécanismes tels que l'extension ou l'élargissement.

Il est toutefois important de souligner, en toute rigueur, que cette légitimité électorale qui rejailit sur le modèle de l'accord collectif de travail est essentiellement le fruit de la réforme du 20 août 2008. Il serait dès lors malhonnête de vouloir faire croire à l'intemporalité d'une telle légitimité. La réalité est beaucoup plus nuancée. Le débat gravite avec certitude autour de la notion de représentativité mobilisée dès 1936 pour restreindre la capacité à négocier aux seuls syndicats jugés légitimes à représenter l'ensemble des salariés. Or, il serait évidemment erroné de laisser entendre que cette représentativité s'apprécie à l'aune de la seule audience électorale. Les observateurs s'accordent pourtant très largement pour qualifier ce critère d'essentiel si ce n'est décisif à l'obtention de la qualité de syndicat représentatif. Il n'est cependant pas contestable qu'en vertu de l'article L. 2121-1 du Code du travail, les critères posés sont cumulatifs de telle sorte que le défaut de l'un fait obstacle à l'acquisition d'une telle qualité. Il devient alors nécessaire de se demander ce qui fait de l'audience un critère charnière depuis 2008. Cela tient sans doute à plusieurs facteurs qu'il s'agisse de la consécration légale d'un critère initialement jurisprudentiel, de son élévation au rang de critère nécessaire, mais aussi de l'imposition d'un seuil précis d'audience

électorale qui fait office de cruel couperet. Il reste alors à déterminer en quoi l'essor, et non la consécration, du vote en droit du travail contribue à renforcer la légitimité du modèle de l'accord collectif de travail. Là encore, la raison est simple. Elle tient à la volonté de mieux garantir l'acceptation sociale de l'accord, autrement dit l'acquiescement des salariés, spécialement dans un contexte de développement de la négociation donnant-donnant ou dérogatoire³⁰⁷. Cette volonté est encore à l'œuvre lorsque la loi du 20 août 2008 soumet la validité d'un accord collectif à sa signature par des syndicats représentatifs ayant obtenu au moins 30% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles et à l'absence, selon ces mêmes modalités, d'une opposition majoritaire. En creux, on retrouve l'idée que le pouvoir de signer l'accord serait directement dévolu aux interlocuteurs sociaux par les salariés et leur vote³⁰⁸.

140. Pour autant, il ne faudrait pas céder trop vite à la tentation d'apprécier la légitimité des syndicats signataires au regard de leur seule audience électorale. À ce titre, la capacité offerte aux syndicats présumés représentatifs de négocier et de conclure des accords collectifs avant 2008 n'avait rien d'insensé. Outre le fait que l'application très large du principe de faveur faisait courir peu de risques aux salariés, cette présomption exprimait une légitimité, une expérience et une « aptitude, acquise historiquement et conservée au moins au plus haut niveau »³⁰⁹. De même, il est possible de s'interroger sur les implications réelles du critère de l'audience. Les seuils fixés par le législateur pourraient être perçus comme une incursion dans la sphère d'une autonomie collective qui peine à s'affirmer en droit français. Notre intention n'est pas de prendre position sur ce point. Nous constaterons simplement que la légitimité de l'accord collectif est tributaire de la légitimité de ses signataires et s'incarne dans leur représentativité. Son appréciation, comme le modèle de l'accord collectif au demeurant, n'est toutefois pas figée dans le temps. Les critères sur lesquels elle prend appui ont largement évolué et l'on pourrait se plaire à souligner le passage d'une légitimité de type essentialiste à une légitimité de type électoral. Il est en réalité difficile de réduire la légitimité des syndicats signataires à un seul critère et leur représentativité découle bien

³⁰⁷ G. Borenfreund, « Le vote et la représentation syndicale » in *L'essor du vote dans les relations professionnelles*, ss. la dir. de O. Leclerc et A. Lyon-Caen, Dalloz, Thèmes et commentaires, p. 19.

³⁰⁸ G. Auzero, « Les syndicats, mandataires des salariés », *SSL*, 2015, n° 1666, p. 10.

³⁰⁹ J.-M. Verdier, « L'aptitude des syndicats à représenter », in *Syndicats et droit du travail*, ss. la dir. de G. Borenfreund et M.-A. Souriac, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 21.

d'une appréciation dépassant l'obtention d'une certaine audience électorale. Il n'est d'ailleurs pas anodin qu'un tel critère n'ait pas été retenu par la loi du 5 mars 2014, s'agissant des critères d'appréciation de la représentativité des organisations patronales. Si l'on fait abstraction de la qualité des acteurs de la négociation, il est également possible de déceler au sein du modèle une légitimité tenant à la procédure même de négociation collective.

2. Une légitimité procédurale

141. L'idée d'une légitimité procédurale est aujourd'hui largement relayée par la doctrine juridique³¹⁰. Il convient alors de s'interroger sur la place que le modèle de l'accord collectif de travail est susceptible d'occuper dans le projet de « procéduralisation » de l'activité normative. Cette question est loin d'être évidente, car si les auteurs n'hésitent pas à mobiliser la négociation collective dans ce cadre, il est possible de douter de la pertinence d'un tel recours. Demeure néanmoins, et là est l'essentiel à ce stade de l'analyse, que le modèle de l'accord collectif est bel et bien invoqué, par certains auteurs, à l'appui de thèses procéduralistes. Un lien est ainsi dressé, reste à en questionner la teneur.

La critique procédurale est délicate à saisir. Au-delà des divergences qui opposent ses partisans, il semble possible de dégager une constante : la norme acquiert sa légitimité de la procédure au terme de laquelle elle est élaborée. Un auteur estime ainsi que « le droit positif ne peut plus emprunter sa légitimité à un droit moral supérieur, mais seulement à une procédure de formation de l'opinion et de la volonté présumée responsable »³¹¹. Or celle-ci implique une participation toujours plus large des acteurs concernés. Il s'agit là de l'idée centrale de la philosophie procédurale. Au travers de cette affirmation, le lien entre « procéduralisation » et négociation collective se dessine, car l'idée de participation fonde la capacité, constitutionnelle, des interlocuteurs sociaux à négocier et signer des accords collectifs de travail. Est-ce à dire que la négociation collective contribuerait à une « procéduralisation » du droit du travail ? Encore faut-il s'entendre sur ce que désigne un tel mouvement en droit. Plusieurs phénomènes sont généralement répertoriés sous cette

³¹⁰ V. notamment, P. Lokiec, « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale », in *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 95 ; V. Petev, « Critique de la légitimité procédurale », in *Le droit dérobé*, ss. la dir. de D. Rousseau, Montchrestien, Grands colloques, 2007, p. 183.

³¹¹ J. Habermas, *op. cit.*, p. 488.

bannière. Certains auteurs évoquent même l'existence d'une « procéduralisation conventionnelle »³¹². L'appellation a deux mérites. Elle souligne la polysémie de la notion et suggère l'absence d'incompatibilité entre ce mouvement et la négociation collective. Monsieur A. Jeammaud estime, pour sa part, que la notion de « procéduralisation » peut être employée dans un sens faible ou dans un sens fort, autrement dit comme l'expression d'une progression des règles procédurales ou d'un nouveau « modèle de droit »³¹³.

142. Très simplement, la notion sera employée pour décrire ici la montée des principes de procédure³¹⁴. Si l'idée de procédure est en soi plutôt vague, il est couramment admis que la négociation collective est un processus, entendu comme une suite de faits présentant une unité dans leur déroulement. Ce processus, lorsqu'il est appréhendé juridiquement, donne naissance à une procédure³¹⁵, c'est-à-dire un « ensemble d'actes ou de formalités »³¹⁶ dont l'accomplissement est nécessaire « pour parvenir à une décision »³¹⁷. Pour ce qui nous intéresse, il serait plus juste de préciser que la procédure de négociation tend plutôt à l'élaboration d'un accord que d'une décision. C'est du moins ce qu'il est possible de soutenir pour l'heure.

Or, ce constat est en soi remarquable. En effet, « c'est presque une banalité de souligner que le droit français accorde une attention insuffisante à la phase de négociations »³¹⁸ malgré une prise en compte croissante par le droit des contrats de la phase des pourparlers³¹⁹. Une conception procédurale de l'accord implique ainsi de prêter plus largement attention à la phase de négociation. Ce souci est clairement manifesté à l'égard des accords collectifs de travail.

³¹² G. Couturier, « Le choix de la procéduralisation conventionnelle » in *Les accords de méthode*, supplément SSL, 2004, p. 6.

³¹³ A. Jeammaud, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 67.

³¹⁴ En ce sens, X. Lagarde, « La procéduralisation du droit (privé) », in *Les évolutions du droit. Contractualisation et procéduralisation*, PUR, 2004, p. 141.

³¹⁵ « La négociation collective est un processus, à transformer en procédure, pouvant conduire à un acte doté par la loi d'un effet normatif » : M. Bonnechère, « L'organisation de la négociation collective » in *Syndicats et droit du travail*, ss. la dir. de G. Borenfreund et M.-A. Souriac, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 31.

³¹⁶ G. Couchez, *Procédure civile*, Sirey, 17^e éd, 2014, p. 1.

³¹⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, Quadrige, 2014, V^o « procédure ».

³¹⁸ P. Lokiec, « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale », in *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes et commentaires, p. 101.

³¹⁹ Selon P. Lokiec, « seule l'inscription de cette phase dans l'ordre contractuel, à l'instar du droit allemand, permettrait de donner corps à l'idée de procédure contractuelle », *ibid.*, p. 101.

143. Il suffit d'évoquer pour s'en convaincre le régime construit autour de la négociation annuelle obligatoire dans l'entreprise. Au cours d'une première réunion, plusieurs obligations sont mises à la charge de l'employeur par l'article L. 2242-2 du Code du travail. D'une part, le processus de négociation nécessite la transmission d'informations à la partie salariée. Il s'agit évidemment de faire en sorte que les négociateurs puissent négocier en toute connaissance de cause. D'autre part, l'employeur est tenu de transmettre aux délégations syndicales des indications tenant au lieu et au calendrier des réunions. Au cours de la négociation, l'article L. 2242-3 interdit à l'employeur, sauf en cas d'urgence, de prendre des décisions unilatérales sur les matières qui font l'objet de la NAO. La négociation doit être menée avec toutes les organisations syndicales représentées dans l'entreprise qui doivent pouvoir constamment formuler des propositions et des contrepropositions. Toutes ces dispositions légales et jurisprudentielles encadrant la négociation collective, dont nous ne prétendons pas offrir un panorama exhaustif, confirment, selon nous, le mouvement de « procéduralisation » de la négociation collective. Certains auteurs se plaisent à souligner, à ce titre, le passage « d'un droit de l'accord à un droit de la négociation collective »³²⁰ ou bien d'un « droit DES conventions collectives au droit A LA négociation collective »³²¹.

144. Pourtant, le couple négociation collective et procéduralisation n'est pas sans poser quelques difficultés. Il y aurait, à y regarder de plus près, une véritable antinomie entre ces deux notions. L'un relèverait plus volontiers du discours tandis que l'autre impliquerait plus du compromis. C'est en creux la distinction classique entre délibération et négociation qui transparait. Pourtant, bien que distincts, ces modes de production normative visent tous deux à résoudre une difficulté, simplement ils ne procèdent pas de la même manière. Dans une logique proprement discursive, si l'on parvient à trouver une solution, c'est au terme d'un échange raisonné entre intérêts antagonistes. L'argument le plus convaincant est censé l'emporter, car rationnellement accepté par toutes les parties³²². Dans une logique de compromis, la solution est le fruit de concessions plus ou moins réciproques³²³. Il apparaît

³²⁰ S. Nadal, « Conventions et accords collectifs de travail (I- Droit de la négociation collective) », *Rép. Trav.*, Dalloz, p. 6.

³²¹ J. Le Goff, *Droit du travail et société*, Tome 2, PUR, 2002, p. 363.

³²² La norme doit « rencontrer l'accord de toutes les parties prenantes d'une discussion pratique ». J. Habermas parle à ce titre de « principe de discussion », *De l'éthique de la discussion*, Cerf, 1992, p. 17.

³²³ Sur cette opposition, v. V. Petev, *art. précit.*, pp. 187 et s.

ainsi, au premier abord, que la négociation collective est loin d'être compatible avec la logique procédurale.

Les positions de M. J. Habermas sur la négociation collective semblent conforter un tel sentiment. En effet, il ne semble pas convaincu quant à la place de la négociation collective dans le nouvel ordre démocratique qu'il souhaite bâtir, une démocratie délibérative. Il pointe du doigt, à ce titre, les défaillances d'une négociation qui reproduit les inégalités sociales. Les plus faibles n'ont que très peu de chance d'y prendre part efficacement tandis que les plus forts sont tentés de s'y soustraire ou de ne s'y engager qu'en sachant leurs intérêts protégés. Pour autant, il ne rejette pas toute idée de négociation collective, mais la critique en l'état. Si celle-ci porte sur le droit allemand, son propos reste selon nous transposable au droit français. Le droit social serait, selon lui, beaucoup trop substantialiste³²⁴. Pour le démontrer, il prend appui sur la règle de faveur et estime que d'autres éléments que l'intérêt des salariés devraient être pris en compte dans l'appréciation de la validité de la norme comme, par exemple, d'éléments contextuels telle que les difficultés économiques de l'entreprise. Pour rénover la négociation collective, dans une approche procédurale, M. J. Habermas formule trois propositions édifiantes. La première consiste à reformuler la grammaire de la négociation, ce qui implique selon lui que celle-ci intègre en son sein de nouvelles formes de travail au-delà de l'emploi rémunéré³²⁵. La deuxième suggère une « démonétarisation » partielle de l'échange négocié, ce qui passe par la consécration de nouveaux objets de négociation, tels que la gestion de l'environnement ou plus largement la gestion de biens communs tels que des équipements de formation par exemple. Or, il semble que tel est bien le cas en droit français. Il serait erroné d'affirmer que la négociation collective ne porte que sur l'amélioration des conditions de travail. Au contraire, l'extension des objets de négociation donne à voir un dialogue social qui s'oriente vers la satisfaction d'intérêts qui dépassent ceux des salariés, qu'il s'agisse de l'intérêt de l'entreprise ou de l'intérêt général. La dernière consiste en la mise en place de nouveaux acteurs collectifs. Il va sans dire que les réformes menées depuis 1996 ont contribué à l'apparition de nouveaux acteurs en droit français.

³²⁴ La négociation collective, telle qu'elle résulte du droit positif, serait selon l'auteur trop substantielle en ce qu'elle suggérerait que le progrès social passe uniquement par l'accroissement du revenu monétaire et l'amélioration des conditions de travail des salariés.

³²⁵ Voilà qui postule en faveur d'une diffusion du modèle de l'accord collectif de travail au-delà du droit du travail salarié. Sur cette question, cf. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

145. Il est donc possible d'en conclure, au premier abord, que le modèle français de l'accord collectif de travail participe d'une logique procédurale. Le risque est grand toutefois et il serait malheureux de l'ignorer, car « tandis que juridiquement la négociation devient au moins aussi importante que l'accord qui en résulte, prospère une tendance à considérer que, quel qu'en soit le résultat, la négociation constituerait un progrès en soi, un bien en soi sans que l'on sache très bien ce qui revient respectivement, dans cette vision, à une conception démocratique des rapports de travail et à la recherche d'une gestion optimale des ressources humaines »³²⁶. Il devient alors nécessaire de s'interroger sur « la fonction de légitimation – à moins que l'on ose le mot de mystification- remplie par la négociation dans certaines circonstances »³²⁷. S'agit-il encore d'œuvrer pour le bien commun ? Les thèses procédurales ont pu être critiquées comme ne tenant pas « compte de la réalité humaine » et reposant « sur l'hypothèse héroïque d'un bon vouloir généralisé dans la discussion où chacun, s'émancipant de ses passions égoïstes et de toute velléité de domination, se décide uniquement en fonction des exigences que pose la raison pour la réalisation du juste »³²⁸.

146. Plus fondamentalement, si l'on accepte de concevoir l'accord collectif comme le dénouement d'un processus délibératif, autrement dit d'un processus de décision qui se résume au choix de contracter et/ou au choix du contractant. Il permet ainsi de finaliser la décision. Or, la décision est unilatérale tandis que l'accord collectif se veut multilatéral. Quelle place reste-t-il à la négociation dans cette vision procédurale de l'accord collectif ? Certains tenants de la démocratie délibérative tentent de dépasser cette antinomie apparente en soutenant que si « la délibération s'oppose à l'usage coercitif du pouvoir », elle ne s'oppose « pas nécessairement à la négociation, car il existe des négociations délibératives », des formes de négociation « compatibles avec les exigences de la démocratie délibérative : justification mutuelle, respect mutuel, réciprocité, équité, égalité, et absence de pouvoir coercitif »³²⁹. Le modèle délibératif n'appellerait pas ainsi

³²⁶ M.-A. Souriac et G. Borenfreund, « La Négociation collective entre désillusion et illusions », *in Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 222.

³²⁷ *Loc. cit.*

³²⁸ B. Frydman, « Négociation ou marchandage ? De l'éthique de la discussion au droit de la négociation », *in Droit négocié, droit imposé ?*, ss. la dir. de Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, p. 246.

³²⁹ *La démocratie délibérative*, Hermann, recueil édité par C. Girard et A. Le Goff, 2010, pp. 95 et s.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

nécessairement une mise au ban de la négociation, mais bien plutôt une réévaluation et une redéfinition de celle-ci³³⁰. Ainsi, la négociation collective confère des qualités extrinsèques au modèle de l'accord collectif de travail. Toutefois, celui-ci possède également des qualités intrinsèques.

Paragraphe 2 Les qualités intrinsèques

147. Il est difficile au premier abord de définir les qualités qui sont prêtées au modèle de l'accord collectif de travail, non pas qu'elles ne soient pas identifiées, mais bien parce qu'elles sont nombreuses. La tâche est d'autant plus complexe que les acteurs du droit, les négociateurs sociaux les premiers, ne sont pas toujours en phase s'agissant des vertus qu'il faut lui reconnaître. Toutefois, il est une constante dans les discours émanant à la fois des interlocuteurs sociaux, de la doctrine ou des politiques. Promouvoir la norme conventionnelle c'est faire l'éloge du terrain, référence qui « tient lieu de brevet de compétence, d'attestation de conformité au monde réel et affranchit ceux qui en sont les bénéficiaires des épithètes de rêveur ou d'intellectuel »³³¹. Les interlocuteurs sociaux seraient ainsi titulaires d'une expertise qui ne dit pas son nom. Le fruit de leurs réflexions et de leurs négociations serait donc nécessairement le reflet de cette intelligence du terrain. En cela, l'accord collectif de travail serait porteur d'un modèle idéal dont les vertus ne peuvent, là encore, qu'être appréciées, rapportées aux qualités et prétendus vices des normes étatiques. De manière synthétique et non exhaustive, ce sont des qualités de proximité (**A**) de stabilité et de sécurité (**B**), d'effectivité et d'efficacité (**C**) qui sont reconnues au modèle³³².

A) La proximité

148. La négociation collective serait, selon une opinion communément partagée, « génératrice d'un droit du travail décentralisé et de proximité [...] qu'elle soit nationale, de

³³⁰ Sur l'opposition entre modèles délibératif et de droit négocié, cf. Partie 2, Titre 2.

³³¹ B. Gauriau, « Eloge du terrain », *Droit social*, 2008, p. 89.

³³² V. en ce sens, E. Peskine, *art. précit.*, p. 339 : « Sont ainsi vantées la capacité d'adaptation de la norme collective, l'adhésion des acteurs du monde du travail qu'elle implique, la simplification du droit du travail qu'elle induit et l'efficacité économique qu'elle sert ».

branche ou d'entreprise »³³³. Cette affirmation peut paraître au premier abord contradictoire. En effet, on peine à comprendre comment un accord national interprofessionnel pourrait être considéré comme générateur de normes de proximité au même titre qu'un accord d'entreprise. En réalité, cette apparente contradiction indique qu'il existe deux manières d'appréhender cette proximité. La première est sans doute la plus évidente. La proximité peut tout d'abord s'entendre en termes « géographiques ». Elle évoque alors la décentralisation de la négociation collective, autrement dit l'idée qu'il importe de favoriser, par différents biais, la poursuite du dialogue social au niveau de négociation réputé le plus pertinent, à savoir l'entreprise. En réalité, il nous semble que derrière l'éloge de la négociation d'entreprise, c'est l'éloge d'un certain particularisme qui se profile. Celui-ci implique pour les interlocuteurs sociaux, la possibilité d'adapter la norme conventionnelle aux réalités économiques et sociales que ce soit de l'entreprise ou même d'un secteur d'activité (1). On pressent bien, dès lors, que la proximité ne s'entend pas uniquement comme une proximité territoriale. Elle exprime également une légitimité tenant à la présence et à l'ancrage des négociateurs sur le terrain. La négociation collective permettrait ainsi de réduire la distance entre ceux qui édictent et ceux à qui s'applique la norme. Cela passe par une attention toute particulière, renforcée ces dernières années, à l'égard de la qualité du lien de représentation qui unit spécialement les organisations syndicales avec les salariés. Or, représenter, c'est aussi rendre présents les représentés (2).

1. L'éloge du particularisme

149. Si le modèle de l'accord collectif de travail est aujourd'hui vanté, c'est notamment parce qu'il est censé répondre aux besoins des salariés et des employeurs, et ce au niveau le plus pertinent³³⁴. À ce titre, l'existence d'une pluralité de niveaux de négociation participe du modèle³³⁵. Difficile d'affirmer alors qu'il existerait un niveau de négociation plus pertinent qu'un autre. L'histoire des accords collectifs de travail démontre que selon les époques, les préférences ont, sur ce point, évolué. L'essentiel n'est pas tant d'affirmer que la branche ou l'entreprise est le niveau de négociation le plus adapté, mais plutôt de prendre

³³³ G. Loiseau et A. Martinon, « La négociation paradoxale », *Cahiers sociaux*, 2014, p. 213.

³³⁴ J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, France stratégie, 2015, p. 66 : « la négociation collective contribue à la proximité de ce droit [du travail] ».

³³⁵ V. en ce sens, M. Despax, « La place de la convention collective dans le système conventionnel », *Droit social*, 1988, p. 8 ; M.-A. Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », *Droit social*, 2004, p. 579.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

acte de la possibilité pour les négociateurs sociaux de définir librement le niveau pertinent de négociation selon leurs attentes. En cela, l'accord collectif peut exprimer à la fois le particularisme d'une entreprise ou bien d'un secteur d'activité.

Il serait toutefois inconvenant de taire le mouvement de décentralisation de la négociation collective que connaît la France depuis quelques décennies. La promotion de la négociation collective passe depuis quelques décennies déjà par l'épanouissement d'une négociation décentralisée en ce que « l'entreprise, cellule sociale fondamentale s'affirme comme un lieu de négociation dans un pays traditionnellement enclin à la négociation centralisée »³³⁶. Pourtant, le système français de négociation collective est souvent qualifié de système centralisé « accordant une place prépondérante à la branche et à l'interprofession »³³⁷. Le chemin parcouru depuis le lendemain de la Seconde Guerre mondiale est remarquable. Comment oublier en effet qu'initialement la loi du 11 février 1950 n'avait que peu d'égards pour la négociation décentralisée ? La loi du 13 novembre 1982 constitue sans doute un tournant, car pour la première fois le législateur fait de l'accord collectif un mode « privilégié d'aménagement des rapports de travail dans l'entreprise là où la confrontation des intérêts et des pouvoirs est la plus immédiate, au plus près des réalités économiques et sociales »³³⁸.

150. L'éloge du particularisme se double donc d'une valorisation du local. Cette exigence de proximité géographique est exprimée avec de plus en de force à mesure que des voix s'élèvent pour que soient prises en compte les spécificités irréductibles de chaque entreprise. Cette position est spécialement soutenue par le MEDEF qui fait de « la décentralisation des négociations collectives un de ses objectifs prioritaires »³³⁹. Au début des années 2000, l'organisation patronale estimait ainsi qu'il fallait « réinventer un système à partir du niveau optimum d'efficacité économique et social du dialogue social, c'est-à-dire l'entreprise [et] renverser la pyramide, en faisant de l'entreprise, voire de l'établissement la base élargie du système »³⁴⁰. Une certaine frange de la doctrine n'hésite pas à venir au

³³⁶ M.-A. Souriac-Rotschild, *Les accords collectifs d'entreprise*, Tome 1, thèse Université Paris I, 1986, p. 1.

³³⁷ P. Lokiec, *Droit du travail, Tome II, Les relations collectives de travail*, PUF, Thémis Droit, 2011, p. 233.

³³⁸ *Ibid.*, p. 6.

³³⁹ C. Woll, « La réforme du MEDEF : chronique des difficultés de l'action collective patronale », *RFSP*, 2006, p. 255.

³⁴⁰ Position du MEDEF citée par Y. Leroy, *L'effectivité du droit du travail au travers d'un questionnaire en droit du travail*, LGDJ, 2011, p. 174.

soutien de cette position. Un auteur se demande ainsi « pourquoi faudrait-il que dans toutes les entreprises relevant d'une même branche d'activité s'appliquent les normes salariales alors que politiques, ambitions et résultats sont différents ? »³⁴¹. Cette affirmation exprime très bien la volonté qui sous-tend l'idéal de proximité³⁴², celle que « la spécificité de sa situation puisse être prise en compte et ne pas être soumise au couperet mécanique d'une règle abstraite »³⁴³. On comprend bien ici que l'argument de proximité traduit une volonté, clairement affichée, d'évitement de la norme centralisée, moins de l'accord conclu à un niveau supérieur que de la loi elle-même.

Malgré les intentions pas toujours louables des promoteurs de cette décentralisation, le législateur s'est résolument engagé dans cette voie comme l'attestent les lois du 4 mai 2004 et du 20 août 2008. Le Code du travail prévoit désormais qu'en cas de conflit entre normes conventionnelles conclues à des niveaux différents, la norme conventionnelle la plus décentralisée a vocation à primer sauf dans quatre domaines clairement délimités. Le principe de faveur est donc écarté au profit d'un principe qualifié de spécialité ou de proximité.

151. Au-delà de la prévalence accordée aux normes conventionnelles les plus proches de l'entreprise, c'est la possibilité de redéfinir les unités de représentation en dehors des cadres classiques et d'ouvrir à la négociation collective de nouvelles potentialités qui frappe. Ainsi, l'article L. 2232-16 prévoit la possibilité de conclure un accord au niveau de l'établissement. Encore faut-il que des délégués syndicaux soient présents à ce niveau alors même qu'en principe, ceux-ci sont désignés au niveau de l'entreprise. Toutefois, la jurisprudence veille à ce que les représentants du personnel puissent exercer leurs missions au plus près des salariés. Ainsi, au nom d'une exigence de proximité, la Cour de cassation admet que des délégués syndicaux puissent être désignés au niveau de l'établissement et non de l'entreprise³⁴⁴. Plus largement, la diversification des niveaux de négociation permet de calquer les accords collectifs sur les structures de l'activité économique et sur les centres de

³⁴¹ B. Teyssié, « Propos autour d'un projet d'autodafé », *Droit social*, 1986, p. 560.

³⁴² Sur cet idéal, cf. C. Le Bart et R. Lefebvre, *La proximité en politique. Usages, rhétoriques, pratiques*, PUR, 2005.

³⁴³ P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique*, Seuil, 2008, p. 267.

³⁴⁴ Il faut pour cela démontrer l'existence d'un regroupement, sous la direction d'un représentant de l'employeur, d'au moins cinquante salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques, peu important que le représentant de l'employeur ait le pouvoir de se prononcer sur ces revendications, Soc. 24 avril 2003, *Bull. civ. V*, n° 141.

décision pertinents. La possibilité de négocier depuis 2004 au niveau du groupe conformément aux articles L. 2232-30 et suivants du Code du travail atteste par exemple de cette orientation.

De même, c'est le souci de « coller au plus près des réalités du terrain »³⁴⁵ qui explique en partie la reconnaissance de nouveaux négociateurs au sein de l'entreprise pour permettre à celles dépourvues de délégués syndicaux, de mener malgré tout, des négociations collectives. C'est particulièrement vrai dans les petites entreprises L'ANI du 31 octobre 1995 a constitué à ce sujet un véritable tournant. L'initiative a ensuite été relayée par la loi du 12 novembre 1996 et a encore trouvé un écho favorable dans la loi du 17 août 2015 en autorisant, sous certaines conditions, la conclusion d'accords collectifs par des salariés mandatés et des représentants élus du personnel. En creux, on retrouve l'idée que ces représentants présentent l'avantage d'être présents sur le terrain.

2. L'éloge de la présence

152. Faire l'éloge de la proximité, c'est également faire l'éloge du terrain. Ce lien conceptuel est particulièrement perceptible au travers des discours politiques qui tendent à justifier le recours massif à la négociation collective. M. X. Bertrand, alors ministre du travail, estimait ainsi que « dans une société moderne, il n'est pas acceptable d'imposer des solutions qui viennent d'en haut, sans aucun échange avec ceux qui vivent les situations concrètes sur le terrain, au quotidien »³⁴⁶. Il s'agissait alors de valoriser les lois intervenues à la suite de la signature d'ANI pourtant éloignés du niveau de l'entreprise. Ce dernier est pourtant réputé être le plus proche des salariés et des employeurs. C'est dire que la proximité ne s'entend pas nécessairement en termes géographiques. Elle passe également par une présence des négociateurs au plus près des destinataires des accords qu'ils signent.

Si la proximité de la norme conventionnelle est aujourd'hui un gage de qualité, c'est aussi la conséquence d'une faillite de la loi. Elle « exprime aussi le sentiment diffus de la nécessité d'une rupture avec ce qui serait opposé : la distance, la hauteur »³⁴⁷. M. P. Rosanvallon n'hésite pas à parler à ce titre d'une référence accrue dans le discours politique

³⁴⁵ G. Borenfreund, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Droit social*, 2004, p. 607.

³⁴⁶ X. Bertrand, « Quel sens ont les réformes ? », *RDT*, controverse, 2008, p. 356.

³⁴⁷ P. Rosanvallon, *op. cit.*, p. 267

à l'argument de proximité. Cette recherche d'une « légitimité de proximité »³⁴⁸ guide l'action publique³⁴⁹. Or, les gouvernants peinent à rétablir le lien avec les citoyens qu'ils sont censés représenter. Pour y remédier, ils misent sur une réactivation ou un renforcement de procédés dits démocratiques qui visent à impliquer de manière croissante les citoyens. Le modèle de l'accord collectif de travail est mobilisé dans ce cadre. D'ailleurs, la notion de proximité est souvent associée celle de participation. En s'autorisant à reprendre le contenu d'un accord dans une loi, c'est la légitimité de proximité des interlocuteurs sociaux que les pouvoirs publics tentent de s'accaparer. Stratégiquement, cette démarche permet également de faire peser la responsabilité et l'éventuel échec d'une réforme sur le dos des négociateurs sociaux.

153. Toutefois, il convient de s'interroger sur ce qui confère cette légitimité de proximité aux interlocuteurs sociaux. De toute évidence, leur présence est incontestable au plus près des salariés et des employeurs. On le sait, les organisations syndicales ont investi les entreprises depuis 1968. Néanmoins, il ne suffit pas d'être présent sur le terrain pour pouvoir se revendiquer de cette légitimité de proximité. C'est par leur action au quotidien que cette dernière s'acquiert. La difficulté majeure reste de l'appréhender juridiquement. En effet, la proximité est une notion qui dépasse le cadre du droit et qui mêle des considérations physiques et psychologiques. M. Rosanvallon estime ainsi que la notion invite à repenser la représentation, en termes d'empathie et de « sincérité de la compassion »³⁵⁰, autant d'éléments non juridiques. Il a pourtant fallu s'assurer, au fur et à mesure qu'une place décisive était accordée à l'accord collectif et que le pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux s'est vu renforcé, que cette légitimité de proximité était bien réelle. Cette attention se manifeste, selon nous, au travers de l'exigence de représentativité. Il suffit pour s'en convaincre d'analyser quels sont les critères qui fondent cette qualité représentative.

Depuis 2008, le critère de l'audience électorale a acquis un rôle de premier ordre. Or, selon une certaine lecture, l'élection se référerait « à un principe de proximité, d'identité ». Dans cette perspective, « le représentant idéal est [...] celui qui pense, qui parle et vit

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 267.

³⁴⁹ La loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité est à cet égard symptomatique. Les citoyens « sont [...] de plus en plus sensibles au comportement même des gouvernants [et qu'] ils souhaitent être écoutés, pris en considération, faire valoir leur point de vue ; ils attendent que le pouvoir soit attentif à leurs difficultés, qu'il apparaisse vraiment préoccupé par ce que vivent les gens ordinaires », P. Rosanvallon, *op. cit.*, p. 297.

³⁵⁰ P. Rosanvallon, *op. cit.*, p. 297.

comme ses mandants, sorte de double valorisation d'eux-mêmes »³⁵¹. Représenter, c'est donc rendre présent. En cela, les élus du personnel présentent l'avantage majeur d'être issus des entreprises dans lesquelles ils se présentent. Il n'est donc pas question de parachutage comme dans le domaine politique. Pourtant, on peine à comprendre alors ce qui différencie le représentant du personnel du représentant politique et ce qui confère au premier une légitimité de proximité supposée supérieure à celle du second. Il faut à cette fin prêter attention aux autres critères de représentativité qui rappellent que celle-ci n'est pas purement électorale. En effet, des critères tels que l'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, l'ancienneté minimale d'au moins deux ans, l'indépendance ou bien encore le respect des valeurs républicaines, permettent de penser le lien de représentation de manière plus ambitieuse qu'en prenant en compte de simples résultats électoraux. Ils rappellent que la légitimité d'un syndicat s'apprécie aussi au regard de sa capacité à interagir avec les salariés. Ce souci de proximité est également perceptible au travers de certains critères spécifiques à certains niveaux de négociation. Au niveau de la branche, il est ainsi prévu que les organisations syndicales doivent disposer d'une implantation territoriale équilibrée. L'idée de proximité transparait ici clairement. Toutefois, un vice majeur entachait jusqu'ici ce mode d'appréciation de la légitimité des interlocuteurs sociaux. En effet, il ne s'appliquait qu'aux seules organisations de salariés. La loi du 5 mars 2014 a entendu y remédier en posant pour la première fois de critères d'appréciation de la représentativité des organisations patronales.

Le modèle de l'accord collectif de travail constitue ainsi un modèle de droit négocié conçu comme un droit de proximité. En cela, les normes conventionnelles élaborées sont réputées plus justes, car plus proches de leurs destinataires. Mieux, en toute logique, ces normes étant élaborées par des acteurs conscients des besoins du terrain, ont tout intérêt à ce que celles-ci s'inscrivent dans le temps et que leur contenu soit sécurisé.

B) La stabilité et la sécurité

154. Le modèle de l'accord collectif de travail est bien souvent perçu comme un « vecteur de sécurité juridique »³⁵². Cette sécurité serait même « l'apanage du droit

³⁵¹ P. Rosanvallon, *op. cit.*, p. 293.

³⁵² V. Pontif, *La sécurité juridique et le droit du travail*, thèse UPOND, 2011.

conventionnel »³⁵³. Avant de déterminer les raisons qui expliquent une telle perception, il convient de s'accorder brièvement sur le sens que l'on entend donner ici à cette sécurité juridique. Selon le Conseil d'État, « le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable [et que] pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles »³⁵⁴. La sécurité juridique serait ainsi une exigence à la fois d'ordre formel tenant à la qualité rédactionnelle de la norme et d'ordre temporel tenant plus à la stabilité et à la prévisibilité de la norme. Il convient à présent de déterminer en quoi le modèle de l'accord collectif de travail est à même de garantir une plus grande sécurité juridique que des modes de production normative concurrents.

155. L'une des caractéristiques du modèle légal de l'accord collectif de travail est d'être parcouru par des exigences contradictoires entre permanence et évolution. Tributaire d'une logique contractuelle, ce type d'accord n'a pas vocation à perdurer. Il peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée. Dans le premier cas, elle prendra fin à l'issue du terme stipulé par ses signataires. En revanche, dans le second cas, l'accord a vocation à s'appliquer jusqu'à ce que les parties décident d'y mettre un terme ou que par la force des choses, la configuration de l'entreprise l'exige. On parle alors, selon le cas, de dénonciation ou de mise en cause de l'accord. La dénonciation est un mécanisme pour le moins original qui permet à l'une des parties signataires de l'accord collectif de notifier aux autres signataires sa volonté de ne plus voir ledit accord s'appliquer. Il est question de mise en cause lorsque l'application d'un accord est menacée par la survenance de l'un des événements visés par l'article L. 2261-14 du Code du travail comme une fusion, une scission, une cession ou bien encore un changement d'activité de l'entreprise. Dénonciation et mise en cause seront suivies d'effets si elles remplissent les conditions posées par la loi à cet effet. Cela signifie concrètement que les salariés qui se trouvaient dans son giron ne

³⁵³ Cf. F. Favennec-Héry, « Sécurité juridique et actes des partenaires sociaux », *Droit social*, 2006, p. 766.

³⁵⁴ Conseil d'Etat, Rapport public 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, pp. 281 et 282.

pourront plus utilement l'invoquer ni même prétendre à son incorporation dans le contrat de travail.

156. Il peut donc paraître étonnant au premier abord de considérer que le modèle légal de l'accord collectif de travail est source de stabilité. En effet, il semble au contraire que les interlocuteurs sociaux puissent disposer assez aisément, spécialement dans le cadre de la dénonciation, du statut collectif des salariés. L'adaptabilité de la norme conventionnelle aux exigences économiques et sociales du moment est de la sorte assurée. Toutefois, selon une certaine lecture, cela n'est pas nécessairement signe d'instabilité. À ce titre, le ministre du travail estimait en 2008 que la sécurité juridique réclamée selon lui par les salariés et les entreprises « passe aussi par le caractère réaliste de la norme, afin qu'elle ne soit pas en décalage avec la réalité vécue et connue par tous ». Or, ce serait « dans ce décalage que réside la véritable insécurité juridique, celle qui conduit à l'existence d'une règle qui n'a pas su évoluer avec une société dont les centres d'intérêts ont changé »³⁵⁵. Dans cette perspective, l'évolution du statut collectif des salariés ne constituerait pas une forme d'insécurité juridique. Il n'est pas nécessaire de vérifier la véracité de cette assertion. En revanche, il importe de souligner que le droit positif est parcouru par le souci de garantir une certaine permanence de la norme conventionnelle. Il faut pour s'en convaincre signaler l'existence d'un mécanisme de maintien des avantages individuels acquis issus de l'accord dénoncé ou mis en cause. Celui-ci n'est appliqué qu'en l'absence d'accord de substitution conclu dans le délai de survie aménagé par la loi auquel on ajoute le délai de préavis, ce qui donne, sauf stipulation contraire, un délai de quinze mois³⁵⁶. Cette règle est indéniablement garante d'une certaine stabilité normative. Cependant, elle ne trouve à s'appliquer que dans des cas particuliers et ne constitue pas une règle générale. En effet, elle ne sera mise en œuvre qu'en l'absence d'accord de substitution et que s'il est possible d'extraire du défunt accord, des avantages individuels acquis. On relèvera de plus que ce n'est pas tant la norme collective qui subsiste, dès lors que les avantages en question se trouvent incorporés au contrat de travail. Cela incite aussi à ne pas exagérer la portée de cette règle de subsistance.

³⁵⁵ X. Bertrand, *art. précit.*, *RDT*, p. 354.

³⁵⁶ Art. L. 2261-13 du Code du travail.

Il n'en demeure pas moins qu'elle atténue de manière remarquable les effets induits par la disparition d'un accord³⁵⁷.

157. L'analyse du droit des accords collectifs de travail laisse donc place à un sentiment mitigé. Celui-ci est lié, là encore, à cette tension entre deux exigences contraires, à savoir les exigences de permanence et d'évolutivité du statut conventionnel. En réalité, il nous semble que, selon les circonstances, le recours à la négociation collective peut être motivé par des considérations plus orientées vers l'une ou l'autre de ces exigences. Il apparaît même à l'analyse, que selon son niveau de négociation, un accord a plus ou moins vocation à s'inscrire dans le temps. L'hypothèse que l'on cherche ici à vérifier est simple : plus le niveau de négociation est décentralisé, plus l'accord a vocation à évoluer que ce soit par la voie de la révision ou bien ceux de la dénonciation ou de la mise en cause.

158. Au niveau national interprofessionnel, la négociation collective se veut bien souvent légiférante. Autrement dit, l'accord qui vient la ponctuer a vocation à être transposé dans un texte de loi. Raisonnant sur l'art de légiférer, Portalis affirmait que « l'essentiel est d'imprimer aux institutions nouvelles ce caractère de permanence et de stabilité qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes »³⁵⁸. Or, les interlocuteurs sociaux sont-ils à même de le faire s'agissant des normes qu'ils édictent ? À en croire certains observateurs, c'est certain. Au-delà des vertus qu'on lui prête, la norme conventionnelle, élaborée au niveau national interprofessionnel, présente en effet les traits qui sont traditionnellement reconnus à la loi, à savoir la permanence et la généralité. Rien ne semble s'opposer dès lors, à ce que ce type d'accord se substitue avantageusement à la loi. C'est particulièrement le cas lorsque le texte conventionnel est annexé à une loi, comme l'a été l'accord du 10 décembre 1977 sur la mensualisation dans le cadre de la loi du 19 janvier 1978³⁵⁹. Or, certaines annexes ont la même valeur juridique que le texte principal lui-même et appellent donc, pour leur

³⁵⁷ Dans le même ordre d'idées, il est également possible de voir dans la règle posée par l'article L. 2222-4 du Code du travail, une volonté du législateur de garantir la stabilité de la norme conventionnelle. En effet, celui-ci prévoit que « sauf stipulations contraires, la convention ou l'accord à durée déterminée arrivant à expiration continue à produire ses effets comme une convention ou un accord à durée indéterminée ».

³⁵⁸ J.-M. Portalis, *Discours préliminaire du Code civil*, 1804.

³⁵⁹ Loi n°78-49 du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle.

rédaction, la même rigueur que celle apportée à la rédaction de celui-ci³⁶⁰. La formulation d'un accord doit ainsi être pensée pour assurer une certaine stabilité dans le temps du texte. Il est à ce titre remarquable de trouver encore les traces de l'accord du 10 décembre 1977 aux articles L. 3242-1 et suivant du Code du travail. D'autres citent « volontiers l'exemple des règles essentielles des régimes du contrat à durée déterminée et du travail temporaire, dont la stabilité tiendrait au fait qu'elles sont issues d'un accord de 1990 'repris dans la loi' »³⁶¹. Paradoxalement, le recours accru à la négociation collective depuis la loi du 31 janvier 2007 semble toutefois nuire à cette stabilité. Cela est sans doute dû à l'émergence d'une négociation à pas forcés dans laquelle les interlocuteurs sociaux n'ont plus véritablement la liberté de choisir leur thème de négociation. Surtout, cela s'explique également par les ultimatums formulés par le Gouvernement afin que les négociateurs sociaux parviennent dans un temps donné à signer un accord. La qualité du texte s'en ressent alors nécessairement. On ne saurait s'étonner aussi, par exemple, de la signature de pas moins de trois ANI en l'espace de dix ans en matière de formation professionnelle. L'exposé des motifs de la loi du 5 mars 2014 dresse, de manière inattendue, le même constat même s'il n'est bien entendu pas question de revenir sur le bien-fondé du recours à la négociation collective. Il est ainsi relevé que « trop d'accords ont apporté des ajustements partiels, parfois positifs, mais insuffisants, à des dispositifs qui appelaient des réformes profondes » comme, par exemple, en matière de formation professionnelle « au travers de négociations, y compris la dernière de 2008-2009, pas toujours souhaitées par les partenaires sociaux eux-mêmes et ne conduisant qu'à des évolutions limitées dans leurs ambitions ou dans leurs effets ».

159. Si instabilité du régime conventionnel il y a, elle serait donc essentiellement due au régime légal des accords collectifs de travail. Ces derniers seraient ainsi exposés à la fois à des « risques intrinsèques » et « extrinsèques d'insécurité juridique »³⁶². C'est, selon nous, faire un faux procès à la loi. S'agissant par exemple des prétendus risques tenant aux

³⁶⁰ V. en ce sens, le guide de légistique publié sur le site internet légifrance. Semblant conforter cette lecture, s'agissant de l'accord du 10 décembre 1977, CE, 26 février 2007, *Fédération nationale des particuliers employeurs*, n° 280606. Des doutes sont formulés quant à la qualité des textes légaux reprenant le contenu d'un ANI dans le cadre de la loi du 31 janvier 2007. Ils seraient source d'imprécisions et d'insécurité juridique. Cf. J.-D. Combrexelle, *rapport précit.*, p. 34.

³⁶¹ A. Jeammaud et H. Masse-Dessen, « Quel avenir pour la loi face à la négociation collective ? », *SSL*, 2006, n° 1257, p. 10. Les auteurs font écho au rapport de Virville qui développe cet exemple, p. 25.

³⁶² F. Favennec-Héry, *art. précit.*, p. 767.

conditions de validité de l'accord, le droit positif laisse plutôt à penser qu'il contribue à la stabilisation du régime conventionnel. Longtemps, la validité d'un accord était soumise à la seule signature d'un syndicat représentatif. L'apparition d'une négociation de concession a conduit le législateur à renforcer ces conditions en aménageant notamment un droit d'opposition au profit des syndicats non signataires. Or, celui-ci est enfermé dans un délai assez restreint. L'objectif est ainsi de permettre aux interlocuteurs sociaux d'être fixés au plus vite sur le devenir de leur accord³⁶³. Les règles relatives à la représentativité poursuivent, dans une certaine mesure, le même objectif. La reconnaissance par l'arrêté du 31 mars 1966 de cinq confédérations représentatives au niveau national interprofessionnel et la présomption de représentativité qui en découlait pour les organisations syndicales qui y étaient affiliées, contribuaient à stabiliser le paysage syndical³⁶⁴. La généralisation de la représentativité prouvée depuis 2008 constitue, à ce titre, une source d'insécurité plus grande. Il s'agit sans doute du prix à payer pour renforcer la légitimité des organisations syndicales même s'il ne faut pas exagérer les risques induits par la réforme opérée³⁶⁵.

Plus encore, il conviendrait d'évoquer le contrôle de légalité interne³⁶⁶ des accords collectifs par les juges. Cependant, il ne constitue pas, à notre sens, une cause d'insécurité rédhibitoire dès lors qu'une bonne connaissance de la loi devrait permettre aux interlocuteurs sociaux de se prémunir contre ce risque. De plus, le risque extrinsèque tenant à la survenance d'une loi contredisant le contenu de l'accord en cours d'exécution ne doit pas être surestimé. L'application du principe de faveur n'atteint pas l'intégrité du texte conventionnel qui se trouve simplement écarté, parfois temporairement seulement, et non annulé en ce que ses mesures sont contraires aux dispositions d'une loi ou d'un contrat de

³⁶³ L'exposé des motifs de la loi du 4 mai 2004 prévoit à ce titre que « l'exigence de sécurité juridique impose que les effets de l'opposition soient clairement précisés par le législateur à savoir que les textes frappés d'opposition sont réputés non écrits ».

³⁶⁴ Beaucoup trop même. L'une des critiques adressées à un tel système tenait justement à l'impossibilité pour d'autres confédérations de se voir reconnaître représentatives au niveau national interprofessionnel.

³⁶⁵ En effet, il est prévu qu'aux niveaux national interprofessionnel et des branches, le ministre du travail déclare périodiquement quelles sont les organisations représentatives. S'il est certain qu'une telle décision n'est pas à l'abri d'une action en justice, on peut également penser que l'intervention du ministre lui confère une aura telle que les contestations seront moins nombreuses. De même, au niveau de l'entreprise, l'appréciation périodique de la représentativité induite par le critère de l'audience électorale emporte une certaine stabilité du statut de syndicat représentatif pendant toute la durée du cycle électoral et donc des accords signés par lui. En revanche, les critères tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière doivent pour leur part, être satisfaits de manière autonome et permanente, Soc. 14 novembre 2013, n° 12-29.984.

³⁶⁶ L'expression est empruntée à M.-A. Souriac-Rotschild, « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », *Droit social*, 1996, p. 395.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

travail plus favorables. Mieux, le législateur intervient dans des cas de plus en plus fréquents pour garantir à l'accord une prévalence telle que son contenu ne puisse être écarté par un contrat individuel, quand bien même on invoquerait pour ce faire les éléments essentiels de celui-ci. Tel est le cas de la loi Aubry 2 à propos des accords de réduction du temps de travail, de la loi Warsmann à propos des accords de modulation du temps de travail. Sur un autre plan, il en va de même s'agissant des accords de mobilité interne et des accords de maintien de l'emploi. Enfin, il est possible de mentionner le cas particulier des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE) négociés conformément à l'article L. 1233-24-1 du Code du travail introduit par la loi de sécurisation de l'emploi de 2013. Ces plans doivent être, selon l'expression même de la loi, être validés par la DIRECCTE compétente. Cette validation n'implique qu'un contrôle restreint de la part de l'administration notamment sur la légalité interne et externe de l'accord et la procédure. En cas de contentieux concernant la décision de la DIRECCTE, le juge administratif est compétent. La procédure ainsi aménagée est particulièrement dissuasive pour les éventuels contestataires. D'après les chiffres établis à la fin du mois de mai 2014, les PSE mis à la suite d'un accord collectif généraient très peu de contentieux, 5% des décisions prises l'administration. C'est là le signe que la loi confère, bon an mal an, à ce type d'accord une assise pour le moins solide surtout lorsqu'on sait que le délai de recours à leur encontre n'est que de trois mois.

160. Les interlocuteurs sociaux n'hésitent pas, de manière plus explicite, à introduire dans leurs textes, des clauses dites de sécurité juridique. Si leur objet varie selon les circonstances, elles révèlent toutes une crainte de l'incertitude chez les négociateurs sociaux et plus spécifiquement l'inquiétude d'une remise en cause des accords signés. Le législateur l'a bien compris en 2004 lorsqu'il opéra un renversement de la hiérarchie des normes conventionnelles au profit des accords les plus décentralisés. Afin de ne pas remettre en cause la valeur hiérarchique accordée par leurs signataires aux accords conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, son article 45 a prévu que celle-ci demeurerait opposable aux accords de niveaux inférieurs. De même, cette loi autorise les interlocuteurs sociaux à introduire dans leurs textes conventionnels des clauses de verrouillage dont l'objectif est d'empêcher notamment que les clauses d'un accord de branche puissent être

écartées par les dispositions moins favorables d'un accord d'entreprise³⁶⁷. Or, ces clauses de verrouillage sont parfois qualifiées de clauses de « sécurisation juridique »³⁶⁸.

Cette quête de stabilité n'est donc pas l'apanage des pouvoirs publics. L'ingénierie conventionnelle permet également aux interlocuteurs sociaux de renforcer la stabilité de leurs accords. Libre à eux d'introduire en effet dans ces derniers, des clauses de maintien des avantages acquis. Prenant les devants d'une éventuelle intervention législative ou judiciaire, les négociateurs sociaux ont créé un arsenal de clauses visant à limiter l'insécurité inhérente à toute production normative. Sont, par exemple, intégrées au sein des accords des clauses suspensives et résolutoires liées à une modification législative, des clauses d'indivisibilité, de révision, d'arbitrage ou bien encore des clauses dites de rendez-vous³⁶⁹. On signalera également l'existence de clauses d'interprétation qui tentent de désamorcer l'aléa judiciaire en orientant l'interprétation du texte³⁷⁰. Plus efficace encore est l'institution par voie conventionnelle de commissions paritaires d'interprétation ayant pour vocation de régler les difficultés d'interprétation soulevées par un accord collectif³⁷¹. Il restait toutefois à déterminer la valeur juridique des avis rendus par ce type de commission. La Cour de cassation a jugé dans un arrêt du 15 mai 2001 que « sauf s'il a valeur d'avenant à la convention collective, l'avis de la commission de conciliation ne lie pas le juge »³⁷². La haute juridiction s'en tient ainsi à la position qu'elle avait exprimée dans son rapport annuel de 1994 selon laquelle les conventions collectives devaient idéalement être interprétées par

³⁶⁷ Cf. les art. L. 2253-3 et L. 2252-1 du Code du travail.

³⁶⁸ V. par exemple, l'article 6 de la convention collective nationale de la branche de l'aide, de l'accompagnement, des soins et des services à domicile du 21 mai 2010.

³⁶⁹ Cette insécurité était particulièrement perceptible s'agissant des accords de réduction du temps de travail. La première loi Aubry 1 avait renvoyé aux interlocuteurs sociaux le soin de mettre en œuvre cette réduction. Rien ne leur garantissait toutefois que le fruit de leurs négociations soit validé ultérieurement par la loi Aubry 2. Les négociateurs sociaux se montrèrent aussi particulièrement précautionneux en introduisant des clauses de sécurité juridique. Sur ce point, cf. « 35 heures : accords de méthode et sécurité juridique », *Liaisons sociales C3*, n° 48, 13 avril 1999, p. 1.

³⁷⁰ Il est devenu courant de dénoncer aujourd'hui la complexité résultant de l'interprétation des règles de droit livrée par une « jurisprudence devenue très interventionniste depuis une dizaine d'années », Ph. Langlois, « Réflexions sur la simplification du droit du travail », *Institut de l'entreprise*, 2004, p. 13.

³⁷¹ V. par exemple, l'accord du 16 décembre 2009 relatif à la commission paritaire d'interprétation, de conciliation et de validation conclu dans la branche de l'industrie phonographique.

³⁷² Soc., 15 mai 2001, n° de pourvoi : 99-42.109, *Bull. civ. V*, n° 169. La solution avait déjà été posée mais avec moins de clarté, Soc., 11 oct. 1994, n° de pourvoi : 90-41.818, *Bull. civ. V*, n° 272 ; Soc., 20 janv. 1999, n° de pourvoi : 96-44.814. Sur la portée juridique de ces avis, cf. J.-Y. Frouin, « L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail », *RJS*, 1996, p. 137 ; M. Moreau, « La portée des avis rendus par une commission paritaire d'interprétation », *Droit social*, 1995, p. 359 et s.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

des commissions paritaires dont l'avis, ayant la valeur d'un avenant, s'imposerait au juge³⁷³. Elle proposait même que ces commissions soient rendues obligatoires.

161. La stabilité et la sécurité de la norme conventionnelle sont donc, malgré tout, discutables. Il est toutefois une lecture proposée par un auteur qui pourrait permettre de comprendre les visées du législateur. Il apparaît en effet que ce n'est pas tant la stabilité de l'accord collectif que l'on recherche en tant que tel, mais plutôt la stabilité de la couverture conventionnelle des salariés³⁷⁴. Cela passe également par la garantie d'une certaine efficacité et effectivité de la norme conventionnelle.

C) L'efficacité et l'effectivité

162. L'évaluation des normes juridiques est susceptible d'être réalisée à l'aune d'innombrables critères. Toutefois, il en est deux qui reviennent avec persistance, à savoir l'efficacité et l'effectivité. Le modèle de l'accord collectif de travail n'y échappe pas. Pourtant, ces notions se révèlent redoutables à l'usage et il n'est pas rare qu'elles soient toutes deux confondues. Il convient pourtant de ne pas les mettre sur le même plan. L'effectivité désignerait pour sa part un rapport de conformité entre le modèle prescrit par la norme et les pratiques de ses destinataires **(1)**. L'efficacité s'entend, quant à elle, comme la capacité d'un dispositif juridique à remplir la fonction qui lui a été assignée. Un acte juridique sera efficace s'il est valable juridiquement et s'il procure le résultat attendu de lui, à savoir s'imposer à ses destinataires³⁷⁵. Toutefois, ce n'est pas sous l'angle de cette efficacité purement juridique³⁷⁶ que sera appréciée ici l'efficacité de la norme conventionnelle. En effet, depuis quelque temps déjà, l'efficacité de la norme en droit du travail est pensée « en dehors de l'ordre juridique lui-même, en considération d'un objectif et de résultats extra ou métajuridiques, c'est-à-dire relevant des domaines socio-économique ou politique »³⁷⁷ **(2)**.

³⁷³ Sur cette suggestion, cf. M. Moreau, « Autorité des avis des commissions paritaires d'interprétation des conventions collectives (propos sur une suggestion) », *D.* 1996 chr., p. 69.

³⁷⁴ V. Pontif, *op. cit.*, p. 222.

³⁷⁵ Cf. A. Jeammaud et E. Serverin, « Evaluer le droit », *D.*, 1992, p. 263.

³⁷⁶ A. Jeammaud, « Le concept d'effectivité du droit », in *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, ss. la dir. de Ph. Auvergnon, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 35.

³⁷⁷ *Loc. cit.*

1. L'effectivité de la norme conventionnelle

163. Selon une approche classique, une norme est dite effective si elle est appliquée dans les faits³⁷⁸. Or, le modèle de l'accord collectif de travail est aujourd'hui considéré comme un levier susceptible d'être actionné en vue de garantir l'effectivité de la loi. Il s'agit là d'une évidence lorsque les interlocuteurs sociaux sont appelés par le législateur même à mettre en œuvre la loi et que l'accord collectif joue alors le rôle de règlement d'application de celle-ci. Tel est le cas également lorsque la loi conditionne l'institution d'un dispositif à la signature d'un accord collectif³⁷⁹. Nombreux sont à ce titre les accords collectifs qui tendent à rendre effectifs les dispositifs imaginés par le législateur comme, par exemple, les dispositifs d'intéressement ou de participation des salariés. De manière plus originale encore, c'est de manière assez spontanée, même s'ils y sont incités selon divers moyens, que les interlocuteurs sociaux peuvent tenter de rendre plus effective une disposition légale qu'ils jugent bonne. La démarche peut être mal perçue dès lors que l'accord entend assurer l'effectivité d'une loi qui devrait se suffire à elle-même. Des doutes peuvent même être formulés quant à la portée normative de ces accords. Nous pouvons nous référer utilement à ce sujet aux accords portant sur la diversité qui ambitionnent d'atténuer les discriminations dont sont victimes les publics qu'ils visent. Sont, de la sorte, prêtées des vertus pédagogiques à l'accord collectif, surtout lorsque sa conclusion est encouragée par les pouvoirs publics, en ce qu'il permet aux interlocuteurs sociaux de ressentir la nécessité d'une application effective de la loi.

164. Une approche plus « comportementaliste » tend à définir l'effectivité comme la propension d'une norme à être utilisée par ses destinataires « comme modèle pour orienter leur pratique »³⁸⁰. Autrement dit, l'effectivité permet de mesurer « le degré d'utilisation du modèle législatif par ses destinataires »³⁸¹. Centré sur la loi, le propos est très aisément

³⁷⁸ V. en ce sens, Ph. Langlois et J.-M. Verdier, *art. précit.*, p. 256 pour qui une réglementation effective est une réglementation appliquée. Pour une étude plus approfondie de la notion d'effectivité, cf. J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1969, pp. 91 et s.

³⁷⁹ Cela n'est pas surprenant « dans un domaine où la mise en œuvre exige une certaine organisation qu'il est préférable de laisser au soin des intéressés », Ph. Langlois et J.-M. Verdier, *art. précit.*, p. 256.

³⁸⁰ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau, pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 330.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 331.

transposable à l'accord collectif de travail dès lors qu'on s'accorde à y voir un modèle normatif. Cette évaluation est toutefois malaisée, car l'opération relève plus sûrement d'une démarche sociologique rigoureuse plutôt que d'une vague observation des normes juridiques et de leur application³⁸².

Plus loin encore, l'effectivité semble s'être enrichie d'une nouvelle dimension, qualifiée par certains auteurs de symbolique³⁸³. L'effectivité s'entend alors comme la capacité à « offrir des modèles de sens, diffuser des valeurs collectives, crédibiliser des fictions fondatrices » et non pas seulement diriger des conduites. La norme n'est plus perçue dès lors comme un simple modèle de comportement, mais comme le « reflet de l'état de l'opinion » et celle-ci sera effective que si elle parvient à limiter l'écart « entre l'opinion et le droit »³⁸⁴. Pour ce faire, il est préconisé d'enquêter, « moyen privilégié de connaissance de l'état des mœurs et des opinions, jusqu'à prendre place à côté des commentaires doctrinaux et jurisprudentiels, parmi les techniques du droit »³⁸⁵. Si cette analyse est intéressante à plus d'un titre, c'est avant tout parce qu'elle permet de penser la diffusion du modèle non pas comme une contrainte, mais comme une adhésion volontaire. Une telle distinction n'est pas sans évoquer la distinction latine entre *potestas* et *auctoritas*.

Toutefois, là encore, les exigences méthodologiques liées à ce type d'enquête rendent notre tâche ardue s'agissant de l'accord collectif de travail. Nous n'avons pas, bien entendu, la prétention de mener ce genre d'enquête. Toutefois, il est possible aux termes d'une analyse discursive basique de discuter de l'effectivité présumée plus importante de la norme conventionnelle par rapport à la norme étatique. C'est du moins une idée relativement répandue dans les discours institutionnels et doctrinaux. À l'origine de ces discours se trouve une analyse, là encore, largement partagée. Deux raisons expliqueraient principalement cette ineffectivité de la norme étatique, à savoir sa complexité et son inflation.

³⁸² V. sur cette question, P. Lascoumes et E. Serverin, « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit », *Droit et société*, 1986, p. 127. Il est également possible de se référer aux analyses sur « l'effectivisme » de J. Carbonnier, *Flexible droit*, 1971, notamment p. 102. Du même auteur, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'Année sociologique*, LVII, 1958, p. 3.

³⁸³ F. Ost et M. van de Kerchove, *art. précit.*, p. 334.

³⁸⁴ P. Lascoumes et E. Serverin, *art. précit.*, p. 137.

³⁸⁵ *Loc. cit.*

165. Le droit du travail, entendu comme l'ensemble des textes légaux et réglementaires trouvant à s'appliquer aux relations de travail, serait d'une part, beaucoup trop complexe. Le Code du travail et son allure « mammouthienne » seraient même la « terre d'élection de la complexité »³⁸⁶. Ce constat est repris « de façon très aigüe [...] par ceux – qu'il s'agisse d'organisations patronales, de dirigeants d'entreprise, de juristes, universitaires ou magistrats- qui voient dans la complexité et l'insécurité du droit du travail, des facteurs majeurs révélant son ineffectivité »³⁸⁷. Le rapport de Virville s'en était fait largement l'écho. Or, il est intéressant de relever, sur ce point, que si le rapport admet de manière très nuancée que les accords collectifs n'échappent pas toujours au piège de la complexité et de l'ambiguïté³⁸⁸, ils demeurent malgré tout un atout de taille dans cette entreprise de simplification du droit du travail. C'est en réalité la complexité des accords de branche qui est ici soulignée et donc la négociation d'entreprise qui est valorisée. Les accords conclus à ce niveau faciliteraient en effet l'adaptation des règles aux réalités du terrain et permettraient ainsi que celles-ci soient « mieux acceptées et respectées, ce qui contribue à leur pérennité »³⁸⁹. Le rapport va plus loin encore en estimant que la complexité du droit du travail « est d'autant plus dangereuse qu'elle détourne les partenaires de la négociation et du compromis qui constituent la seule voie praticable pour assurer l'effectivité et la stabilité du droit du travail »³⁹⁰. La négociation collective serait ainsi l'unique moyen de garantir une effectivité de la norme. Encore faut-il déterminer au nom de quoi devrait-on considérer que la norme conventionnelle est foncièrement moins complexe et donc plus effective que la loi.

L'idée qui est principalement avancée tient au fait qu'une norme édictée par ses destinataires, ou pour être plus précis par ses représentants, a nécessairement plus de chance d'être respectée et donc appliquée. En effet, elle est censée, à ce titre, incarner au mieux, les aspirations de ceux qui l'édictent. Le degré d'acceptation des normes forgées par les partenaires sociaux eux-mêmes serait ainsi plus élevé que celui de normes imposées par quelque autorité supérieure. Une fois un accord signé, il aurait « toutes chances d'être

³⁸⁶ J. Le Goff, « Le droit du travail, terre d'élection de la complexité » in *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du vivant*, ss. la dir. de M. Doat, J. Le Goff et Ph. Pedrot, PUR, L'Univers des normes, 2007, p. 103.

³⁸⁷ Y. Leroy, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnaire en droit du travail*, LGDJ, 2011, p. 81.

³⁸⁸ Complexité et ambiguïté qui seraient essentiellement perceptibles au niveau de la branche. Le rapport n'entend pas d'ailleurs contester le recours à la négociation collective. Il semble simplement marquer une préférence assez nette pour la négociation collective d'entreprise.

³⁸⁹ Rapport de Virville, *Pour un code du travail plus efficace : rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, La documentation française, 2004, p. 8.

³⁹⁰ Rapport de Virville, *Pour un code du travail plus efficace : rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, La documentation française, 2004, p. 13.

accepté par le corps social »³⁹¹. Cette volonté d'associer les destinataires de la norme à son élaboration n'est toutefois pas propre au droit du travail. Elle exprime une tendance de fond et le sentiment que « l'accord des sujets de droit tend à devenir une condition nécessaire à la légitimité des règles qui les obligent »³⁹².

166. La seconde raison généralement avancée pour expliquer l'ineffectivité des normes est leur inflation³⁹³. Il va de soi que « ce phénomène de prolifération démesurée, quasi incontrôlée, des textes [...] favorise leur ignorance et leur ineffectivité »³⁹⁴ dans la mesure où « l'effectivité de la loi exige sa connaissance et l'inflation législative fait de la règle selon laquelle 'nul n'est censé ignorer la loi une fiction de plus en plus fictive »³⁹⁵. Se pose alors la question du remède. Des voix se sont élevées, à ce titre, en faveur d'une refonte du Code du travail³⁹⁶. Un auteur se demandait ainsi si l'on ne devait pas « réfléchir à un Code du travail de quelques cent articles concentrés sur les principes et favorisant le déploiement d'un tissu conventionnel permettant au droit du travail, au droit social même, d'assumer pleinement sa fonction protectrice naturelle, mais autrement, par une adaptation permanente des normes à chaque contexte et à chaque objectif »³⁹⁷. Ce n'est toutefois pas la voie qu'ont suivie les pouvoirs publics lors de la recodification du Code du travail en 2008. Celle-ci a, en effet, été opérée à droit constant. On relèvera néanmoins que depuis la loi du 31 janvier 2007, le droit du travail est peut-être appelé à se reconstituer progressivement par l'action combinée des interlocuteurs sociaux et des pouvoirs publics. Il n'est toutefois pas certain qu'un recours croissant à la négociation collective soit gage de diète normative, bien au contraire. Certains auteurs relèvent sur ce point que déréglementer, c'est en réalité régler autrement³⁹⁸. La grande différence tient finalement au sentiment qu'il sera plus

³⁹¹ B. Teyssié, « Un nouveau droit de la relation de travail ? », *Droit social*, 2008, p. 624.

³⁹² A. Supiot, « La loi dévorée par la convention ? », in *Droit négocié, droit imposé ?*, ss. la dir. De P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 633.

³⁹³ V. par exemple J.-E. Ray, « Mutation économique et droit du travail » in *Etudes offertes à G. Lyon-Caen, Les transformations du droit du travail*, Dalloz, 1989, p. 22.

³⁹⁴ G. Borenfreund, « Le droit du travail en mal de transparence », *Droit social*, 1996, p. 464. V. également sur cette question, F. Grandazzi, « Le droit du travail : les dangers de son ignorance », avis et rapport du Conseil économique et social, 14 et 15 mai 2002, spéc. pp. 58 et s.

³⁹⁵ R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, Cours Dalloz, 11^e éd., 2015, p. 156.

³⁹⁶ V. par exemple A. Jeammaud, « Un code allégé ? », *Droit social*, 1993, p. 638.

³⁹⁷ J. Barthélemy, « Recodifier : pourquoi ? Comment ? », *JCP*, éd. S, 2007, n°12, Act. 139.

³⁹⁸ A. Supiot, *art. précit.*

aisé pour les destinataires de la norme de connaître et donc de mettre en œuvre des normes dont ils sont les rédacteurs. Leur efficacité ne peut qu'en ressortir accrue.

2. L'efficacité de la norme conventionnelle

167. D'aucuns estiment que « rendre le droit du travail plus efficace » implique de « protéger les droits des salariés, tout en favorisant l'efficacité des entreprises et l'emploi »³⁹⁹. La protection des salariés participerait ainsi, selon cette conception, de l'efficacité du droit du travail. Cependant, on observe aujourd'hui une tendance à ne penser l'efficacité du droit du travail que sur un plan économique. Le rapport élaboré par MM. Barthélemy et Cette sous la bannière du conseil d'analyse économique, propose ainsi de refonder le droit social en conciliant « protection des travailleurs et efficacité économique ».⁴⁰⁰ En réalité, les auteurs du rapport distinguent deux types d'efficacité. Il estime, à ce titre, que le droit social français est inefficace à la fois « sur les plans économique et social ». Or, parmi les voies envisagées afin de garantir ces efficacités, le modèle de l'accord collectif de travail est très largement sollicité.

L'inefficacité du droit du travail serait essentiellement due à sa nature étatique. L'intervention des pouvoirs publics est jugée excessive. Cette prégnance du droit étatique serait même la source de nombreux maux. Son poids en droit français est ainsi présenté comme « une des raisons significatives de la faible syndicalisation »⁴⁰¹ des salariés. Si ce dernier argument est aisé à comprendre, il suscite interrogations et doutes. On le sait, la faible syndicalisation des salariés serait en partie justifiée par le très fort taux de couverture conventionnelle en France qui serait dû à l'effet *erga omnes* des accords collectifs. Il y a donc quelque contradiction à promouvoir le recours à la négociation collective pour remédier à un phénomène qui n'est que la conséquence d'une diffusion très large de ses fruits. Le même rapport soutient plus ouvertement encore que les rigidités du droit social peuvent avoir pour effet de nuire à sa fonction protectrice. Il prend exemple pour ce faire du « sentiment,

³⁹⁹ M. de Virville, *Pour un code du travail plus efficace : rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, La documentation française, 2004, p. 176.

⁴⁰⁰ J. Barthélemy et G. Cette, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Conseil d'analyse économique, 2010, p. 101.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 183.

justifié ou non, de l'irréversibilité de l'octroi de tout avantage »⁴⁰² qui inciterait les employeurs à ne pas en accorder, même quand la situation de l'entreprise est très favorable, des avantages nouveaux. Là encore, l'argument peine à convaincre tant il est difficile de prendre la mesure de ce genre de crainte et de réduire les choix de l'employeur à cette seule considération.

En réalité, derrière l'argument de l'efficacité, une conception très contractuelle de l'accord collectif est défendue. Il n'y a là rien de surprenant. Il est fréquent que la loi soit stigmatisée en raison de sa généralité et de sa rigidité. Elle serait, selon une certaine analyse, dans l'incapacité de s'aligner sur les évolutions économiques et sociales qui affectent les entreprises. Un droit du travail étatique « uniforme et relativement inerte, limite le champ des compromis possibles que les partenaires sociaux peuvent localement déterminer, notamment en cas de choc économique adverse »⁴⁰³. Plus frontalement encore, la complexité du droit du travail réglementaire engendrerait des « difficultés et un coût de gestion, en particulier pour les PME, qui pénalisent l'efficacité économique »⁴⁰⁴.

À l'inverse, le contrat « individuel ou collectif serait l'instrument idéal et efficace pour réguler les relations entre employeurs et salariés – et au-delà entre tous les groupes d'individus aux intérêts opposés- grâce à ses vertus de flexibilité, d'égalité, d'émancipation et de démocratie, par opposition à des lois réputées rigide, unilatérale, asservissante et autoritaire »⁴⁰⁵. On pressent déjà au travers de cette affirmation le potentiel de diffusion du modèle de l'accord collectif au-delà du droit du travail. Quoi qu'il en soit, derrière ce discours de dénonciation de la norme étatique, c'est bien une critique libérale du droit qui est à l'œuvre. Selon ses tenants, « le lien contractuel serait la forme la plus achevée du lien social et aurait vocation à se substituer partout aux impératifs unilatéraux de la loi »⁴⁰⁶. L'efficacité économique de la norme conventionnelle serait donc due en partie à sa nature contractuelle. En cela, elle serait adaptable à la réalité économique et sociale de chaque entreprise, suffisamment flexible pour mettre en place une organisation évolutive de l'entreprise et donc contribuer à ce qu'elle devienne plus productive.

⁴⁰² *Ibid.* p. 11.

⁴⁰³ *Ibid.*

⁴⁰⁴ J. Barthélémy et G. Cette, « Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel », *Droit social*, 2006, p. 24.

⁴⁰⁵ Y. Leroy, *L'effectivité du droit du travail au travers d'un questionnaire en droit du travail*, LGDJ, 2011, p. 194.

⁴⁰⁶ A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, p. 142.

168. L'évolution des accords collectifs atteste de la prise en compte croissante d'exigences économiques. La négociation collective est perçue comme un instrument de maintien de l'emploi et de lutte contre le chômage. Mieux, elle est mobilisée pour relancer, plus ou moins modestement selon les analyses, l'économie. Les accords collectifs nationaux interprofessionnels conclus ces dernières années l'attestent. La négociation collective est employée afin de réduire les contraintes juridiques pesant sur l'entreprise. Une telle évolution rappelle que selon une analyse économique tenace dans certains discours, le droit du travail réglementaire contribuerait à freiner l'embauche de crainte de difficultés à licencier en cas de retournement conjoncturel ou d'échec d'un projet économique⁴⁰⁷. La rupture conventionnelle, les accords de maintien de l'emploi initialement baptisés de manière très évocatrice accords de compétitivité emploi, les accords de mobilité interne, les accords donnant-donnant, l'allègement des contraintes en matière de licenciement économique sont autant de dispositifs initiés par les interlocuteurs sociaux.

Le risque est grand toutefois que l'efficacité économique d'un dispositif juridique, convention collective ou loi d'ailleurs, soit appréciée en termes de coût. Dans cette perspective et si l'on adopte une vision simpliste, il y a fort à craindre que l'affaiblissement de la protection des salariés soit synonyme de gains et donc d'efficacité économique. Pourtant, la flexibilité de la norme conventionnelle ne doit pas aboutir à une précarisation des salariés. C'est ce dilemme entre efficacité économique et protection des salariés qu'exprime le concept de flexicurité particulièrement prégnant dans l'œuvre conventionnelle des interlocuteurs sociaux au niveau national interprofessionnel.

169. Pour autant, il serait faux de croire que les tenants d'une déréglementation suivie d'une autoréglementation par voie négociée sont hostiles à toute intervention législative. En réalité, ils appellent de leurs vœux une redistribution des cartes entre sources du droit du travail. Les formules proposées à cette fin sont nombreuses. On se souvient que les signataires de la position commune de 2001 proposaient de délimiter trois domaines de compétences, un domaine relevant de la loi, un domaine partagé ainsi qu'un domaine

⁴⁰⁷ V. en ce sens le rapport P. Cahuc et F. Kramarz qui proposait d'instaurer un contrat de travail unique dont la rupture serait facilitée pour donner plus de souplesse aux entreprises pour gérer leurs effectifs à court terme, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, La documentation française, 2005 pp. 143 et s.

réservé à l'accord collectif. Il reviendrait ainsi au législateur de fixer certains principes ainsi que certaines règles relevant de l'intérêt général. Un auteur proposait, selon une autre configuration, de confier aux interlocuteurs sociaux de mettre en œuvre les principes fondamentaux fixés par le législateur, les investissant de la sorte d'un pouvoir réglementaire que leur reconnaît d'ailleurs ponctuellement le Conseil constitutionnel⁴⁰⁸. Peu importe au final la formule retenue, demeure une idée de fond, à savoir celle qu'il faudrait cantonner le rôle du législateur à l'édiction de normes minimales. Reste alors à en déterminer la teneur. Les droits fondamentaux sont parfois évoqués à ce titre même s'il est à craindre que réduire l'action du législateur à ce seul domaine ne soit source de désengagement inquiétant et irrémédiable pour les salariés. Le temps de travail donne à voir une telle évolution. L'exposé des motifs de la loi du 20 août 2008 exprime très bien cette nouvelle philosophie d'un « dialogue social rénové » tout droit orienté vers la satisfaction des besoins de l'entreprise, qui plus est dans le domaine sensible du temps de travail. Il faut remarquer que plus que la durée du travail, son coût économique fait débat. Aussi la loi se propose de « repenser l'articulation des rôles entre une loi recentrée notamment sur la définition des règles nécessaires à la protection de la santé et de la sécurité de salariés, et une négociation collective aux prérogatives étendues, notamment en matière de mode de fixation du contingent et du repos compensateur ». Pourtant, il n'est même plus sûr que cette protection de la santé relève exclusivement de la responsabilité du législateur. En témoigne le régime des conventions de forfait en jours qui comme le rappelle la Cour de cassation, doivent être prévu « par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos journaliers et hebdomadaires »⁴⁰⁹. Poussant l'exigence de proximité un peu plus loin, ne doit-on pas prophétiser un morcellement du droit du travail, sous le coup de la négociation collective, entreprise par entreprise ?

170. Plus récemment, un discours plus nuancé sur les vertus économiques du modèle de l'accord collectif de travail a pu être formulé. Le rapport Combrexelle s'en fait particulièrement bien l'écho. Il y est soutenu que « le rapport de forces que traduit la négociation aux différents niveaux peut paraître découplé de l'efficacité économique à

⁴⁰⁸ B. Teyssié, « A propos de la pertinence économique de la règle de droit du travail », *art. précit.*, p. 67.

⁴⁰⁹ Soc. 17 décembre 2014, n° de pourvoi : 13-22.890.

court terme : il empêche notamment toute adaptation à la baisse des conditions d'emploi et de rémunération, dès lors que les syndicats se placent dans une posture et une logique de répartition d'avantages supplémentaires »⁴¹⁰. La dimension idéale du modèle de l'accord collectif de travail se trouve ainsi fortement contestée. Le temps de la négociation collective serait notamment incapable de se calquer sur le temps de l'économie. De plus, l'issue incertaine des négociations constituerait un facteur difficile à prendre en compte. Pire, la négociation collective constituerait une contrainte pour des entreprises soucieuses d'accélérer le rythme de la prise de décision. Toutefois, les choses ne sont pas aussi simples. Comme le souligne le rapport précité dans une volte-face fameuse, « l'économie reconnaît depuis fort longtemps que la négociation peut jouer un rôle important dans l'entreprise [...] pour améliorer les échanges d'information entre l'employeur et les salariés » sans compter que la négociation collective « au-delà du cadre de l'entreprise peut suppléer également aux dysfonctionnements des marchés pour réduire les risques de dumping social »⁴¹¹. Les potentialités du modèle de l'accord collectif de travail en termes d'efficacité et d'efficience économiques sont donc aujourd'hui sujettes à discussion. Le débat dépasse le cadre du droit positif et touche à la perception que se font les opérateurs économiques du modèle de droit négocié : « centre de coûts » ou bien « levier de performance et d'innovation »⁴¹². À ce titre, le rapport Combrexelle propose de renforcer l'attractivité de la négociation collective en démontrant aux entreprises qu'elles ont tout intérêt à s'engager sur cette voie : « La négociation permet d'anticiper l'avenir de l'entreprise et de ses emplois, elle contribue à la façon dont les femmes et les hommes y travaillent, à la culture de l'entreprise, à la confiance des salariés, à la valorisation de la communauté de travail, et à l'image de l'entreprise dans notre monde de la réputation », autrement dit « il y a « un retour sur investissement pour le dirigeant »⁴¹³. Cette volonté de promouvoir le modèle de l'accord collectif de travail en vantant ses prétendues vertus économiques peut laisser perplexe au-delà des analyses économiques qui remettent en cause la pertinence du propos. En effet, il n'est pas certain que les atouts du modèle puissent être jaugés, à tout le moins exclusivement, sur une

⁴¹⁰ J.-D. Combrexelle, *rapport précit.*, p. 36.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 37.

⁴¹² *Loc. cit.* Le rapport propose en réalité de dépasser l'opposition entre droit et efficacité économique. Le discours tenu suggère pour cela, que l'efficacité économique des entreprises est conditionnée par le développement d'un autre droit, un droit négocié. Si le discours ne surprend pas et s'inscrit dans une certaine continuité, il atteste d'un changement de perspective.

⁴¹³ *Ibid.* p. 52.

échelle économique. Quoi qu'il en soit, ce débat a l'avantage de révéler que le modèle est avant tout un instrument et qu'en ce sens, les visées qu'il poursuit ne sont pas équivoques et dépendent des acteurs qui le mobilisent.

Section 2

Les visées du modèle

171. Attribuer des visées à l'accord collectif de travail n'est pas sans difficulté. Au-delà même de leur identification et de leur pluralité, c'est le choix du terme de visée qui dérange. Certains auteurs estiment qu'il présente « comme avantage d'éviter de prêter trop facilement au jurislature (Parlement, gouvernement, juges) une rationalité instrumentale et d'éviter les réductions fonctionnalistes que suggèrent les termes de finalité et de fonction »⁴¹⁴. Ils soulignent de la sorte la tentation première, mais aussi les difficultés éprouvées lorsqu'on tente de rendre compte des principales « utilités » de l'accord collectif de travail. Pourtant, il est assez souvent fait état dans la littérature juridique, parfois indifféremment, de finalités ou de fonctions⁴¹⁵. Elles sont prêtées à la négociation collective, aux accords collectifs ou même encore au droit de la négociation collective⁴¹⁶.

Or, toute la difficulté réside dans le diptyque fonction/finalité qu'englobe le terme de visée. Bien que redoutable à l'usage, il se révèle particulièrement riche ne serait-ce qu'employé à des fins heuristiques. Il est possible d'en saisir le sens de manière intuitive. Un objet peut se voir conférer une fonction à laquelle seront attachées une multitude de finalités. Ainsi, si un marteau est un instrument de percussion, sa fonction, il peut être employé à des fins différentes que ce soit par le commissaire-priseur pour signaler l'adjudication, par le président d'une assemblée pour diriger les débats ou de manière plus

⁴¹⁴ J. Affichard, A. Lyon-Caen et S. Vernac, « De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail », *RDT*, 2009, p. 637.

⁴¹⁵ P. Lokiec propose ainsi une typologie des « fonctions du droit de la négociation collective ». L'expression ici retenue présente selon nous, à la fois un avantage et un inconvénient. Elle est avantageuse en ce qu'elle permet de signifier que les fonctions que l'on entend prêter à la négociation collective sont identifiées au regard du droit positif. Des fonctions non juridiques peuvent très bien, en effet, être reconnues à ce processus. En revanche, elle n'échappe pas au risque évoqué, à savoir de prêter au législateur trop aisément une rationalité instrumentale, *op.cit.*, p. 230.

⁴¹⁶ Il ne nous semble pas utile d'être trop regardant sur les termes employés ni incongru de considérer que les visées de la négociation collective, en droit du travail du moins, se réalisent principalement au travers des accords collectifs auxquels elles donnent naissance. Il faut néanmoins admettre que certaines visées peuvent être reconnues au processus de négociation en soi. Celles-ci ne tiennent pas tant de l'existence d'un accord mais de l'existence d'un échange, d'un dialogue. Une négociation peut ainsi être constructive sans pour autant que l'on parvienne à formaliser un accord.

évidente encore par le menuisier pour planter un clou. La fonction correspondrait ainsi au rôle tandis que la finalité se référerait à son but⁴¹⁷. Mieux, la fonction participerait de la raison d'être de l'objet, tandis que la finalité serait résolument contingente et dépendante des intentions de ses utilisateurs⁴¹⁸. Il est donc loin d'être anodin d'affirmer aujourd'hui que l'accord collectif aurait une fonction gestionnaire ou protectrice des salariés. C'est sous-entendre qu'il y aurait là quelque évidence, objectivement observable, à conférer de telles fonctions à l'accord collectif. Il nous semble, en réalité, que l'accord collectif de travail remplit pour l'essentiel une fonction normative (§1) à laquelle viennent se greffer une multitude de finalités, dont la diversité et la contingence rendent difficile l'identification, mais révèlent, en partie, des traits qui lui confèrent sa qualité de modèle, à savoir sa malléabilité, sa réversibilité, autrement dit sa capacité à se plier aux attentes de ceux qui y recourent (§2).

Paragraphe 1 La fonction normative

172. Il est aujourd'hui indéniable que l'accord collectif de travail possède une irréductible dimension normative. C'est, somme toute, le propre de tout acte juridique. Toutefois, si le modèle se démarque c'est aussi au regard de la force juridique qui lui est conférée. De par son effet impératif, il prend les traits d'une loi professionnelle ayant vocation à régir les relations de travail dans une économie de marché capitaliste, mieux à encadrer le pouvoir de l'employeur. Cette compétence ainsi reconnue aux interlocuteurs sociaux s'exprime de différentes manières. Pour reprendre une terminologie propre au droit communautaire, il est possible d'affirmer que les négociateurs sociaux disposent, selon les cas, d'une compétence réservée (A) ou d'une compétence liée (B) qui leur permettent d'édicter des normes collectives par la voie conventionnelle. Il s'agit là d'une caractéristique essentielle du modèle idéal de l'accord collectif de travail tel qu'il a été identifié dans le cadre de cette étude. Mieux, celle-ci contribue à en faire, pour ses promoteurs, un modèle idéal.

⁴¹⁷ L'emploi du terme fonction renvoie au courant fonctionnaliste en sciences humaines qui tend à reconnaître, sur le modèle des biologistes qui confèrent des fonctions aux organes humains, aux faits sociaux et culturels des fonctions qu'ils remplissent.

⁴¹⁸ Pour une analyse approfondie sur le terrain philosophique de cette distinction entre fonction et finalité, cf. E. Goblot, « Fonction et finalité » *Revue philosophique*, t. XLVII, janvier-juin 1899, p.495.

A) Une compétence « réservée »

173. Les accords collectifs constituent aujourd'hui une source majeure du droit du travail français. La négociation collective constitue à ce titre un droit des salariés dont l'étendue est très vaste puisqu'aux termes de l'article L. 2221-1 du Code du travail, elle comprend l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que leurs garanties sociales. L'extension progressive de ces thématiques révèle l'intérêt que portent les pouvoirs publics à l'égard de la négociation collective et par là même à l'accord collectif de travail. Ce dernier contribue à façonner le droit français du travail. Dans une société parcourue par un idéal démocratique, il est important d'associer les corps d'intermédiaires à l'édification des normes juridiques. Dans le cadre de ce que nous appellerons la compétence générale des interlocuteurs sociaux, ceux-ci contribuent à façonner le droit français du travail essentiellement de deux manières. D'une part, il tend à modifier des droits déjà existants spécialement ceux d'origine légale (1). D'autre part, et ce dans une perspective résolument plus originale, il permet de créer des droits nouveaux (2).

1. Modifier

174. L'autonomie collective à la française n'est pas l'une de ces autonomies sans borne. Elle ne s'exprime que dans la mesure où le législateur l'y autorise. La loi constitue en principe un minimum intangible de protection. On en conclut dès lors que si d'autonomie il est vraiment question, celle-ci « paraît concédée par la loi- en tout cas soumise par elle à des conditions de relevance (identité et qualité des acteurs, teneur des accords) – plutôt que reconnue par elle »⁴¹⁹. Le droit français serait ainsi l'héritier « d'une tradition où l'autonomie collective a été construite dans l'hétéronomie [...] à la fois garantie par l'État et [...] soumise »⁴²⁰. La sphère où elle s'exprime est donc très logiquement encadrée délimitée par la loi. L'article L. 2251-1 du Code du travail oriente à ce titre l'action des interlocuteurs sociaux et fait de la loi une référence indépassable. Celui-ci dispose qu'une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables que les dispositions légales en vigueur. Ainsi, cet article contient très clairement une invitation, une habilitation pourrait-on

⁴¹⁹ J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, 21^{ème} éd., 2002, p. 119.

⁴²⁰ G. Lyon-Caen, « Anomie, autonomie et hétéronomie en Droit du travail », in *Mélanges en hommage à P. Horion*, Faculté de droit de Liège, 1972, p. 173.

dire, à modifier la teneur des lois. Les normes légales constituent ainsi des « normes plancher, qui se confondent avec un minimum commun à tous les salariés »⁴²¹. S'exprime pleinement une des spécificités du droit du travail au travers de ce qu'il est coutume de dénommer l'ordre public social⁴²². Ce dernier constituerait même la « clef de voûte » de cette branche du droit⁴²³. Il n'est guère difficile d'en saisir l'originalité dès lors qu'on la rapporte à l'article 6 du Code civil qui semble être le siège d'un ordre public indérogable.

Nous relèverons néanmoins que le domaine, au demeurant très large⁴²⁴, reconnu aux interlocuteurs sociaux si tant est que les accords qu'ils négocient soient plus favorables que la loi, est en partie restreint par l'article L. 2251-1. Celui-ci prévoit en effet dans un second temps que les accords collectifs « ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ». La formulation ainsi retenue est source de difficultés. Elle interroge quant aux frontières de l'ordre public en droit du travail et quant à la définition même du verbe déroger⁴²⁵. C'est pourquoi il a été proposé en doctrine d'admettre la dualité de la notion, du moins dans cette matière. Aux côtés de l'ordre public social déjà décrit existeraient ainsi des règles intangibles qualifiées d'ordre public absolu. Ces dernières visent essentiellement les principes fondamentaux énoncés par la Constitution ou bien encore des règles du droit interne ou international débordant le domaine du droit du travail ou intéressant des avantages ou garanties échappant par nature aux rapports conventionnels⁴²⁶.

175. L'existence de règles d'ordre public social implique le recours à une règle de conflit en cas de concours entre normes légales et normes conventionnelles. Il s'agit du principe de faveur. La teneur et la portée de cette règle s'avèrent décisives, car elle renseigne par là

⁴²¹ G. Borenfreund et M.-A. Souriac, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Droit social*, 2003, p. 73.

⁴²² Sur les origines de cette notion, v. F. Gaudu, « L'ordre public en droit du travail », in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 366.

⁴²³ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Quadrige, PUF, 3e éd. 2015. p. 30.

⁴²⁴ L'article L. 2251-1 du Code du travail est suffisamment large pour suggérer que « les règles du droit du travail sont [...] susceptibles d'amélioration conventionnelles de quelque nature que ce soit, sans qu'il soit besoin que le législateur l'ait expressément prévu au cas par cas...ni même imaginé », M. Poirier, « La clause *in pejus* », *Droit social*, 1995, p. 885.

⁴²⁵ Sur les incertitudes concernant ce verbe, cf. A. Jeammaud, « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Droit social*, 1999, p. 119.

⁴²⁶ A titre d'illustration, il est souvent fait état de l'arrêt du 7 juin 1995 qui posait qu'une « convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de règlementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu et seule la loi peut créer un préavis de grève s'imposant à eux », *Droit social*, 1996, p. 42, obs. Ch. Radé.

même sur l'ampleur de l'ordre public social. Amené à se prononcer sur cette épineuse incertitude, le Conseil constitutionnel a refusé de reconnaître toute valeur constitutionnelle à ce principe. Il a ainsi été jugé dans une décision du 13 janvier 2003 que celui-ci « ne résulte d'aucune disposition législative antérieure à la Constitution de 1946, et notamment pas de la loi du 24 juin 1936 susvisée [et] que, dès lors, il ne saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du Préambule de la Constitution de 1946 »⁴²⁷. Mieux, ce principe a été érigé au rang de principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution⁴²⁸. Cette qualification revêt une grande importance quant à l'étendue du pouvoir de modification de la norme légale reconnue au profit des interlocuteurs sociaux. Un auteur a pu estimer ainsi qu'elle marquait un « renforcement de l'autonomie normative des partenaires sociaux »⁴²⁹. Il faut pour le comprendre rappeler que les principes fondamentaux au sens de l'article 34 de la Constitution relèvent de la compétence du législateur. Autrement dit, celui-ci est libre d'y apporter les restrictions qu'il juge nécessaires sans même que les textes constitutionnels puissent y faire obstacle. En somme, cette qualification autorise le législateur à habiliter les interlocuteurs sociaux à déroger très largement à la loi, y compris dans un sens défavorable aux salariés. C'est là toute l'ambiguïté de la dérogation qui se décline de deux manières, *in favorem* ou *in pejus*. Il n'en demeure pas moins que la norme à laquelle il est possible de déroger reste impérative, « la faculté ainsi offerte à l'autonomie collective de faire autrement que la loi [étant] rigoureusement encadrée par un législateur qui organise sa propre flexibilité »⁴³⁰. Déroger *in pejus* à la loi implique à ce titre et à la différence de l'habilitation très large reconnue par l'article L. 2252-1 du Code du travail, une habilitation spécifique.

2. Créer

176. L'activité des interlocuteurs sociaux ne s'inscrit pas nécessairement en référence à la loi. Elle ne tend pas nécessairement à compléter ou modifier sa teneur. De manière

⁴²⁷ CC, DC n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, *D.* 2003, chron. p. 638. V. également, CC 20 mars 1997 97-388 DC.

⁴²⁸ CC, décision n° 89-257 du 25 juillet 1989.

⁴²⁹ B. Mathieu, « La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail : observations sur la décision du Conseil constitutionnel », *D.* 2003, p. 638.

⁴³⁰ A. Jeammaud, « Droit du travail 1988 : des retournements plus qu'une crise », *Droit social*, 1988, p. 583.

résolument plus offensive, ils s'autorisent parfois à innover en créant des dispositifs originaux qui ne puisent leurs racines dans aucun texte législatif ou réglementaire. C'est sans doute lorsqu'ils se détachent ainsi de leur environnement normatif que leur autonomie s'exprime avec plus de force. Il convient toutefois là encore d'en relativiser la portée, car même si la loi demeure silencieuse quant à cette capacité d'innovation des interlocuteurs sociaux, l'article L. 2252-1 du Code du travail reste une référence difficile à dépasser. Autrement dit, s'ils sont libres d'inventer de nouveaux dispositifs, ceux-ci doivent demeurer plus favorables aux salariés.

La négociation dont il est ici question a pu être qualifiée d'institutionnelle par M. G. Lyon-Caen. Il y voit une négociation « au sommet entre confédérations patronales et syndicales pour créer des institutions ou améliorer leur fonctionnement »⁴³¹. Pareille affirmation soulève deux difficultés. La première tient au vocable même d'institution. Il se révèle redoutable à l'usage en ce qu'il désigne parfois une structure, un organisme voire un régime. Retenir une telle acception reviendrait toutefois à fortement limiter le champ de cette négociation institutionnelle. Les exemples proposés par G. Lyon-Caen laissent à penser que c'est bien en ce sens qu'il emploie pourtant l'expression. Il est ainsi fait référence à la création de l'assurance chômage en 1958. Pour notre part, nous préférons retenir une acception très englobante. Instituer c'est aussi et surtout créer des droits nouveaux et les fonder de manière durable sans que cela ne suppose qu'ils soient supportés par une institution au sens organique du terme.

La seconde difficulté tient à l'idée qu'il serait question de négociation institutionnelle uniquement au niveau national interprofessionnel. Il est indéniable que ce type de négociation connaît de multiples déclinaisons à ce niveau. La négociation institutionnelle s'apparente d'ailleurs, parfois, à une négociation légiférante. Les accords conclus constituent alors une source d'inspiration pour le législateur qui est libre d'en reprendre le contenu dans une loi afin de conférer aux dispositifs ainsi créés une portée et une autorité plus importantes. Des difficultés peuvent toutefois surgir lorsque l'innovation se veut *contra legem*. L'avenir du texte conventionnel est alors suspendu à sa reprise, jamais certaine, par la loi. Néanmoins, il nous semble plus opportun d'affirmer que la négociation institutionnelle n'est pas le propre de la négociation interprofessionnelle. Il faut souligner avec force que peu importe son niveau de conclusion, les interlocuteurs sociaux sont libres d'instituer de

⁴³¹ G. Lyon-Caen, « Critique de la négociation collective », *Droit social*, 1979, p. 351.

nouveaux droits, autrement dit des droits qui ne seraient prévus par aucun texte d'origine étatique. Les accords collectifs d'entreprise regorgent ainsi d'avantages qui ne trouvent pas leur source dans le Code du travail. Que l'on songe notamment aux primes d'ancienneté. Le pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux est donc conséquent. Il le demeure même lorsque ceux-ci se voient reconnaître une compétence « liée ».

B) Une compétence « liée »

177. Si la compétence réservée aux interlocuteurs sociaux procède d'une habilitation que l'on pourrait qualifier de générale, lorsque celle-ci est liée, elle implique un encadrement plus poussé de leur pouvoir « normateur ». Nous ne saurions nous en étonner dès lors cette compétence ne leur appartient pas en propre. Il en va ainsi lorsque l'accord collectif se voit reconnaître une fonction légiférante (1), une fonction règlementaire (2) ou bien encore une fonction décisionnelle (3).

1. La fonction légiférante

178. L'éloge sous tous azimuts de la négociation collective participe d'un mouvement de dénonciation des rigidités institutionnelles. Les réformes entreprises depuis quelques décennies témoignent de la volonté des pouvoirs publics si ce n'est de réduire, de tempérer l'empire de la loi. Sans surprise, « certains tentent de faire transiter des changements du droit du travail par une négociation plus indépendante des initiatives du pouvoir d'État »⁴³². L'aspiration à une autonomie toujours plus grande s'accompagnerait ainsi d'une aspiration à l'autonomie normative des interlocuteurs sociaux. Le phénomène est loin d'être nouveau. L'implication des interlocuteurs sociaux lors de la confection des lois est attestée de très longue date⁴³³. L'idée même de « loi négociée » est à mettre au compte de MM. Langlois et Verdier qui, en 1972, évoquaient l'influence grandissante des interlocuteurs sociaux. En 2001, certains d'entre eux ont manifesté, dans le cadre d'une position commune, des velléités de prendre part plus amplement à l'édiction des normes du travail, légales et règlementaires il s'entend. Non contents, d'influer sur l'œuvre législative, certains

⁴³² A. Jeammaud, « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », *Droit social*, 1998, p. 215.

⁴³³ V. sur cette question, A. Lyon-Caen, « L'influence des syndicats dans la confection des textes », in *Syndicats et droit du travail*, ss. la dir. de G. Borenfreund et M.-A. Souriac, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p.63.

interlocuteurs sociaux revendiquent ainsi le droit de participer à la confection des lois. En réalité, ceux-ci sont associés depuis bien longtemps à cette entreprise selon des modalités qui ont toutefois évolué dans le temps. L'accord collectif a indéniablement acquis, sous l'œil bienveillant et intéressé des pouvoirs publics, une place de choix. Pourtant, la Constitution de 1958, en définissant très largement les compétences du législateur dans l'élaboration des lois du travail et en refusant d'attribuer en la matière une quelconque compétence au profit des interlocuteurs sociaux, ne laissait pas présager une telle évolution. Longtemps, « la convention collective a [...] joué le rôle de servante de la loi, cantonnée, de fait, dans des tâches ancillaires [...], mais rien de plus... Ô surprise il n'y a pas que dans le théâtre de boulevard qu'une servante...devienne maîtresse...et maîtresse exigeante »⁴³⁴.

179. Loi et négociation collective sont loin d'être imperméables. Les interactions sont nombreuses et le Conseil constitutionnel reconnaît lui-même la pratique de la loi négociée⁴³⁵. À ce titre, certains estiment que « l'association de la négociation collective à l'œuvre du législateur [serait] entrée imperceptiblement dans nos mœurs »⁴³⁶. Il va de soi que c'est bien de négociation collective au niveau national interprofessionnel dont il est principalement question ici⁴³⁷. Véritable succédané de loi professionnelle, elle rayonne très largement, comme le ferait une loi parlementaire en la matière, de fait de sa « vocation à la généralité »⁴³⁸. La loi du 31 janvier 2007 marque en la matière une étape décisive. Elle ne saurait toutefois faire oublier que la pratique de loi négociée est plus ancienne. En effet, elle a notamment permis, avant cette date, de modifier des pans entiers du droit du travail sur des thèmes tels que la mensualisation, la formation professionnelle ou bien encore les contrats précaires. En pratique, de loi négociée il était question dans deux configurations.

Dans le premier cas de figure, la négociation précédait la loi. Cette dernière avait alors vocation de reprendre intégralement ou partiellement son contenu. Les interlocuteurs sociaux se voyaient de la sorte reconnaître un pouvoir d'initiative non négligeable. Ce mode d'association présentait cependant un inconvénient majeur. Lorsque la pression était forte

⁴³⁴ M. Despax, « De l'accord à la loi », *Droit social*, 1987, p. 184.

⁴³⁵ CC, 6 novembre 1996, DC n° 96-383.

⁴³⁶ A. Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Droit social*, 2003, p. 62.

⁴³⁷ Nous ne pouvons toutefois pas ignorer l'influence qu'ont pu exercer certains accords conclus à un niveau de négociation plus décentralisé tel que l'entreprise. Il est fréquent à ce titre de faire état de la loi du 27 mars 1956 qui a généralisé l'octroi de trois semaines de congés payés au profit des salariés faisant ainsi écho aux accords conclus dans des entreprises telles que Renault, Peugeot ou bien encore Charbonnages de France.

⁴³⁸ Ph. Langlois, « Droit public et droit social en matière de négociation collective », *Droit social*, 1992, p. 5.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

en faveur d'une reprise à l'identique de l'accord conclu, il ne permettait pas à la représentation nationale de s'exprimer pleinement. Le risque était grand de voir le Parlement se transformer en chambre d'enregistrement des accords collectifs. Il n'en fut rien même si les interlocuteurs sociaux ont pu manifester le souhait, notamment par le biais de clauses d'autodestruction, que leurs accords ne soient pas dénaturés et que leur économie soit respectée. Le Conseil constitutionnel a pu rappeler à ce titre dans une décision du 29 avril 2004 qu'il n'est pas possible de priver le Parlement de sa fonction de rédaction des lois.

Dans le second cas de figure, la négociation était suscitée par la loi. Il s'agissait alors de légiférer en deux temps séparés par un temps de négociation. Le législateur fixait alors un objectif et invitait les interlocuteurs sociaux à négocier en vue de l'atteindre. Une fois l'accord signé, une seconde loi était ensuite adoptée afin d'entériner en tout ou partie l'accord conclu. Les lois Aubry sur la réduction du temps de travail ont opté pour une telle démarche de même que la loi du 30 décembre 1986 relative au licenciement pour motif économique. Cette démarche pose toutefois le problème de la sécurisation des accords et du respect de la liberté conventionnelle des interlocuteurs sociaux. Ainsi, dans une décision du 13 janvier 2000, certaines dispositions de ce qui allait devenir la loi du 19 janvier 2000 ont été jugées inconstitutionnelles. Le Conseil constitutionnel a notamment estimé que s'il était « loisible au législateur de tirer les enseignements des accords collectifs conclus à son instigation en décidant, au vu de la teneur desdits accords, soit de maintenir les dispositions législatives existantes, soit de les modifier dans un sens conforme ou non aux accords ; que, toutefois, sauf à porter à ces conventions une atteinte contraire aux exigences constitutionnelles susrappelées, il ne pouvait, dans les circonstances particulières de l'espèce, remettre en cause leur contenu que pour un motif d'intérêt général suffisant »⁴³⁹.

180. Aujourd'hui, l'imbrication entre action négociée et action parlementaire est largement consacrée par la loi du 31 janvier 2007. Il n'est sans doute pas question d'accorder aux interlocuteurs sociaux un pouvoir législatif, car celui-ci revient, cela n'est pas remis en cause, au Parlement. Toutefois, à l'inverse des pratiques de loi négociée jusqu'alors connues, le recours aux interlocuteurs sociaux est, en principe, systématique à chaque fois

⁴³⁹ Considérant n°42, CC, 99-423 du 13 janvier 2000.

que le Gouvernement envisage de réformer le droit du travail. L'imbrication entre droit négocié et droit réglementaire est peut-être plus poussée qu'avec la loi.

2. La fonction réglementaire

181. Évoquer la fonction réglementaire⁴⁴⁰ de la négociation collective est source d'ambiguïté. En effet, il n'est pas rare que l'accord collectif de travail soit comparé à un règlement, qu'il s'agisse de le qualifier de contrat doué d'effets réglementaires ou même encore de règlement à élaboration concertée. L'acte réglementaire s'apparente ici à l'acte législatif en ce qu'il contient des règles à vocation générale et impersonnelle. En ce sens, il est indifférent s'agissant de l'accord collectif de travail, de parler de loi professionnelle ou de règlement. Cette qualification permet simplement de signifier qu'un tel acte a vocation, par opposition spécialement à un acte juridique conventionnel, à produire des effets qui dépassent la sphère des seuls contractants. Or, ce n'est pas en ce sens que nous nous référons ici à une fonction réglementaire de la négociation collective. Le règlement désigne ici, au sens de l'article 37 de la Constitution, le texte émanant de l'autorité exécutive et qui tend plus particulièrement à assurer l'application des lois.

182. La question est donc de déterminer si le législateur peut confier aux interlocuteurs sociaux, la tâche de préciser et de mettre en œuvre les textes qu'ils édictent. Autrement dit, il convient de déterminer si « l'accord peut [...] faire fonction de décret d'application de la loi [...] et avoir non seulement un effet réglementaire (il s'applique comme une règle), mais [aussi] une fonction réglementaire »⁴⁴¹. L'enjeu est de taille dès lors que la Constitution confère dans le texte, cette prérogative aux seules autorités exécutives. En l'absence d'indication précise à ce sujet, le Conseil constitutionnel a, en toute logique, été amené à se prononcer. Dans une célèbre décision de 25 juillet 1989, les juges constitutionnels ont estimé qu'il était loisible au législateur de renvoyer à une concertation appropriée entre interlocuteurs sociaux, la détermination des modalités concrètes de mise en œuvre des

⁴⁴⁰ L'expression est empruntée à X. Prétot, « La conformité à la Constitution de la loi portant diverses dispositions relatives au licenciement économique », *Droit social*, 1989 p. 701.

⁴⁴¹ M.-L. Morin, « La loi et la négociation collective : concurrence ou complémentarité ? », *Droit social*, 1998, p. 419.

normes qu'il édicte⁴⁴². Au-delà de la délégation de pouvoir réglementaire ainsi entérinée, ce sont les fondements employés pour parvenir à une telle décision qui sont le plus remarquables. En effet, le Conseil constitutionnel utilise de manière combinée aussi bien l'article 34 de la Constitution que le principe de participation contenu dans l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946. Cette double référence permet ainsi de justifier les libertés prises au regard des articles 21 et 37 de la Constitution. Elle emporte la possibilité pour le législateur de conférer un pouvoir relevant normalement de la compétence d'autorités étatiques, et ce au profit de personnes privées. Voilà qui fait de l'accord collectif de travail un puissant concurrent des règlements d'application édictés par le pouvoir exécutif et qui élève un acte de droit privé au même niveau qu'un acte de droit public doté de la même autorité hiérarchique et du même rayonnement. Un auteur va plus loin et se demande si on ne peut déceler dans l'accord collectif, une « source constitutionnelle du droit du travail »⁴⁴³. En cela, nous pouvons affirmer que l'accord collectif de travail constitue sans aucun doute un modèle remarquable sans qu'il soit nécessaire, pour l'heure, de juger la pertinence d'un tel recours aux interlocuteurs sociaux.

Il va de soi que la décision du Conseil constitutionnel ouvre des perspectives intéressantes pour le législateur qui entend associer des acteurs privés au processus d'édition de la norme sans pour autant renoncer à l'usage de son pouvoir d'impulsion de la norme légale. Le Conseil constitutionnel considère d'ailleurs sur ce point que s'il est possible pour le législateur de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte, c'est à la condition d'avoir préalablement défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations du travail⁴⁴⁴. Il appartient ainsi toujours au législateur de définir les « principes fondamentaux du droit du travail », et ce conformément à l'article 34 de la Constitution. Il est d'ailleurs question dans ce domaine de compétence nécessairement législative.

L'argumentaire déployé par les juges constitutionnels pour justifier la reconnaissance d'une fonction réglementaire à la négociation collective est pour le moins essentiel. Le recours au principe de participation étonne peu, plus remarquable est la portée qu'on lui

⁴⁴² CC, 25 juillet 1989, DC n°89-257.

⁴⁴³ O. Dutheillet de Lamothe, « L'accord collectif, une source constitutionnelle du droit du travail », *in Paradoxes en droit du travail*, ss. la dir. de Ph. Waquet, Lamy, 2012, p. 441.

⁴⁴⁴ Considérant n° 11.

confère. Le Conseil constitutionnel insiste également sur le fait que le renvoi des modalités concrètes d'application des principes légaux à des procédures de participation permet leur adaptation à des situations diversifiées. Mieux, cela ne constitue pas une atteinte au principe d'égalité⁴⁴⁵. L'argument de proximité est ici invoqué.

183. La fonction règlementaire de l'accord collectif est aujourd'hui largement reconnue. Un auteur a pu relever à ce titre qu'il « s'agit désormais d'une solution classique à tel point qu'il [le Conseil constitutionnel] ne prend parfois plus la peine de mentionner explicitement le huitième alinéa du Préambule dans son raisonnement »⁴⁴⁶. Emboitant le pas des juges constitutionnels, les interlocuteurs sociaux signataires de la position commune de 2001 ont proposé, non sans audace, que leur soit reconnu expressément un domaine de compétences dans lequel ils seraient autorisés à négocier les modalités des principes généraux fixés par la loi. Si aucune suite n'a été donnée à cette proposition et si tant est qu'il soit véritablement nécessaire de reconnaître un tel domaine, il est possible d'observer aujourd'hui un « accroissement de la fonction règlementaire de la négociation collective » et une généralisation du renvoi de cette fonction à cette même négociation⁴⁴⁷. Le phénomène est loin d'être nouveau. Il en va de même des interactions entre décision et négociation collective.

3. La fonction décisionnelle

184. La reconnaissance d'une fonction décisionnelle au profit de la négociation collective peut s'avérer au premier abord, délicate. Cette association semble en effet tenir de l'oxymore si l'on accepte de considérer que la décision est l'expression d'un pouvoir unilatéral tandis que l'accord collectif est pour sa part le fruit d'une négociation. Il ne s'agit pas pour l'heure de s'interroger sur les frontières, pour le moins poreuses, qui sont censées séparer droit imposé et droit négocié. Telle n'est pas ici notre ambition. Selon Gérard Lyon-Caen, la négociation décisionnelle « est parfois connue sous une autre dénomination : celle

⁴⁴⁵ Considérant n° 12. Il est possible de déceler dans cette précision, un prolongement de la décision du 7 janvier 1988 dans laquelle le Conseil constitutionnel avait estimé que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit.

⁴⁴⁶ V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels du travailleur*, Economica, PUAM, 2003, p. 193.

⁴⁴⁷ I. Odoul-Asorey, *op. cit.*, p. 343.

de cogestion ou de participation »⁴⁴⁸. L'auteur précise néanmoins que si celle-ci est de nature institutionnelle en Allemagne, elle se dérobe à toute institutionnalisation en France. Comme son nom l'indique, ce type de négociation porte sur une décision qui n'est rien d'autre que l'expression d'un pouvoir. Dans le cadre des relations de travail, c'est l'employeur qui en est, bien entendu, le détenteur. Il est classiquement affirmé que celui-ci découle du contrat de travail même et plus précisément du lien de subordination juridique qui le caractérise. Parmi les prérogatives reconnues de la sorte à l'employeur, on trouve spécialement un pouvoir de direction. Celui-ci est unilatéral et n'implique en aucun cas que les salariés consentent à s'y plier sauf à prendre le risque d'être sanctionnés pour cette raison. Autrement dit, parler de négociation décisionnelle, c'est sous-entendre qu'une décision relevant en principe du pouvoir unilatéral de l'employeur fait l'objet d'une négociation collective.

185. Le pouvoir de direction de l'employeur est, sans doute, le plus perceptible dans le domaine économique. L'existence de clauses décisionnelles en la matière dans les accords collectifs de travail est d'autant plus remarquable que le contrôle judiciaire est lui limité comme l'atteste la jurisprudence relative à la réorganisation de l'entreprise en vue de sauvegarder sa compétitivité⁴⁴⁹. L'employeur serait ainsi « le seul juge du choix économique »⁴⁵⁰. La négociation décisionnelle permet pour sa part de « resserrer le pouvoir économique ou gestionnaire de l'employeur »⁴⁵¹. Mieux, cette « amputation du pouvoir a été librement consentie »⁴⁵². La pratique des engagements conventionnels sur l'emploi illustre à merveille un tel phénomène. Que l'emploi soit un objet de négociation n'est en rien extraordinaire. En revanche, ce qui interpelle le plus, c'est que certains des accords qui prennent ce thème pour objet « cherchent à lier le pouvoir de décision économique de l'employeur et ne se contentent pas de réglementer les conséquences sociales de ces décisions »⁴⁵³. Les accords de maintien de l'emploi, institués par la loi de sécurisation de l'emploi, sont les derniers avatars de cette pratique. L'article L. 5125-1 du Code du travail

⁴⁴⁸ G. Lyon-Caen, « Critique de la négociation collective », *Droit social*, 1979, p. 352.

⁴⁴⁹ AP, 8 décembre 2000.

⁴⁵⁰ P. de Cagny, « L'employeur seul juge du choix économique », conclusions, *Droit social*, 2001, p. 126.

⁴⁵¹ T. Katz, *op. cit.*, p. 290.

⁴⁵² G. Lyon-Caen, « Le juge et l'entreprise » in *Soixantième anniversaire de la Chambre sociale de la Cour de cassation 1938-1998*, La documentation française, 2000, p. 98.

⁴⁵³ F. Gaudu, « Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », *Droit social*, 1998, p. 367.

prévoit à ce titre qu' « en cas de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise dont le diagnostic est analysé avec les organisations syndicales de salariés représentatives, un accord d'entreprise peut, en contrepartie de l'engagement de la part de l'employeur de maintenir les emplois pendant la durée de validité de l'accord, aménager, pour les salariés occupant ces emplois, la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération ». L'employeur est libre ainsi de consentir à ce que son pouvoir se voie quelque peu restreint. Il ne faut toutefois pas exagérer le poids d'un tel engagement. En toute logique, en cas de manquement de l'employeur, les licenciements prononcés devraient tout simplement être annulés ou à tout le moins sans cause réelle et sérieuse. Pourtant, ce n'est pas pour une telle sanction que le législateur a décidé d'opter. En effet, l'article L. 5125-2 du Code du travail prévoit que c'est à l'accord de fixer, dans le cadre d'une clause pénale, le montant des dommages et intérêts qui seront versés aux salariés lésés. La sanction, peu dissuasive, est donc purement indemnitaire.

186. Le droit français connaît ainsi des accords collectifs décisionnels. Il est toutefois difficile de soutenir qu'il y existe un dispositif de négociation s'apparentant à une procédure de codécision. L'idée même est incompatible avec le concept de négociation. En effet, la codécision ne donne pas naissance à un acte juridique négocié, mais bien à un acte unilatéral. Il importe peu que la volonté qui se trouve à l'origine de celui-ci soit individuelle ou collective. Au même titre que la décision prise par une assemblée suite à une délibération, la codécision reste un mode d'expression de l'unilatéralisme. Lorsqu'elle résulte d'une volonté collective, elle n'en demeure pas moins étrange à tel point que les auteurs peinent à les classer comme en atteste la qualification d' « acte unilatéral collectif » retenue par M. Roujou de Boubée⁴⁵⁴. D'un point de vue plus pragmatique, la technique de codécision s'avère risquée lorsque derrière la décision unique se cachent en réalité des intérêts antagonistes non exprimés et non pris en compte, car « la protection des salariés peut s'en trouver affectée »⁴⁵⁵.

Dans le cadre d'une négociation décisionnelle, l'employeur accepte de négocier dans un domaine qui relève normalement de sa compétence exclusive, de là à dire qu'il consent à un affaiblissement décisif de son pouvoir, il n'y a qu'un pas que nous ne saurions franchir. Le

⁴⁵⁴ G. Roujou de Boubée, *op. cit.*, p. 170.

⁴⁵⁵ P. Lokiec, *Contrat et pouvoir*, LGDJ, 2004, p. 242.

résultat d'une telle démarche n'est toutefois pas une décision à proprement parler, car la nature de l'acte ne se définit pas par son objet ou par l'identité de celui qui est autorisé à le prendre. Il s'agit, à n'en pas douter, d'un véritable accord collectif négocié. L'entreprise est résolument différente de celle à laquelle prend part le comité d'entreprise dont le rôle n'est pas tant de participer à l'élaboration d'une décision, mais simplement de donner un avis après concertation.

La fonction normative du modèle de l'accord collectif de travail est ainsi beaucoup plus riche que ce que son unité apparente laissait à penser. Elle exprime une compétence des interlocuteurs sociaux dont les limites sont tracées par les pouvoirs publics. À cette fonction unique correspond une multitude de finalités qu'il convient dès à présent d'identifier.

Paragraphe 2 Les finalités

187. La négociation collective serait aujourd'hui le « reflet des finalités de l'accord collectif de travail. Ces finalités sont multiples. Elles ne peuvent ici qu'être présumées, car il n'y a que dans le for intérieur de la conscience individuelle que la finalité de l'acte volontaire est immédiatement perceptible. En dehors, la finalité ne peut qu'être interprétation. Elle n'en demeure pas moins réelle, car l'observation de l'accord collectif de travail et de ses usages suggère irrémédiablement qu'il ne puisse avoir été mobilisé que dans un but précis. Reste alors à identifier ces finalités. Nombreux sont les auteurs qui nous précèdent dans cette tâche. Les typologies proposées se recoupent bien souvent et s'accordent à voir certaines constantes dans l'usage du procédé. Elles présentent parfois l'inconvénient, selon nous, de placer sur le même plan la fonction normative de l'accord et ses finalités. C'est dans l'embarras que plonge ainsi le connaisseur qui croyant pouvoir attribuer une fonction gestionnaire à l'accord collectif de travail aux côtés de sa fonction normative, se rend compte qu'un accord de gestion a « une irréductible dimension normative [...] nulle originalité donc »⁴⁵⁶. Pour notre part, il nous semble difficile de proposer une typologie des finalités attachées à l'accord collectif de travail. Cette difficulté réside à vrai dire dans l'une de ses qualités, à savoir sa malléabilité, ce qui s'accompagne parfois d'une certaine

⁴⁵⁶ Cf. la retranscription du dialogue entre « juslaboristes » de divers horizons par A. Lyon-Caen, « Rencontres en Avignon », *RDT*, 2011, p. 341.

réversibilité. Aussi, plutôt que de proposer une typologie figée, il nous semble intéressant de se reporter aux deux évolutions majeures en la matière, à savoir le passage d'une négociation conflictuelle à une négociation pacificatrice (**A**) et d'une négociation distributive à une négociation intégrative (**B**).

A) D'une négociation conflictuelle à une négociation pacificatrice

188. Toute négociation collective porterait en elle « le conflit (antagonisme d'intérêt), conflit à éviter ou à éteindre »⁴⁵⁷. S'il est certain que la négociation collective est en principe l'expression d'un antagonisme, il est en revanche plus difficile de considérer que celui-ci prend nécessairement la forme d'un conflit. Il n'en demeure pas moins que les liens entre conflit et négociation collective sont pour le moins étroits. L'affirmation prend des allures d'évidence si lorsqu'on resitue ces liens dans une perspective historique. L'accord collectif de travail est la clef de voute d'un tel rapport. Il est perçu, à ce titre, comme un instrument de pacification des relations de travail. Certains auteurs rappellent ainsi, à l'envi, que les accords tarifaires intervenus à la suite des grands conflits du XIX^{ème} siècle ayant émaillé certains secteurs d'activité ont sensiblement préfiguré la négociation collective moderne⁴⁵⁸. D'autres ont établi que les débats sur la convention collective à la fin de ce même siècle s'inscrivaient « dans un univers légal marqué par une ouverture importante à des formes de règlement des différends collectifs »⁴⁵⁹. La loi du 27 décembre 1892 ayant institué une procédure de conciliation et d'arbitrage a notamment contribué sur ce point à la rédaction de procès-verbaux portant en eux les ferments de ce qui deviendraient par la suite les accords collectifs de travail. Cette efficacité pacificatrice de la négociation collective est clairement revendiquée au lendemain de la Première Guerre mondiale alors que se prépare en coulisse la consécration légale de l'accord collectif. Ainsi, Paul Strauss soulignait, dans un rapport présenté au Sénat, cette vertu pacificatrice. Aussi, « l'objectif d'une loi sur la convention collective en 1919, est de prévenir les grèves pour : 'instaurer un régime préventif, contractuel des rapports du capital et du travail' »⁴⁶⁰. Cette reconnaissance exprime en partie l'angoisse provoquée par les grands mouvements de grève, leur

⁴⁵⁷ M. Bonnechère, *art. précit.*, p. 46.

⁴⁵⁸ J. le Goff, *Du silence à la parole : une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PUR, nouv. éd. remaniée, 2004.

⁴⁵⁹ C. Didry, *op.cit.*, p. 103.

⁴⁶⁰ C. Didry, *op.cit.*, p. 218.

accroissement et leur durcissement à l'orée du XX^{ème} siècle⁴⁶¹. La négociation collective s'est vue ainsi très tôt confier comme tâche de « métaboliser les conflits »⁴⁶² que ce soit à chaud ou à froid (1) ou encore en vue de résoudre ou de prévenir un conflit (2).

1. D'une négociation à chaud à une négociation à froid

189. Gérard Lyon-Caen a pu, dans une typologie fameuse des différentes formes de négociation collective, identifier ce qu'il qualifiait de « négociation transactionnelle »⁴⁶³. Il la définissait comme « une négociation pour mettre fin à un conflit, plus rarement pour le prévenir »⁴⁶⁴. Un tel constat emporte aisément l'assentiment. En revanche, c'est de manière plus discutable que l'auteur opposait ce type de négociation à la « négociation normative ». En effet, « la négociation transactionnelle n' [...] est pas moins normative au sens technique où elle pose une norme conduisant à mettre fin au litige ; la négociation normative reste transactionnelle au sens courant où elle manifeste un accord par l'échange de concessions réciproques destinées à régler un conflit »⁴⁶⁵. La difficulté à mettre sur le même plan ces deux formes de négociation exprime en réalité, selon nous, l'opposition entre fonction et finalités de l'accord collectif. Ce dernier peut en effet, à la fois avoir une fonction normative et poursuivre comme finalité, de pacifier les relations de travail. Nous préférons parler à ce sujet de négociation pacificatrice plutôt que de négociation transactionnelle, cette dernière évoquant par trop l'échange propre à tout accord collectif et plus largement à tout contrat synallagmatique. Une telle qualification ne suggère pas ainsi de véritable spécificité des accords conclus à des fins de pacification. Par ailleurs, il nous paraît hasardeux d'affirmer que tout accord collectif tend nécessairement à pacifier les relations de travail. L'idée est pourtant séduisante et participe de l'idéalisation du procédé. La distinction entre négociation « à chaud » et négociation « à froid » contribue à faire prospérer pareille analyse. En effet, une acception pour le moins restrictive de la négociation pacificatrice inciterait à n'en voir de manifestations qu'en cas de conflit ouvert. C'est d'ailleurs sur la base d'un tel raisonnement que certains auteurs justifient des accords collectifs de fin de conflit

⁴⁶¹ A. Millerand voit ainsi dans la grève, « une guerre », cité par J. le Goff, *op. cit.*

⁴⁶² J. Le Goff, *op.cit.*

⁴⁶³ G. Lyon-Caen, *art. précit.*, p. 351.

⁴⁶⁴ G. Lyon-Caen, *art. précit.*, p. 351.

⁴⁶⁵ R. Encinas de Munagorri, « Techniques juridiques de règlement des conflits collectifs » in *Un siècle de régulation pacifique des conflits collectifs de travail*, ss. la dir. de F. Fortunet, Publications du centre G. Chevrier, vol. 16, 2001, p. 172.

dont l'objet différerait des accords collectifs de travail en ce qu'il « s'agit beaucoup moins de régenter, pour l'avenir les relations individuelles de travail que de régler, pour l'immédiat, les problèmes pendants à l'issue du conflit »⁴⁶⁶. Il ne faut pas omettre cependant que l'accord de fin de conflit peut prendre la forme d'un accord collectif de travail classique.

L'idée d'une négociation à froid permet de dépasser une telle conception et de considérer que même normalisée, dans un contexte apaisé, la négociation contribue *in fine* à la préservation d'une certaine paix sociale. Il est même possible de se demander si ce n'est pas dans le cadre d'une négociation à froid, que l'idée de pacification prend tout son sens. En effet, dès lors que le conflit est entamé, il est possible de mettre cette situation sur le compte d'un échec ou d'un déficit de négociation. S'agissant de ce type de négociation, un auteur a pu y voir un « nouveau modèle de négociation » spécialement à l'œuvre au niveau de l'entreprise où se sont multipliées des formes de négociation « en l'absence de conflits, de mobilisation des salariés pour maintenir la pression sur la partie patronale »⁴⁶⁷. À ce titre, la loi du 13 novembre 1982 a sans doute constitué un tournant majeur dans l'essor d'une telle négociation à froid. L'apparition d'obligations de négocier ainsi que la fixation de règles tendant dans ce cadre à baliser le processus de négociation contribue indéniablement à « ritualiser » la négociation collective.

190. La volonté de favoriser une négociation à froid est particulièrement perceptible s'agissant de la négociation sur la gestion prévisionnelle des emplois et des carrières (GPEC). La volonté d'anticiper les difficultés économiques auxquelles pourraient être confrontées les entreprises a poussé le législateur à instituer en la matière des obligations de négocier annuelle et triennale⁴⁶⁸. Selon la DGEFP, la négociation collective sur la GPEC donnerait lieu essentiellement à quatre types d'accords : les accords de méthode sur la négociation relative à la GPEC, des accords de GPEC à froid sans perspective ou menace à terme de suppressions d'emplois, des accords de GPEC à tiède qui encouragent la mobilité en identifiant des menaces sur certains emplois et des accords de GPEC à chaud qui organisent de manière anticipée la gestion des restructurations. Selon un bilan établi en 2008 par cette même

⁴⁶⁶ M. Despax, *op. cit.*, p. 127.

⁴⁶⁷ J.-P. Bonafé-Scmitt, *art. précit.*, p. 90.

⁴⁶⁸ V. notamment les articles L. 2242-15 et -16.

DGEFP, les accords à froid seraient les plus nombreux (80%), signe d'une volonté de prévenir les difficultés. Par là même, ce sont les conflits que l'on tente de prévenir.

2. D'une négociation de résolution à une négociation de prévention des conflits

191. La négociation collective est traditionnellement perçue comme « le mode normal de règlement des conflits économiques »⁴⁶⁹. Il n'est pas rare, en effet, que la fin d'une grève soit le fait d'un accord qui contient les concessions réciproques des parties en présence⁴⁷⁰. La difficulté ne réside pas tant dans le constat de l'existence d'une véritable négociation transactionnelle, mais plutôt dans la nature juridique des accords venant entériner la fin du conflit. La richesse terminologique qui entoure ces accords est sur ce point révélatrice de l'incertitude qui touche à leur nature juridique. Il est question, selon les cas, de constat, de procès-verbal de fin de conflit ou bien encore de protocole d'accord. S'ils en remplissent les conditions de validité, ils s'apparentent sans problèmes à des accords collectifs de droit commun dont l'originalité se signale de toute évidence par leur objet, mais aussi par leur temporalité. Ponctuels, ils n'ont vocation qu'à résoudre et à mettre fin à un problème sur le court terme. Pour autant, ces accords collectifs ne contiennent pas de véritable engagement « de paix sociale » même si, de fait, leurs signataires ambitionnent à dénouer les tensions existantes. Reste que les syndicats, en signant un accord que ce soit en période de conflit ou non d'ailleurs, se refusent à renoncer à mener des grèves pendant la durée dudit accord. En réalité, il est difficile d'envisager qu'ils en soient capables. En effet, pareil engagement constituerait sans doute une atteinte intolérable au droit de grève constitutionnellement reconnu, qui plus est, au profit des salariés.

192. Aux côtés de cette négociation transactionnelle, se développe depuis quelque temps déjà une négociation qu'il est possible de qualifier de préventive⁴⁷¹. La loi du 21 août 2007 constitue un tournant, non pas qu'elle innove en matière de négociation préventive, mais en ce qu'elle institutionnalise et impose le dialogue social avant toute grève dans les services

⁴⁶⁹ G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2015, p. 1566.

⁴⁷⁰ Sur cette question, cf. M.-A. Souriac, « Conflits du travail et négociation collective », *Droit social*, 2001, p. 705.

⁴⁷¹ MM. Langlois et Verdier signalaient déjà en 1972, le rôle « pacificateur » de la convention collective puisqu'elle « permet de prévenir ou de terminer un conflit », « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.*, chron., XXXIX, 1972, p. 55.

publics de transport. Bien avant, certaines entreprises publiques avaient mis en place des procédures de prévenance des conflits collectifs prenant le nom d'alarme sociale. Les accords conclus à la RATP constituent sans aucun doute une illustration majeure de ce type de pratique visant à anticiper voire à étouffer le conflit⁴⁷². Le protocole d'accord du 30 mai 1996 instituait ainsi une telle procédure d'alarme sociale devant être activée à chaque fois qu'un syndicat ou la direction identifier un problème susceptible de dégénérer en conflit. Elle consistait alors à informer l'autre partie de ce risque et impliquait que soit organisée dans un certain délai une réunion. À l'issue de celle-ci, les parties signaient un constat d'accord qui les engage ou bien un constat de désaccord dans lequel elles consignaient leurs divergences. Si certains ont vu dans un tel engagement, une atteinte injustifiable au droit de grève constitutionnellement reconnu, le TGI de Paris a estimé pour sa part que l'engagement ainsi pris n'était qu'un engagement moral et qu'il « s'agit d'une simple possibilité permettant, dans le cadre d'un renforcement du dialogue social, d'entamer des négociations avant la cristallisation d'un conflit latent »⁴⁷³. L'invocation de la jurisprudence Sérour aurait pu justifier la condamnation d'une telle procédure dès lors qu'il est possible d'y déceler une sorte de préavis déguisé. La Cour de cassation avait jugé dans cet arrêt qu'« une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu et que seule la loi peut créer un délai de préavis de grève s'imposant à eux »⁴⁷⁴. Il faut prendre garde néanmoins à ne pas conférer à cette jurisprudence une portée trop importante. En effet, Mme Souriac rappelle que dans l'arrêt Sérour, il n'est pas question de faire obstacle à toute négociation en la matière, car sans être titulaires du droit de grève, ce sont les syndicats qui sont investis du pouvoir de déclencher la grève par le dépôt du préavis, prérogative dont ils peuvent disposer dans une certaine mesure⁴⁷⁵.

La loi du 21 août 2007 est donc bien l'héritière d'innovations issues de la « pratique ». Cela apparaît de manière flagrante au travers des travaux préparatoires qui se référaient très largement aux accords d'alarme sociale conclus dans un contexte juridique

⁴⁷² Sur le cas particulier de la RATP, cf. C. Marquis, « La prévention des conflits collectifs à la RATP », *Droit social*, 2003, p. 583.

⁴⁷³ TGI Paris, 1^{re} ch. 23 novembre 1999 cité par C. Marquis, *loc. cit.*

⁴⁷⁴ Soc., 7 juin 1995, n° 93-46.448 ; D., 1996, p. 75, note B. Mathieu ; *Droit social*, 1995, 835, obs. J.-E. Ray ; *GADT*, 4^{ème} éd. 2008, n° 196-198 ; *RDSS*, 1996, p. 115, obs. J.-M. Lhuillier ; *RTDciv.* 1996, 153, obs. J. Mestre.

⁴⁷⁵ M.-A. Souriac et S. NADAL, « Le droit de grève dans les services publics de transports, regards sur la loi du 21 août 2007 : la place de la négociation collective », *RDT*, 2007, p. 738.

qui était jusqu'alors assez incertain. La loi du 21 août 2007 opte pour une approche beaucoup plus contraignante puisqu'elle prédétermine pour une grande part le contenu des accords de prévention et laisse moins de place à la spontanéité des interlocuteurs sociaux.

193. L'article 2 de cette loi prévoit notamment que dans les entreprises visées, « l'employeur et les organisations syndicales représentatives engagent des négociations en vue de la signature, avant le 1er janvier 2008, d'un accord-cadre organisant une procédure de prévention des conflits et tendant à développer le dialogue social » et que « le dépôt d'un préavis de grève ne peut intervenir qu'après une négociation préalable entre l'employeur et la ou les organisations syndicales représentatives qui envisagent de déposer le préavis ». La même logique est à l'œuvre dans la loi du 20 août 2008 instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire qui instaure une obligation de négocier entre l'État et les organisations syndicales représentatives préalables à tout dépôt préavis de grève concernant les personnels enseignants du premier degré des écoles publiques, afin de prévenir les conflits⁴⁷⁶.

Les exemples ici mentionnés pourraient laisser à penser que la prévention n'a investi le champ de la négociation collective que dans certains secteurs d'activité sensibles mettant en jeu le service public et l'intérêt général. Il est certain que ces considérations influent considérablement sur l'essor d'une négociation de prévention des conflits dès lors qu'aux côtés des intérêts des salariés et des entreprises, s'expriment également les intérêts des usagers. Ce serait oublier trop vite que la loi invite les interlocuteurs sociaux à mettre en place, plus librement, des procédures conventionnelles de conciliation suivant lesquelles seront réglés les conflits collectifs de travail susceptibles de survenir entre les employeurs et les salariés. Pour pouvoir être étendue, une convention de branche doit nécessairement contenir une clause à ce sujet⁴⁷⁷. Toutefois, il n'est pas tant question alors de prévention, mais bien de règlement des conflits. Cela n'a toutefois pas empêché les interlocuteurs sociaux d'instituer des commissions paritaires de conflits dans les accords collectifs qui en « s'efforçant de rendre la négociation permanente [...] parviennent par la prévention et le dialogue régulier à venir à bout des conflits »⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Art. L. 133-2.-I du Code du travail.

⁴⁷⁷ Art. L. 2261-22, 13° du Code du travail.

⁴⁷⁸ G. Auzero et E. Dockès, *op. cit.*, p. 1503.

Il n'est rare que les revendications présentées en cas de conflit concernent l'octroi ou le maintien d'un avantage concédé aux salariés. Lors de son instauration, la voie négociée peut être empruntée. Longtemps, la négociation collective fut présentée comme tendant vers cette unique fin, l'amélioration du sort des salariés. Il va de soi qu'aujourd'hui les choses sont beaucoup plus complexes.

B) D'une négociation distributive à une négociation intégrative

194. Souligner le passage d'une négociation distributive à une négociation intégrative peut interroger eu égard à la terminologie employée peu couramment utilisée dans la littérature juridique⁴⁷⁹. Elle exprime néanmoins un mouvement bien connu des juristes français qu'il convient dès à présent de narrer, le passage d'une négociation d'acquisition (1) à une négociation de concession (2).

1. Négociation d'acquisition

195. La préséance de la règle de faveur a longtemps laissé penser que la négociation collective poursuivait une fin unique, à savoir l'amélioration du sort des salariés. L'exposé des motifs de la loi du 4 mai 2004 présentait ainsi cette préférence pour le droit du travail négocié et non imposé comme une tradition française visant à assurer la protection des salariés⁴⁸⁰. À l'analyse pourtant du discours doctrinal, il est peu évident d'affirmer que telle est vraiment la finalité de l'accord collectif de travail. En effet, il est possible de lire notamment que ce sont les règles relevant de l'ordre public social qui trouvent leur « finalité dans l'idée de progrès social »⁴⁸¹ ou bien encore que ce sont elles qui traduisent « une opinion métajuridique sur les caractères essentiels du droit du travail – [...] tourné vers le progrès social »⁴⁸². Ce ne serait donc pas tant l'accord collectif qui tendrait vers l'amélioration du sort des salariés, mais bien la règle selon laquelle en cas de conflit de

⁴⁷⁹ V. néanmoins, J. Bunel, « La négociation collective sur la réduction du temps de travail, facteur de changement des relations professionnelles », in *Le temps de travail*, Université Lyon III, éd. Législatives et administratives, 1984, p. 81 ; S. Yannakourou, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur*, LGDJ, 1995, p. 242

⁴⁸⁰ Exposé des motifs de la loi du 4 mai 2004 : « le présent projet de loi s'inscrit dans la tradition du droit du travail qui privilégie la voie de la négociation collective. Un droit du travail négocié, et non imposé, est plus protecteur des salariés tout en étant mieux adapté aux évolutions de l'emploi ».

⁴⁸¹ C. Fourcade, *L'autonomie collective des partenaires sociaux*, LGDJ, 2006, p. 58.

⁴⁸² G. Lyon-Caen, « Négociation collective et législation d'ordre public », *Droit social*, 1973, p. 89.

normes avec une loi, c'est la plus favorable qui a vocation à primer. Il ne faut toutefois pas exagérer un tel propos. Certes, l'idée d'ordre public social est au cœur même d'une conception progressiste du droit du travail, mais lorsque les interlocuteurs sociaux décident de prévoir des dispositions plus favorables que la loi au sein de leurs accords, c'est qu'ils adhèrent quelque part à une telle visée. L'affirmation a néanmoins pour mérite de rappeler que l'amélioration des droits des salariés ne doit pas être considérée comme inhérente à la négociation collective. Elle exprime un choix contingent, autrement dit une finalité parmi tant d'autres que le législateur et les interlocuteurs sociaux sont libres de conférer aux accords collectifs de travail. Pourtant, la formule légale selon laquelle la négociation collective serait « un droit des travailleurs » pourrait laisser à penser que celle-ci n'a de sens que si elle contribue à l'acquisition de droits supplémentaires pour les salariés. Dans cette perspective, « nous sommes loin de l'idée d'une négociation de gestion »⁴⁸³. Pourtant, des auteurs observent depuis quelque temps déjà un mouvement de « bilatéralisation » de la négociation collective laissant à penser qu'il serait tout autant voire plus dans l'intérêt des employeurs de signer des accords collectifs⁴⁸⁴. Les réformes entreprises depuis plusieurs décennies confortent indéniablement un tel sentiment. Elles révèlent toute l'ambiguïté du modèle de l'accord collectif de travail, instrument mis au service de finalités parfois divergentes. C'est là toute la force de ce modèle, car malléable, il épouse les attentes de ceux qui s'en emparent pour le meilleur comme pour le pire.

2. Négociation de concession

196. Le passage d'une négociation d'acquisition à une négociation de concession est aujourd'hui largement relayé. Il exprime plus largement, une évolution dans la perception et les stratégies attachées à la négociation collective. Cette évolution est telle qu'elle interroge même sur le devenir du modèle de l'accord collectif de travail si l'on accepte de le penser comme un modèle progressiste en ce qu'il contribue à la préservation et à l'accroissement

⁴⁸³ M. Bonnechère, « L'organisation de la négociation collective », in *Syndicats et droit du travail*, ss. la dir. de G. Borenfreund et M.-A. Souriac, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 31.

⁴⁸⁴ G. Borenfreund et M.-A. Souriac, « La négociation collective entre désillusion et illusions », *Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 220 ; F. Boquillon, *La dérogation en droit du travail*, thèse Strasbourg III, 1999, n°692. Ce renversement tient sans doute également à une prise de conscience patronale tardive mais réelle des avantages de la négociation dans la régulation des relations de travail, surtout dans le cadre de l'entreprise. Mais elle va de pair avec la recherche d'accords de gestion réduisant les avantages salariaux ou flexibilisant les horaires de travail. p. 219.

des droits des salariés. À des fins de schématisation, il nous paraît opportun d'opter pour une terminologie issue de la sociologie, à savoir le diptyque négociation intégrative et négociation distributive. La seconde désignerait « le modèle dominant de négociation au cours des 'trente glorieuses : les discussions sont essentiellement centrées sur l'étendue et la redistribution opérée par l'employeur sans que l'on parle de contrepartie »⁴⁸⁵. À l'inverse, s'agissant de la négociation intégrative, « la situation est différente, car les concessions de l'employeur sont contre-balançées par des concessions réciproques des organisations syndicales (jeux à sommes non nulles) »⁴⁸⁶. Plusieurs éléments permettent de distinguer ces deux types de négociation. Le discours qui les sous-tend n'est bien entendu pas le même. La négociation intégrative serait ainsi l'expression d'un plus grand consensus et d'une volonté d'identifier des intérêts conjoints, voire communs. Elle est volontiers parée de nombreuses qualités, car à la confrontation, elle préférerait la concertation, favoriserait la recherche du bien commun plutôt que des intérêts de classe, instiguerait une logique de partenariat – l'appellation de partenaires sociaux prend alors tout son sens- et de confiance supposant que soit portée une attention toute particulière à la résorption des asymétries d'information entre négociateurs.

Reste à déterminer toutefois la teneur de cet intérêt commun qui transcenderait les divisions entre interlocuteurs sociaux. L'apparition d'une négociation intégrative est généralement signalée à partir de la fin des années 1970, période à compter de laquelle les syndicats durent commencer à « se plier aux turbulences économiques qui imposent l'allégement des charges qui pèsent sur l'entreprise pour favoriser l'emploi, sans ignorer les mutations technologiques et organisatrices modifiant considérablement le paysage des relations professionnelles »⁴⁸⁷. S'est développé de la sorte un nouveau registre d'argumentation dans le cadre d'une négociation collective plus « modérée, orientée vers la gestion des effets de la crise économique et des résultats des restructurations des entreprises, une négociation participative facilitée par propagation des droits d'information »⁴⁸⁸. C'est donc, *in fine*, l'intérêt de l'entreprise qui guiderait ce type de négociation.

⁴⁸⁵ Bonafé-Schmitt, *art. précit.*, p. 89.

⁴⁸⁶ Bonafé-Schmitt, *art. précit.*, p. 89.

⁴⁸⁷ S. Yannakourou, *op. cit.*, p. 231.

⁴⁸⁸ *Loc. cit.*

197. Cette orientation n'a pas été démentie depuis. Il est question à ce sujet de négociation et d'accords collectifs de gestion. Relèveraient essentiellement de cette catégorie les accords collectifs dérogatoires, mais aussi les accords collectifs donnant-donnant. Leur développement constant n'est pas sans poser de problèmes, voire entraîne des mutations du modèle de l'accord collectif de travail. En effet, si celui-ci s'est longtemps inscrit dans une logique de négociation d'acquisition, il évolue progressivement avec l'essor de négociations de concession. C'est essentiellement dans les rapports entre accords collectifs et contrat individuel de travail que cette évolution est perceptible. Elle conduit « à un processus de distanciation entre l'intérêt collectif et les intérêts individuels »⁴⁸⁹. En effet, dans une négociation d'acquisition, la correspondance entre ces intérêts est présumée. Tel n'est pas le cas dans le cadre d'une négociation de gestion, où les salariés pourraient individuellement être tentés de résister à l'application de l'accord collectif en s'appuyant sur le contrat de travail. Pourtant, même ce dernier ne semble plus en mesure de constituer systématiquement un véritable rempart, comme en atteste le régime des accords de maintien de l'emploi ou de mobilité interne⁴⁹⁰.

198. Cette négociation de gestion rejoint, pour une part, la négociation organisationnelle décrite par certains auteurs, même si cette dernière semble être plus large. M. Vachet parle à ce titre de fonction organisationnelle qui viendrait compléter des fonctions plus traditionnelles telles que la fonction sociale, à savoir l'amélioration de la situation des salariés, et la fonction économique, à savoir la soumission des entreprises aux mêmes charges⁴⁹¹. Les exemples donnés sont nombreux. Ils témoigneraient de la transformation de l'accord collectif en outil de gestion de l'entreprise. Le temps de travail serait pour l'essentiel le terrain de prédilection de ce type d'accords, qu'il soit question de réduction du temps de travail, d'astreinte, d'aménagement du temps de travail sur l'année, etc.

⁴⁸⁹ P. Adam, *L'individualisation du droit du travail*, LGDJ, 2005, p. 437.

⁴⁹⁰ G. Borenfreund, « Le refus du salarié face aux accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne », *RDT*, 2013, p. 316. L'auteur relève que « des voix se sont [...] élevées en doctrine pour considérer qu'à l'heure de la négociation de gestion, les rapports du contrat de travail et de l'accord collectif devraient être repensés de sorte que la norme conventionnelle [...] puisse primer sur les clauses contraires, y compris plus favorables ».

⁴⁹¹ G. Vachet, « La fonction organisationnelle de la négociation collective », in *Etudes offertes à J. Péliissier*, Dalloz, 2004, p. 559.

199. Réduire le modèle de l'accord collectif de travail à une seule finalité est donc impossible. Le constat de cette diversité est assurément source de complexité, mais aussi de richesse. Il permet d'attester de la dimension idéale de ce modèle aux yeux des acteurs du droit qui sont appelés à y recourir. Les utilités qui lui sont ainsi reconnues en font un instrument juridique au sens premier du terme, c'est-à-dire un outil que l'on suppose à même de remplir certains objectifs. C'est vrai dans le domaine du droit du travail. Mieux, le modèle montre un potentiel remarquable qui suggère qu'il pourrait être transmis dans bien d'autres branches du droit.

Conclusion du chapitre 2

200. L'idéal est une dimension du modèle qui vient aisément à l'esprit. Il est pourtant très délicat de le décrire et encore moins de le saisir lorsque le modèle est de nature juridique. À cela, la raison est simple. La méfiance est grande à l'égard des discours vantant les qualités qu'elles soient intrinsèques ou extrinsèques, du modèle. Ceux-ci laissent craindre que derrière les analyses à vocation « scientifique » se cachent en réalité des prises de position peu rigoureuses et autres jugements de valeur non fondés. En cela, la modélisation ainsi opérée n'aurait rien de savant. Ériger l'accord collectif de travail au rang de modèle idéal ne doit donc pas se faire sans précaution. Un recul nécessaire doit être conservé par rapport à cet objet sans quoi on pourrait lui prêter des vertus infondées. De même, le modèle de l'accord collectif de travail tel qu'il est ici envisagé, n'est pas un standard juridique en ce sens qu'il n'a pas la prétention d'exprimer une certaine « normalité »⁴⁹².

D'un point de vue dogmatique⁴⁹³, il nous a semblé que le meilleur moyen d'appréhender la dimension idéale du modèle de l'accord collectif de travail, était de prêter attention aux utilités qui lui sont reconnues ainsi qu'à ses usages. Le couple conceptuel fonction/finalité a été retenu afin d'en faire état. Si l'approche est perfectible, elle a pour avantage de signaler que peu importe les finalités poursuivies par les acteurs du droit qui mobilisent le modèle, l'accord collectif ainsi produit a très souvent une vocation normative. Cette dernière tend à croître à mesure que le modèle est idéalisé et que l'on juge de plus en plus nécessaire d'y recourir. Parallèlement et malgré cette constante, les finalités poursuivies ne cessent d'évoluer, attestant, s'il était encore nécessaire de le démontrer, que le modèle a une vocation instrumentale. La « quête, en général vaine, de la finalité unique » implique de considérer la pluralité de ces finalités. Elles sont le reflet des innombrables besoins exprimés dans le domaine du droit du travail et, pourquoi pas, au-delà.

⁴⁹² Sur ce point, cf. S. Rials pour qui les standards sont « des instruments de mesure en termes de normalité » ; « Les standards notions critiques du droit » in *Les notions à contenu variable en droit*, ss. la dir. de Ch. Perelman et R. Vander Elst, Bruylant, 1984, p. 42. Pour autant, la notion de modèle ne doit pas complètement être opposée à celle de standard. En effet, cette dernière est parfois définie comme un modèle, une moyenne utilisée pour désigner une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10^e éd., 2014.

⁴⁹³ La dogmatique juridique est définie comme « le domaine de la science du droit consacré à l'interprétation et à la systématisation des normes juridiques », A.-J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1993.

Conclusion de titre

201. Les voies empruntées pour identifier le modèle de l'accord collectif de travail ont été multiples. Elles ont révélé que derrière l'unité apparente de celui-ci qui lui confère au demeurant une force rien que dans l'évocation, les nuances sont nombreuses. Loin d'être rédhitoires, elles confirment la richesse du modèle de l'accord collectif de travail et exigent de maîtriser la dualité fondamentale qui parcourt ce dernier, celle qui le fait osciller, selon les discours, entre l'idéal et l'idéal. Ces deux dimensions structurent le modèle et par là même notre propos. Elle invite à naviguer entre jugement de conformité et jugement de valeur, entre discours prescriptif et discours descriptif. La tâche est ardue, car elle se heurte à l'opposition *a priori* difficile à dépasser, entre l'être et le devoir être. Cependant, la notion de modèle relève simultanément de ces deux registres. Pourtant, l'étude ici menée se veut dogmatique. En ce sens, elle repose plus volontiers sur « l'observation des textes et des pratiques »⁴⁹⁴. Néanmoins, cette observation permet également de révéler la dimension idéale du modèle de l'accord collectif de travail, car celle-ci ressort pleinement de l'analyse discursive menée.

La compréhension de la dualité du modèle permet seule de penser sa diffusion. Elle révèle que le modèle ne saurait être approché exclusivement dans sa dimension idéale sans quoi il se limiterait à un simple objet référentiel sans propension à être imité. Or, ce modèle ne se veut pas statique. L'étude de sa diffusion impose d'investir le champ de l'idéal, autrement dit de prendre au sérieux l'hypothèse de son exemplarité. Pour autant, l'idéal véhiculé par le modèle de l'accord collectif de travail n'a de sens que porté par une figure bien nette. C'est pourquoi il est nécessaire de déceler ce qui lui confère également la valeur référentielle d'un modèle idéal. Dimensions idéale et idéale sont donc interdépendantes. L'une comme l'autre sont essentielles pour autoriser sa transmission au-delà de son domaine de prédilection. Reste que cette transmission n'a rien de naturel et doit être assurée par les acteurs du droit. Son étude pousse à s'interroger *in fine* sur le potentiel de diffusion du modèle.

⁴⁹⁴ Ph. Jestaz, « Qu'est-ce qu'un résultat en droit ? », in *Études offertes à Ph. Malinvaud*, LexisNexis Litec, 2007.

Titre 2

Transmission du modèle

202. Contrairement à ce que le modèle émission-réception pour lequel il a été décidé d'opter pourrait laisser à penser, le processus de diffusion du modèle de l'accord collectif de travail n'est ni statique ni instantané. Pareille diffusion suppose une circulation du modèle. En sciences de la communication, il est plus volontiers question de relai, de transmission⁵⁹⁴. Cette dernière est généralement définie comme l'« opération par laquelle un signal, un message est acheminé d'un émetteur vers un récepteur, d'un lieu à un autre »⁵⁹⁵. Plus communément, elle est définie comme toute action visant à faire passer, acheminer, faire parvenir quelque chose à quelqu'un, ou faire passer quelque chose d'un lieu à un autre⁵⁹⁶. Il s'agit, pour nous, de l'une des étapes essentielles de la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail.

Au cœur d'études historiques visant à identifier les voies qu'empruntent les idées pour se diffuser, la notion de transmission n'est pas inconnue du droit. Il lui donne toutefois un sens particulier. Il s'agit alors d'un « terme générique désignant toute opération par laquelle les droits ou les obligations d'une personne sont transférés à une autre »⁵⁹⁷. Cependant, la notion de transmission peut également être employée, plus largement, pour désigner le phénomène de propagation, de migration d'un dispositif juridique en dehors du terreau dans lequel il puise ses racines. En ce sens, certaines études de droit comparé se donnent pour objectif d'analyser et de comprendre au mieux ces processus. La transmission désigne alors un phénomène de circulation réfléchi des idées, « ce qu'on pourrait appeler l'import-export intellectuel »⁵⁹⁸. Pour faire la lumière sur ce phénomène, les jalons d'une réflexion sur la transmission du droit peuvent être, très modestement, lancés. Il s'agit de s'interroger sur ses rouages, autrement dit de déterminer quelles sont les techniques juridiques qui assurent sa réalisation et selon quelles modalités.

⁵⁹⁴ La notion est même au cœur d'une théorie originale, celle de la médiologie, cf. R. Debray, *Cours de médiologie générale*, Gallimard, Bibliothèque des idées, 1991.

⁵⁹⁵ Trésor de la langue française, V° « Transmission ».

⁵⁹⁶ Trésor de la langue française.

⁵⁹⁷ *Vocabulaire juridique*, ss. la dir. de G. Cornu, V° « Transmission », Quadriga, PUF.

⁵⁹⁸ P. Bourdieu, « Les conditions sociales de la circulation internationale des idées », *Cahiers d'Histoire des Littératures Romanes*, 14^{ème} année, 1-2, 1990, p. 1. V. également sur cette idée d'importation/exportation des modèles juridiques en droit comparé, cf. E. Agostini, *Droit comparé*, Droits fondamentaux, 1988.

La transmission implique en premier lieu l'existence d'un message (le modèle) porté par un intermédiaire qui réalise le relai entre émetteur et récepteur. Cette médiation implique de la part du transmetteur un choix, un tri et une hiérarchisation des données à transmettre. Elle se trouve ainsi à cheval entre l'acte d'émission et celui de réception, car « supposer qu'un modèle puisse être transposé, c'est faire le pari qu'il puisse faire l'objet d'une réception par les acteurs du droit »⁵⁹⁹. C'est ce qui nous pousse à voir dans la transmission un processus si ce n'est imbriqué dans le processus d'émission, tributaire de celui-ci⁶⁰⁰. Mais si la transmission procède de l'émission, elle anticipe également l'acte de réception, car le message émis ne parvient jamais au récepteur sans déformations.

La transmission d'un modèle en droit n'est pas un phénomène qui se produit de manière spontanée sans qu'il ne soit à aucun moment nécessaire pour le juriste d'intervenir. Elle est donc affaire de « politique juridique ». Ce sont les acteurs du droit qui par leur action combinée contribuent à l'essor ou au déclin d'un modèle. Les voies pour y parvenir peuvent privilégier la contrainte ou la liberté, étant précisé que l'imposition du modèle fragilise son attractivité⁶⁰¹. Quoi qu'il en soit, les acteurs disposent d'innombrables instruments pour assurer la transmission du modèle. Ils seront qualifiés, de manière amplifiante, de « techniques juridiques » permettant la réalisation de la transmission du modèle (**Chapitre 2**). Avant cela, cette transmission doit être planifiée en ce sens qu'il importe de définir son champ de transmission potentiel et les supports empruntés pour mener à bien cette entreprise (**Chapitre 1**).

⁵⁹⁹ F. Petit, « Esprit du droit et modèles en droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de P.-G. Poujoué*, Wolters Kluwer, CREDIJ, 2014, p. 635. L'émetteur, « premier sujet actif de la communication, est celui qui énonce. [...] C'est encore lui qui encode le message en le coulant dans une langue qui constitue le code du message, l'instrument de la communication ». Or « l'énoncé est [...] l'objet même de la transmission », G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2005.

⁶⁰⁰ On remarquera à ce titre que l'on retrouve ce lien entre émission et transmission dans la langue anglaise, émetteur se traduisant par « transmitter ».

⁶⁰¹ Un auteur, reprenant cette distinction, oppose la modélisation sauvage qui entraîne l'imposition d'une législation et la modélisation savante, réputée plus subtile et permettant la propagation d'un dispositif juridique, J.-M. Bruguière, « Mondialisation et droit des obtentions végétales », in *Propriété intellectuelle et mondialisation*, Thèmes et commentaires, Dalloz, p. 153.

Chapitre 1 Prérequis de la transmission

203. Si la transmission du modèle ne peut être conçue comme un acte instantané, c'est qu'elle implique que certaines conditions soient remplies. Elles seront qualifiées de prérequis qui invitent à « contextuer » la transmission du modèle de l'accord collectif de travail. Cela passe par un double effort. Il faut d'une part s'attacher à définir son champ de transmission potentiel (**Section 1**). Pareille information est décisive dans une étude qui ambitionne de prendre la mesure de la diffusion de notre modèle. Il faut d'autre part déterminer quels sont les supports de transmission empruntés par ce modèle (**Section 2**).

Section1

La définition du champ de transmission

204. Afin de définir le champ de transmission potentiel du modèle de l'accord collectif de travail, il convient de prêter attention à la fois aux acteurs et à l'objet de la négociation collective. Ainsi, le périmètre de diffusion du modèle peut être défini sur un plan organique (§1) ainsi que sur un plan matériel (§2).

Paragraphe 1 Le périmètre organique

205. La mise en place d'une forme de négociation collective et donc la possibilité de signer un accord collectif impliquent nécessairement l'existence d'un rapport de représentation. En effet, il n'est d'intérêt de recourir à la négociation collective que dans le dessein de déplacer le centre de négociation du plan individuel au plan collectif. Il est supposé à ce titre que les rapports interindividuels ne sont pas nécessairement placés sous le signe de l'équilibre et encore moins de l'égalité. Cette situation nécessite donc que ces individus isolés qu'il convient d'identifier (**A**) soient représentés par des groupements (**B**).

A) Les représentés

206. Au premier rang des acteurs devant être identifiés dans l'optique d'une transmission du modèle de l'accord collectif de travail figurent les représentés. En effet, un accord

collectif n'a de sens que s'il a vocation à s'appliquer, le plus largement possible, aux individus que ses signataires sont censés représenter. Or, pour ce faire, il est un travail préalable qu'il convient d'accomplir et qui consiste en l'individuation des représentés. Cela implique concrètement de distinguer l'individu des autres membres de la collectivité dans laquelle il s'inscrit. C'est donc prendre conscience des différences qui opposent les sujets de droit⁶⁰².

(1) La négociation collective n'a toutefois pas vocation à saisir l'individu isolément puisqu'elle se calque plus volontiers sur une multitude de rapports interindividuels qui, pour différentes raisons, sont bien souvent jugés comme déséquilibrés (2).

1. L'individuation des représentés

207. Un accord collectif a logiquement vocation à s'appliquer à une masse d'individus. Cette application s'explique par le lien de représentation qui les unit à leurs représentants. Encore faut-il déterminer qui sont ces représentés. Comme l'atteste le droit du travail, la question est loin d'être évidente. En effet, dans cette branche du droit, la qualification de salarié est celle qui permet, en partie, de déclencher l'application de l'accord. Elle est donc décisive pour déterminer le périmètre du modèle de l'accord collectif de travail. Or, les difficultés que l'on rencontre, aujourd'hui encore, pour délimiter les frontières du salariat sont nombreuses. Celles-ci confirment l'impérieuse nécessité d'opter pour une définition claire des individus auxquels les accords collectifs se destinent, les assujettis. Cela implique d'identifier le représenté, de l'"individuer", autrement dit de déterminer ce qui permet de le particulariser et de le dissocier d'autres individus.

À l'analyse, il apparaît que la problématique de l'individuation des sujets de droit parcourt l'ensemble des branches du droit. En effet, toutes font l'objet d'études poussées sur leurs destinataires. Or, il s'agit d'une condition *sine qua non* pour que le modèle de l'accord collectif de travail puisse être transmis. À ce titre, le salarié n'est pas un individu quelconque. Il se caractérise « par le fait [qu'il doit] échanger sa force de travail contre une rétribution »⁶⁰³. Toutefois, une telle observation ne permet pas de véritablement comprendre en quoi l'individuation ainsi réalisée, est susceptible d'autoriser à penser la

⁶⁰² Sur ce processus en droit, cf. L. Todorova, *L'engagement en droit : l'individuation et le code civil au XIX^{ème} siècle*, Publibook, 2007.

⁶⁰³ R. Castel, *Dictionnaire du travail*, ss. la dir. de A. Bevort, A. Jobert, M. Lallement et A. Mias, V^o « Salariat », Quadrige, PUF, 2012.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

transmission du modèle de l'accord collectif de travail dans un quelconque domaine. Le salarié a également pour particularité d'exercer son activité dans le cadre d'une organisation dont l'archétype est l'entreprise. Plus encore, sa qualité de salarié lui permet d'accéder et de faire corps avec la communauté des salariés considérée abstraitement.

Le salarié individué n'est donc pas, à proprement parler, seul en ce que d'autres individus partagent son statut. L'appartenance au groupe est donc un élément à part entière de l'identité du salarié. Or, il n'est pas certain que tout contrat individuel donne accès à une telle communauté, ferment de la négociation collective. Un effort de construction de l'identité de l'individu représenté et son inscription dans un collectif sont donc des prérequis à la transmission du modèle de l'accord collectif de travail. L'idée peut sembler paradoxale. En effet, il est d'abord nécessaire de penser l'individu pour ensuite l'inscrire dans un groupe qui le transcende en ce qu'il ne se cantonne pas à une simple agrégation d'individus. Il se verra ensuite reconnaître de nouveaux droits, parmi lesquels peuvent figurer, pour ce qui nous intéresse, la possibilité de signer des accords collectifs.

208. Il reste alors à déterminer comment s'opère cette individuation. Sans surprise, elle passe essentiellement par la définition et la délimitation d'une catégorie. Le droit du travail illustre parfaitement cette démarche. Pourtant, il n'existe pas en droit du travail de définition légale du salarié. La jurisprudence s'est en effet contentée de définir le contrat de travail. Par ce biais, il est néanmoins possible d'en déduire une définition du salariat. Ainsi, « la qualité de salarié découle de la qualification du contrat servant de cadre à la prestation de travail : est salarié celui qui travaille en exécution d'un contrat de travail »⁶⁰⁴. Étonnamment, le même schéma se trouve reproduit dans d'autres branches du droit, spécialement dans des domaines très proches du droit du travail. Tel est le cas par exemple du droit du travail maritime. Nul n'est besoin ici de souligner les spécificités de cette activité. Il n'en demeure pas moins, à quelques exceptions et adaptations près, que le droit du travail s'applique à elle. On pourrait penser dès lors que la définition ici retenue du salarié devrait pouvoir être mobilisée. Il n'en est rien. En effet, l'article L. 5542-1 du Code des transports prévoit que le contrat d'engagement, autrement dit le contrat de travail maritime, est un contrat de travail conclu entre un marin et un armateur ayant pour objet un service à

⁶⁰⁴ J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2008, p. 1.

accomplir à bord d'un navire. Le législateur se détache ici en partie de l'objet du contrat et précise que seul le salarié marin peut se voir appliquer le droit du travail maritime. Cela implique donc, là encore, d'individuel le marin, mais aussi l'armateur. Pareille tâche est dévolue à la Cour de cassation qui pose que le marin soit celui qui occupe à bord un emploi permanent relatif à la marche, à la conduite, à l'entretien ou à l'exploitation du navire⁶⁰⁵.

209. En dehors du droit du travail, le même souci d'individuation est présent. Ce travail est réalisé à chaque fois qu'il est nécessaire d'identifier la personne juridique détentrice de droits subjectifs. Toutefois, dans l'optique de notre étude, l'individuation ici décrite se particularise par le souci de permettre à l'individu d'intégrer un collectif. Le droit de la consommation illustre parfaitement le propos. Comme en droit du travail, l'enjeu de l'individuation est de taille. En effet, de la définition de consommateur, découle l'application du régime protecteur prévu par le Code de la consommation. Au vu des conséquences attachées à la définition de consommateur, on aurait pu s'attendre aussi à ce que le législateur en livre une. Il n'en est rien⁶⁰⁶. Comme bien souvent dans ces cas-là, c'est à la doctrine et à la jurisprudence qu'est revenue cette lourde tâche. Certains auteurs définissent ainsi le consommateur comme « la personne physique qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non professionnel »⁶⁰⁷.

L'individuation permet donc à la fois d'inclure et d'exclure les individus du groupe. Il y a donc là un instrument entre les mains des faiseurs du droit pour refuser ou accorder la reconnaissance d'un droit, par exemple celui de négocier des accords collectifs, à un groupement. Et c'est peut-être ce qui explique, en partie, le peu d'entrain manifesté par certains acteurs du droit en faveur de la reconnaissance d'un droit de négocier collectivement au profit des travailleurs non-salariés. On peine, il est vrai, à déterminer ce que recouvre une telle catégorie aussi disparate et dans quelle mesure les individus y appartenant pourraient constituer un collectif. Pourtant, des voix s'élèvent pour qu'un véritable travail d'individuation soit mené dans ce domaine. Le débat porte notamment sur

⁶⁰⁵ Soc. 26 septembre 2007, 06-43.998, *D.* 2008, p. 1240, obs. H. Kenfack.

⁶⁰⁶ A l'inverse du droit communautaire. Cf. V. Luby, « La notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance », *Contrats, concurrence, consommation*, 2000, chron. n°1.

⁶⁰⁷ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2015, p. 8.

l'opportunité de créer une catégorie nouvelle, celle des travailleurs indépendants⁶⁰⁸ ou bien encore des travailleurs économiquement dépendants. On peut en effet considérer que le contrat qui les unit à leurs clients, surtout lorsqu'il s'agit de clients exclusifs, peut créer un état de dépendance économique tel qu'il apparait nécessaire de les protéger contre certains excès. Ce contrat n'est pas un contrat de travail, mais un contrat d'entreprise. L'existence d'un tel lien contractuel est décisive en vue de la transmission du modèle de l'accord collectif dès lors qu'un rapport de droit unissant les assujettis constitue un préalable difficilement contournable à la mise en place d'une négociation collective.

2. L'existence d'un rapport de droit entre assujettis

210. Autonomie des sources oblige, l'accord collectif de travail n'entraîne pas l'anéantissement des contrats individuels de travail qui y contreviennent. Le premier vient simplement se superposer aux seconds. L'accord collectif n'est donc pas pensé comme un contrat de travail standard conclu collectivement. Il laisse subsister les volontés individuelles et puise sa force juridique dans leur existence. Aussi, il semble nécessaire dans une étude consacrée à la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail, de prendre la mesure de la nécessaire existence d'un rapport de droit entre assujettis. La figure du contrat de travail vient alors à l'esprit. Cette résurgence est pleine de sens eu égard aux études de plus en plus nombreuses qui soulignent d'une part, les contours extensibles du contrat de travail, mais surtout qui l'érigent d'autre part, à son tour, au rang de modèle⁶⁰⁹.

211. Concernant les contours extensibles du contrat de travail, l'observation n'appelle que peu de remarques tant il est admis et rappelé ponctuellement par la jurisprudence, que les critères de la catégorie permettent, au terme d'une appréciation assez souple, de reconnaître l'existence de contrats de travail dans des cas discutables⁶¹⁰. Les candidats aux

⁶⁰⁸ Sur ce point, cf. J.-P. Chauchard, « Eléments pour une définition d'un contrat de travail indépendant », *JCP*, éd. E, 2007, p. 176.

⁶⁰⁹ Cf. notamment, P.-Y. Verkindt, « Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 197 ; A. Supiot, « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, ss. la dir. de A. Wijffels, Bruylant, 2005, p. 47.

⁶¹⁰ V. notamment sur cette question, J.-M. Béraud, « Protéger qui exactement ? Le tentateur ? Le sportif amateur ? Le travailleur ? », *Droit social*, 2013, p. 197.

émissions de télé réalité⁶¹¹ ainsi que les sportifs⁶¹² ont récemment défrayé la chronique et ont permis à la Cour de cassation d'étendre un peu plus le droit du travail salarié et donc, pour ce qui nous intéresse, le domaine de transmission du modèle de l'accord collectif de travail.

212. Concernant l'élévation du contrat de travail au rang de modèle, l'observation nous paraît autrement plus originale et significative dans le cadre de cette étude. En effet, elle suggère *in fine* que la diffusion du modèle de contrat de travail en dehors du droit du travail entrainerait dans son sillage celui de l'accord collectif de travail. Dès lors, par un jeu fameux de vases communicants, si le contrat de travail est appelé à régir de plus en plus d'activités professionnelles, il devrait logiquement en être de même s'agissant du modèle de l'accord collectif de travail. Ce n'est pas seul que ce dernier se déploie, mais bien à l'appui du modèle du contrat de travail. Gare toutefois à ne pas donner trop de poids à cette correspondance qui bien que réelle, ne permet pas d'appréhender dans sa totalité, le champ de transmission potentiel de notre modèle⁶¹³.

Reste à déterminer ce pour quoi le contrat de travail pourrait jouer le rôle de modèle et dans quels rapports contractuels son influence est perceptible. Cela renseignerait indéniablement sur le champ de transmission potentiel du modèle de l'accord collectif de travail. Sans surprise, la place accordée à la subordination juridique au sein du contrat de travail est bien souvent invoquée pour justifier son rayonnement au-delà du droit du travail.

⁶¹¹ Il est bien entendu question de l'arrêt « Ile de la tentation ». Soc. 3 juin 2009, *Bull. civ. V*, n°141. V. notamment sur cet arrêt, G. Auzero, « Je ne m'amuse pas, je travaille ! Bref retour sur l'arrêt Ile de la tentation », *RDT*, 2009, p. 507 ; J.-F. Cesaro et P.-Y. Gautier, « Tenter sa chance ou travailler : qualifications, télé réalité et contrats spéciaux », *D.* 2009, chron. n°31, p. 2116 ; Ch. Radé, « La possibilité d'une île », *Droit social*, 2009, p. 930 ; P.-Y. Verkindt, « Prendre le travail (et le contrat de travail) au sérieux », *JCP éd. S*, 2009, actualités 41.

⁶¹² S'agissant des sportifs, la Cour de cassation a rappelé que l'exercice d'une activité professionnelle parallèle au jeu sportif peut être un obstacle à l'existence d'un contrat de travail avec le club. Elle s'est attachée à relever notamment l'imposition au salarié d'obligations sanctionnables par le club, et la perception de « sommes en contrepartie du temps passé dans les entraînements et les matchs, ce dont il résultait que, nonobstant la qualification conventionnelle de défraiement, elles constituaient la rémunération d'une prestation de travail », Soc. 28 avril 2011, 10-15.573 ; *D.* 2011, p. 2325, note J.-P. Karaquillo.

⁶¹³ Voir dans le contrat de travail un modèle ne constitue, en aucun cas, une offense faite à l'encontre du droit commun des contrats, car la finalité du propos n'est pas de remettre en cause la soumission du contrat de travail à ce droit. Simplement, par un aller-retour savoureux, le modèle initial, à savoir le droit des contrats, pourrait à son tour être influencé. Il faut y voir un mouvement nécessaire qui conduit à ce qu'« en retour le droit du contrat de travail réexporte vers d'autres champs contractuels à la fois ses propres techniques et l'usage qu'il fait des mécanismes du droit civil des contrats », P.-Y. Verkindt, « Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 199.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

Celle-ci exprime un état de dépendance ainsi qu'une tension omniprésente dans le droit civil des contrats, à savoir celle qui se noue entre liberté et égalité des parties au contrat. En effet, la liberté reconnue à ces dernières lors de l'élaboration de leur contrat n'implique pas nécessairement qu'ils se trouvent sur un pied d'égalité. Or, ces situations sont assez fréquentes. Elles tiennent bien souvent à la différence de puissance économique existante entre contractants ou même parfois à des connaissances techniques moindres. Comment ne pas songer, à ce titre, aux contrats d'adhésion ? Aussi, il est apparu nécessaire d'y remédier lorsque l'inégalité observée apparaît par trop, inacceptable. À ce titre, le droit du contrat de travail constitue un renfort appréciable.

On ne saurait dès lors s'étonner de la référence appuyée accordée au contrat de travail dans une célèbre étude consacrée aux contrats de dépendance. Ce serait ainsi la précarité de la situation des travailleurs salariés qui aurait conduit « le législateur à soustraire les relations de travail du droit commun, pour les soumettre à une législation particulière »⁶¹⁴. De même, celle-ci aurait poussé ces mêmes salariés à se réunir au sein de groupements syndicaux contribuant « à restaurer ou plutôt à établir un véritable pouvoir de négociation, en transposant les discussions avec leurs employeurs du plan individuel au plan collectif »⁶¹⁵. Le lien entre contrat de travail et accord collectif se voit là encore réaffirmé.

213. Derrière le vocable de contrat de dépendance, sujet à discussion, car n'ayant jamais donné naissance à un droit spécifique⁶¹⁶, se cacherait une multitude de contrats qui se rapprochent, au moins conceptuellement, du contrat de travail. Ils désigneraient des « contrats régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des contractants, l'assujetti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière, privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination »⁶¹⁷. Les contrats ainsi envisagés seraient essentiellement professionnels. Il est fait mention notamment des contrats d'intégration en agriculture, des contrats de gérance ou bien encore des contrats de sous-traitance. Or, il s'observerait dans ce domaine, un mouvement

⁶¹⁴ G.-J. Virassamy, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, 1986, p. 6.

⁶¹⁵ *Loc. cit.*

⁶¹⁶ Sauf peut-être en droit de la concurrence avec l'abus de dépendance économique.

⁶¹⁷ G.-J. Virassamy, *op. cit.*, p. 10.

de « collectivisation des rapports contractuels »⁶¹⁸. Celui-ci se manifesterait spécialement par le recours à la négociation collective comme contre-pouvoir. Il est certain qu'il est assez aisé de jeter des ponts entre contrat de travail et contrat de dépendance dès lors qu'ils concernent tous deux des activités laborieuses. Toutefois, la dépendance ici décrite dépasse largement le cadre professionnel. Un auteur estime ainsi que « nombreux sont les contrats civils ou commerciaux qui manifestent ou mettent en œuvre une dépendance de fait d'une partie vis-à-vis de l'autre »⁶¹⁹. Or, il s'avère que cette dépendance est protéiforme. Elle est essentiellement économique lorsque le contrat porte sur la réalisation d'une activité laborieuse, mais elle désigne également l'état dans lequel se trouve « le particulier face au professionnel, qui a le pouvoir du savoir, ou bien celle du consommateur, exposé aux techniques de manipulation commerciale qui ont acquis, dans la société dite de l'information et de la communication [...] une puissance et une omniprésence sans précédent historique »⁶²⁰. Dans les cas ici exposés, l'existence d'un rapport contractuel demeure. Le contrat est par exemple au cœur de la relation de consommation entre professionnel et consommateur. Les asymétries d'information et l'inégalité économique des parties peuvent là encore justifier le recours au modèle de l'accord collectif de travail. Encore faut-il s'assurer que la masse des représentés est bel et bien représentée.

B) Le représentant

214. Il va de soi que le modèle de l'accord collectif de travail relève d'un droit collectif. Or, le droit est collectif dès lors qu'il met en scène des groupements qui ont éventuellement la possibilité d'édicter des normes ayant vocation à s'appliquer à un ensemble d'individus qu'ils représentent. La transmission de notre modèle implique donc la création de nouveaux acteurs. Il s'agit d'entités juridiques qui permettent à la fois la représentation des individus et donc de leurs intérêts, mais aussi en cas de conflit entre plusieurs groupements, la négociation, potentiellement collective, en vue de parvenir à un consensus. Le groupement permet aussi l'incarnation du collectif (1). Celui-ci, une fois formé, emprunte « les

⁶¹⁸ *Ibid.*, pp. 262 et s.

⁶¹⁹ A. Supiot, « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, sous la direction de A. Wijffels, Bruylant, 2005, p. 65.

⁶²⁰ *Loc. cit.*

caractéristiques les plus importantes : échappant en quelque sorte à ceux qui l'ont créé, il acquiert une vie propre que le droit identifie dans la notion de personnalité morale »⁶²¹ (2).

1. Le collectif incarné

215. De la liberté d'association reconnue en droit français découle l'existence d'innombrables groupements. Dans un schéma de pensée libérale, la signature d'un accord collectif est supposée libre. Elle implique que les particuliers puissent se regrouper volontairement et donc librement. Ils devraient donc dans l'optique de mener des négociations collectives, utiliser la forme collective de leur choix. Voilà qui s'avère problématique à ce stade de l'étude où il est question d'identifier quels sont les acteurs collectifs qui peuvent être amenés à négocier collectivement. Il convient pour procéder au tri, partir du modèle lui-même. Or, dans ce domaine, c'est au législateur qu'échoit cette tâche. Son choix s'est porté sur les organisations syndicales représentatives. C'est en ce sens que l'on peut dire de l'accord collectif de travail qu'il est un « modèle syndical ». C'est sous-entendre ici que la diffusion de ce modèle est permise par celle de la figure syndicale. Sans doute, les deux figures ici évoquées, à la fois le syndicat et l'accord collectif, contribuent chacune au développement de l'autre tant elles sont interdépendantes. Toutefois, la figure syndicale n'est pas exclusive en droit français de la négociation collective. Les organisations patronales sont, en effet, autorisées à opter pour la figure associative. Cette dernière n'est donc pas incompatible avec la négociation collective. Il apparaît, *in fine*, que l'existence d'une organisation syndicale (a) ou associative (b) constitue une condition de la transmission et un prérequis à la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail. Les figures ici évoquées ont en point commun de constituer toutes deux des personnes morales de droit privé visant à défendre un intérêt catégoriel et collectif. Toutefois, le développement de la négociation collective dans des secteurs où intérêts privés et publics sont inextricablement liés laisse à penser que rien ne devrait empêcher qu'une personne morale de droit public puisse participer à une telle négociation (c).

⁶²¹ M. Borgetto et R. Lafore, *La république sociale, Contribution à l'étude de la question démocratique en France*, PUF, 2000, p. 140.

a) La figure du syndicat professionnel

216. Tel qu'il a été identifié, le modèle de l'accord collectif de travail se déploie essentiellement dans le champ des relations de travail salarié. Or, il revient aux syndicats représentatifs, dans ce domaine, de signer des accords collectifs. La constitution d'un syndicat professionnel constitue donc un prérequis à toute négociation collective⁶²². Cependant, l'article L. 2132-2 ne réserve pas la faculté de constituer une organisation syndicale aux seuls salariés. Celle-ci est également reconnue, entre autres, aux professionnels libéraux ou aux artisans. En somme, il faut admettre que la forme syndicale est un instrument mis au service de professionnels qui expriment le besoin de se regrouper pour défendre leurs intérêts. Or, la négociation collective est traditionnellement présentée comme l'une des voies susceptibles d'être empruntées pour assurer cette défense. Mieux, elle est perçue comme un mode de reconnaissance et d'organisation de la profession et de la branche⁶²³. Elle fut, du moins, présentée de la sorte dans le domaine du sport où la conclusion de la convention collective nationale du sport a permis la reconnaissance d'une branche spécifique en 2005, non sans difficulté quant à la délimitation de ses frontières ni discussions quant à la pertinence de sa reconnaissance⁶²⁴.

Le lien entre profession et négociation collective apparaît donc avec force. Admettant l'existence de différentes variétés de conventions collectives, un auteur identifiait d'ailleurs

⁶²² Le particularisme du syndicat professionnel s'apprécie au regard de son objet. L'article L. 2131-1 du Code du travail précise à ce titre, qu'il a exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans ses statuts. Ces personnes, doivent exercer « la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes concourant à l'établissement de produits déterminés ou la même profession libérale » (Art. L. 2131-2).

⁶²³ Il suffit pour s'en convaincre d'évoquer le cas du Crédit agricole qui estimait que son activité bancaire était distincte de celle pratiquées par les sociétés relevant de la convention collective de la branche « banque ». Les juridictions judiciaires comme administratives ont admis un tel raisonnement pour justifier l'application d'une convention collective distincte, CE, 17 juin 2002, Fédération nationale CGT des personnels des secteurs financiers et autres, n°226936 ; CA Paris, 9 février 2006, n°04/12070. Lire sur cette question, S. Nadal, « La fabrique des branches : à propos du rapport Poisson », *RDT*, 2009, p. 596. Sur la notion de profession, cf. plus largement, H. Tissandier, *Réflexion sur la notion juridique de profession*, Thèse Université Paris X Nanterre, 1999 ; J. Savatier, « Contribution à une étude juridique de la profession », in *Etudes offertes à J. Hamel*, 1961, Dalloz, p. 3.

⁶²⁴ La tâche fut ardue. En effet, la question s'est posée de savoir si la branche se matérialisait au travers de l'ensemble des activités sportives ou bien de chaque sport pris isolément. Une solution consiste à voir dans les conventions spécifiques à chaque sport, des accords professionnels se plaçant sous l'égide de la CCNS. V. en ce sens, F. Alaphilippe, « La convention collective nationale du sport : enfin ! », *RJES*, 2005, p. 9, spéc. pp. 13 et s. V. contra, J. Barthélemy, « Problématique et ingénierie de la négociation collective dans le sport professionnel », *RJES*, 2005, p. 21, spéc. pp. 29 et 30. Selon l'auteur, il serait plus adéquat de concevoir, au vu de la diversité caractérisant les activités exercées dans le domaine de la CCNS, « un accord collectif interprofessionnel irriguant des conventions collectives par sport ».

au sein de ce genre juridique, « les accords conventionnels réglant l'activité d'une profession »⁶²⁵. Il poursuivait en affirmant que l'objet de ces accords était « de déterminer si un groupement peut imposer des règles de conduite à tous les membres d'une profession (et non pas uniquement à ses membres), par quels procédés techniques il est possible d'y parvenir, et quelles sanctions réprimeront la violation des règles professionnelles »⁶²⁶. Ainsi, au cœur de la définition du groupement syndical, la profession n'est pas sans incidences sur les contours du modèle de l'accord collectif de travail. Et il apparaît que l'essor de la forme syndicale a contribué à sa diffusion en dehors des relations de travail salarié.

217. L'étude n'ambitionne pas d'être exhaustive sur ce point, car recenser toutes les organisations collectives prenant la forme d'un syndicat professionnel n'aurait que très peu d'intérêt. Nous nous contenterons aussi de relever quelques exemples saillants où l'édification d'un syndicalisme professionnel est en mesure de permettre la transmission du modèle de l'accord collectif de travail. Il en va ainsi, tout d'abord, dans le domaine de la fonction publique où le droit syndical est garanti aux fonctionnaires. Tel est également le cas dans des secteurs où l'activité exercée se rapproche du loisir, à savoir le sport. S'agissant des sportifs professionnels, ceux-ci sont amenés à côtoyer d'autres professions qui ne sont pas directement liées à la pratique sportive. On comprend mieux dès lors que la toute première convention collective nationale du sport ait été négociée à la fois par des organisations syndicales « classiques » (à savoir la CFDT, la CFE-CGC, FO et la CFTC) et par la FNASS qui représente plus spécifiquement les intérêts des sportifs. Des organisations plus spécifiques en fonction du sport pratiqué existent également. Elles n'ont vocation à représenter que les intérêts des sportifs visés par leurs statuts⁶²⁷. Ces professionnels ont beau faire l'objet d'une représentation spécifique et ont beau exercer une activité très proche du loisir, ils n'en demeurent pas moins des salariés.

218. La figure du syndicat professionnel n'est pas propre à la représentation des salariés. Les travailleurs indépendants n'hésitent pas, eux aussi, à constituer de tels groupements. Le

⁶²⁵ P. Durand, « Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelles », *Droit social*, 1952, p. 437, rééd. dans la même revue, 2010, p. 1247.

⁶²⁶ *Loc. cit.* V. également sur l'hypothèse d'un droit des activités professionnelles, G. Lyon-Caen, *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990.

⁶²⁷ Le SNB représente ainsi les intérêts des basketteurs, l'UNCP ceux des cyclistes, l'UNFP ceux des footballeurs, ou bien encore PROVALE ceux des rugbymen.

syndicalisme médical, particulièrement atypique, en atteste de manière éclatante. Le premier syndicat médical naquit dans l'illégalité en 1881⁶²⁸. D'autres le suivirent pour se regrouper en 1885 au sein de l' « Union des syndicats médicaux de France ». Toutefois, ces premières initiatives furent accueillies défavorablement par la Cour de cassation⁶²⁹. La reconnaissance des organisations syndicales médicales n'est intervenue qu'assez tardivement, non pas avec la loi Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884, mais avec la loi Chevandier du 30 novembre 1892⁶³⁰. Issu de la fusion entre un syndicalisme urbain et un syndicalisme rural, le premier syndicat médical majeur a été créé en 1928. Il s'agit de la Confédération syndicale des médecins français (CSMF)⁶³¹. Jusqu'en 1970, le syndicalisme médical se réduisait à l'action de cet unique syndicat. Son rôle fut décisif dans l'essor d'une politique conventionnelle avec la Caisse nationale d'assurance maladie. C'est en effet, la CSMF qui prôna l'instauration d'un régime conventionnel national en 1971. Le recours à la technique conventionnelle ne fut toutefois pas sans conséquence sur le paysage syndical médical. L'essor de la politique conventionnelle explique, en partie, le morcellement progressif du syndicalisme médical ces dernières décennies. Les adhérents des départements ruraux, globalement favorables à la négociation collective, s'opposèrent aux adhérents des départements fortement urbanisés plus perplexes. La rupture fut consommée en 1968, date à laquelle les médecins dissidents décidèrent de se réunir au sein d'une nouvelle organisation syndicale, la fédération des médecins de France (FMF). À côté de la CSMF et de la FMF, de nouveaux syndicats firent ensuite leur apparition sur la scène sociale. Le syndicat des médecins libéraux (SML), constitué en 1981, entend défendre les intérêts des médecins du secteur II à honoraires libres. En 1985, une nouvelle scission au sein des

⁶²⁸ C'est sous la troisième République que furent jetées les bases du syndicalisme des médecins libéraux. Dès 1879, une partie du corps médical, rassemblée à l'occasion de la création du journal *Le Concours médical*, plaida pour la création d'une chambre syndicale veillant aux intérêts matériels et moraux de la profession.

⁶²⁹ Crim., 27 juin 1885, *D.*, 1^{ère} partie, 1886, p. 137. La Cour de cassation refusa de reconnaître la validité d'une organisation composée de médecins au motif que la loi Waldeck-Rousseau réservait le droit de constituer un syndicat aux seuls industriels et négociants. On comprend mieux alors pourquoi les syndicats pharmaceutiques firent l'objet d'une reconnaissance plus précoce. Comme l'affirmait la CA de Paris dans un arrêt du 20 janvier 1886 (CA Paris, 20 janvier 1886, *D.*, 2^{ème} partie, 1886, p. 170), les pharmaciens exercent une activité commerciale. V. à ce sujet, G. Viala, « Les syndicats pharmaceutiques », fasc. 12.04, Tome 1, *Traité de droit pharmaceutique*, ss la dir. de C. Maurain et M. Bélanger, Litec, 2008.

⁶³⁰ De même que pour les chirurgiens, les dentistes et les sages-femmes.

⁶³¹ Face aux bouleversements qui affectaient la législation sociale de l'époque, les médecins libéraux entendirent exprimer leur attachement à certains grands principes. C'est lors du Congrès des syndicats médicaux que fut adoptée le 30 novembre 1927 une charte proclamant plusieurs principes fondamentaux chers aux professionnels de santé et aujourd'hui encore d'une brûlante actualité : le libre choix du médecin par le malade, le respect du secret professionnel ainsi que l'entente directe en matière d'honoraires entre le patient et son médecin. Cette charte constitua par la suite la figure de proue du syndicalisme médical.

généralistes de la CSMF aboutit à la création de la fédération française des médecins généralistes (MG France). La vie syndicale se déclina alors selon un schéma très simple. Celui-ci consistait « dans un premier temps à obtenir le label de syndicat représentatif, dans un deuxième temps à signer ou ne pas signer la convention, puis dans un troisième temps à participer aux différentes instances qui accompagnent la mise en œuvre conventionnelle »⁶³². La négociation collective modèle ainsi les groupements collectifs qui y participent.

219. En dehors des professions libérales, la figure du syndicat professionnel est également employée pour promouvoir l'activité et défendre les intérêts de professionnels indépendants. On en retrouve par exemple dans le domaine de l'exploitation agricole. La FNSEA est un syndicat agricole qui fédère ainsi toutes les productions et tous les agriculteurs, quels que soient leurs statuts (propriétaires, fermiers, agriculteurs, exploitants à la retraite). On peut également citer dans ce domaine la confédération paysanne, les jeunes agriculteurs ou bien encore le MODEF. Certaines organisations syndicales ont seulement vocation à représenter les producteurs d'un produit en particulier. La FNPL défend par exemple les intérêts des producteurs de lait.

On retrouve à vrai dire des organisations syndicales dans la plupart des secteurs de l'économie française. Il est possible de citer en guise d'ultime illustration la FEFIS qui représente les entreprises qui créent, fabriquent ou distribuent des produits de santé tels que les médicaments humains et vétérinaires. Elle comprend notamment en son sein le syndicat national de l'industrie pharmaceutique (LEEM).

Le panorama ici présenté ne se veut bien entendu pas exhaustif. Il est juste le reflet des innombrables syndicats professionnels qui peuvent se constituer dans tous les secteurs d'activité, qu'ils relèvent du secteur privé ou non, et que les travailleurs qui décident de se regrouper soient des salariés ou non. Le champ de transmission potentiel du modèle de l'accord collectif de travail s'en trouve considérablement étendu. Il l'est d'autant plus que la figure syndicale n'est pas la seule que les groupements peuvent emprunter.

⁶³² M. Brémond, « Les syndicats de médecins contre l'organisation de la protection sociale, tout contre », *Pouvoirs*, n°89, 1999, p. 130.

b) La figure associative

220. Si la liberté syndicale a été consacrée antérieurement à la liberté d'association, le lien étroit existant entre elles ne peut être ignoré. Malgré son antériorité, le groupement syndical est traditionnellement analysé comme une déclinaison de forme associative. Syndicat et association entretiendraient ainsi des rapports de genre à espèce⁶³³. Toutefois, le particularisme des syndicats au sein des associations ne doit pas être minoré. Il suffit pour en prendre la mesure de rappeler l'objet même du syndicat, à savoir la défense exclusive d'intérêts professionnels⁶³⁴. Les associations non syndicales quant à elles peuvent se voir assigner des finalités bien plus variées. Outre qu'il obéit à des règles de formation particulières, le syndicat offre bon nombre de prérogatives propres à ce statut. Parmi ces dernières figure notamment le droit de mener des négociations collectives. Il est néanmoins possible de se demander si le droit de conclure des accords collectifs est aujourd'hui l'apanage des seules organisations syndicales. Rien n'est moins sûr.

221. En droit du travail, qu'une association puisse négocier lorsqu'elle emploie des salariés va de soi. Toutefois, ce n'est pas l'« association employeur »⁶³⁵ qui est ici envisagée. C'est lorsque l'association vient concurrencer le syndicat comme organe de défense et de représentation d'intérêts professionnels que la question de la reconnaissance au profit de telles entités du droit de mener des négociations collectives se pose. Force est de constater que selon que l'association regroupe des salariés ou bien des employeurs, la réponse à cette question diffère. S'agissant des salariés, l'article L.2231-1 du Code du travail laisse très peu de place au doute. L'accord collectif de travail ne peut être conclu que par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives, et ce depuis la loi du 11 février 1950. Ce refoulement de la forme associative en matière de représentation des salariés ne peut se comprendre qu'à la lumière de l'histoire jurisprudentielle.

En 1913, la Cour de cassation fut saisie d'actions engagées par des associations non syndicales. Ces dernières avaient pour particularité notable de défendre des intérêts

⁶³³ En ce sens, la CEDH n'hésite pas à fonder la liberté syndicale sur l'article 11 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui ne consacre rien moins d'autre que la liberté d'association, CEDH, 12 novembre 2008, Demir et Baykara, *D.* 2009, p. 739, note J.-P. Marguénaud ; *RDT* 2009, p. 288, note N. Hervieu.

⁶³⁴ Art. L.2131-1 du Code du travail.

⁶³⁵ J. Péliissier, « Associations et relations de travail subordonné » in *L'association*, Publications de la Faculté de Droit et des sciences sociales de Poitiers, PUF, 2002, p. 134.

professionnels. L'une des actions engagées par ces associations donna lieu à un arrêt du 4 mars 1913 rendu par la chambre civile⁶³⁶. Bien que ne concernant pas directement le droit de mener des négociations collectives, celui-ci n'ayant été consacré qu'en 1919, cet arrêt permet de penser la représentation de la profession par voie associative⁶³⁷. En l'espèce, une association d'enseignants de l'enseignement public entendait faire valoir son droit à ester en justice et à défendre l'honneur de leur profession. La Haute juridiction refusa d'accueillir l'action intentée, car celle-ci empiétait selon elle sur l'action de l'État, seul compétent pour défendre les intérêts de la fonction publique. Néanmoins, elle a admis le droit des associations à agir en justice pour la défense de l'intérêt collectif visé par leur objet social.

De manière plus solennelle, les chambres réunies furent à leur tour invitées à se prononcer sur la recevabilité de l'action de cette association, la cour de renvoi s'étant opposée à la solution retenue par la chambre civile. Sous cette formation, la Cour de cassation a alors jugé sans ambages « qu'à la différence des syndicats professionnels, les associations ne représentent pas, de plein droit, la profession de ceux qui en font partie »⁶³⁸. Si la solution a le mérite d'être claire, elle n'en demeure pas moins étonnante. Il est en effet difficile d'expliquer une telle différence de traitement entre association professionnelle et syndicat professionnel, seul le second se voyant reconnaître une vocation naturelle à représenter l'ensemble de la profession et pas uniquement ses adhérents. Rien ne semble *a priori* s'opposer à la reconnaissance d'un tel droit au profit d'une association professionnelle. S'agissant du droit de mener des négociations collectives, certains se prononcent d'ailleurs en ce sens⁶³⁹. Selon un auteur avisé, « si la Cour de cassation a jugé en 1913 que les syndicats étaient les représentants naturels de la profession, c'est parce que l'unité du monde syndical justifiait une telle prise de position » et parce qu'« une telle unité n'existait pas dans le monde associatif »⁶⁴⁰. En effet, à l'époque, la CGT était alors la seule à

⁶³⁶ Civ. 4 mars 1913, *D. P.*, 1913, p. 321, concl. Sarrut, note L. Rolland.

⁶³⁷ Cet arrêt doit être analysé à l'aune de l'arrêt du 5 avril 1913 dans lequel la Cour de cassation est venue définitivement mettre un terme aux querelles qui opposaient les chambres civile et criminelle quant à la recevabilité de l'action syndicale. Elle jugea recevable, en l'espèce, l'action exercée par un syndicat patronal car il « n'avait pas pour objet de donner satisfaction aux intérêts individuels d'un ou de plusieurs de ses membres, mais bien d'assurer la protection de l'intérêt collectif de la profession, envisagée dans son ensemble et représentée par le syndicat, dont la personnalité juridique est distincte de chacun de ceux qui le composent ». Ch. réunies, 5 avril 1913, *D. P.*, 1914, 1.65, concl. Sarrut, rapport Falcimaigne.

⁶³⁸ Ch. réunies, 15 juin 1923, cardinal de Luçon, *D.*, 1924, I, p. 153.

⁶³⁹ V. notamment, J. Pélissier, *art. précit.*, p. 134.

⁶⁴⁰ L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, 1997, p. 34.

incarner ce mouvement. Il allait donc de soi qu'elle était légitime pour représenter l'ensemble de la profession⁶⁴¹.

222. Toutefois, il se pourrait qu'un revirement de jurisprudence se soit opéré. Jusqu'à peu, à la différence des syndicats, les associations ne disposaient pas d'un droit d'agir en justice au nom de l'intérêt collectif qu'elles se sont données pour mission de défendre. Ce n'est qu'à titre exceptionnel et par habilitation expresse du législateur qu'une telle faculté leur était reconnue. Depuis un arrêt du 27 mai 2004, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a sensiblement fait évoluer sa position. Elle prévoit désormais qu'« hors habilitation législative, une association ne peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs qu'autant que ceux-ci entrent dans son objet social »⁶⁴². Confirmée par la suite, cette jurisprudence interroge les observateurs qui se demandent si l'action associative ne se serait pas subrepticement rapprochée de l'action syndicale. Cela permettrait au modèle de l'accord collectif de travail d'investir de nouveaux champs. En effet, il serait alors de plus en plus difficile de refuser le droit de mener des négociations collectives à une association professionnelle de salariés dès lors que celle-ci serait représentative. Il faudrait pour cela que le législateur accepte de revenir sur le « monopole » syndical en la matière. Cela est d'autant plus difficile que le législateur n'hésite pas à reconnaître un tel droit aux associations professionnelles d'employeurs.

223. Sans conteste, les associations patronales peuvent défendre les intérêts professionnels de leurs membres en participant notamment à l'élaboration d'accords collectifs. Les organisations patronales empruntent fréquemment d'ailleurs, la forme associative pour se constituer. Tel est notamment le cas du MEDEF ou bien encore de la CGPME qui sont constitués de la sorte au niveau interprofessionnel⁶⁴³. Ce refoulement de la forme syndicale au profit de la forme associative expliquerait la complexité de l'architecture des organisations patronales et spécialement leur multiplication. Cette préférence se

⁶⁴¹ L'auteur soutient même que l'unité du mouvement syndical telle qu'elle était perçue par la Cour de cassation, dépassait l'opposition entre employeurs et salariés, le syndicat représentant l'ensemble de la profession dans toutes ses composantes. Toutefois, l'histoire a eu raison de cette vision, le mouvement syndical salarié s'étant très nettement démarqué du mouvement syndical patronal.

⁶⁴² Civ. 2^e, 27 mai 2004, *Bull. civ.* II, n° 239 ; *D.* 2004, Somm. 2931, obs. E. Lamazerolles.

⁶⁴³ L'article 1^{er} des statuts du MEDEF prévoit ainsi que « sous le titre de Mouvement des Entreprises de France (MEDEF), une association de la loi de 1901 est constituée, sous forme de confédération, entre les organisations professionnelles et territoriales d'entreprises, qui adhèrent aux présents statuts ».

comprend aisément. En effet, l'article L.2131-2 du Code du travail exige d'un syndicat professionnel qu'il regroupe des personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes concourant à l'établissement de produits déterminés. Cette exigence n'est pas sans poser quelques problèmes, les organisations patronales regroupant bien souvent des professionnels n'exerçant pas la même profession. Il s'agirait là d'une anomalie de la loi Waldeck-Rousseau, car en se référant à la profession, ses articles 2 et 3 « limitent le droit syndical au cadre de chaque profession, sans que nulle part la moindre définition, ni même le moindre élément d'appréciation soient apportés, permettant de se faire une idée de ce qu'est la profession et des personnes qui ont le droit de s'en réclamer »⁶⁴⁴. Surtout, l'objet du syndicat professionnel est défini par l'article L.2131-1 du Code du travail alors que celui de l'association est déterminé par les sociétaires dans les statuts⁶⁴⁵. La forme associative se révèle ainsi plus souple et plus adaptée à la défense des intérêts économiques d'employeurs n'exerçant pas nécessairement la même profession⁶⁴⁶. Elle est, qui plus est, compatible avec la négociation collective. En effet, l'article L. 2231-1 du Code du travail dispose que des associations d'employeurs sont admises à mener des négociations collectives. L'article précise, en outre, que les « associations d'employeurs constituées conformément aux dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, qui ont compétence pour négocier des conventions et accords, sont assimilées aux organisations syndicales pour les attributions conférées à celles-ci » en matière de négociation collective. L'admission d'une telle entorse au monopole syndical s'avérait nécessaire s'agissant des groupements d'employeurs. En effet, la forme associative est parfois imposée par le législateur lui-même. C'est tout particulièrement vrai s'agissant des officiers ministériels qui sont autorisés à se regrouper uniquement sous la forme d'associations. Voilà pourquoi, très tôt, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont admis qu'une association d'employeur puisse mener des négociations collectives⁶⁴⁷.

⁶⁴⁴ E. Villey, *L'organisation professionnelle des employeurs dans l'industrie française*, Paris, Alcan, 1923, p. 342.

⁶⁴⁵ L'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901 dispose simplement que l'association est « la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun de façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices ».

⁶⁴⁶ S. Nadal considère qu'en réalité c'est dans cette « souplesse offerte par le cadre associatif que doit être recherché le motif réel du choix des organisations patronales », *Rép. trav.* Dalloz, V^o « Conventions et accords collectifs de travail (I- Droit de la négociation collective) », p. 127, 2008.

⁶⁴⁷ V. sur ce point Soc. 6 novembre 1959 à propos du Conseil supérieur du notariat, *Droit social*, 1960, p. 94. V. également l'avis du 1^{er} mars 1951 rendu par le CE, *Droit social*, 1951, p. 252. Ce n'est finalement qu'en 1982 que le législateur est venu consacrer ces solutions jurisprudentielles en autorisant l'assimilation des associations d'employeurs aux organisations syndicales.

Toutefois, la formulation retenue par le législateur est pour le moins étonnante. C'est, à en croire l'article L.2231-2 du Code du travail, la capacité de mener des négociations collectives qui autorise l'assimilation des associations d'employeurs aux organisations syndicales. C'est donc la faculté de négocier qui déclenche la qualification de syndicat et non le contraire⁶⁴⁸. Reste à déterminer ce qui confère cette capacité à négocier. Une mention des statuts de l'association devrait suffire en la matière.

La forme associative offre donc à l'usage un cadre plus souple aux professionnels désireux de se regrouper. Tel est le cas de certaines professions à qui on refuse le droit de se syndiquer. Il en va ainsi, par exemple, du corps préfectoral. Il n'est guère étonnant dès lors de rencontrer des associations dans tous les secteurs de l'économie. Leur rôle ne se limite pas à conclure des accords collectifs de travail avec les représentants des salariés. Elles ont également pour mission de défendre et de représenter le plus largement possible les intérêts de leurs membres. La figure syndicale peut donc être perçue comme un carcan. Plus souple, la forme associative permet à des groupements non professionnels de prendre forme et d'envisager une négociation collective non professionnelle.

224. Près d'un million d'associations en activité sont recensées en France. Elles officient dans des domaines aussi variés que le sport⁶⁴⁹, la culture, le tourisme, les loisirs, la santé, l'éducation⁶⁵⁰, l'action sociale⁶⁵¹ ou bien encore la défense des intérêts des consommateurs ou des victimes⁶⁵². Le succès est au rendez-vous, car elles « permettent la défense de toutes

⁶⁴⁸ La Cour de cassation le rappelle dans une affaire *a priori* sans rapport direct avec la négociation collective et qui a donné lieu à un arrêt du 18 janvier 2005. En l'espèce, la Haute juridiction a rejeté un pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt d'appel dans lequel une cour avait refusé de qualifier d'organisation syndicale une structure départementale du MEDEF constituée sous forme d'association. Pour cela, il a été relevé d'une part que cette structure regroupait des professionnels n'exerçant pas la même profession et d'autre part qu'il n'était pas allégué que « cette association d'employeurs avait compétence pour négocier des conventions et accords collectifs », Civ. 1^{re}, 18 janvier 2005, 02-12.572 ; *RDTcom*, 2005, p. 373, note L. Grosclaude.

⁶⁴⁹ Il est intéressant d'observer sur ce point que le COSMOS (Conseil social du mouvement sportif) a été spécialement créé en 1997 afin de négocier au nom des employeurs du secteur et de signer la première convention collective nationale du sport. Le caractère nécessaire de la constitution préalable d'un syndicat à la signature d'un accord apparaît ici avec force. La création de l'EASE a même ouvert les portes à un dialogue social sectoriel au niveau européen. V. à ce sujet, E. Coconnier, « Le dialogue social européen dans le secteur du sport », *Jurisport*, 2011, n°109, p. 29.

⁶⁵⁰ Relevons sur ce point que si certaines organisations se présentent parfois sous la forme de syndicat, il s'agit en réalité d'associations. Tel est le cas de l'UNEF notamment qui se présente sur son site internet comme le premier syndicat étudiant de France.

⁶⁵¹ Quitte à parfois déborder l'action des organisations syndicales de salariés traditionnelles. C'est par exemple le cas en matière de chômage où se sont constituées des associations de défense des chômeurs tels que AC ! ou bien encore le MNCP (Mouvement national des chômeurs et des précaires).

⁶⁵² C. Debbasch et J. Bourdon, *Les associations, Que sais-je ?*, PUF, 2006, pp. 1 et s.

sortes d'intérêts collectifs, depuis ceux des pêcheurs à la ligne jusqu'à ceux des industriels de la métallurgie »⁶⁵³. Dès lors, qu'une association représente l'intérêt collectif d'un groupement d'individus, rien ne devrait pouvoir l'empêcher de négocier en leur nom avec un interlocuteur aux intérêts vraisemblablement antagonistes. Admettre une telle possibilité offrirait un champ de diffusion très large au modèle de l'accord collectif vu le nombre conséquent d'associations en France. Cependant, pour pouvoir signer un accord collectif, une association doit être juridiquement capable d'acquérir le droit de mener des négociations collectives et de l'exercer. Toute association dispose du droit de passer des actes juridiques. Toutefois, certains actes, du fait notamment des effets juridiques qui leur sont attachés, ne peuvent être passés que si l'association dispose d'une habilitation spécifique. Tel est la finalité de la représentativité en droit du travail. Or, cela sera évoqué ultérieurement, ce concept n'est pas propre au droit du travail.

Plus encore, il est possible de se demander si une habilitation est véritablement nécessaire pour qu'un groupement soit autorisé à mener des négociations collectives. Rien ne semble s'opposer à ce qu'une association fasse fi de toute habilitation pour négocier collectivement. Demeure malgré tout une question fondamentale : à quelle valeur juridique pourra prétendre l'accord passé ? Tel n'est pas encore l'objet de notre réflexion.

225. De multiples exemples pourraient ici être donnés, mais ce sont les rapports consommateurs qui semblent le mieux adaptés à la transmission du modèle de l'accord collectif de travail. En effet, on y trouve des interlocuteurs suffisamment bien organisés pour engager un dialogue et qui défendent qui plus est des intérêts collectifs antagonistes. De plus, on ne peut taire le lien particulièrement étroit qui existe entre certaines associations de consommateurs et certaines organisations syndicales de salariés. On rencontre ainsi des associations qui ont été créées par des organisations syndicales de salariés et qui dépendent d'eux. Il en va ainsi de l'Association Force Ouvrière Consommateurs (AFOC) et de l'Association pour l'information et la défense des consommateurs salariés (INDECOSA-CGT). De même, ce sont les organisations patronales qui jouent le rôle d'interlocuteurs de ces associations de consommateurs. Nul doute que l'expérience accumulée en matière de négociation collective en droit du travail par ces syndicats pourrait profiter à leur pendant consommériste.

⁶⁵³ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, 9^e éd., Dalloz, 2015, p. 27.

226. Ainsi, rien ne laisse à penser que les droits d'action collective reconnus aux organisations syndicales, pour ce qui nous intéresse le droit de mener des négociations collectives, ne puissent être reconnus au profit d'associations. Ces dernières sont d'ailleurs, régulièrement présentées comme des acteurs privilégiés du droit et de la gouvernance⁶⁵⁴. La négociation collective est justement l'une des voies qui s'offrent afin que les associations soient impliquées dans l'élaboration de normes. Elles disposent, à ce titre, de la personnalité morale requise.

2. Le collectif doté de la personnalité juridique

227. Comme tout acte juridique, un accord collectif ne peut, en principe, être conclu que par des personnes dotées de la personnalité juridique. Ces personnes, qui ont vocation à incarner un collectif, prennent la forme de groupements et n'acquièrent d'existence juridique que par le biais de la personnalité morale. Il faut veiller ici à dissiper d'emblée les éventuelles confusions qui pourraient naître de l'usage immodéré, sous notre plume, des concepts de groupement et de personne morale. Il importe de préciser que « la personnalité morale peut être dissociée de l'état de groupement qui, sans doute, la sous-tend le plus fréquemment, mais non pas de façon systématique »⁶⁵⁵. Il n'en demeure pas moins qu'il paraît difficile, voire impossible, d'envisager dans le domaine de notre modèle, l'absence de tout groupement. La personnalité morale constitue par ailleurs, pour celui-ci, une condition nécessaire à la reconnaissance du droit de mener des négociations collectives et donc de signer un accord collectif **(a)**. Toutefois, cette condition peut être discutée, quelques éléments perturbateurs laissant à penser que dans de rares exceptions, certains acteurs, qu'il s'agisse du groupement lui-même ou de certains de ses représentants, pourraient disposer du droit de signer un accord, bien que dépourvus de personnalité juridique **(b)**.

⁶⁵⁴ *Les associations, acteurs privilégiés du droit et de la gouvernance*, ss. la coord. de N. Perlo, PUAM, 2009.

⁶⁵⁵ J.-P. Gastaud, *Personnalité morale et droit subjectif*, LGDJ, 1977, p. 13. En effet, l'existence d'une personne morale n'implique pas nécessairement l'existence d'un groupement. Le droit des sociétés offre à ce titre de beaux exemples. Que l'on songe par exemple aux sociétés unipersonnelles.

a) La personnalité morale : une condition nécessaire à la transmission du modèle

228. Traditionnellement, les effets attachés à la reconnaissance de la personnalité juridique sont dits de deux ordres. D'une part, la personnalité juridique permet au groupement de se constituer un patrimoine autonome. D'autre part, elle lui confère la « personnalité processuelle »⁶⁵⁶ et l'autorise donc à ester en justice afin de défendre les intérêts qu'elle représente. Ô combien essentiels, y compris dans le champ de notre modèle, ces deux éléments ne doivent pas faire oublier que la reconnaissance de la personnalité juridique a d'abord pour but de transmuier un groupement en réceptacle titulaire de droits subjectifs, parmi lesquels figure au premier plan la capacité de contracter. Pareille précision est lourde de sens si l'on accepte que la signature d'un accord collectif suppose, comme pour un contrat classique, de disposer de cette capacité.

Le modèle français de l'accord collectif de travail est, nous avons déjà eu l'occasion de le relever, un modèle organique. Son histoire est étroitement liée à celle des organisations syndicales. Aujourd'hui encore, même si elle est quelque peu affaiblie, cette prégnance de l'acteur syndical est encore perceptible. Or, la forme juridique qu'emprunte le syndicat est celle de la personne morale sans laquelle il ne saurait pas en mesure de signer des accords collectifs de travail. En ce sens, la personnalité juridique est un prérequis à la transmission du modèle de l'accord collectif. Elle est aussi une prérogative au profit du groupement. Il n'est guère étonnant aussi qu'au début du XX^{ème} siècle, alors que partisans et opposants à la reconnaissance de la personnalité juridique morale débattaient, Saleilles, l'un des premiers penseurs du droit social, s'est fait le chantre de la reconnaissance de la personnalité juridique autonome au profit des syndicats, mais aussi des associations ou bien encore des mutuelles.

Pourtant, à l'analyse, lors de l'apparition des premières formes d'accords collectifs, il n'est pas certain que les organisations syndicales de salariés disposaient réellement de la personnalité juridique. En effet, la loi Waldeck Rousseau du 21 mars 1884 disposait simplement en son article 6 que les syndicats professionnels avaient le droit d'ester en justice. Fallait-il déceler au travers de cette formulation, la reconnaissance implicite d'une personnalité juridique au profit des syndicats ? La réponse à une telle question est loin d'être évidente. On ne peut donc affirmer, sans restriction aucune, que la signature d'un

⁶⁵⁶ E. Saveaux, « La personnalité morale en procédure civile », *RTDciv*, 1995, p. 1.

accord collectif par un syndicat n'a été rendue véritablement possible que grâce à la loi Waldeck-Rousseau. En réalité, c'est la loi du 12 mars 1920 qui est venue définitivement dissiper l'équivoque entretenue en admettant explicitement que « les syndicats professionnels jouissent de la personnalité civile »⁶⁵⁷. Le législateur n'avait de toute façon pas hésité un an plus tôt à autoriser ces mêmes syndicats à signer des conventions collectives, faculté que l'on imagine difficile à exercer sans personnalité juridique. Aujourd'hui, un tel débat a perdu en vivacité depuis que la Cour de cassation a refusé dans son célèbre arrêt du 28 janvier 1954, de faire dépendre la reconnaissance de la personnalité morale à un groupement, de l'existence d'une disposition légale explicite en ce sens⁶⁵⁸.

229. Ainsi, de même que l'on admet volontiers que la « reconnaissance de la personnalité morale apparaît comme une des exigences de la liberté syndicale, laquelle suppose que le groupement ait la personnalité juridique et le bénéfice des prérogatives qui lui sont attachées »⁶⁵⁹, de même on admettra que, sans elle, il est difficile de penser les acteurs de la négociation collective et donc le modèle de l'accord collectif de travail. La viabilité du syndicalisme est, en partie, rendue possible par les prérogatives que confère la loi aux syndicats et dont le droit de signer des accords collectifs est perçu, aujourd'hui encore, comme l'un des plus emblématiques. Toutefois, affirmer que l'existence d'un groupement doté de la personnalité morale est une condition nécessaire à la mise en place d'une forme de négociation collective ne relève peut-être pas autant de l'évidence.

b) La personnalité morale : une condition de transmission du modèle discutée

230. L'étude des débats menés au tout début du XX^{ème} siècle le rappelle. La reconnaissance de la personnalité morale aux groupements désireux de signer un accord collectif n'a pas toujours été perçue comme un pré requis à l'instauration d'une véritable négociation collective. À l'époque, le procédé de l'accord collectif de travail venait à peine

⁶⁵⁷ Art. 10, liv. III Code du travail. C'est aujourd'hui l'article L.2132-1 du Code du travail qui pose ce principe en affirmant que « les syndicats professionnels sont dotés de la personnalité civile ».

⁶⁵⁸ La personnalité morale, précise-t-elle « appartient à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés », Civ. 28 janvier 1954, *D.* 1954, p. 217, note G. Levasseur.

⁶⁵⁹ J.-M. Verdier, *Syndicats*, Traité de droit du travail, Tome V, ss. la dir. de G. H. Camerlynck, Dalloz, 1966, p. 181.

d'émerger sur la scène juridique. Les auteurs s'interrogeaient alors sur la possibilité de conférer à cet acte une force juridique en recourant ou en rejetant la théorie de la personnalité morale. Si certains d'entre eux ont pu refuser à la personnalité morale, un rôle dans l'explication de la formation et des effets du contrat collectif de travail, ils ne déniaient pas pour autant aux salariés la faculté de passer un contrat collectif. Refusant de reconnaître l'existence d'une personne morale distincte des individus composant le groupement signataire, en l'occurrence le syndicat, les tenants d'une telle approche justifiaient la force juridique de l'accord par l'engagement individuel de chaque syndiqué. En somme, c'est la personnalité de chacun des individus composant le groupement collectif qui permettait de passer ledit contrat et de conclure à l'existence d'une « confusion entre le syndicat et ses membres »⁶⁶⁰. On le sait, l'histoire a finalement eu raison de cette analyse.

231. Même s'il se situe sur un autre plan, le débat perdure aujourd'hui encore. Certains s'interrogent sur la possibilité pour un groupement d'individus de se voir conférer une personnalité juridique et donc la capacité de conclure un accord collectif sans recourir aux services d'un intermédiaire syndical. À l'origine de ces interrogations, l'on trouve le développement des modes d'expression directe des salariés, notamment par la voie du référendum. Plus encore, c'est le recours aux institutions élues du personnel pour pallier l'absence de représentation syndicale qui interroge en matière de négociation collective. Il en va ainsi par exemple du délégué du personnel qui ne dispose pas pourtant de la personnalité juridique.

Le périmètre organique du modèle de l'accord collectif de travail semble ainsi légèrement se distendre. Pourtant, il n'est pas certain que cette distension contribue à la diffusion du modèle tel que nous l'avons identifié. Pire, il se pourrait qu'elle constitue à sa dénaturation⁶⁶¹. À l'inverse, la distension de son périmètre matériel constitue indéniablement un facteur de transmission de celui-ci et donc de diffusion.

⁶⁶⁰ M. Nast, *Des conventions collectives relatives à l'organisation du travail*, Paris, 1907, p. 169.

⁶⁶¹ Cf. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

Paragraphe 2 Le périmètre matériel

232. Que le procédé de l'accord collectif soit né en droit du travail, à la fois segment du droit positif et discipline académique, cela n'est pas discuté. Cette affirmation, ou plutôt sa compréhension, n'est pourtant pas revêtue du sceau de l'évidence. Le doute, s'il surgit, provient des périmètres de ce droit du travail. Si on le rapporte au Code éponyme, siège du modèle légal de l'accord collectif de travail, ce droit est essentiellement celui qui tend à s'appliquer aux salariés exerçant leur activité dans le secteur privé. Pourtant, le travail ou l'activité laborieuse ne sont pas l'apanage de ces seuls travailleurs. Le salariat se développe au-delà de ce seul domaine, spécialement dans le secteur public. Plus encore, il n'est pas contestable que les travailleurs indépendants exercent une activité professionnelle. Dès lors, il est possible de se demander si certains dispositifs juridiques pensés en droit du travail, au premier rang desquels figure le procédé de l'accord collectif, ne pourraient pas être transposés dans un droit de l'activité professionnelle⁶⁶² **(A)**.

Il est également possible de rattacher le modèle de l'accord collectif de travail au droit social. En effet, il est couramment admis que celui-ci recouvre à la fois le droit du travail et le droit de la protection sociale. Cela laisse à penser que le procédé pourrait avoir également un rôle à jouer en droit de la protection sociale. Cette perspective est particulièrement intéressante dans une étude consacrée à la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail, car elle suggère en sa faveur, un champ de transmission potentiel conséquent **(B)**.

A) Du droit du travail au droit des activités professionnelles

233. Le droit privé du travail salarié constitue l'épicentre à partir duquel se propage le modèle de l'accord collectif de travail **(1)**. L'image est toutefois trompeuse, car contrairement à ce que suggère la métaphore, le droit du travail salarié est bien plus qu'un point qu'il serait aisé de localiser. Il s'agit plus certainement d'un espace dont on peine à cerner les frontières. La tâche est d'autant plus délicate que ces dernières n'ont cessé de se déplacer. Il en va de même concernant le droit des accords collectifs de travail qui, depuis

⁶⁶² L'expression est empruntée à P. Durand, *art. précit.*, p. 437.

quelque temps déjà, a vu ses contours se distendre au-delà du seul secteur privé, dans le secteur public (2) au même titre que la condition salariale (3).

1. Le droit privé du travail salarié comme épice centre du modèle

234. Historiquement, le procédé de l'accord collectif est né dans le champ des relations de travail⁶⁶³. Si pareille assertion mérite d'être rappelée, c'est d'abord pour parer le propos contre toute critique qui verrait dans le fait de présenter l'accord collectif de travail comme un modèle, une dérive hégémonique. Privilège d'aînesse, le droit du travail constitue l'épice centre à partir duquel le procédé de l'accord collectif s'est propagé. Le lien est tel entre accord collectif et droit du travail, qu'aujourd'hui encore, le procédé, et ce même s'il tend à se déployer au-delà de ses rivages, est étroitement associé à cette branche du droit. Mieux, négociation et accord collectif font tous deux partie de l'armature conceptuelle de ce droit sans laquelle il n'aurait pu exprimer, à défaut de son autonomie, son particularisme et sa rationalité propre.

235. Le rappel du lien historique existant entre l'accord collectif et le droit du travail pousse à se demander pourquoi un tel procédé est d'abord apparu dans une branche du droit alors naissante. Clairement, l'objectif était de relever le défi lancé par l'apparition de problématiques nouvelles dès la fin du XVIII^{ème} siècle et initiées par des révolutions de tout ordre, politiques ou industrielles. Cela ne fut bien entendu pas sans conséquences sur le plan juridique. Libéré, le travail était passé sous la coupe du négoce. Individus prétendument égaux, travailleurs et employeurs étaient appelés à contracter selon le modèle du contrat posé par un Code civil mâtiné d'individualisme libéral. Ce modèle, régi par l'article 1710 du Code civil, prenait la forme du contrat de louage d'ouvrage et était défini comme le « contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelques choses pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ». Le travailleur était ainsi réduit à sa force de travail, un « corps machine »⁶⁶⁴ dont il marchandait et consentait « librement » l'exploitation au donneur

⁶⁶³ Selon une opinion répandue, les premiers accords collectifs sont apparus au milieu du XIX^{ème} siècle. V. à ce sujet, J. Le Goff, « La naissance des conventions collectives », *Droits*, n°12, 1990, p. 67.

⁶⁶⁴ J. Le Goff, *Du silence à la parole*, Calligrammes, 1989, p. 60.

d'ouvrage. Or, ce sont les dérives de cette conception patrimoniale du travail qui ont entraîné l'apparition des premières lois sociales.

Dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, commença à prendre forme un mouvement ouvrier. Les excès inhérents à la subordination dans laquelle se trouvaient les ouvriers étaient de moins en moins tolérés par ces derniers. Le collectif serait né d'une fiction, celle d'une soumission librement consentie et d'une égalité qui loin d'être réelle, n'était que d'ordre formel. Et c'est en réponse à l'inégalité sous-jacente à la relation de travail que ce collectif s'est organisé pour atténuer les conséquences de la subordination. Un auteur soutient sur ce point que « c'est l'invention du collectif, et de ses corrélats – les droits collectifs, les libertés collectives, la négociation et les conventions collectives – qui a permis de sortir des impasses de la soumission volontaire, et de définir un droit où la subordination et la liberté pouvaient faire bon ménage »⁶⁶⁵.

Signe que sa création répondait à un besoin réel, le procédé de l'accord collectif est né de la pratique. Ce n'est en effet que plus tard, et étrangement à contre-courant⁶⁶⁶, que le législateur consacra le mécanisme. Sans doute y voyait-on la panacée, la « formule du siècle à venir »⁶⁶⁷ à même de pacifier l'entreprise. Étaient enfin lancées les bases d'une négociation collective appuyée et encadrée par la réglementation publique.

236. Né en partie de la nécessité de tempérer la subordination, le collectif s'était doté d'un moyen d'action et d'expression avec l'accord collectif. Le procédé de l'accord collectif est ainsi indissociable des relations de travail. Ces racines ne peuvent être ignorées. Aujourd'hui encore, le salariat constitue à n'en pas douter la porte d'entrée du droit du travail et donc des dispositions relatives aux relations collectives en général⁶⁶⁸. Aux termes de l'article L.2211-1 du Code du travail, le droit de la négociation collective a principalement vocation à s'appliquer aux « employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés ». Le secteur privé est donc bien la terre d'élection du modèle de l'accord collectif de travail. L'article précité du Code du travail reprend de manière beaucoup plus condensée l'inventaire qui

⁶⁶⁵ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, 1994, Quadrige essais débats, PUF, 2007, p. 124.

⁶⁶⁶ « Le monde ouvrier pourtant s'en désintéresse, le monde syndical s'en méfie comme d'une tête de pont du réformisme, le monde patronal ne paraît guère soulevé d'enthousiasme... Seul le gouvernement semble y croire... », *op. cit.*, J. Le Goff, p. 104.

⁶⁶⁷ L. Barthou, *L'action syndicale*, 1904, p. 303, cité par J. Le Goff, *op. cit.*, p. 104.

⁶⁶⁸ J. Pélissier, A. Jeammaud, A. Lyon-Caen et E. Dockès *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, Grands arrêts, 2008, p. 1.

figurait avant recodification à l'ancien article L.131-2 du Code du travail⁶⁶⁹. L'inventaire qu'il contenait est le fruit d'une lente sédimentation législative qui a conduit à l'extension progressive du champ des accords collectifs de travail. En effet, initialement le droit de la négociation collective ne concernait que les professions industrielles et commerciales. La loi du 30 novembre 1941 est venue lui adjoindre d'autres professions, suivie en cela par une série de lois allant de celle du 11 février 1950 à celle du 13 novembre 1982. Mieux, cette dernière a adjoint à une liste déjà conséquente, une indication qui laissait clairement entendre qu'elle était lacunaire. En effet, il était précisé alors que la législation sur les accords collectifs de travail s'applique à « tout organisme de droit privé »⁶⁷⁰. C'est ce qui explique sans doute que ladite liste ait été abandonnée à l'occasion de la recodification. Quoi qu'il en soit, il n'y a pas à douter que l'insertion de cette formule tend à promouvoir une diffusion extrêmement large de la négociation collective telle qu'elle est encadrée par le Code du travail et donc du modèle de l'accord collectif de travail.

La question des frontières du Code du travail et par là même du droit privé du travail salarié est loin d'être accessoire. Elle permet de penser en effet également les frontières du modèle de l'accord collectif et de comprendre par là même sa diffusion. Si le doute surgit bien souvent concernant celles-ci, c'est notamment en raison des difficultés éprouvées à ranger certains travailleurs dans la catégorie des salariés du secteur privé. Si l'on peut multiplier à l'envi les exemples, nous nous contenterons d'évoquer le cas des personnels des organismes de Sécurité sociale, spécialement ceux des caisses primaires d'assurance maladie. Il n'est pas discutable que de tels organismes participent à la réalisation d'un service public. D'un tel constat, il aurait pu être déduit que les personnels en question ne sont pas des salariés de droit privé. Pourtant, ces caisses sont en réalité des organismes de droit privé⁶⁷¹. Elles sont, en tant que telles, le théâtre de négociations collectives soumises

⁶⁶⁹ Celui-ci prévoyait que « les dispositions du présent titre [relatif aux conventions et accords collectifs de travail] aux professions industrielles et commerciales, aux professions agricoles [...], aux professions libérales, aux offices publics et ministériels, aux employés de maison, aux concierges et gardiens d'immeuble à usage ou non d'habitation ou à usage mixte, aux travailleurs à domicile, aux assistants maternels, aux assistants familiaux, au personnel des sociétés civiles, des syndicats professionnels, des sociétés mutualistes, des organismes de sécurité sociale qui n'ont pas le caractère d'établissements publics et des associations ou de tout organisme de droit privé, quels que soient leur forme et leur objet ».

⁶⁷⁰ Pour une application de cette interprétation extensive, v. la jurisprudence relative à l'application de la législation des conventions et accords collectifs de travail aux établissements d'enseignement privé : Soc. 14 novembre 1991, 87-45.135, *Bull. V.*, n°771.

⁶⁷¹ V. par exemple, Soc. 19 mars 2013, 12-11.690 ; *AJDA*, 2013, p. 597 ; *AJDA*, 2013, p. 1069, obs. J.-D. Dreyfus.

aux règles prévues par le Code du travail⁶⁷². Il s'agit donc bien de salariés soumis au Code du travail. La frontière entre droit privé et droit public semble ici quelque peu s'atténuer. Voilà qui invite à s'interroger sur la diffusion potentielle de notre modèle dans le droit public du travail.

2. L'inscription du modèle dans le droit public du travail salarié

237. L'exclusion des agents publics du droit de la négociation collective est une pétition de principe difficile à discuter au premier abord. En effet, si l'on admet que la subordination dépasse le seul cadre du droit privé du travail, rien ne semble s'opposer à ce que l'agent public puisse, par l'intermédiaire de ses représentants, disposer du droit de mener des négociations collectives. Toutefois, le droit public du travail est très largement parcouru par une logique statutaire difficilement compatible avec l'idée d'un droit négocié. Cependant, à y regarder de plus près, il se pourrait bien que le secteur public ne soit pas complètement imperméable au droit privé du travail. Cela ressort avec évidence s'agissant des salariés soumis au Code du travail qui sont amenés à exercer leur activité dans le secteur public. Ces agents de droit privé de l'Administration sont liés à leur employeur par un contrat de travail de droit privé. Ils peuvent donc, par définition, prétendre à l'application du droit des accords collectifs de travail⁶⁷³. En revanche, plus complexe est la situation des agents publics qu'ils soient contractuels ou fonctionnaires. Les difficultés naissent de l'impossibilité de principe pour ces derniers, au nom de la logique statutaire déjà évoquée, de négocier et d'engager l'Administration en raison de certaines exigences d'intérêt général⁶⁷⁴. Pourtant, malgré l'irréductible autonomie du droit du travail et du droit de la fonction publique, « ces deux

⁶⁷² Soc. 23 mars 1982, *Bull. civ.* V, n°213.

⁶⁷³ C'est ce que le Conseil d'Etat s'est efforcé de rappeler dans son arrêt du 5 novembre 2004. En l'espèce, l'UNSA demandait à ce que lui soit reconnu le droit de siéger au sein de la commission nationale de la négociation collective et donc la qualité de syndicat représentatif au niveau national interprofessionnel. Le Conseil d'Etat a rappelé qu'il appartenait à l'administration de déterminer si une organisation syndicale figurait au nombre des organisations les plus représentatives à ce niveau « en tenant compte du champ d'application des conventions collectives » tel qu'il est défini par le Code du travail. Aussi, le Conseil a approuvé l'administration d'avoir tenu compte, concernant les critères de l'audience et des effectifs, des résultats obtenus dans le secteur privé « mais également parmi les salariés du secteur public relevant du Code du travail », CE, 5 novembre 2004, UNSA, 257878, *RDP*, n°4, 2005, p. 919, obs. G. Tusseau.

⁶⁷⁴ On parle sur un plan plus individuel de l'impossibilité pour l'agent de conclure des arrangements particuliers avec l'Administration. Ce principe semble toutefois trouver un écho certain sur le plan collectif.

droits peuvent [...] être considérés comme des faux jumeaux, tant ils semblent partager des gènes communs », notamment « le fait d'abriter et de construire un rapport de pouvoir »⁶⁷⁵.

238. Encore faut-il déterminer comment différencier la condition d'agent public de celle d'agent de droit privé. Ce délicat problème s'est posé dans des espèces concernant des personnels non statutaires travaillant à la réalisation d'un service public⁶⁷⁶. Il est revenu au Tribunal des conflits de résoudre cette difficulté dans un célèbre arrêt Berkani en date du 25 mars 1996. Abandonnant le critère de la participation directe à l'exécution du service public, le Tribunal a estimé que « les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif [devaient être considérés comme] des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi »⁶⁷⁷. Autrement dit, la qualité d'agent public est désormais tributaire de la nature du service public à l'exécution duquel participe le travailleur. Les conséquences de ce revirement de jurisprudence sont radicales. Cet arrêt a « [gommé] de façon quasiment définitive le salariat dans les services publics administratifs. Ainsi, le salariat est devenu dans les services publics le propre de ceux qui ont une nature industrielle et commerciale »⁶⁷⁸.

Malgré quelques incertitudes, la jurisprudence Berkani offre un critère opérationnel pour distinguer les agents publics des agents de droit privé travaillant pour le compte d'un établissement public. Elle pourrait dès lors s'avérer extrêmement utile en vue de cerner le périmètre de diffusion du modèle de l'accord collectif de travail. Une lecture *a contrario* de cette jurisprudence permet en effet d'affirmer que seuls les personnels travaillant pour le compte d'un service public industriel ou commercial peuvent prétendre au statut d'agent contractuel de droit privé. Pareille lecture laisse à penser qu'un accord collectif de travail

⁶⁷⁵ A. Fabre, « Les techniques juridictionnelles de contrôle du pouvoir de l'employeur. Une tentative de contrôle du pouvoir de l'employeur », in *Droits du travail et des fonctions publiques ? Influences, convergences, harmonisation*, ss. la dir. de M. Touzeil-Divina et M. Sweeney, Lextenso, L'Épilogue, 2012, p. p. 65.

⁶⁷⁶ On trouve parmi ces agents publics non statutaires, des titulaires d'un contrat de travail mais aussi des stagiaires ainsi que des auxiliaires.

⁶⁷⁷ TC, 25 mars 1996, Lebon p. 535, concl. P. Martin ; *AJDA*, 1996, p. 355, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; *D.* 1996, p. 598, note Y. Saint-Jours.

⁶⁷⁸ N. Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, 2009, pp. 49 et s. Toutefois, le critère tenant à la nature du service public auquel participe le salarié présente quelques lacunes. Outre qu'il ne résout pas le problème des établissements mixtes, il ne propose pas de solution aux innombrables cas intermédiaires qu'il s'agisse d'établissement public à caractère administratif (EPA) embauchant du personnel de droit privé ou d'établissement public à caractère industriel ou commercial (EPIC) embauchant du personnel de droit public. Sur la question, v. J. Chorin, « Les établissements publics employant simultanément des personnels de droit public et de droit privé », *AJDA*, 2000, p. 382.

pourrait s'appliquer à ces salariés. Toutefois, le critère tenant à la nature du service public auquel participe le salarié présente quelques inconvénients. Outre qu'il ne résout pas le problème des établissements mixtes, il ne propose pas de solution aux innombrables cas intermédiaires qu'il s'agisse d'établissement public à caractère administratif (EPA) embauchant du personnel de droit privé ou d'établissement public à caractère industriel ou commercial (EPIC) embauchant du personnel de droit public. Le droit privé du travail trouve ainsi parfois à s'appliquer à certains travailleurs amenés à exécuter leur activité professionnelle pour le compte d'un établissement public administratif. En effet, la nature de l'établissement public n'est plus dirimante lorsque c'est la loi elle-même qui fait basculer certains contrats dans le droit privé. L'article L. 5134-9 du Code du travail prévoit par exemple que certains contrats de travail, en l'occurrence les contrats emploi-jeunes, sont des contrats de droit privé bien qu'ils soient conclus avec des personnes morales de droit public gérant qui plus est un service public administratif.

239. Plus fondamentalement, l'hypothèse d'une « travaillisation » du droit public est aujourd'hui clairement défendue⁶⁷⁹. S'opérerait ainsi une convergence entre le droit privé du travail et le « droit particulier des travailleurs du secteur public »⁶⁸⁰. Le rapprochement serait tel qu'il affecterait jusqu'au droit de la fonction publique⁶⁸¹. Ce mouvement ne peut être sans incidences sur la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail. Les raisons qui justifiaient sa mise à l'écart dans certains pans du droit public du travail sont aujourd'hui, lentement mais sûrement, remises en cause. Demeure l'exigence d'intérêt général qui justifie encore, selon une certaine vision, un traitement différencié⁶⁸². Pourtant, il n'est pas certain qu'aujourd'hui, il appartient uniquement aux agents publics de veiller au respect et à la promotion de cet intérêt. Il est, par ailleurs, de plus en plus délicat qu'au sein d'une même entreprise qui recourt à des travailleurs à la fois relevant du secteur privé et du secteur public, et ce alors même qu'ils occupent parfois les mêmes emplois et travaillent dans les mêmes conditions, que certains d'entre eux se voient appliquer un accord collectif et pas

⁶⁷⁹ Cf. M. Touzeil-Divina, « Travaillisation ou privatisation des fonctions publiques ? », *AJFP*, 2010, p. 228.

⁶⁸⁰ F. Debord, « Droit du travail dans le secteur public. Panorama de droit positif », *RDT*, 2009, p. 692.

⁶⁸¹ « L'influence du droit du travail sur le droit de la fonction publique est désormais nettement plus forte que l'attraction exercée par le droit de la fonction publique sur le droit du travail », F. Melleray, *Droit de la fonction publique*, 3^{ème} éd., Economica, Corpus Droit public, 2013 ; v. également Y. Saint-Jours, « La pénétration du droit du travail dans la fonction publique », in *Etudes offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz, 1977, p. 231.

⁶⁸² Y. Moreau, « Existe-t-il une particularité du travail au service de l'intérêt général », in *Servir l'intérêt général*, ss. la dir. de Ch. Garbar, J.-L. Bodiguel et A. Supiot, PUF, 2000, p. 60.

d'autres. Le même raisonnement peut être adopté s'agissant des travailleurs non-salariés qui sont amenés à exercer leur activité dans des conditions très semblables à celles des travailleurs salariés.

3. L'inscription du modèle dans le droit du travail non salarié⁶⁸³

240. À l'évidence, le salariat n'est pas le mode d'accomplissement exclusif d'une activité professionnelle. Or, si on admet que « la convention collective est beaucoup moins une institution du droit du travail qu'une forme d'organisation de la vie professionnelle »⁶⁸⁴, ne faut-il pas admettre que le modèle de l'accord collectif de travail pourrait se diffuser au-delà du travail salarié ? À ce titre, Gérard Lyon-Caen ne voyait pas « pourquoi le travail fourni dans un cadre autre que le contrat de travail – tel le contrat d'entreprise ou de services- ne pourrait pas donner naissance à un réseau d'accords collectifs par profession »⁶⁸⁵. En somme, la diffusion potentielle du modèle dans le droit du travail non salarié est ici interrogée. L'expression retenue est volontairement très large. Elle ne s'épuise pas dans le seul travail indépendant très souvent évoqué en opposition au travail salarié. En effet, il est de nombreuses activités qui se situent à la lisière du salariat sans pour autant qu'elles ne constituent des activités de travail indépendant. Il en va ainsi notamment du travail carcéral, du travail bénévole ou bien encore du travail accompli au sein d'une communauté religieuse. Pour diverses raisons qu'il serait inutile de discuter outre mesure, ces activités se voient exclues du salariat sauf exceptions⁶⁸⁶. Il est vrai qu'il paraît difficile dans ces cas d'envisager l'application pleine et entière du Code du travail et avec du droit des accords collectifs de travail. Ne peut-on pas malgré tout admettre une application partielle ? Que l'on songe par exemple aux travailleurs bénévoles. Il n'est pas rare qu'une association ait recours à la fois aux services de salariés, mais aussi de bénévoles. À ce titre, il est possible de s'interroger sur l'opportunité d'exclure ces derniers du champ des accords collectifs de travail⁶⁸⁷. Il existe pourtant des dispositions qui pourraient s'appliquer à eux sans trop de difficultés. Mieux, il

⁶⁸³ L'expression est à mettre au compte de G. Lyon-Caen, *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990.

⁶⁸⁴ P. Durand, *art. précit.*, p. 438.

⁶⁸⁵ G. Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 138.

⁶⁸⁶ V. notamment, V. Bonnin, « Le volontariat associatif : ceci n'est pas un contrat de travail », *RDT*, 2006, p. 236.

⁶⁸⁷ On comprend bien que s'ils en sont exclus, c'est parce qu'ils n'exercent pas une activité salariée et qu'en ce sens ils ne peuvent prétendre aux avantages conférés par un accord collectif.

semble que s'y opposer serait inique. Il en va ainsi, notamment, des dispositions conventionnelles relatives aux conditions d'hygiène et de sécurité⁶⁸⁸. En réalité, rien ne s'oppose juridiquement à ce qu'une association d'appliquer volontairement, de manière sélective, les dispositions d'un accord collectif à ses travailleurs bénévoles⁶⁸⁹.

Plus injuste encore semble être l'exclusion du domaine du droit du travail, des travailleurs incarcérés. En effet, la loi du 24 novembre 2009 a prévu que la participation des personnes détenues aux activités professionnelles organisées dans les établissements pénitentiaires donne lieu à l'établissement d'un acte d'engagement par l'administration pénitentiaire et non d'un contrat de travail⁶⁹⁰. Cela suffit à exclure ces travailleurs du domaine des accords collectifs de travail, de manière très discutable au demeurant. En effet, « l'absence de négociation collective renforce les tensions et la violence en prison »⁶⁹¹. De plus, d'aucuns considèrent que rien n'empêche, sur un plan constitutionnel du moins, la reconnaissance d'un droit de négocier collectivement⁶⁹². L'absence de contrat de travail ne suffit pas d'ailleurs, à justifier l'absence de droits d'action collective adaptés aux travailleurs détenus. Il suffit de penser au cas des agents publics pour s'en convaincre. Une question reste toutefois en suspens. La transmission prospective du modèle de l'accord collectif de travail en milieu carcéral supposerait de se demander s'il est préférable d'appliquer à ces travailleurs des accords conclus au profit de salariés non détenus par le biais d'une technique d'élargissement⁶⁹³, ou de leur reconnaître un droit de négocier autonome et une représentation spécifique⁶⁹⁴. Cela implique, dans le domaine considéré, un minimum d'organisation et de structuration des travailleurs qui sont à rapprocher des prérequis

⁶⁸⁸ Les accords portant sur les risques industriels ou psychosociaux, qui définissent notamment des mesures de prévention, ne devraient-ils pas s'appliquer à l'ensemble des travailleurs ?

⁶⁸⁹ Il est intéressant de noter à ce titre que les articles L. 743-2 et R. 743-4 et s. du Code de la sécurité sociale prévoient la possibilité pour les organismes d'intérêt général de souscrire, au profit de leurs travailleurs bénévoles, une assurance volontaire couvrant les risques accidents du travail et maladies professionnelles. Un rapprochement s'opère ainsi avec la condition des salariés dans le domaine de la protection sociale sur une base volontaire. Il pourrait très bien en être de même en matière conventionnelle.

⁶⁹⁰ Art. 33 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009.

⁶⁹¹ Ph. Auvergnon et C. Guillemain, *Le travail pénitentiaire en question, Une approche juridique et comparative*, La documentation française, 2006, p. 126. V. également en ce sens, M. Herzog-Evans, « Actualité jurisprudentielle du droit de l'exécution des peines », *D.*, 2001, p. 566 ; M. Danti-Juan, « Les droits sociaux du détenu », in *La condition juridique du détenu*, Institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. 13, Cujas, 1994, p. 110 ; v. aussi V. Favard, « Le détenu citoyen », *RPDP*, 1989, p. 265.

⁶⁹² V. S. Brimo, « Le droit au travail pénitentiaire : un droit sans droit... et sans travail », *RDSS*, 2013, p. 251.

⁶⁹³ Cf. infra, § 329.

⁶⁹⁴ Autrement dit, il s'agit ici de déterminer si un accord spécifique peut être signé dans chaque établissement pénitencier, voire même si une branche pourrait être constituée dans ce domaine. Cela permettrait indéniablement de prendre en compte les spécificités du milieu.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

organiques identifiés dans le cadre de cette étude. Le propos vaut d'ailleurs pour l'ensemble des travailleurs non-salariés. Il semblerait que tel puisse être le cas s'agissant de certaines professions indépendantes connaissant un semblant d'organisation collective. L'enjeu est de taille, car les travailleurs non-salariés se retrouvent parfois dans une situation d'inégalité par rapport au donneur d'ordre qui les rapproche des salariés et rend impérieuse la recherche de contreponds collectifs. Et un auteur d'en appeler à « l'expérience du droit du travail » et de conclure que le législateur devrait susciter ou imposer des négociations collectives lorsque les conditions objectives dans lesquelles se trouvent certains travailleurs se rapprochent de celles des salariés⁶⁹⁵. Plus ambitieusement, le modèle de l'accord collectif de travail peut être pensé dans un domaine plus large que le droit du travail, à savoir un droit social entendu comme un droit des inégalités.

B) Du droit social à un droit des inégalités

241. La notion de droit social n'appartient pas à la langue du droit⁶⁹⁶. Il s'agit essentiellement d'une notion doctrinale relayée dans les milieux académiques où on l'enseigne comme regroupant le droit du travail et le droit de la protection sociale. Une telle conception semble toutefois extrêmement restrictive. En ce sens, il est possible de parler de droit social *stricto sensu* (1). Une autre approche propose de tirer parti de la richesse de l'adjectif qualificatif social et d'opter pour une conception plus large de la matière. Se dessinent alors les contours d'un droit des inégalités (2).

1. Le droit social stricto sensu : du droit du travail au droit de la protection sociale

242. La notion de droit social s'est progressivement matérialisée empreinte de philosophie et de sociologie. Toutefois, il n'est pas question ici de nous faire l'écho des théories élaborées hors du droit. C'est donc essentiellement le rôle de la doctrine juridique dans la conceptualisation du droit social qui retiendra notre attention. Celle-ci est le fruit d'une réaction voire d'une opposition à la doctrine juridique individualiste, profondément libérale,

⁶⁹⁵ L. Boy, note ss. Com. 22 octobre 1979, (3 arrêts) *Bull.* IV, n°262, *JCP* éd. G, 1981, *Juris.*, n° 19607.

⁶⁹⁶ A. Lyon-Caen, V° « Droit du travail », *Dictionnaire du travail*, ss. la dir. de A. Bevort, A. Jobert, M. Lallement et A. Mias, PUF, Quadrige, 2012.

issue de la philosophie des lumières et nourrie par la Révolution française. Sans surprise, la théorie de l'autonomie de la volonté et l'idée que l'individu est la cellule élémentaire du droit ont pris forme dans ce contexte. Dans ce cadre, le contrat est l'expression de cette volonté. À cela, Léon Duguit objectait qu'on ne peut trouver le fondement du droit dans l'individu, mais dans la société. Dans la même lignée, Raymond Saleilles estimait que « le droit n'est [...] jamais purement individuel » et que « c'est parce qu'il y a une part de droit social dans tout droit individuel que la sphère juridique de l'individu reste toujours conditionnée et délimitée par l'intérêt collectif du groupe »⁶⁹⁷. Gurvitch estimait pour sa part que l'une « des caractéristiques des théories du droit social est de renverser le modèle rousseauiste à deux points de vue. À un état de nature individualiste on va substituer un état social naturel. À un pacte fondateur individualiste, hypothétique et abstrait, démenti jour après jour d'ailleurs par l'expérience positive, on va substituer un contrat social terminal et historique, à réaliser concrètement et progressivement, avec l'aide de la société envers les plus défavorisés »⁶⁹⁸.

En somme, le droit social exprime la volonté de remettre en cause l'exclusivité de la production normative étatique au profit d'une reconnaissance plus conséquente des faits sociaux et du droit produit par les composantes de la société⁶⁹⁹. La négociation collective participe de ces foyers autonomes de production normative. Le droit social porte également, selon une certaine analyse, la volonté de ses promoteurs de prémunir certains individus contre certains risques. Le terme de protection est alors employé⁷⁰⁰. Il prend sens à la fois en droit du travail, mais aussi en droit de la protection sociale, qui sont traditionnellement considérés comme les deux composantes du droit social académique.

243. C'est au travers de ces notions de risque et de protection que le besoin de collectif s'est fait progressivement ressentir, rendant possible l'apparition de la négociation collective en droit français. Pour le comprendre, il faut revenir à la pensée libérale post révolutionnaire et admettre qu'alors les liens entre sujets de droit se matérialisaient dans le contrat. Celui-ci

⁶⁹⁷ R. Saleilles, « Le Code civil et la méthode historique » in *Le Code civil. Livre du centenaire*, Rousseau, 1904, Tome 1, p. 110.

⁶⁹⁸ J.-F. Niort, « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1994, p. 792.

⁶⁹⁹ Sur cette dénonciation, G. Gurvitch, *L'idée de droit social, Notion et système du droit social, Histoire doctrinale depuis le 17^{ème} siècle jusqu'à la fin du 19^{ème} siècle*, Sirey, 1932.

⁷⁰⁰ V. sur cette question, G. Lyon-Caen, « Divagations sur un adjectif qualificatif », in *Ecrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF, 1992, p. 348.

fonde les obligations réciproques des parties et en cas d'inexécution, permet l'engagement de la responsabilité civile de la partie défaillante. Il faut alors prouver, très classiquement, l'existence d'une faute à l'origine d'un dommage. Le droit social est, pour sa part, en totale rupture avec ce schéma de pensée. En ce sens, un auteur a pu estimer que ce droit portait en lui une nouvelle rationalité, différente de celle du droit civil, qui tend à supplanter l'individuel par le collectif en l'inscrivant dans un rapport de solidarité avec les autres composantes du groupe. Le rapport d'obligation ne naît pas de la seule volonté des individus, mais de l'inscription de ces derniers, devenus interdépendants, dans un collectif, sans lequel il ne serait pas reconnu de droits et d'obligations. Or, si l'on admet que certains risques sociaux relèvent de la responsabilité du collectif, il devient possible d'en répartir le coût et par conséquent d'en atténuer les effets individuels. Dans une société salariale marquée par une industrialisation massive et l'accroissement des risques liés à l'activité professionnelle, le droit social est apparu comme la solution adéquate permettant à la collectivité de prendre en charge le risque. La législation industrielle de l'époque ne distinguait pas ainsi droit du travail et droit de la protection sociale. La santé et les accidents du travail étaient au cœur des lois sociales⁷⁰¹. C'est progressivement que l'autonomisation, toute relative, du droit de la protection sociale s'est opérée. Elle s'est manifestée à la fois sur le plan juridictionnel, avec la création des tribunaux des affaires de Sécurité sociale, mais aussi d'un point de vue organique. Si longtemps, le salariat a pu être la principale clef d'entrée de la protection sociale, conçue alors plus comme un régime d'assurance de type socioprofessionnel, il n'en est plus ainsi aujourd'hui à tel point que certains auteurs s'interrogent sur l'opportunité de couper le cordon entre travail et protection sociale⁷⁰². La généralisation de la Sécurité sociale par l'action de l'État, spécialement au travers de la CMU, a contribué à étendre le domaine de la protection sociale au-delà de la condition de salarié en déconnectant la prestation de la cotisation. En ce sens, ce droit de la protection sociale se rapproche plus d'un droit des personnes en ce qu'il est attaché à la personne sans considération aucune de la qualité de salarié ou non, de son bénéficiaire.

⁷⁰¹ A. Supiot, « L'avenir d'un vieux couple, travail et sécurité sociale », *Droit social*, 1995, p. 823 ; P.-J. Hesse, « Droit du travail et droit de la protection sociale : des destins parallèles ? », *Cahiers de l'Institut régional du travail*, n° 9, 2001, p. 57.

⁷⁰² J.-P. Chauchard et B. Friot, « Faut-il couper le cordon entre travail et protection sociale ? », *RDT*, 2011, p. 677.

Or, si l'on admet la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail dans le domaine de la protection sociale, l'extension de cette dernière à des publics plus larges ne devrait-elle pas permettre à son tour, au modèle, d'embrasser un public plus large ? Sans se prononcer sur cette question, un auteur a pu relever que l'existence, en droit de la protection sociale de communautés d'intérêts structurés dépassant le seul cadre socioprofessionnel, impliquait de penser en leur faveur une représentation collective⁷⁰³. Or, n'est-ce pas là un prérequis nécessaire à la transmission du modèle ? Toutefois, le lien avec le droit du travail n'apparaît pas ici avec clarté. Il réside en réalité dans le constat d'une inégalité de fait entre individus et de la nécessité, non pas de l'épuiser, mais de l'atténuer. Il n'est toutefois pas certain que l'ensemble du droit du travail soit irrigué par cette logique de protection. On ne soulignera jamais assez que cette branche du droit est avant tout un « droit d'organisation de l'entreprise »⁷⁰⁴ qui tend aussi bien à la protection des intérêts de l'entreprise que de ceux des salariés⁷⁰⁵.

Il n'en demeure pas moins que certains auteurs soutiennent que « l'ensemble du droit social repose sur une norme de justice spécifique qui requiert l'instauration de structures inégalitaires et protectrices des groupes d'acteurs que la réalité sociale place sous domination et met en position de faiblesse »⁷⁰⁶. Or, pour ce faire, il doit « affronter le redoutable problème de la structuration du 'social' en entités juridiques permettant à la fois la représentation des intérêts en conflit et la négociation entre ces intérêts pour dégager des compromis »⁷⁰⁷. Se profile alors un droit social comme droit des inégalités.

2. Le droit social *lato sensu* : un droit des inégalités

244. L'acceptation du droit social retenue jusqu'ici interroge. Elle laisse à penser que le droit social serait beaucoup plus étendu que ce que l'enseignement universitaire qui est traditionnellement dispensé sous cette bannière laisse entendre. Selon une approche audacieuse, ce droit pourrait être perçu comme un droit des inégalités en ce sens qu'il

⁷⁰³ J.-P. Chauchard, « Représentation collective et protection sociale », *RDSS*, 2004, p. 161.

⁷⁰⁴ G. Lyon-Caen, « Divagations sur un adjectif qualificatif », in *Ecrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF, 1992, p. 348.

⁷⁰⁵ V. sur cette question, l'ouvrage de G. Lyon-Caen, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, Connaissance du droit, 1995.

⁷⁰⁶ M. Borgetto et R. Lafore, *La république sociale. Contribution à l'étude de la question démocratique en France*, PUF, 2000, p. 137.

⁷⁰⁷ *Loc. cit.*

correspondrait à un droit de lutte contre les déséquilibres susceptibles de naître d'un rapport juridique. Cette idée est d'ailleurs très présente dans la pensée de Gurvitch pour qui « l'idée du droit social », le fait normatif devaient incarner certaines valeurs « rattachées à la justice et comme servant à l'Idéal moral ».

On ne saurait s'étonner dès lors que certains auteurs ont « le sentiment que le droit social est en réalité plus large que la somme de toutes ses composantes actuelles, en ce qu'il aurait vocation à englober les domaines ou des secteurs qui ne lui appartiennent pour le moment pas, mais qui lui sont en quelque sorte apparentés, ainsi, entre autres exemples, du droit de la santé, du droit du logement, voire, pourquoi pas, du droit de la consommation ou du droit du surendettement »⁷⁰⁸. Derrière cette intuition, c'est la volonté de transposer une rationalité juridique que l'on estime propre aux droits du travail et de la protection sociale dans le domaine des contrats dits civils qui transparait. Bien souvent, c'est le droit de la consommation qui est cité dans cette perspective. Une littérature relativement abondante le signale, le contrat de consommation, foncièrement inégalitaire, noue des liens conceptuels assez forts avec le contrat de travail et plus largement avec le droit social. Un auteur estime ainsi que « les techniques juridiques instituées procèdent d'un même imaginaire ; le consommateur ne peut pas exister isolé ; et la politique de la consommation tend à faire jouer aux organisations des consommateurs un rôle analogue aux syndicats quant au marché du travail »⁷⁰⁹. Il mentionne alors la possibilité de réguler le rapport producteurs-consommateurs par le biais de conventions collectives de consommation.

Droit social et droit de la consommation partageraient ainsi beaucoup plus que ce que l'on voudrait bien croire. A priori sans liens, ces deux disciplines présentent d'étranges similitudes. Certains auteurs se plaisent d'ailleurs à les relever, voyant en celles-ci autant d'éléments attestant de l'existence d'un lien de parenté⁷¹⁰. Difficile à vrai dire de ne pas comparer, toute proportion gardée, le mouvement ouvrier de la fin du XIX^{ème} siècle au mouvement consumériste de la fin du siècle précédent. Comme le droit social à ses débuts, le droit de la consommation est né d'un constat, celui d'un déséquilibre. Comme le salarié face à l'employeur, le consommateur est en position de faiblesse par rapport au

⁷⁰⁸ J.-P. Laborde, « Sécurité sociale protection sociale, droit de la sécurité sociale droit de la protection sociale, droit social. Quelques réflexions (pas seulement) terminologiques », in *Mélanges offerts à Gérard Aubin*, Presses universitaires de Bordeaux, 2014 p. 201.

⁷⁰⁹ F. Ewald, *L'Etat providence*, Grasset, 1986.

⁷¹⁰ Cf. notamment, G. Cas et D. Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, PUF, 1986, p. 19.

professionnel détenteur du savoir et de l'information⁷¹¹. Le locataire face au bailleur peut se retrouver dans une situation similaire. Afin de remédier à cette inégalité, le législateur a entendu encadrer la liberté contractuelle des parties au contrat de consommation. Pour ce faire, il s'est efforcé d'élaborer une réglementation ayant vocation à atténuer le déséquilibre du rapport de consommation. De ce point de vue, un auteur a pu juger que « le droit de la consommation apparaît comme un nouveau rameau du droit social : alors que le droit du travail constituerait le droit social interne de l'entreprise [...] le droit de la consommation correspondant au droit social externe »⁷¹². Ainsi, le droit du travail pourrait avoir influencé, de par son ancienneté, le droit de la consommation. Il suffit pour s'en convaincre de relever la similarité flagrante qui existe entre le régime de l'action en justice des syndicats et celle des associations de consommateurs ou bien encore de comparer les mécanismes d'obtention de la qualité représentative en droit du travail avec ceux qui permettent aux associations de consommateurs d'être agréées. Un droit collectif de la consommation semble ici prendre forme, ce qui est propice à la transmission du modèle de l'accord collectif de travail.

245. Si l'on ne conteste pas la pertinence du rapprochement entre droit social et droit de la consommation, il est bon toutefois d'en souligner les limites, car aller au bout de l'analogie reviendrait sans doute à dénier toute originalité au second. Néanmoins, intégrer le droit de la consommation dans un droit social aux frontières repensées, a le mérite de révéler les liens conceptuels existants entre cette branche du droit et le droit du travail. L'intérêt d'un tel rapprochement est plus doctrinal que pratique. En effet, au terme des développements ici menés, il apparaît que l'essentiel réside dans un constat simple, à savoir la transmission et l'appropriation d'un appareillage juridique propre au droit social dans des domaines qui n'en relèvent pas. Le procédé de l'accord collectif fait indéniablement partie de cet outillage. Il convient alors de déterminer comment le modèle qui le porte tel qu'il a été identifié dans le cadre de cette étude est transmis en dehors de son périmètre d'implantation. Cela passe par la détermination de ses supports de transmission.

⁷¹¹ Cette assertion n'a rien d'absolue. Salarié et consommateur ne sont pas systématiquement en position de faiblesse.

⁷¹² G. Cas et D. Ferrier, *op. cit.*, p. 19.

Section 2

L'identification des supports de transmission

246. Le droit comme fait l'objet d'un discours que sert un vocabulaire spécifique⁷¹³. Ce discours juridique, vecteur de communication, véhicule un message sous forme d'énoncé qu'il destine à un auditeur particulier ou à un auditoire plus ou moins circonscrit⁷¹⁴. Le propre de ce message, sans quoi il ne serait pas juridique, est de tendre à l'établissement, l'application ou l'analyse de normes juridiques. La transmission du modèle de l'accord collectif de travail emprunte ce canal. L'étude des discours tendant à cette transmission passe par l'analyse de multiples facteurs : acteurs, teneur normative, modes d'expression, etc. Elle invite à réfléchir à la transmission du modèle de l'accord collectif de travail en termes de sources du droit en ce qu'elles désignent à la fois les producteurs, autrement dit les « forces créatrices du droit »⁷¹⁵, des supports de la norme⁷¹⁶. Toutefois, le concept de source du droit s'avère redoutable à l'usage, surtout s'il est question de s'appuyer sur la distinction classique entre sources matérielles et formelles⁷¹⁷. Le concept de « source du droit » étant sujet à interprétation, il est préférable d'opter ici pour l'appellation plus évocatrice, dans le cadre de cette étude, de « pôle émetteur du droit »⁷¹⁸. À ce titre sont identifiés des « pôles spécialisés dans l'émission du droit » qui correspondent aux « creusets du droit, comme par exemple les tribunaux, les ministères, les services juridiques des entreprises ou des organisations professionnelles »⁷¹⁹. Toutefois, l'attention doit surtout être portée sur la production⁷²⁰ de ces pôles, car, c'est précisément à ce niveau qu'il est

⁷¹³ En ce sens, le langage juridique n'est qu'un sous-ensemble du langage courant. Il constitue un « langage spécialisé » (G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Domat Droit privé, 3^{ème} éd., 2005, p. 16), autrement dit « la langue d'un groupe particulier » (G. Mounin, « La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques », *APD*, t. XIX, 1974, pp. 10 et s).

⁷¹⁴ Il est intéressant de noter que le terme tire son étymologie du latin *discursus* qui signifie « action de se répandre de différents côtés, allée et venue », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, ss. la dir. de A.-J. Arnaud, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, V° « Discours juridique ».

⁷¹⁵ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1955, réédit. 1994, spéc. pp. 84 et s. L'auteur définit ces forces comme celles qui « peuvent imposer une règle de nature juridique ».

⁷¹⁶ Sur les multiples acceptions de la notion, Ph. Jestaz, « Source délicate (remarques en cascades sur les sources du droit », *RTDciv.*, 1993, p. 73.

⁷¹⁷ Cette distinction introduite par F. Gény est « très souvent contestée [...] notamment du fait de l'artificialité à prétendre ainsi isoler la source du contenu de la source de la forme », P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, Lextenso éd., manuel, 3^e éd., 2015, p. 62.

⁷¹⁸ Sur cette notion, cf. Ph. Jestaz, *art. précit.*, p. 73 ; A. Pomade, *La société civile et le droit de l'environnement, Contribution à la réflexion sur les théories des sources du droit et de la validité*, LGDJ, 2010, spéc. pp. 476 et s.

⁷¹⁹ Ph. Jestaz, *art. précit.*, p. 73.

⁷²⁰ V. en ce sens, J. Vanderlinden, « Contribution en forme de maselet à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicate », *RTDciv.*, 1995, p. 69.

possible de dissocier les supports de transmission du modèle de l'accord collectif de travail, selon qu'ils sont normatifs (§1) ou non (§2).

Paragraphe 1 Les supports normatifs

247. De manière schématique, les supports normatifs peuvent être distingués selon leur niveau hiérarchique par rapport à la loi. Il est certain que la transmission du modèle de l'accord collectif de travail a plus de chances d'être étendue si elle s'appuie sur des supports normatifs extra-légaux (A). Néanmoins, cela ne préjuge en rien de leur efficacité, les supports légaux pouvant tout aussi bien assurer cette transmission (B). Par ailleurs, le choix est fait ici de ne pas exclure de l'étude les normes jurisprudentielles (C).

A) Les normes supralégales

248. Les normes supra légales présentent l'avantage dans une optique diffusionniste, d'assurer la « fondamentalisation » d'un objet juridique. En l'occurrence, celle-ci concerne, dans le cadre de cette étude, le droit de mener des négociations collectives. La notion est généralement utilisée pour décrire le phénomène de pénétration du droit contractuel privé par les droits, libertés ou principes dits fondamentaux. Il est intéressant de relever que le droit du travail est parfois perçu comme le lieu privilégié de manifestation de ce mouvement. Cela tiendrait à la spécificité de cette branche. Le contrat de travail serait naturellement un haut lieu de « défense des libertés les plus fondamentales ». Plus encore, cette « fondamentalisation » traduirait « un changement de perception du contrat et des rapports qui s'y nouent, changement dont le contrat de travail ne serait que la figure de proue [...] dès lors que l'une des parties, en effet, se trouve dans une relation déséquilibrée, comme c'est le cas dans nombre de contrats actuels »⁷²¹. Or, ne peut-on pas considérer que le rattachement du droit de mener des négociations collectives à des textes fondamentaux, participe de cette évolution ? Mieux ne contribue-t-elle pas à l'unification des branches du droit et à l'essor d'un droit du travail « sans adjectif »⁷²² ? Au-delà du droit du travail, elle

⁷²¹ J. Rochfeld, note ss. Soc., 10 juillet 2002, 3 arrêts, 99-43.334, 00-45.387, 00-45.135, RDC, 2003, p. 17.

⁷²² I. Vacarie, « Le travail (sans adjectif) », *Emploi et protection sociale : de nouvelles relations ?* ss. la dir. de Ph. Auvergnon, PU Bordeaux, 2009.

justifierait le recours au procédé de l'accord collectif. Reste à déterminer comment et par quel biais s'opère la « fondamentalisation » du droit de mener des négociations collectives par des normes qui tirent, en plus de leur contenu, leur caractère fondamental, de leur origine supra légale. Il en va ainsi aussi bien des normes internationales (1) que des normes constitutionnelles (2).

1. Les normes internationales

249. L'idée de norme internationale doit être entendue largement. Elle ne désigne pas uniquement les normes qui peuvent être élaborés dans le cadre de l'OIT (a). Elle comprend également les normes qui sont secrétées par les institutions européennes, peu importe qu'elles relèvent de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe (b).

a) Le droit de l'Organisation internationale du travail (OIT)

250. De par sa portée et son rayonnement très large, le droit secrété par une organisation intégrée au sein de l'ONU, telle que l'OIT, peut contribuer à la transmission du modèle de l'accord collectif de travail et plus largement à la « promotion de la négociation collective »⁷²³. Dès 1944, il est apparu nécessaire d'assurer cette promotion à un niveau international. La Déclaration de Philadelphie, partie intégrante de la Constitution de l'OIT, pose « l'obligation solennelle pour l'OIT de seconder la mise en œuvre, parmi les différentes nations du monde, de programmes propres à réaliser [...] la reconnaissance effective du droit de négociation collective »⁷²⁴. Cet engagement a rapidement été relayé par la convention n°98, adoptée le 1^{er} juillet 1949. Si son contenu reste relativement modeste, elle invite, dans son article 4, les États à prendre des mesures appropriées aux conditions nationales « pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d'employeurs d'une part, et les organisations de travailleurs d'autre part,

⁷²³ V. à ce sujet, J.-M. Servais, *Normes internationales du travail*, LGDJ, 2004, pp. 88 et s.

⁷²⁴ Art. III de la Déclaration de Philadelphie.

en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi ». Cette convention a très largement été ratifiée y compris par la France⁷²⁵.

Au premier abord, il peut sembler exagéré de surestimer l'importance de cette convention dans la transmission du modèle de l'accord collectif de travail. Il est vrai qu'en substance, la convention n°98 ne semble pas innover par rapport au droit français de la négociation collective. De plus, les conventions de l'OIT sont globalement méconnues. Enfin, le domaine de la convention n°98 est relativement limité, ne contribuant que de manière restreinte à la transmission du modèle de l'accord collectif au-delà du droit privé du travail salarié. La réalité est plus complexe. Concernant l'applicabilité et la force juridique de la convention, les juges français n'hésitent pas à y recourir et à la faire primer sur les normes de droit interne contraires. La convention n°98 n'a toutefois été mobilisée que dans de rares cas. Le tribunal d'instance de Brest est, sans doute, celui qui en a fait l'application la plus remarquable dans sa décision du 27 octobre 2009⁷²⁶. Le juge était amené en l'espèce à apprécier la conventionnalité de l'article L. 2122-1 du Code du travail, c'est-à-dire de l'obligation pour tout syndicat, pour être considéré représentatif dans l'entreprise, de recueillir au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles. Le tribunal d'instance a estimé qu'une telle disposition avait pour effet de priver, de fait, les syndicats qui n'ont pas satisfait à cette condition, d'un « élément essentiel à l'exercice du droit syndical » dès lors qu'elle les empêche de désigner un délégué syndical. Cet élément était le droit de mener des négociations collectives. Le jugement a toutefois été cassé par la Cour de cassation au visa notamment de la convention n°98 de l'OIT⁷²⁷. Paradoxalement, celle-ci n'est donc pas invoquée pour promouvoir la négociation collective, mais pour justifier une sélection plus poussée de ses acteurs⁷²⁸. Le doute assaille donc

⁷²⁵ Mieux, le CA du BIT a adopté une déclaration le 19 juin 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail. Il y identifie huit conventions jugées comme fondamentales quel que soit le niveau de développement de l'Etat. Elles sont considérées comme une plate-forme à partir de laquelle les travailleurs peuvent améliorer leurs conditions de travail individuelles et collectives. Dès lors, elles sont présentées comme impératives pour l'ensemble des membres de l'organisation même s'ils ne les ont pas expressément ratifiées. Or, parmi ces conventions, figure la convention n°98 sur le droit d'organisation et de négociation collective. Pour une étude d'ensemble, cf. B. Gernigon, A. Odero et H. Guido, « Les principes de l'OIT sur la négociation collective », *Revue internationale du travail*, vol. 139, n°1, 2000, p. 37.

⁷²⁶ Pour une analyse de cette décision, cf. J.-F. Akandji-Kombe, « Tonnerre de Brest ou pétard mouillé ? À propos de la déclaration d'inconventionnalité de la loi du 20 août 2008 », obs. ss. TI Brest, 27 octobre 2009, n°11-09-000634, *SSL*, 2009, n° 1421, p. 10.

⁷²⁷ Soc. 14 avril 2010, (2 arrêts) 09-60.426, 09-60.429, *Droit social*, 2010, p. 647, obs. L. Pécault-Rivolier ; *RDT*, p. 374, obs. J.-F. Akandji-Kombé.

⁷²⁸ V. en ce sens, CE, 5 novembre 2004, UNSA, 252102, rendu au visa de cette convention.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

l'observateur quant au rôle joué par les normes de l'OIT dans la transmission du modèle de l'accord collectif de travail.

Pourtant, les normes de l'OIT pourraient contribuer à la transmission du modèle dans le secteur public. Cependant, la convention n°98 prévoit en son article 6 que « la présente convention ne traite pas de la situation des fonctionnaires publics et ne pourra, en aucune manière, être interprétée comme portant préjudice à leurs droits ou à leur statut ». La convention n°151 du 27 juin 1978 sur les relations de travail dans le secteur public est, sur ce point, plus prometteuse. Son article 7 prévoit que « des mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures permettant la négociation des conditions d'emploi entre les autorités publiques intéressées et les organisations d'agents publics, ou de toute autre méthode permettant aux représentants des agents publics de participer à la détermination desdites conditions ». La formule est relativement large et admet même qu'en l'absence de véritable négociation, des procédures de consultation soient mises en place. La convention n°154 du 3 juin 1981 sur la promotion de la négociation collective va encore plus loin. Réaffirmant dans son préambule l'engagement pris dans la Déclaration de Philadelphie en la matière, elle prévoit dans son article premier qu'elle s'applique très largement, à toutes les branches d'activité économique. Concernant la fonction publique, elle précise que « des modalités particulières d'application [...] peuvent être fixées par la législation ou la pratique nationales ». Elle laisse donc, malgré tout, une marge de liberté aux États dans la mise en œuvre du droit à la négociation collective. Pourtant, la France s'est refusée à ratifier ces deux conventions, considérant que le statut de la fonction publique est incompatible avec certaines formes de négociation collective prévues dans ces conventions.

On ne peut toutefois pas s'empêcher de penser que de telles conventions ont exercé une influence, même légère, sur le législateur lors de l'adoption de la loi du 13 juillet 1983 qui reconnaît dans son article 8 un ersatz de négociation collective dans la fonction publique et de celle du 5 juillet 2010. Toutefois, il n'est pas certain que les pouvoirs publics français soient prêts à accueillir la figure de l'accord collectif que véhiculent les normes de l'OIT. Par exemple, la recommandation n°91 préconise que ce type d'accord devrait pouvoir lier ses signataires ainsi que les personnes desquelles il a été conclu, de même les dispositions

contraires des contrats individuels de travail devraient pouvoir être écartées sauf disposition plus favorable⁷²⁹. Or, le droit français de la fonction publique est peu enclin à ce que l'administration se voie juridiquement liée par les clauses d'un accord. Semble ainsi se dégager un modèle supranational de l'accord collectif de travail similaire en certains points, au modèle français. Le propos déborde le cadre de la fonction publique. Il invite à se demander dans quelle mesure, ce modèle supra national est influencé par le modèle français ou par d'autres modèles nationaux. Cependant, un tel travail suppose de dépasser le cadre de l'étude de droit comparé interne ici menée. Celui-ci nous éloignerait ainsi de notre propos initial, à savoir la contribution du droit de l'OIT à la transmission du modèle de l'accord collectif de travail, spécialement dans les secteurs professionnels. Le même raisonnement pourrait être tenu s'agissant du droit européen.

b) Le droit européen

251. D'emblée, c'est avec perplexité qu'on accueille l'idée selon laquelle le droit européen contribuerait à la transmission et à la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail. L'affirmation est minée d'incertitudes. Elles tiennent à sa délimitation conceptuelle. Plusieurs questions peuvent être formulées à cet égard s'agissant de ce qu'il faut entendre par droit européen ou même par accord collectif de travail. La première interrogation n'appelle que peu de remarques. La notion de droit européen est ici employée dans son sens le plus large, à savoir celui qui lui permet de regrouper à la fois le droit communautaire et le droit du Conseil de l'Europe. Plus problématique est la question de ce que vise la notion d'accord collectif de travail. Il n'est pas contestable que se soit développée depuis de nombreuses années déjà, spécialement sous l'impulsion du droit communautaire, une négociation collective spécifique au niveau supranational. Cependant, peut-on rapprocher cette dernière de la négociation collective telle qu'elle est pratiquée en France ? Transparaît ici la possibilité qu'aux côtés du modèle français de l'accord collectif de travail se meuve un modèle communautaire. Admettre une telle hypothèse, revient à s'interroger sur l'existence d'éventuels rapports de complémentarité ou de concurrence entre eux et se demander, *in fine*, si le modèle français influence le modèle communautaire et vice versa. On évoque à ce

⁷²⁹ Recommandation n°91, §3, p. 252.

titre parfois l'existence d'un jeu « d'influence croisée »⁷³⁰. L'hypothèse est crédible. On ne peut, en effet ignorer, le rôle qu'ont pu jouer des personnalités telles que Pierre Bérégovoy, ministre du travail en 1984, et surtout Jacques Delors, dans l'essor d'un dialogue social communautaire⁷³¹. Ce n'est pourtant pas l'objet de notre réflexion. Il est question ici de déterminer si le droit communautaire contribue, et dans quelle mesure, à la diffusion du modèle français de l'accord collectif de travail en droit interne. La réponse est positive, il convient de le démontrer.

252. Il est traditionnellement posé, en droit communautaire, que le droit de la négociation et des accords collectifs relève de la compétence des États membres. À ce titre, l'article 151 du TFUE prévoit qu'en vue de la réalisation des objectifs de politique sociale, « l'Union et les États membres mettent en œuvre des mesures qui tiennent compte de la diversité des pratiques nationales, en particulier dans le domaine des relations conventionnelles ». Mieux, l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reconnaît le droit de négocier et de conclure des conventions collectives. Il existe ainsi un ensemble de textes visant à promouvoir et à valoriser aux niveaux nationaux la négociation collective. Plus encore, la Cour de justice autorise les interlocuteurs sociaux nationaux à assurer, par le biais d'un accord collectif, la transposition d'une directive communautaire⁷³². De la sorte, elle leur reconnaît un pouvoir que certains n'étaient pourtant pas prêts à leur conférer si l'on considère que l'État membre est l'unique destinataire de l'obligation de transposer le droit dérivé⁷³³. Toutefois, ce n'est qu'une « voie imparfaite »⁷³⁴ dès lors que l'initiative des interlocuteurs sociaux doit être avalisée par les États membres⁷³⁵. Au niveau communautaire, il s'agit d'une manifestation du principe de subsidiarité qui exprime l'idée selon laquelle les interlocuteurs sociaux sont « les plus proches de la réalité sociale et des

⁷³⁰ J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Droit européen*, Thémis Droit, 2^{ème} éd., 2011, pp. 516 et s.

⁷³¹ Pour plus de précisions, cf. C. Didry et A. Mias, *Le moment Delors. Les syndicats au cœur de l'Europe sociale*, Peter Lang, 2005.

⁷³² V. notamment CJCE, 18 décembre 2008, Ruben Andersen, C-306/07, *Rec. P. I-102079*, point 30. 1. Notons que la Charte sociale européenne, adoptée par le Conseil de l'Europe le 18 octobre 1961, contient une disposition relativement similaire, autorisant sa mise en œuvre par voie de conventions collectives.

⁷³³ V. en ce sens, les conclusions de l'avocat général V. Van Themaat dans l'affaire Commission c/ Italie, 91/81, *Rec. p. 1982*.

⁷³⁴ A. Lyon-Caen, « Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire », *Droit social*, p. 69.

⁷³⁵ Il arrive parfois que ce soit la directive elle-même qui prévoit sa mise en œuvre par voie conventionnelle. Il en va ainsi notamment de la directive du 14 octobre 1991 sur l'information du travailleur sur les conditions du contrat de travail.

problèmes sociaux » et qu'ils sont les plus à même d'élaborer une politique sociale « pragmatique et proche des citoyens »⁷³⁶. On retrouve ici certains des arguments qui portent à considérer que le modèle de l'accord collectif de travail est perçu comme un modèle idéal⁷³⁷.

253. Les observations ici formulées permettent d'affirmer que le droit européen contribue à la promotion du modèle de l'accord collectif de travail. La « fondamentalisation » du droit à la négociation collective a même été actée, non sans nuances, par la CJUE depuis un arrêt *Commission c/ Allemagne* du 15 juillet 2010 sur la base de l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux et de l'article 152 du TFUE⁷³⁸. Cette consécration sonne toutefois comme une victoire à la Pyrrhus. En effet, dans la lignée des arrêts *Viking* et *Laval*, la Cour a estimé que malgré son caractère fondamental, le droit de négociation collective peut être soumis à certaines restrictions et ne saurait porter d'atteinte trop considérable à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services⁷³⁹. On observera sur ce point une nette dissension entre le juge communautaire et le CEDS. Ce dernier ayant, lui aussi, reconnu le caractère essentiel du droit de négociation collective sur la base de l'article 6 de la Charte sociale européenne, a estimé que « le fait de faciliter la circulation des services par-delà les frontières et de promouvoir la faculté pour un employeur ou une entreprise de fournir des services sur le territoire d'autres États [...] ne peuvent [...] être traités, du point de vue du système de valeurs, des principes et des droits fondamentaux consacrés par la Charte, comme ayant a priori une valeur plus grande que les droits essentiels des travailleurs »⁷⁴⁰.

254. Au-delà de ce débat, il faut également souligner que le droit communautaire œuvre également en faveur du rapprochement, par le biais de la négociation collective, entre droits privé et public du travail, mais aussi droit du travail salarié et droit du travail non salarié. En ce sens, l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pose un « droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés » au

⁷³⁶ Conseil de l'UE, résolution du 6 décembre 1994 sur la politique sociale, *JOCE*, C 368, 23 décembre 1994.

⁷³⁷ Il est utile de préciser que la mise en œuvre d'une directive suppose que l'accord de transposition permette une transposition généralisée. En France, c'est donc fort logiquement que l'on se retournera vers l'ANI.

⁷³⁸ CJUE, 15 juillet 2010, 271/08, *Commission c/ Allemagne*, point 38, obs. M. Schmitt, *RJS*, 12/10, p. 809.

⁷³⁹ CJUE, 15 juillet 2010, 271/08, *Commission c/ Allemagne*, point 41.

⁷⁴⁰ CEDS, 3 juillet 2013, réclamation 85/2012, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c/ Suède*, point 122. V. sur cette décision, K. Chatzilaou, « La réponse du CEDS aux arrêts *Viking* et *Laval* », *RDT*, 2014, p. 160.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

profit de l'ensemble des « travailleurs ». Cette conception extensive des bénéficiaires du droit de mener des négociations collectives est relayée par les instruments du droit communautaire. Comme cela a déjà été indiqué, une négociation collective spécifique prend également forme au niveau communautaire. L'article 139 du Traité CE prévoit à ce titre que « le dialogue entre partenaires sociaux au niveau communautaire peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords ». Ces derniers peuvent être mis en œuvre, là encore, par les interlocuteurs sociaux nationaux ou bien par le Conseil sous la forme d'un instrument traditionnel de droit communautaire dérivé. La directive du 3 juin 1996 a ainsi mis en œuvre l'accord-cadre sur le congé parental, celle du 15 décembre 1997 concernait pour sa part l'accord-cadre sur le travail à temps partiel. Or, comme l'a relevé le Conseil d'État dans son rapport annuel de 2003, ces accords n'excluent à aucun moment les agents publics de leur champ d'application. Aussi, « on assiste [...] à l'introduction dans le droit de la fonction publique français de normes qui trouvent leur origine dans la négociation collective au niveau communautaire ». Néanmoins, le Conseil d'État a considéré qu'on ne pouvait voir dans ce mouvement « un début d'extension du système des conventions collectives à la fonction publique, puisque les États n'étant pas parties aux accords conclus par les partenaires sociaux européens »⁷⁴¹. Elle a admis cependant qu'on puisse y voir la marque d'une certaine évolution vers un plus grand rôle donné aux partenaires sociaux dans l'élaboration du droit applicable aux agents publics. La loi du 5 juillet 2010 est finalement venue, au moins partiellement, achever cette orientation. La CESDH a sans doute joué un rôle décisif en la matière en considérant, recourant pour cela à une méthode d'interprétation évolutive, qu'« eu égard aux développements du droit du travail tant international que national et de la pratique des États contractants en la matière, le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts énoncé à l'article 11 de la Convention ». Celle-ci va même plus loin en jugeant que les fonctionnaires, « comme les autres travailleurs, [...] mis à part des cas très particuliers, doivent en bénéficier, sans préjudice toutefois des effets des restrictions légitimes pouvant devoir être

⁷⁴¹ CE, Rapport public 2003, *Perspectives pour la fonction publique*, p. 292.

imposées aux membres de l'administration de l'État au sens de l'article 11 § 2 »⁷⁴². Les normes constitutionnelles pourraient même conforter cette lecture.

2. Les normes constitutionnelles

255. Le principe de participation des travailleurs prévu à l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946⁷⁴³ offre indéniablement une assise constitutionnelle au droit à la négociation collective⁷⁴⁴. De plus, l'une des fonctions traditionnellement reconnues à la norme principielle est de permettre une interprétation extensive d'une norme, en incluant dans son domaine d'application, certains faits qui, selon une interprétation littérale, n'y rentreraient pas. Récurrente dans la littérature juridique, la notion de principe brille pourtant par son imprécision⁷⁴⁵. D'innombrables acceptions lui sont prêtées, mais sur lesquelles nous n'entendons pas ici revenir. Il est toutefois une fonction que la norme principielle est en mesure de remplir et qui pourrait indéniablement contribuer à la diffusion de notre modèle. Elle constitue un vecteur de transmission. Un auteur estime ainsi qu'un principe permet de « déplacer des règles de droit entre des ordres juridiques distincts » et « servir de vecteur formel à des normes quelconques »⁷⁴⁶. Cette analyse, à laquelle on adhère volontiers, présente un inconvénient majeur. Elle suppose, en effet, que le transfert de normes juridiques et donc de modèles, n'est possible qu'entre ordres juridiques distincts, l'un disposant, de par son ancienneté, sa complétude ou son prestige, d'instruments juridiques à même d'être exploités par un autre ordre juridique. Les principes instrumentaux « séviraient » ainsi pour l'essentiel en droit international et en droit communautaire. « Manquant d'une législation minutieuse », ceux-ci se seraient « inspirés des règles des droits publics et des droits privés internes pour s'édifier, s'enrichir de principes communs (instrumentaux), avant de se doter — selon une chronologie naturelle — de principes

⁷⁴² CEDH, 12 novembre 2008, 34503/97, *Demir et Baykara c/ Turquie*, point 154.

⁷⁴³ Il y est énoncé que « tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

⁷⁴⁴ M.-L. Morin voit ainsi dans le droit à la négociation collective des salariés, « une variété de participation », *Le droit à la négociation collective. Principe général du droit*, LGDJ, 1994.

⁷⁴⁵ V. sur ce point J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », *in Etudes offertes à G. Ripert*, LGDJ, 1950, tome 1, p. 51.

⁷⁴⁶ P. Morvan, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon Assas, 1999.

propres (normatifs) »⁷⁴⁷. L'analyse nous paraît toutefois transposable dans une étude de droit comparé interne où il est question de prendre la mesure de la diffusion d'un modèle dans différentes branches du droit. Un autre auteur considère et estime d'ailleurs que le principe permet, très largement, d'assurer « le transport des messages qui relient entre eux des systèmes apparemment autonomes »⁷⁴⁸.

256. Si l'on conçoit que la gangue principielle peut contribuer à la transmission de notre modèle, il reste à établir l'existence d'un lien de filiation entre le principe de participation et la négociation collective. Sur ce point, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a pu semer le doute. En témoigne la décision du 16 décembre 1993 dans laquelle le Conseil a estimé d'une part qu'il appartenait au législateur, au nom de l'article 34 de la Constitution, de déterminer les conditions et garanties de mise en œuvre du principe de participation. Il a surtout considéré d'autre part, que ce principe impliquait seulement « que la détermination des modalités concrètes de cette mise en œuvre fasse l'objet d'une concertation appropriée entre les employeurs et les salariés ou leurs organisations représentatives » et qu'il n'avait « ni pour objet ni pour effet d'imposer que dans tous les cas cette détermination soit subordonnée à la conclusion d'accords collectifs »⁷⁴⁹.

La notion de « concertation appropriée » est pour le moins obscure. De cette solution, le principe de participation semble ressortir amputé de l'une de ses plus précieuses composantes, à savoir la négociation collective⁷⁵⁰. L'expression a néanmoins pour mérite de rappeler que ce principe ne s'épuise pas dans le droit à la négociation collective et qu'il peut se réaliser, à la discrétion du législateur, au travers d'autres procédés, notamment la concertation. Plus fondamentalement, c'est la rédaction de l'alinéa 8 qui invite à la prudence. Trop imprécis et général, ce texte pourrait être perçu comme un texte politique à valeur programmatique, autrement dit un texte non contraignant devant guider simplement

⁷⁴⁷ *Loc. cit.* L'auteur distingue différentes variétés de principe et parle à ce titre de principes instrumentaux. Ceux-ci seraient des vêtements dont seraient susceptibles de se parer certaines normes. Ils ne constitueraient qu'un simple « procédé mécanique, stratagème rhétorique [...] dénué de contenu impératif [et] se bornant à mouvoir une norme quelconque (presque toujours une règle textuelle) du système qui l'a engendrée vers un système qui la requiert ».

⁷⁴⁸ M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 103

⁷⁴⁹ Décision n° 93-328 DC du 16 décembre 1993, considérants n° 3 et 4, obs. X. Prétot, « Le Conseil constitutionnel et la participation des travailleurs », *Droit social*, 1994, p. 139.

⁷⁵⁰ X. Prétot, « Le Conseil constitutionnel et la participation des travailleurs », *Droit social*, 1994, p. 139.

l'activité du législateur. En réalité, le Conseil constitutionnel reconnaît bien depuis 1977, une valeur constitutionnelle à ce principe⁷⁵¹.

À l'analyse, il apparaît que ce n'est pas tant de l'existence d'un droit à la négociation collective s'appuyant sur le principe de participation dont on a pu douter, mais bien de l'étendue de la garantie offerte à celui-ci par le Conseil constitutionnel. Dans une célèbre décision du 6 novembre 1996, le haut conseil a finalement dissipé ces inquiétudes. Pour la première fois, « le juge constitutionnel [a réalisé] une conjonction formelle entre la négociation collective, en ce qu'elle va de pair avec l'accord collectif de travail, et la participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail⁷⁵² ». De cette décision, il ressort que s'il revient au législateur de prévoir les modalités d'exercice du principe de participation, celui-ci ne saurait, pour autant, remettre en cause le pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux à travers la négociation collective, sans méconnaître ce même principe. Or ce pouvoir ne prend véritablement corps que lors de la signature d'un accord collectif doué d'effets normatifs. Ainsi, quand bien même le principe de participation n'implique pas un droit des salariés à signer de tels accords, il permet malgré tout d'assurer le rayonnement du modèle de l'accord collectif de travail. Reste à déterminer comment cela se matérialise. L'on peine à déterminer s'il existe « un droit à la participation »⁷⁵³ que l'on pourrait qualifier de droit créance. Que le législateur soit appelé à mettre en œuvre le principe déduit de l'alinéa 8 semble aboutir à une aporie. Il est en effet dérangeant qu'un droit soit proclamé par voie constitutionnelle, mais que son effectivité suppose une intervention légale. Pour autant, les juridictions françaises veillent bien à ce que le principe de participation soit respecté.

⁷⁵¹ CC, décision n° 77-83 DC du 20 juillet 1977, considérant n°5 ; *AJDA*, 1977, p. 599, note R. Denoix de Saint Marc ; *RDP*, 1978, p. 827, note L. Favoreu ; *D.* 1979, p. 297, note L. Hamon.

⁷⁵² I. Odoul-Asorey, *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches de droit*, LGDJ, 2013, p. 116.

⁷⁵³ A. Lyon-Caen, « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *RDT*, 2007, p. 84 : « On peut hésiter sur l'appellation de la règle. Principe de participation, si l'on veut marquer que l'alinéa 8 du Préambule prend place dans une liste dite de principes...particulièrement nécessaires à notre temps. Droit à la participation, si l'on cherche à souligner son aspiration dynamique. Droit de participation, pour rester au plus près du texte lui-même qui reconnaît et garantit à tout travailleur le droit « de participer, par l'intermédiaire de ses délégués... ».

257. L'avis rendu par le Conseil d'État le 29 avril 2010⁷⁵⁴ est à ce titre édifiant. Issu de la loi du 20 août 2008, l'article L.2122-6 prévoyait jusqu'à peu que « dans les branches dans lesquelles plus de la moitié des salariés sont employés dans des entreprises où, en raison de leur taille, ne sont pas organisées d'élections professionnelles permettant d'y mesurer l'audience des organisations syndicales », étaient présumées représentatives de manière irréfragable, « les organisations syndicales de salariés affiliées à des organisations syndicales représentatives au niveau national interprofessionnel ». Dans le cadre d'une loi ayant vocation à généraliser le mécanisme de la représentativité prouvée, pareille disposition ne pouvait qu'être temporaire. Voilà pourquoi, ce même article prévoyait qu'elle n'avait vocation à s'appliquer que « jusqu'à l'intervention d'une loi suivant les résultats d'une négociation nationale interprofessionnelle aboutissant au plus tard le 30 juin 2009, sur les moyens de renforcer l'effectivité de la représentation collective du personnel dans les très petites entreprises et d'y mesurer l'audience des organisations syndicales ».

La critique fut toutefois acerbe à son sujet, soulignant l'existence difficile à tolérer, de salariés « sans voix »⁷⁵⁵. Comme beaucoup le craignaient, le processus conventionnel ne parvint pas à aboutir dans les temps. C'est dans ce contexte que le Conseil d'État fut amené en 2010 à rendre un avis duquel il est ressorti qu'« au-delà d'une période transitoire, les décisions administratives fixant la liste des organisations syndicales représentatives dans les branches et au niveau national interprofessionnel ne pourraient être légalement prises et les accords collectifs valablement conclus en l'absence de mesure de l'audience des organisations syndicales auprès des salariés des très petites entreprises, sans méconnaître les principes constitutionnels de participation et d'égalité ». Cet avis a ainsi souligné, de manière éclatante, le lien entre principe de participation et négociation collective⁷⁵⁶. Il atteste également d'une réception certaine par le Conseil d'État du principe de participation.

⁷⁵⁴ Sur cet avis, v. S. Nadal, « Rénovation de la démocratie sociale, représentativité syndicale et salariés « sans voix » : à propos de l'avis rendu par le Conseil d'État le 29 avril 2010 », *RDT*, 2010, p. 525.

⁷⁵⁵ A. Mazeaud, « La carence d'élections professionnelles au cours de la période intermédiaire », *SSL*, 2009, n° 1447, p. 9.

⁷⁵⁶ Cet avis a sans doute participé de la prise de conscience par le législateur, de l'incongruité d'une telle situation. Il a entendu y remédier par une loi du 15 octobre 2010. Désormais, l'article L.2122-10-1 du Code du travail prévoit l'organisation d'un scrutin organisé au niveau régional tous les quatre ans en vue de mesurer l'audience des organisations syndicales auprès des salariés des entreprises de moins de 11 salariés.

C'est tout d'abord dans un arrêt du 28 juin 1974⁷⁵⁷ que le Conseil d'État s'est référé dans le visa de son arrêt, à l'alinéa 8. Dans un arrêt du 9 juillet 1986⁷⁵⁸ et pour la première fois, il qualifie le principe exprimé par l'alinéa 8, de principe général du droit. Il est donc aujourd'hui utilement invocable à l'appui d'un recours exercé à l'encontre d'un acte administratif. La Cour de cassation s'est, elle aussi, peu empressée à inscrire au visa de ses arrêts l'alinéa 8. Il faut toutefois relever que tel n'est plus le cas aujourd'hui même si elle le fait avec une certaine parcimonie. L'arrêt du 17 septembre 2003 est à ce titre intéressant puisque la Cour de cassation s'est appuyée sur ce fondement dans une espèce où toutes les organisations syndicales représentatives d'une entreprise n'avaient pas été invitées à la révision d'un accord collectif⁷⁵⁹. Là aussi, le lien entre négociation collective et principe de participation se trouve affirmé.

Ainsi, par leur rayonnement, les normes supra légales contribuent largement à la transmission du modèle de l'accord collectif de travail. Toutefois, elles laissent également apparaître des modèles supra nationaux qui se démarquent pour une part, du modèle national. Les normes légales ne soulèvent pas, quant à elles, autant de difficultés dès lors qu'elles fondent le modèle légal de l'accord collectif de travail.

B) Les normes légales

258. La loi est sans doute le support de transmission du modèle de l'accord collectif par excellence. L'instrument est précieux dans cette optique, car la loi est susceptible d'exprimer différents degrés de liberté octroyée au sujet de droit pour assurer cette transmission. Lorsque la loi est impérative, il n'est pas possible d'en écarter l'application (1). En revanche, supplétive, la loi autorise ces mêmes sujets à s'en écarter par la seule expression de leur volonté (2). Si dans les deux cas, il reste difficile de contraindre les négociateurs à signer des accords collectifs, car cette faculté reste avant tout une liberté, le législateur n'hésite pas à user de toutes les nuances et de tous les modes pour permettre la transmission du modèle.

⁷⁵⁷ CE, 28 juin 1974, Fédération nationale des syndicats des services de santé et services sociaux de la CFDT, 87782, *Rec.* p. 380.

⁷⁵⁸ CE, 9 juillet 1986, Syndicat des commissaires de police et des hauts fonctionnaires de la police. 67176, *Rec.*, 586.

⁷⁵⁹ Soc. 17 septembre 2003, *Bull.* V n° 240, 01-10706.

1. Les lois impératives

259. L'éventail des normes impératives mis à la disposition du législateur pour assurer la transmission d'un modèle est très large. Toute règle impérative ne se résume pas à une règle de droit énonçant une interdiction, une injonction ou une sanction. Cela est particulièrement vrai dans le domaine qui nous intéresse, à avoir les accords collectifs, où une assez grande place est laissée à l'initiative des agents de la négociation. Il faut donc, ici, proposer une typologie des normes susceptibles de contribuer à la transmission de notre modèle. Celle-ci n'a de prétention qu'heuristique. Elle doit permettre de percevoir le degré de contrainte qui est exercée sur les destinataires de la norme⁷⁶⁰. Bien entendu, les différents types de normes qui seront ici décrits ne sont pas imperméables et il n'est pas dit qu'un même énoncé ne puisse pas être classé dans plusieurs catégories. La norme impérative la plus contraignante est la norme prescriptive (**a**). Viennent ensuite la norme dispositive (**b**), puis la norme incitative (**c**) ainsi que la norme permissive (**d**).

a) Les lois prescriptives

260. La loi prescriptive est sans doute la loi qui exprime le plus haut degré de contrainte. Dans un domaine tel que celui de la négociation collective où une certaine liberté est de mise, elles ne devraient pas, en principe, avoir droit de cité. C'est du moins ce que laisse à penser l'analyse textuelle des normes qui habilite certains acteurs à mener des négociations collectives. En principe, la prescription impérative doit être formulée au présent de l'indicatif et au moyen de verbes prescriptifs. Or, en droit du travail, on ne retrouve point ce schéma lexical en raison de la liberté conventionnelle reconnue aux interlocuteurs sociaux.

De tout cela, il ne faut pas pour autant conclure que les normes prescriptives ne jouent aucun rôle dans la transmission du modèle de l'accord collectif de travail. En réalité, elles prennent des formes particulières qui, sans pour autant en atténuer l'impérativité, en diminuent quelque peu la portée. Dès lors que l'on admet qu'il n'est pas possible de

⁷⁶⁰ Sur les différents degrés de la contrainte qui relève de l'essence générique des normes juridiques, cf. P. Amselek, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ et Bruylant, 2009, p. 4.

contraindre les agents de la négociation à conclure des accords collectifs, la marge de manœuvre offerte au législateur est très réduite. Deux solutions semblent principalement envisageables. La première consiste à rendre obligatoire non pas la conclusion d'un accord, mais sa négociation. La seconde, moins juridique, mais plus subtile, consiste à suggérer la nécessité de conclure un accord sans pour autant y contraindre.

261. Le registre de l'obligation est très aisé à percevoir dans les textes. La contrainte est exprimée par le recours à des conventions de langage qui tiennent notamment à l'usage de certains verbes explicites et à l'emploi du présent de l'indicatif. À lui seul d'ailleurs, « l'indicatif présent suffit non seulement à exprimer le droit, mais, plus spécifiquement, à marquer l'obligation ». En ce sens, il « remplace l'impératif grammatical »⁷⁶¹.

Les nombreuses obligations de négocier contenues dans le Code du travail ne doivent pas tromper malgré leur formulation. Il n'est pas question d'obliger à conclure un accord, mais simplement à ouvrir des négociations. Autrement dit, il n'est question que d'une obligation de moyens. L'article L. 2242-5 dans sa rédaction applicable jusqu'au 31 décembre 2015, prévoit ainsi que « l'employeur engage chaque année une négociation sur les objectifs d'égalité professionnelle et salariale entre les femmes et les hommes dans l'entreprise, ainsi que sur les mesures permettant de les atteindre ». L'article L. 2242-8, dans sa rédaction applicable jusqu'au 31 décembre 2015, qui pose une obligation annuelle de négocier plus générale reprend le même verbe pour exprimer la contrainte qui pèse sur l'employeur. Le verbe « engager » serait ainsi un marqueur légal de l'obligation. Il souligne le rôle actif que doit jouer le débiteur de celle-ci.

Dans la lignée de ces dispositions, la loi de sécurisation de l'emploi a également mis en place au sein du Code de la Sécurité sociale, une obligation de négocier en vue d'assurer la généralisation des complémentaires santé. Là encore, le législateur impose aux interlocuteurs sociaux d'engager des négociations à cette fin au niveau de la branche ou de l'entreprise, selon les modalités prévues par la loi. En l'absence d'un tel accord, il appartient alors à l'employeur de mettre en place cette complémentaire de manière unilatérale. À l'obligation de moyen se substitue ainsi une véritable obligation de résultat. La contrainte est encore plus puissante lorsqu'elle s'accompagne d'une sanction. Ainsi, l'article L. 2245-5-1 du Code du travail prévoit que les entreprises d'au moins cinquante salariés sont soumises à

⁷⁶¹ G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Domat droit privé, 3^{ème} éd., 2005, p. 267.

une pénalité à la charge de l'employeur lorsqu'elles ne sont pas couvertes par un accord relatif à l'égalité professionnelle ou, à défaut d'accord, par les objectifs et les mesures constituant le plan d'action. De même, conformément au décret du 7 juillet 2011 relatif à la pénalité pour défaut d'accord ou du plan d'action relatif à la prévention de la pénibilité, l'article R.138-34 du Code de la Sécurité sociale permet à l'inspection du travail, lorsque celle-ci constate l'absence ou l'insuffisance de l'accord ou du plan, de mettre en demeure l'entreprise de remédier à cette situation dans un délai de six mois⁷⁶². Si l'employeur ne parvient pas à justifier cette défaillance, une sanction financière peut alors être prononcée à son égard. On retrouve également un dispositif similaire en matière d'emploi des seniors.

262. Le registre de la nécessité est sans doute le plus répandu. Il ne s'agit pas alors de contraindre les acteurs à prendre part à une négociation, mais simplement à le suggérer. Transparaît alors la volonté des pouvoirs publics d'encourager le recours à la négociation collective tout en ménageant la liberté inhérente à cette activité. Cela est suggéré par l'usage de verbes d'état, en particulier le verbe être, qui fournissent plus une description qu'elles n'enjoignent à agir. À ce titre, l'article L. 162-5 du Code la Sécurité sociale prévoit que les rapports entre les organismes d'assurance maladie et les médecins « sont définis » par des conventions nationales. L'article L. 921-4 du Code de la sécurité sociale prévoit à son tour que les régimes de retraite complémentaires des salariés relevant du présent chapitre « sont institués » par des ANI étendus et élargis. De même, l'article L. 631-3 du Code rural dispose que des accords interprofessionnels à long terme « sont conclus » entre les acheteurs ou leurs groupements et les organismes les plus représentatifs des producteurs. Empruntant une formule distincte, l'article L. 5422-20 du Code du travail précise, pour sa part, que les mesures d'application des dispositions relatives à l'assurance chômage « font » l'objet d'accords conclus entre les organisations représentatives d'employeurs et de salariés. Là encore, il s'agit de signifier un état et non pas une action.

Ces énoncés assurent une transmission optimale du modèle de l'accord collectif de travail en signifiant que le recours à une négociation collective est impérieux sans pour autant être obligatoire. Cet état de nécessité n'est toutefois pas le propre des énoncés prescriptifs. On le retrouve également dans les lois dispositives même si c'est à un degré moindre.

⁷⁶² Conformément à l'article L. 138-29 du Code la Sécurité sociale.

b) Les lois dispositives

263. Le concept de loi dispositive est délicat à comprendre en raison des innombrables acceptions qui sont proposées en doctrine. Selon une première acception, la loi dispositive ne serait rien moins d'autres qu'une loi supplétive⁷⁶³. Ce n'est toutefois pas l'acception ici retenue puisqu'il a été décidé ici de voir dans la loi dispositive une déclinaison de loi impérative. Plus radicalement, certains considèrent parfois que la loi dispositive n'est même pas une loi impérative et qu'elle n'a qu'une valeur indicative⁷⁶⁴. D'autres adoptent un point de vue plus nuancé. S'ils admettent que la loi dispositive constitue bien « une variété de loi impérative », ils estiment qu'elle se démarque au sein de cette catégorie en se référant « à des situations dans lesquelles la volonté individuelle ne joue aucun rôle »⁷⁶⁵.

Dans le cadre de cette étude, une autre acception de la loi dispositive sera retenue. Celle-ci a pour particularité de prévoir une faculté ne pouvant être utilisée qu'à la condition de signer un accord collectif⁷⁶⁶. Ce type de loi est particulièrement présent en matière de temps de travail où le recours à certains dispositifs est fréquemment subordonné à la signature d'un accord collectif. Elle encourage donc le négociateur patronal à entrer en négociation et le négociateur syndical à être prudent sur le contenu de l'accord et d'éventuelles concessions. L'article L. 3122-2 du Code du travail prévoit ainsi qu'« un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut définir les modalités d'aménagement du temps de travail et organiser la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année ». Le même mécanisme est prévu en matière d'astreintes par l'article L. 3121-7 ou d'heures supplémentaires par l'article L. 3121-11. Il apparaît ainsi que de nombreux dispositifs sont soumis à la signature d'un accord collectif. Toutefois, ces lois dispositives se voient, bien souvent, supplantées par des lois supplétives. En effet, le propre de la loi dispositive est de rendre la signature de l'accord indispensable en vue de l'obtention d'une faculté tandis que la loi supplétive confère une plus grande liberté à ses destinataires. À

⁷⁶³ V. par ex., J.-P. Legros, « La nullité des décisions de sociétés », *Revue des sociétés*, 1991, p. 275 : « la loi dispositive s'applique à défaut pour les parties d'avoir choisi une autre solution que celle du législateur ».

⁷⁶⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10^{ème} éd., 2014, V° « Dispositif ».

⁷⁶⁵ H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, Jurisclasseur, Traités, Litec, 2002, p. 186.

⁷⁶⁶ V. en ce sens, M.-L. Morin, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Droit social*, 1997, p. 25 ; A. Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Droit social*, 2003, p. 59.

l'instar de la loi supplétive, mais selon des modalités différentes, la loi incitative conditionne l'octroi d'un avantage et non d'une faculté, à la signature d'un accord collectif.

c) Les lois incitatives

264. Inciter consiste à pousser quelqu'un à agir de son plein gré. L'incitation offre donc une liberté à celui auquel elle est destinée, celle d'agir ou de ne pas agir. Pour ce qui nous intéresse, il s'agit de déterminer ici s'il existe en droit positif des normes qui incitent les acteurs compétents à mener des négociations collectives. La difficulté réside là encore dans l'identification de ces normes. Les normes incitatives ne sont pas présentées comme telles par le législateur, à quelques exceptions près. L'article L. 230-4 du Code rural et de la pêche maritime en offre un exemple parfait. Celui-ci prévoit, en effet, que « pour agir sur la qualité gustative et nutritionnelle des produits agricoles et alimentaires et leur consommation, l'État incite les opérateurs du secteur agroalimentaire à mettre en œuvre des accords collectifs par famille de produits ». Ils figurent à ce titre sur une liste qui fait l'objet d'une publication.

Le propre d'une norme incitative est d'aménager à destination de ceux auxquels elle a vocation s'appliquer, une marge de manœuvre. Son contenu n'est toutefois pas neutre. Son objectif premier reste d'encourager ou de décourager les destinataires de la norme à adopter un certain comportement en y attachant des conséquences agréables ou désagréables d'ordre pécuniaire ou non. On parle alors de norme incitative positive ou négative⁷⁶⁷. Elle est négative ou dissuasive, lorsqu'elle « prive l'agent du bénéfice d'un avantage potentiel » à la différence de la sanction qui prive d'un bien ou d'un droit⁷⁶⁸.

265. Le recours à ce type de dispositif est très récent dans le domaine des conventions collectives et signale une volonté très forte des pouvoirs publics d'inciter les interlocuteurs sociaux à entrer en négociation et surtout à parvenir à un accord⁷⁶⁹. Si les incitations dissuasives sont bien souvent considérées comme un gage d'efficacité à court terme, elles sont peu présentes dans le domaine des accords collectifs où il est difficile d'envisager, en

⁷⁶⁷ Sur ces questions, cf. A.-S. Ginon, « Démographie médicale et techniques juridiques d'incitation », *Revue politique et management public*, janvier-mars 2011, p. 13.

⁷⁶⁸ S. Leroy, *Droit social et incitations*, thèse UPOND, 2014, pp. 142 et s.

⁷⁶⁹ Pour une étude d'ensemble, cf. Centre d'analyse stratégique, « Les obligations et incitations portant sur la négociation collective », La note d'analyse, *Travail et emploi*, 2011.

raison d'une liberté conventionnelle peu compatible avec d'éventuelles pénalités financières. Les mesures incitatives ne se résument toutefois pas à ce type de pénalités. En témoigne la démarche entreprise en 2009 pour accélérer le processus de transposition de l'ANI sur le stress du 2 juillet 2008 au niveau des entreprises, au plus tard le 1er février 2010. Pour les inciter à respecter ce délai, le ministre du travail avait prévu à l'époque de publier sur le site www.travailler-mieux.gouv.fr, à son issue, une liste verte (entreprises ayant conclu un accord), une liste orange (entreprises ayant engagé des négociations) et une liste rouge (entreprises n'ayant rien entrepris ou n'ayant pas fait de retour au ministère de leur avancement)⁷⁷⁰. Cette politique est qualifiée de « *name and shame* ».

Comme les mesures incitatives négatives, les mesures incitatives positives peuvent être d'ordre pécuniaire ou non. Les lois Aubry de 1998 et 2000 ont pu ainsi soumettre l'octroi de certains avantages financiers à la signature d'un accord de réduction du temps de travail. En matière d'épargne salariale, des exonérations sociales et fiscales sont également prévues afin d'inciter les interlocuteurs sociaux à signer des accords d'intéressement ou de participation. L'avantage procuré à l'entreprise vertueuse peut également ne pas être d'ordre financier. La conclusion d'un accord en matière d'égalité professionnelle peut notamment permettre, sous certaines conditions, l'obtention d'un label. Bien qu'elles n'offrent aucune contrepartie définie, les lois permissives confèrent à leurs destinataires une plus grande liberté que les lois incitatives.

d) Les lois permissives

266. Le concept de loi permissive est sujet à discussion. Il est des auteurs qui estiment à son sujet qu'elle ne peut être confondue avec celle de loi impérative. En effet, à l'inverse des normes impératives, les normes permissives octroieraient une liberté d'action plus grande à leurs destinataires et seraient surtout insusceptibles d'exécution forcée. Au premier abord, il est donc risqué de les intégrer dans notre typologie. Toutefois, une telle distinction est discutable. Il est difficile de dénier à ce type de norme une force obligatoire et d'admettre que « l'absence d'impérativité censée la définir lui fait [...] défaut »⁷⁷¹. En effet, « la norme permissive résulte nécessairement d'une décision mettant fin à une obligation

⁷⁷⁰ Les listes orange et rouge furent toutefois supprimées seulement 24 heures après leur publication.

⁷⁷¹ J.-M. Février, « Remarques sur la notion de norme permissive », *D.* 1998, p. 271.

antérieure »⁷⁷². Autrement dit, permettre une action ou l'adoption d'un acte revient à admettre implicitement qu'ils ne l'étaient pas antérieurement. En cela, la norme permissive est bien porteuse d'un énoncé impératif.

267. Il convient à présent de déterminer si des normes permissives contribuent à la transmission du modèle de l'accord collectif. Pour ce faire, nous disposons de quelques indices. En effet, sur un plan formel, l'existence d'un énoncé permissif peut être déduite de la présence de certains verbes au premier rang desquels figure le verbe pouvoir. Les verbes « permettre » ou « avoir droit » révèlent également cette logique permissive. Le droit des accords collectifs offre quelques exemples. L'article 41 ter de la loi du 13 décembre 1989 prévoit ainsi que « des accords collectifs peuvent être conclus [...] au sein de la Commission nationale de concertation ou de chaque commission spécialisée des rapports locatifs ». De même, l'article L. 2233-1 du Code du travail prévoit que dans les entreprises publiques et dans certains établissements publics, les conditions d'emploi et de travail, notamment celles des personnels qui ne sont pas soumis à un statut particulier, « peuvent être déterminées » par voie d'accords collectifs. Dans le même sens, l'article D. 511-2 du Code de la consommation dispose que des accords entre professionnels ou prestataires de services publics et privés et consommateurs ou usagers « peuvent être négociés ». L'article L. 441-6 du Code de commerce prévoit également que « des accords peuvent être conclus » par les organisations représentant les professionnels d'un secteur, clients et fournisseurs. Dans ce dernier cas, l'introduction du modal « pouvoir » est la conséquence de la réforme opérée par la loi du 4 août 2008⁷⁷³. Cette correction légère, mais significative, est d'ordre légistique. À l'origine, le texte prévoyait que « des accords sont conclus ». La modification ainsi opérée est loin d'être anodine et tend à conforter la volonté du législateur de conférer aux agents de négociation, une simple faculté. Le degré de contrainte est donc assez faible. L'usage de ce type de norme dans les domaines évoqués est plein de sens. Il exprime sans doute une crainte, celle de voir les acteurs de la négociation collective se détourner du procédé de l'accord collectif si on les contraint trop ouvertement.

⁷⁷² *Loc. cit.*

⁷⁷³ Loi n°2008-776 du 4 août 2008, article 21-I modifiée par la loi du 17 mars 2014.

268. Dans les formules ici reproduites, il est intéressant de noter que la forme passive est privilégiée sans qu'il soit possible d'en déduire que c'est le propre de tout énoncé permissif. Généralement, on justifie son utilisation par la nécessité de marquer la généralité de la règle. Il faut peut-être y déceler la volonté du législateur de placer la focale sur le fruit de la négociation plutôt que sur l'activité négociatrice en elle-même. Si tel est bien le cas, cela exprimerait une lacune d'un droit positif qui peine encore à saisir dans son ensemble le processus de négociation. Néanmoins, on relève dans le droit des baux d'habitation, des articles dans lesquels le législateur a opté pour la voie active. Une telle formulation est plus à même de contribuer à la transmission de notre modèle même si ce sont les acteurs de la négociation qui se trouvent être les sujets de l'énoncé. En effet, l'énoncé formulé à la voie active se veut plus dynamique et exprime de manière plus franche une action. Elle a également l'avantage de mettre en valeur les conditions auxquelles les agents de négociation sont autorisés à signer un accord. L'article 42 de la loi du 23 décembre 1946 prévoit ainsi que « les bailleurs de logement visés à l'article 41 ter peuvent conclure [...] des accords collectifs locaux » ou bien encore qu'en « l'absence d'accords signés conformément au présent article, les bailleurs peuvent en outre proposer directement aux locataires des accords de même nature ». Les normes permissives sont ainsi un support privilégié de transmission du modèle. Bien qu'impératives, elles se rapprochent des normes supplétives en raison de la grande liberté qu'elle confère à leurs destinataires.

2. Les lois supplétives

269. À en croire un auteur avisé, la règle supplétive remplirait, « dans ses liens avec le vouloir individuel, une fonction de modèle et d'ordre »⁷⁷⁴. En ce sens, elle aurait une fonction directive. Pareil propos s'accommode mal de l'hypothèse ici défendue, à savoir que le recours au modèle de l'accord collectif de travail peut être suscité par des lois supplétives. En effet, dans le schéma de l'auteur ici esquissé, c'est la norme supplétive qui est érigée au rang de modèle. Or, c'est bien l'inverse que l'on entend soutenir lorsque la norme conventionnelle est posée comme alternative à la règle légale supplétive. Pour autant, il n'est pas question ici de dénier tout rôle directeur à cette dernière. On admet, à l'instar du doyen Carbonnier, qu'à « la vérité, c'est le législateur qui, en se fondant sur des

⁷⁷⁴ C. Péres-Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, p. 534.

considérations d'utilité et d'équité, a posé une règle objective, obligatoire pour tous en principe, même si elle est assortie d'une faculté d'y déroger par exception »⁷⁷⁵. La norme supplétive serait ainsi le réceptacle d'une certaine conception, celle du législateur, de ce que devrait idéalement être la norme contractuelle. L'aménagement d'une faculté pour les négociateurs de se démarquer du moule ainsi posé ne s'expliquerait finalement qu'au regard de la nécessaire préservation de leur liberté contractuelle.

Toutefois, pareil constat ne suffit pas à déterminer où réside la profonde originalité de la norme supplétive ni en quoi elle pourrait contribuer à sa manière, en opposition aux règles impératives, à la transmission du modèle de l'accord collectif de travail. Au premier abord, il est tentant de voir dans la norme supplétive, une norme facultative, voire permissive. Elle revêt pourtant elle aussi un caractère obligatoire, si tant est que l'on accepte de le déceler dans son application nécessaire en l'absence de volonté contraire exprimée par les parties au contrat⁷⁷⁶.

270. En droit du travail, la loi supplétive présente certaines spécificités, comme c'est parfois le cas en droit civil. Elle « peut être conçue et utilisée par l'ordre juridique comme un instrument destiné à inciter les sujets de droit à exercer la liberté de principe dont ils disposent et à sanctionner leur silence là où l'expression de leur volonté aurait été souhaitable »⁷⁷⁷. La norme supplétive se veut alors dissuasive. Elle ne constitue plus un modèle idéal, mais bien un contre-modèle. C'est le schéma dans lequel s'inscrivent, en droit du travail, les rapports entre loi supplétive et accord collectif. La norme prévue par le législateur ne fait figure que de pis-aller, voire, même si le terme est sans doute un peu exagéré, de sanction. Pour autant, peut-on en déduire que la norme de principe, autrement dit celle qui s'applique de préférence par rapport à la norme supplétive, fait alors figure de modèle ? Un auteur a pu estimer que « si modèle il y a, ici, il est bien plutôt celui que le droit invite à ne pas suivre, favorisant par son énoncé l'exercice de la liberté contractuelle et

⁷⁷⁵ J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, tome 4, PUF, coll. Thémis, droit privé, 22^{ème} éd., 2000, p. 91. Le terme de dérogation employé par l'auteur interroge. Nous nous efforcerons toutefois, dans la suite de nos développements, de bien distinguer les mécanismes de dérogation et de supplétivité.

⁷⁷⁶ En ce sens, cf. C. Pérès-Dourdou *op. cit.*, LGDJ, 2004, pp. 135 et s. Il n'en demeure pas moins que la norme supplétive permet, à la différence de la norme impérative, de faire ressortir quelles sont « les obligations normalement attachées aux types de contrats les plus usuels », G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, ss. la dir. de J. Ghestin, LGDJ, 2^{ème} éd., 1998, p. 381. Il faut comprendre par-là que la norme supplétive établit l'économie et exprime « la normalité attachée » à un contrat donné, J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999, p. 359.

⁷⁷⁷ C. Pérès-Dourdou, *op. cit.*, p. 571.

sanctionnant, en leur refusant ultérieurement le secours d'une solution supplétive bienfaitrice, ceux qui n'ont pas fait l'effort de stipuler et n'ont rien prévu »⁷⁷⁸. C'est considérer que la norme de principe, pour ce qui nous intéresse l'accord collectif, fait bel et bien figure de modèle.

Cependant, tout cela n'explique pas pourquoi on observe une telle spécificité de la norme supplétive en droit du travail. On pourrait arguer de la rationalité propre à cette branche du droit, mais l'argument ne convainc guère. Le concept a fait l'objet de nombreuses discussions dans cette branche du droit. Il s'est notamment retrouvé au cœur des débats doctrinaux ayant accompagné la réforme opérée par la loi du 4 mai 2004. En effet, celle-ci a poussé certains auteurs à distinguer supplétivité et dérogation, deux mécanismes qui bien que conceptuellement proches, obéissent à une logique différente. En effet, si « la règle supplétive s'efface complètement devant l'accord collectif » érigeant celui-ci en règle, « la règle à laquelle il est dérogé conserve sa valeur de référence [...] de sorte que la dérogation est d'interprétation stricte »⁷⁷⁹. Mais ce lien entre dérogation et supplétivité ne permet toujours pas d'expliquer ce pour quoi une fonction spécifique est reconnue à la règle supplétive en droit du travail. Il faut pour cela, partir de ses manifestations.

271. La supplétivité se décline en droit du travail de différentes manières. La règle est dite supplétive lorsque la jurisprudence l'affirme ou lorsqu'il est possible de le déduire de la formulation même de la loi. La Cour de cassation affirme ainsi traditionnellement, que « l'usage étant par nature supplétif de la volonté des parties, il peut être mis fin à un usage par une convention collective »⁷⁸⁰. Cette reconnaissance expresse a l'avantage de dissiper les doutes sur la nature supplétive de la norme considérée. Toutefois, il est rare que le législateur s'adonne à une telle qualification. L'entreprise de décèlement de ces normes est donc assez délicate. Il est généralement admis que les énoncés supplétifs se signalent par l'usage de la locution « à défaut ». Le temps de travail en est sans conteste le domaine par excellence. À titre d'illustration, il est possible de se référer à l'article L. 3121-11 du Code du travail qui concerne la réalisation d'heures supplémentaires dans les limites d'un contingent

⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 572.

⁷⁷⁹ M.-A. Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », *Droit social*, 2004, p. 579. V. également, H. Tissandier, « Du sens des mots pour éclairer le sens d'une réforme », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, ss. la dir. de G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacarie, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 109.

⁷⁸⁰ Soc. 25 janvier 1995, *Droit social*, 1995, p. 274, obs. G. Borenfreund.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

annuel qui doit en principe être fixé par voie conventionnelle. Cet article précise notamment qu'« à défaut d'accord collectif » un décret détermine ce contingent. Toutefois, il existe d'autres manières de signifier l'existence d'une norme supplétive. Parfois, la locution « en l'absence » est employée⁷⁸¹. Avant qu'il ne soit modifié par la loi du 16 avril 2008, l'article L. 3133-8 prévoyait ainsi qu'« en l'absence de convention ou d'accord, la journée de solidarité est le lundi de Pentecôte ». De ces illustrations, un enseignement singulier peut être tiré. Il est une constante intrigante : « la règle supplétive n'est jamais écartée au profit d'une règle provenant d'un accord individuel de volonté », autrement dit « seules les règles conventionnelles peuvent se substituer à la règle supplétive »⁷⁸². Les raisons qui justifient une telle exclusivité sont essentielles. Elles permettent de mieux comprendre la spécificité de la norme supplétive en droit du travail. Au moins deux raisons peuvent être avancées.

La première tient à l'aura de la norme conventionnelle. En droit civil, un conflit entre normalité contractuelle et liberté contractuelle semble forger la conception privatiste de la norme supplétive⁷⁸³. En cela, cette dernière incarne certaines valeurs jugées idéales par les pouvoirs publics⁷⁸⁴. Il apparaît donc clairement qu'une certaine défiance est manifestée à l'encontre de la volonté des parties. On comprend mieux alors pourquoi la règle supplétive, en l'occurrence la règle légale, se voit qualifiée de norme idéale. En droit du travail, le schéma est inversé. En effet, c'est la norme conventionnelle qui joue ce rôle. Cette différence de traitement tient, selon nous, au mode de production normative atypique de l'accord collectif. La volonté collective se voit, il est vrai, conférer un crédit et une légitimité supérieurs à ceux du contrat individuel de travail. Cela est d'autant plus vrai depuis que la loi du 20 août 2008 est censée avoir renforcé la légitimité des acteurs et des accords signés par eux⁷⁸⁵.

⁷⁸¹ Pour un panorama, cf. C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, p. 16.

⁷⁸² S. Frossard, « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT*, 2009, p. 83.

⁷⁸³ Sur ce conflit, cf. les développements de C. Pérès-Dourdou, *op. cit.*, p. 568.

⁷⁸⁴ C'est ce que semble dissimuler le mouvement d'objectivation du contrat de travail. En effet, s'il appartient aux parties au contrat de fixer son contenu, l'objet spécifique de certains contrats impose que le législateur, au nom d'un certain ordre contractuel ou de l'intérêt général, participe à la détermination de son contenu. Le mouvement d'objectivation du contrat exprime donc la distance prise avec l'intention des contractants, « par définition subjective, au profit d'éléments objectifs ». P. Lokiec, *Contrat et pouvoir*, LGDJ, 2004, p. 84. Sur le(s) sens à donner à ce mouvement, cf. A. Lyon-Caen, « Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie. A propos de la modification du contrat de travail », in *Mélanges en l'honneur de J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p.357.

⁷⁸⁵ Il n'est d'ailleurs pas étonnant que le développement des normes supplétives en droit du travail se double d'un déclin progressif du principe de faveur. Dès lors, les exigences de représentativité et de majorité permettent d'assurer, dans l'esprit du législateur, que l'accord est bien le reflet de la volonté des salariés.

La seconde raison permettant de justifier la spécificité de la norme supplétive en droit du travail tient à sa fonction. En effet, dans cette branche du droit, le mécanisme de la supplétivité a pour vocation de promouvoir le processus de négociation collective sans volonté trop marquée de dicter le contenu de l'accord. Rapportée à ce dernier, la norme supplétive ne fait figure que de repoussoir dont l'objectif avoué est de convaincre les interlocuteurs sociaux du bien-fondé de la négociation collective. À la différence du droit privé, cette norme n'a pas vocation à poser un étalon, celui d'une normalité idéale.

272. La fonction répulsive de la règle incitative est particulièrement perceptible lorsqu'on prête attention aux formes qu'elle peut revêtir. La configuration la plus répandue est une règle légale supplétive d'une règle conventionnelle. Elle n'est toutefois pas exclusive. Il arrive parfois que la décision unilatérale de l'employeur soit mise dans la balance et qu'elle fasse de la sorte office de règle supplétive. La démarche n'est pas sans incidences sur les stratégies de négociation des organisations syndicales de salariés. En effet, la perspective que la mise en place ou la mise en œuvre de certains dispositifs relèvent de la seule volonté de l'employeur peut les contraindre bon gré mal gré, à engager des négociations. L'article L. 1233-5 du Code du travail dispose ainsi que « lorsque l'employeur procède à un licenciement pour motif économique et en l'absence de convention ou accord collectif de travail applicable, il définit les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements, après consultation du comité d'entreprise ». L'intervention des institutions élues de représentation du personnel est ainsi censée garantir dans ce cas, l'expression de l'intérêt des salariés.

273. La norme supplétive présente donc quelques spécificités en droit du travail. Elle permet de promouvoir le modèle de l'accord collectif dans cette branche du droit. Reste à déterminer si elle joue ce rôle en dehors de ses frontières. Il n'est pas évident de se prononcer dès lors, qu'au terme du raisonnement ici mené, il a été admis que la règle supplétive avait une fonction spécifique en droit du travail. Aussi, on pourrait en déduire qu'au-delà, cette règle retrouve la fonction directive qui lui est assignée en droit privé. Il faut toutefois se garder d'en tirer des conclusions trop hâtives. Il n'est pas question ici de dénier le particularisme de la norme supplétive dans notre domaine. En revanche, il serait exagéré de penser que de fonction répulsive, il n'est question que dans ce champ. Plus encore, on

s'est évertué à démontrer que cette spécificité était due à la place de la volonté collective dans l'élaboration de la norme conventionnelle. Pareil argument vaut nécessairement pour toutes les formes d'accord collectif dès lors que leurs signataires ambitionnent par leur action de dépasser le carcan des volontés individuelles afin de permettre l'expression et la formulation d'un intérêt collectif, réputé plus légitime. C'est donc sans étonnement que l'on retrouve l'expression d'une telle suppléativité dans le domaine de l'assurance chômage. Il n'est pas contestable que la règle supplétive y exerce une fonction répulsive. L'article L. 5422-20 du Code du travail prévoit qu'en l'absence d'accord ou d'agrément de celui-ci, les mesures d'application des textes législatifs de base régissant l'assurance chômage, sont prises par décret en Conseil d'État⁷⁸⁶. La norme décrétole fait donc figure de norme supplétive. Ce schéma tend pour une part à inciter les interlocuteurs sociaux à parvenir à un consensus, mais aussi, et surtout, il vise à sécuriser le régime d'assurance chômage.

Au vu de l'analyse ici développée, la même configuration devrait pouvoir être observée dans les autres domaines où est en jeu un régime conventionnel de protection sociale. Ce n'est toutefois pas automatique. Ainsi, en matière de retraite complémentaire obligatoire, les textes ne prévoient aucun dispositif supplétif visant à faire face à une éventuelle défaillance de la négociation collective. Certains auteurs considèrent cependant que « lorsque le législateur admet qu'un régime par répartition national soit mis en place, il ne fait que déléguer son pouvoir aux partenaires sociaux » et que dès lors « il doit se substituer à eux »⁷⁸⁷ en cas d'échec des interlocuteurs sociaux. Pour l'heure, tel n'est pas le cas⁷⁸⁸.

⁷⁸⁶ Ce texte a déjà été mobilisé. Ainsi, le décret n°2000-601 du 30 juin 2000 avait ainsi vocation à pallier l'absence d'accord collectif.

⁷⁸⁷ Ph. Langlois, « La négociation collective au-delà du travail », *Droit social*, 2009, p. 1037.

⁷⁸⁸ Le rapport de la Cour des comptes sur l'avenir des retraites complémentaires qui fait état de perspectives financières alarmantes pourrait, dans un futur proche, inciter les pouvoirs publics à opter pour un schéma supplétif (Rapport de la Cour des comptes du 18 décembre 2014, *Garantir l'avenir des retraites complémentaires*). Si rien ne contraint en droit français les pouvoirs publics à le faire, Ph. Langlois suggère néanmoins qu'il puisse être fait appel au droit européen et tout particulièrement au protocole n°1 de la CESDH garantissant le droit de propriété dans cette perspective. Interprétant ce texte, la CEDH a pu juger que les droits découlant du versement de cotisations à des régimes de Sécurité sociale constituent des droits patrimoniaux au sens de l'article 1^{er} dudit protocole. La Cour précise néanmoins que cet article ne saurait être interprété comme ouvrant droit à une pension d'un montant déterminé. Simplement, il est possible de conclure de ce texte qu'il ne doit pas être porté atteinte à la substance des droits des bénéficiaires, Ph. Langlois, *art. précit.*, p. 1037.

274. En matière de conventions médicales, l'ancien article L. 162-5-9 du Code de la Sécurité sociale prévoyait clairement qu'« en l'absence de convention nationale », un règlement conventionnel minimal établi par arrêté interministériel devait s'appliquer. Là encore, l'intervention des autorités ministérielles se voulait dissuasive. On sait, en effet, que dans ce domaine, certaines organisations ont construit leur identité en opposition à un régime conventionnel qu'elles estiment inadapté. Il n'empêche que l'absence d'accord peut s'avérer préjudiciable dans un contexte où les finances du régime d'assurance maladie sont pointées du doigt et où il apparaît nécessaire de penser la maîtrise aussi bien quantitative que qualitative des dépenses de santé en étroite collaboration avec les professionnels de santé. L'article L. 162-14-2, actuellement applicable, prévoit également un dispositif supplétif. En effet, en cas d'échec des négociations, il est prévu qu'un règlement arbitral a vocation à s'appliquer. L'originalité de celui-ci tient à son mode d'élaboration. Comme son nom l'indique, c'est un arbitre, extérieur aux négociateurs, qui établit un projet de règlement. Il est alors soumis aux autorités ministérielles compétentes pour approbation.

Il apparaît donc que les normes supplétives constituent bien un moyen de diffuser le modèle de l'accord collectif de travail. À l'étude, il ressort même que ce mécanisme, pensé initialement dans la sphère du droit civil, acquiert une teinte particulière en droit du travail, en raison des spécificités de l'activité conventionnelle qui tiennent en partie à son caractère collectif. Au-delà, ce sont les fonctions du mécanisme de la supplétivité qui se renouvellent. Dissuasif, il devient « impératif » lorsque se trouvent en jeu des dispositifs dont la survie et la pérennité relèvent de l'intérêt général. Ce dernier est également pris en compte par la jurisprudence.

C) La jurisprudence⁷⁸⁹

275. Voir dans le discours jurisprudentiel une voie de transmission du modèle de l'accord collectif de travail implique de préciser préalablement qu'il est impossible d'analyser de manière unitaire l'œuvre des juridictions concernées. De plus, cela a déjà été évoqué, chaque juridiction œuvre en faveur de la transmission d'un modèle qui lui est propre. Ainsi, il

⁷⁸⁹ Le terme de jurisprudence est ici employé, de manière extensive, pour désigner l'activité juridictionnelle dans son ensemble. La jurisprudence ne désigne cependant qu'une infime partie de l'activité contentieuse. Sur la distinction entre contentieux et jurisprudence, voir E. Serverin, *De la jurisprudence en droit privé, Théorie d'une pratique*, PU de Lyon, 1985.

n'est pas certain que le modèle véhiculé par la CESDH soit le même que celui véhiculé par les juridictions nationales. À ce titre, l'arrêt du 12 novembre 2008, déjà mentionné, rendu par la CESDH est intéressant⁷⁹⁰. Elle y a reconnu un « droit de mener des négociations collectives » au profit des fonctionnaires qui « comme les autres travailleurs [...] doivent en bénéficier ». À première vue donc, un tel arrêt devrait contribuer à la transmission et à la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail au-delà du droit privé du travail. Pourtant, la CESDH a également indiqué que ce droit ne doit pas être interprété comme incluant le droit de conclure un accord collectif⁷⁹¹. Aussi, il est délicat d'affirmer que cette juridiction contribue à la transmission d'un modèle de l'accord collectif de travail qu'il soit européen ou national. Si de modèle il est question, il s'agit bien de négociation collective.

Par ailleurs, si le rôle joué par la jurisprudence dans la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail est réel, il n'est pas dit que c'est au stade de sa transmission que les juges y contribuent le plus. En effet, sans vouloir réduire les juges au rang de simple bouche de la loi, ceux-ci veillent essentiellement à mettre en œuvre les lois qui tendent à assurer cette même transmission. L'interprétation constitue toutefois un outil précieux pour le juge lui permettant d'œuvrer en faveur de la diffusion du modèle. La question sera toutefois abordée lorsque seront évoquées ultérieurement les techniques de transmission⁷⁹². Sans vouloir trop avancer dans le propos, il a été souligné, s'agissant du Conseil d'État, que celui-ci mobilisait « ses forces imaginantes du droit » pour se prononcer sur « la valeur accordée aux conventions et accords collectifs », mais aussi sur celle « du droit dérivé des conventions et accords collectifs de travail », à savoir celui qui concerne aussi bien les conventions d'assurances chômage que les conventions médicales⁷⁹³. La fonction normative des juridictions françaises ne doit donc pas être sous-estimée.

276. S'il est ici question de jurisprudence, le rôle joué par les juridictions ne se cantonne pas à la dimension contentieuse de leur activité. Les juridictions françaises contribuent

⁷⁹⁰ CEDH, 12 novembre 2008, 34503/97, *Demir et Baykara c/ Turquie*. Par cet arrêt, la Cour, recourant à une méthode d'interprétation évolutive de la convention, opère un revirement de jurisprudence. Point 154.

⁷⁹¹ CEDH, 8 avril 2014, *Case of the national union of rail maritime and transport workers vs The United Kingdom*, req : 31045/10. Pour une analyse contextualisée de cet arrêt, cf. L. Burgogue-Larsen, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2014, p. 1763.

⁷⁹² Cf. infra, § 297.

⁷⁹³ L. Fontaine, « Le Conseil d'Etat et les sources privées du droit social. Quelques remarques théoriques sur un contentieux », in *Le Conseil d'Etat et le droit social*, ss. la dir. de J.-F. Akandji-Kombé, Montchrestien, Grands colloques, 2011, pp. 87 et s.

également à l'élaboration de la norme dans le cadre de leur activité institutionnelle. Deux procédés sont principalement employés à cette fin⁷⁹⁴. Le premier est l'avis qui constitue une forme « d'interprétation préjudicielle »⁷⁹⁵. À titre d'illustration, l'avis rendu par le Conseil d'État le 29 avril 2010 peut être à nouveau évoqué. Celui-ci a trouvé un écho dans la loi du 15 octobre 2010 qui a institué un scrutin régional à destination des salariés des TPE. Plus que l'extension du modèle de l'accord collectif de travail, le Conseil d'État a exprimé, par cet avis, sa conception de celui-ci. Le modèle transmis ne peut autoriser à priver certains salariés de leur droit à participation.

Le second est le procédé de la proposition ou de la suggestion. Ces dernières sont bien souvent intégrées dans les rapports annuels produits par le Conseil d'État et la Cour de cassation. Elles sont autant d'occasions de promouvoir le modèle de l'accord collectif de travail. Par exemple, le rapport annuel du Conseil d'État de 2003 contient dans sa partie consacrée aux « propositions » qu'il formule, des développements sur « la problématique des accords collectifs » et évoque l'opportunité de reconnaître en eux « une source autonome de droit de la fonction publique »⁷⁹⁶. Pour autant, ces documents, s'ils renseignent sur la ligne de pensée des juridictions nationales, ne constituent pas vraiment des supports normatifs de transmission du modèle de l'accord collectif de travail. En effet, ils n'ont aucune valeur juridique. Dès lors, ils se rapprochent plus volontiers de supports extranormatifs de transmission.

Paragraphe 2 Les supports « extranormatifs »

277. Le droit évolue au gré des conjonctures politiques. Pareille évidence accrédite le sentiment qu'il serait uniquement l'œuvre des gouvernants et du législateur. Il y a là quelque excès qu'il convient de tempérer. Bien entendu, la transmission d'un modèle juridique passe principalement par des supports normatifs. Toutefois, il ne faudrait pas oublier tout ce que le droit en général, et le droit du travail en particulier, doivent « aux impératifs du système productif et aux systématisations savantes »⁷⁹⁷. À ce titre, le discours

⁷⁹⁴ Sur cette question, cf. C. Charbonneau, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, IRJS éd., 2011, spéc. pp. 171 et s.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 203.

⁷⁹⁶ *Perspectives pour la fonction publique*, Rapport annuel du Conseil d'État, 2003, pp. 331 et s.

⁷⁹⁷ A. Lyon-Caen, « Changement politique et changement du droit du travail », in *Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 1.

doctrinal constitue l'un des supports possibles de transmission d'un modèle juridique (A). Son rôle est aujourd'hui au cœur de débats intenses sur la nécessité pour « les sachants » de « retrouver le chemin des propositions en droit du travail » et ne plus laisser l'essentiel de « l'activité préconisatrice [être] accaparée par les hauts fonctionnaires »⁷⁹⁸. Ces derniers contribuent à la formulation d'un discours qui sera qualifié d'administratif (B). Enfin, le rôle de la société civile dans la transmission du modèle doit également être envisagé (C).

A) Le discours doctrinal

278. L'autorité de la doctrine est difficilement discutable. Toutefois, cette autorité n'est pas de même nature que celle qui est traditionnellement reconnue à la jurisprudence. Cela tient à l'absence de pouvoir normatif des auteurs. Pour autant, cela ne suffit pas à déclasser la doctrine qui peut contribuer à la transmission d'un dispositif juridique, et donc du modèle de l'accord collectif de travail. En effet, de par son caractère savant, l'activité doctrinale bénéficie d'une certaine aura, celle de l'expertise. Autrement dit, si des auteurs venaient à plaider en faveur de la transmission du modèle, leur prise de position, si tant est qu'ils bénéficient d'une renommée auprès des membres de la communauté des juristes, ne passerait pas inaperçue.

La doctrine se livre essentiellement à deux tâches. D'une part, elle analyse, présente et ordonne de manière savante le droit positif, d'autre part elle procède à son examen critique. Or, c'est dans le cadre de cette seconde tâche que les auteurs sont appelés à exprimer pleinement leur opinion. S'il existe bien des manières de procéder, deux d'entre elles seront ici mises en valeur. La première se trouve au cœur de l'activité doctrinale. Elle consiste à formuler, dans le cadre d'une étude, peu importe son format, une suggestion (1). L'impact de cet écrit est toutefois délicat à évaluer. Plus précisément, leur influence potentielle sur le législateur paraît aléatoire. L'entreprise a plus de chance d'avoir un écho si elle s'inscrit dans le cadre d'un rapport établi suite à une demande d'expertise institutionnelle (2).

⁷⁹⁸ F. Champeaux, « Le devenir du droit du travail : paroles d'experts », *SSL*, 2015, n°1694.

1. La « suggestion d'auteur »⁷⁹⁹

279. Face au droit positif, deux postures critiques, complémentaires au demeurant, peuvent être adoptées par la doctrine. La première consiste à analyser la pertinence d'un dispositif juridique existant peu important que celui-ci vienne d'être créé ou non. La seconde consiste, dans une démarche qui se veut plus prospective, de proposer l'introduction d'un dispositif. Nul doute que les suggestions ainsi formulées contribuent à la transmission du modèle de l'accord collectif de travail. Elles sont fortement tributaires de la renommée de l'auteur qui les porte. Celle-ci peut d'ailleurs sortir renforcée de cette prise de position si une transposition est opérée en droit positif. La suggestion se voit alors transfigurée pour acquérir le statut de « prédiction doctrinale »⁸⁰⁰. Plutôt que de multiplier à l'envi les exemples du rôle et de l'influence de la doctrine dans le processus de diffusion de notre modèle, nous nous concentrerons sur deux de ses manifestations. La première est sans doute l'illustration la plus édifiante de l'impact qu'un seul auteur peut avoir sur la communauté auquel il appartient, voire sur les pouvoirs publics. C'est dans le domaine du droit de la consommation qu'elle se trouve **(a)**. La seconde dépasse la suggestion et est le fruit d'une évolution législative franche en faveur de la reconnaissance d'une négociation collective s'agissant des agents d'assurance. Toutefois, par l'effort de systématisation et de qualification réalisé, les auteurs ont grandement contribué à nourrir l'idée d'une transmission du modèle de l'accord collectif du droit du travail salarié au droit du travail indépendant **(b)**.

a) La doctrine et les accords collectifs de consommation

280. MM. Calais-Auloy et Temple se font le relai dans leur manuel de droit de la consommation de l'existence d'« accords collectifs de consommation ». Ces derniers sont en effet présentés comme une source du droit de la consommation. Le discours tenu à leur sujet contribue à la transmission du modèle de l'accord collectif de travail. Pour ce qui nous concerne, ces auteurs indiquent que « ces textes négociés ressemblent aux conventions

⁷⁹⁹ L'expression est empruntée à Ph. Jestaz, et C. Jamin, *La doctrine*, Méthodes du droit, Dalloz, 2004, p. 233.

⁸⁰⁰ N. Molfessis, « Les prédictions doctrinales », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Litec, PUF et Dalloz, 1999, p. 141.

collectives du travail, bien qu'ils aient des effets moins contraignants », qu'on peut les « appeler accords collectifs de la consommation » et qu'ils « dérivent de l'idée que, si les consommateurs sont impuissants à négocier individuellement avec les professionnels, ils peuvent le faire collectivement, par l'intermédiaire de leurs associations, les rapports de force étant alors à peu près équilibrés »⁸⁰¹. Ils reconnaissent néanmoins l'échec de ces accords. Il est intéressant de relever à ce titre que d'autres manuels de droit de la consommation ne relèvent même pas l'existence d'une action négociée dans cette branche du droit⁸⁰². La dimension collective de cette branche du droit est soulignée, mais passe essentiellement par l'analyse des droits contentieux des consommateurs et de leurs représentants.

Cette dissonance devrait étonner. Elle n'a pourtant rien de choquant si l'on considère le rôle qu'ont pu jouer MM. Bihl et Calais-Auloy dans la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail en droit de la consommation. On comprend mieux alors que quelques développements soient consacrés à la question dans un manuel corédigé par le second de ces auteurs. Il faut, pour prendre la mesure de ce travail doctrinal, remonter aux années 1970. Dans une chronique coécrite en 1977, tous deux se proposaient d'analyser le consumérisme et ses aspects collectifs. Dressant le constat que les acteurs du secteur eussent essentiellement le choix entre deux attitudes, à savoir la concertation ou le conflit, ils estimaient que la seconde attitude prévalait. Ils s'interrogeaient toutefois, interrogation fondatrice, sur l'essor possible d'un « droit collectif de la consommation ». Les accords Delmon conclus en matière de baux d'habitation étaient appelés au renfort de cette idée. Malgré leur faible poids juridique, ces auteurs estimaient qu'« ils révèlent pour le juriste une importance certaine, car on peut se demander s'ils ne constituent pas le premier pas – encore hésitant certes, mais celui qui compte le plus – vers la conclusion de véritables conventions collectives de consommation »⁸⁰³. Cette proposition ne passa pas inaperçue. À sa suite, quelques auteurs défendirent la même idée prenant soin de se référer systématiquement à cet article fondateur. Mme Bricks jugea ainsi dans sa thèse que l'instauration d'un accord collectif de consommation permettrait de remédier au

⁸⁰¹ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2015, p. 38.

⁸⁰² V. par exemple, S. Piédelièvre, *Droit de la consommation*, Corpus Droit privé, Economica, 2^{ème} éd., 2014, pp. 8 et s. ; Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, 2^{ème} éd., Sirey Universités, 2010.

⁸⁰³ J. Calais-Auloy et L. Bihl, « Le consumérisme et ses aspects collectifs », *JCP*, éd. Commerce et industrie, 1978, n°7004, pp. 158 et s. V. également ce qui constitue, sans doute, l'article fondateur en la matière, L. Bihl, « Vers un droit de la consommation », *Gaz. Pal.*, 13- 14 sept. 1974.

déséquilibre congénital affectant le contrat de consommation⁸⁰⁴. M. Camous en fit de même, soulignant le rôle que la négociation collective pouvait jouer dans le domaine des règlements non juridictionnels des litiges entre consommateurs et professionnels⁸⁰⁵. La thèse est donc également un haut lieu de la suggestion doctrinale. On relèvera, non sans intérêt, que les deux thèses ici citées ont été dirigées par M. Calais-Auloy. De là à parler d'école de pensée, il n'y a qu'un pas qu'on ne saurait franchir.

281. Au final, c'est un constat relativement mitigé que l'on peut dresser quant à l'influence de la doctrine en matière d'accords collectifs de la consommation. La loi Quilliot a permis l'institution d'accords collectifs de location, mais il ne s'agit que d'une variété d'accord collectif de la consommation. Ses partisans en doctrine n'envisageaient sans doute pas que le procédé ne soit consacré que dans ce domaine restreint. En dehors, il est bien prévu la possibilité de négocier des accords, mais leur force juridique est très limitée⁸⁰⁶. Faut-il pour autant dénigrer le rôle de la doctrine en la matière ? Il nous paraît plus juste de prendre conscience qu'« à côté des réussites spectaculaires connues de tous, une recherche systématique permettrait sans doute de recenser, en beaucoup plus grand nombre, des réussites discrètes et aussi des échecs »⁸⁰⁷. Or, il ne nous semble pas exagéré de voir dans la consécration des accords collectifs de location, une réussite certes modeste, mais réelle. Et d'en conclure que « les réussites discrètes méritent mieux que l'oubli où les enferme leur manque d'éclat »⁸⁰⁸.

b) La doctrine et les accords collectifs de travail indépendant

282. L'idée d'une convention collective des travailleurs indépendants est notamment née sous la plume de M. Barthélemy. Toutefois, elle n'est pas le fruit d'une pure invention. Elle s'appuie en réalité sur l'évolution du régime juridique des intermédiaires d'assurance qui exercent leur activité en tant que travailleurs indépendants. Autrefois, leur statut était purement réglementaire. Il résultait en effet de deux décrets des 5 mars 1949 et du 28

⁸⁰⁴ H. Bricks, *Les clauses abusives*, LGDJ, 1982, p. 241.

⁸⁰⁵ E. Camous, *Règlements non-juridictionnel des litiges de la consommation*, LGDJ, 2002.

⁸⁰⁶ Cf. *infra*, §496.

⁸⁰⁷ Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, Méthodes du droit, 2004, p. 235.

⁸⁰⁸ *Loc. cit.*

décembre 1950. La loi du 31 décembre 1990 a toutefois radicalement changé la donne. L'article L. 540-2 du Code des assurances prévoit désormais que « le statut des agents généraux d'assurance et ses avenants sont, après avoir été négociés et établis par les organisations professionnelles intéressées, approuvés par décret »⁸⁰⁹. Au premier abord, on ne peut qu'être frappé par une telle reconnaissance de la négociation collective. Vient ensuite la suspicion naturelle de l'observateur soucieux de ne pas transformer sa quête d'accords collectifs en obsession. Les termes employés laissent circonspect. Il est question de statut. Or, prise dans une certaine acception, celui-ci désigne un corpus de normes imposé et donc très peu compatible avec l'idée même de négociation. De plus, l'approbation par voie de décret invite à émettre quelques doutes quant à la force normative autonome de l'accord ainsi négocié. Pourtant, et ce malgré ces petites dissonances compatibles, nous l'avons vu, avec la diffusion d'un modèle, c'est le sentiment de faire face à un accord collectif de travailleurs indépendants qui l'emporte. Il est radicalement conforté par la lecture de certains articles de doctrine. Leurs auteurs mettent alors leur aura ou du moins leur légitimité académique au profit d'une idée. Le discours savant qu'ils véhiculent contribue ainsi, de manière très efficace, à conforter l'hypothèse d'une transmission du modèle de l'accord collectif de travail.

Du fait du morcellement du savoir juridique en différentes branches, entendues comme segments académiques, la publication d'un article en 1997 dans la revue *Droit social* a attisé l'intérêt des spécialistes du droit du travail. M. Barthélemy s'y interroge sur l'existence d'une convention collective de travailleurs indépendants. Le propos est amplifiant même s'il s'intéresse principalement aux agents d'assurance. L'auteur estime ainsi que « l'intérêt de ces accords dépasse [...] celui des relations entre compagnies et agents généraux » et que « leur qualification ne peut qu'intéresser les spécialistes du droit social : ce sont des contrats collectifs »⁸¹⁰. L'auteur en vient à se demander si « la technique ainsi utilisée pour organiser les rapports de travailleurs indépendants et d'entreprises pourrait l'être aussi pour d'autres professions libérales, mais aussi entre sous-traitants et donneurs d'ordres »⁸¹¹. Il se présente comme une véritable suggestion d'auteur qui sera, par la suite, relayée et discutée en doctrine.

⁸⁰⁹ Art. L. 520-2 du Code des assurances avant l'adoption de la loi du 15 décembre 2005.

⁸¹⁰ J. Barthélémy, « Une convention collective de travailleurs indépendants ? », *Droit social*, 1997, p. 40.

⁸¹¹ *Loc. cit.*

283. Le rapprochement entre convention collective de travail et statut général des intermédiaires d'assurance n'est toutefois pas le seul fait de la doctrine travailliste. Des spécialistes du droit des assurances ont également mis au jour ce parallèle. L'article de MM. Bigot et Langé publié à la *Revue générale de droit des assurances* en 1996 est à ce titre fondateur. Analysant le dispositif conventionnel mis en place par la loi du 31 décembre 1990 et la convention fédérale du 16 avril 1996 conclue à sa suite, les auteurs ont estimé que l'on retrouvait dans cette dernière « l'ambivalence propre aux conventions collectives » en ce qu'elle est « source d'obligations à l'égard de ceux qui y sont parties, directement ou par représentation »⁸¹². De manière plus explicite encore, ils ont admis que « l'emprunt au droit des conventions collectives est évident »⁸¹³.

L'influence exercée par la doctrine en la matière n'est donc pas une de ces influences primitives en ce sens qu'elle n'est pas l'initiatrice de la transmission du modèle dans le domaine des assurances et du travail indépendant plus largement. Pour autant, il ne faut pas en minorer l'importance décisive dans l'analyse et la qualification d'une évolution d'origine légale. Voilà une contribution qui ne peut donc être ignorée au même titre que les rapports d'expertise commandés auprès d'auteurs imminents.

2. Le rapport d'expertise

284. Les universitaires sont parfois invités à rédiger, à la demande des pouvoirs publics, un rapport d'expertise. Ils ont alors la possibilité d'influer grandement sur le cours de la loi. Dans le domaine de la négociation collective, nous pouvons citer les travaux institutionnels réalisés par Monsieur Calais-Auloy qui s'était vu confier en 1982, la présidence d'une commission de refonte du droit de la consommation⁸¹⁴. Le rapport final de cette commission fut remis en 1985. On pouvait y lire qu'« individuellement, les consommateurs se trouvent dans une situation d'infériorité qui rend illusoire toute négociation avec les professionnels. Mais l'infériorité disparaît si les consommateurs se groupent pour négocier collectivement : les négociations peuvent aboutir à des accords qui obligent chaque partenaire économique à

⁸¹² J. Bigot et D. Langé, « Le nouveau statut des agents généraux d'assurance », *RGDA*, 1996, n°4, p. 853.

⁸¹³ *Ibid.*, p. 856.

⁸¹⁴ Dans la continuité des études doctrinales que MM. Bihl et Calais-Auloy avait menées quelques années auparavant.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

respecter les intérêts de l'autre »⁸¹⁵. Au-delà de l'opportunité de transposer le procédé de l'accord collectif dans le domaine du droit de la consommation, ce rapport est intéressant en ce qu'il est le reflet des débats qui ont présidé à la reconnaissance juridique certes discrète, mais bien réelle, des accords collectifs de la consommation. Il révèle de manière éclatante l'influence du modèle de l'accord collectif de travail dans la construction juridique de la catégorie des accords collectifs de la consommation, mais aussi celle des universitaires. Il permet également de comprendre le peu de succès rencontré par ces accords.

285. Pour remédier à la faiblesse endémique des accords collectifs que l'État voudrait voir les partenaires économiques signer et respecter, la commission avait donc suggéré, dans les premiers temps de son étude, l'institution de conventions collectives de la consommation dont le régime serait assez largement inspiré des conventions collectives de travail⁸¹⁶. Cet emprunt au vocabulaire du droit social ne s'est toutefois pas révélé très heureux. Il a probablement contribué à susciter la méfiance des chefs d'entreprise, soucieux de ne pas se lier par des accords trop contraignants venant s'ajouter aux obligations déjà rigoureuses et nombreuses auxquelles ils estiment être assujettis. Aussi, la commission de refonte du droit de la consommation a-t-elle écarté cette expression. Dans le rapport intermédiaire publié en juin 1984 il n'est plus question de conventions collectives, mais d'accords négociés collectivement, parmi lesquels il faudrait distinguer les accords ordinaires et les accords étendus. Quoi qu'il en soit, l'emprunt aux techniques du droit social demeure évident. Seules les organisations de consommateurs les plus représentatives étaient admises à conclure de tels accords. Il était également proposé que les conventions nationales soient susceptibles de faire l'objet d'une extension par arrêté du ministre chargé de la consommation de telle manière à ce qu'elles lient tous les professionnels de la branche d'activité. L'article 21 de ce projet de code disposait ainsi que « les accords collectifs tiennent lieu de loi non seulement à ceux qui les ont signés, mais encore aux professionnels qui sont ou deviennent membres des organisations signataires ».

⁸¹⁵ C'est en 1982 que Mme Catherine Lalumière, ministre de la consommation, a mis en place une commission de refonte du droit de la consommation. Intitulé « Propositions pour un nouveau droit de la consommation » et publié en 1985, son rapport proposait un projet de code de 326 articles, cf. spéc. pour les accords collectifs, p. 21.

⁸¹⁶ J. Calais-Auloy et L. Bihl, « Le consumérisme et ses aspects collectifs », JCP, 1978, n°7004, p. 158.

Parmi les suggestions contenues dans le rapport final marquant l'influence du droit du travail, on peut également noter que la commission invitait les pouvoirs publics à consacrer une section dans le titre préliminaire du code de la consommation aux accords collectifs de la consommation. Son article 9 prévoyait ainsi que « le présent chapitre s'applique aux accords collectifs de la consommation négociés entre : d'une part, une ou plusieurs organisations représentatives de consommateurs, d'autre part, un ou plusieurs professionnels, ou encore une ou plusieurs organisations de professionnels ». L'article 10 disposait quant à lui que « les accords collectifs de la consommation régissent les relations entre professionnels et consommateurs. Ils peuvent notamment déterminer les modèles de contrat qui seront proposés aux consommateurs, l'information qui leur sera donnée, la qualité des biens et services qui leur seront fournis ».

286. L'ensemble de ces propositions fut cependant rejeté par le législateur qui préféra opter pour une codification à droit constant. Le sort ainsi réservé aux travaux de la commission de refonte fait douter ainsi de l'influence réelle de la doctrine sur la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail. Il invite sans doute à ne pas surestimer le rôle des auteurs dans l'évolution du droit positif. Néanmoins, il ne faut pas pour autant leur refuser toute influence. Le rejet des propositions ici évoqué est surtout le signe d'une approche du droit de la consommation différente y compris dans ses aspects collectifs. La dimension collective de cette branche du droit se résume essentiellement à l'action des associations des consommateurs. Cette dernière est principalement une action de type contentieux. L'action en justice est donc préférée à l'action négociée. Pourtant, le compromis est régulièrement prôné par les pouvoirs publics, y compris par l'administration.

B) Le discours administratif

287. Le concept de discours administratif intrigue. Il faut pour le comprendre s'accorder sur ce que signifie le terme même d'administration. Il est possible d'en retenir une conception purement organique, axée sur les acteurs, ou bien matérielle, axée sur ses fonctions rapportées aux notions de service public et de puissance publique. Sans vouloir trancher ce débat, nous opterons pour une définition syncrétique. Il s'agit de « l'ensemble des activités du gouvernement et des autorités décentralisées étrangères à la conduite des

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

relations internationales et aux rapports entre les pouvoirs publics et s'exerçant sous un régime de puissance publique »⁸¹⁷. Il reste alors à déterminer comment ce discours peut contribuer à la transmission du modèle de l'accord collectif de travail. Sans prétendre à l'exhaustivité, trois types de supports administratifs contribuent, selon nous, à la diffusion de ce modèle. Il en va ainsi du bilan annuel de la négociation collective (1), de certaines circulaires (2) et des rapports d'expertise diligentés par les autorités gouvernementales (3). Ils ont tous comme particularité notable de ne pas être des actes décisifs.

1. Le bilan annuel de la négociation collective

288. Lors de l'instauration de la Commission nationale de la négociation collective par la loi du 13 novembre 1982, l'élaboration d'un bilan annuel de la négociation collective a pour la première fois été envisagée⁸¹⁸. Initialement, ce dernier avait essentiellement pour mission de permettre l'analyse et l'étude par cette commission, des évolutions des pratiques conventionnelles. Il joue également un rôle d'information aussi bien auprès des interlocuteurs sociaux que des citoyens du fait de sa large diffusion. En effet, il est aujourd'hui très aisé de le consulter grâce à sa mise en ligne gratuite sur le site internet du ministère du travail et de l'emploi. Existant depuis 1983, ce bilan est élaboré sous l'égide du ministère par les services compétents. Il s'agit actuellement de la direction générale du travail et de la direction de l'animation, de la recherche, des études et des statistiques (DARES). Il contient en grande partie des informations statistiques sur les conventions et accords signés, mais aussi et surtout des études thématiques censées faire le point sur l'état et les évolutions de la négociation collective en France. Il relaye également l'avis des principales confédérations syndicales et patronales. Il se veut ainsi « un instrument pratique de connaissance de la matière conventionnelle »⁸¹⁹. Toutefois, il semblerait qu'aujourd'hui, il soit bien plus que cela. Il est également une vitrine et un outil de promotion du modèle de l'accord collectif de travail.

⁸¹⁷ R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, Tome 1, 15^{ème} éd., 2001, p. 4.

⁸¹⁸ Tel qu'il ressortait de cette loi, l'ancien article L. 136-2 du Code du travail prévoyait ainsi que la commission nationale de la négociation collective était chargée notamment d'examiner le bilan annuel de la négociation collective. Du fait de la spécificité du secteur, un bilan de la négociation collective spécifique est établi pour les professions agricoles sous l'égide du ministère de l'agriculture.

⁸¹⁹ *Bilan annuel de la négociation collective en 1985 : données d'ensemble et évolution quantitative*, La Documentation française, p. 6.

Il n'est point question ici de mettre en doute le sérieux des analyses et études figurant au sein de ce bilan. Toutefois, il est acquis que celui-ci est établi par des services administratifs placés sous l'égide du ministère du travail. On peine à croire que l'objectif d'un tel bilan soit de mettre en doute la pertinence du recours à la négociation collective. La politique gouvernementale sur la place de ce mode de production normative depuis les années 1980 est très claire sur ce point. Un bilan annuel, par trop négatif, risquerait indéniablement de contrarier ce projet. On ne saurait dès lors, être trop étonné par la prudence des formules employées voire le discours très positif qui peut être tenu sur certains aspects de la négociation collective sujets à controverse en doctrine. À ce titre, l'argument statistique pèse lourd. Il confère aux analyses livrées une dimension objective. Pourtant, si ce type de données est obtenu selon des procédures qui se veulent rigoureuses, il reste le fruit de choix et de constructions nécessairement subjectifs.

Si l'on se réfère par exemple au bilan établi pour l'année 2012, il suffit de lire le sommaire pour se rendre compte de l'extrême précaution prise pour décrire les évolutions de la négociation collective. On apprend ainsi que si le nombre d'accords conclus au niveau national interprofessionnel connaît « une légère baisse », l'activité conventionnelle de branche reste « toujours dynamique ». S'agissant des thèmes de la négociation collective, il est indiqué que les négociations sur les salaires et les classifications « augmentent », que celles sur l'égalité professionnelle connaissent « une relative progression » et que la « formation professionnelle reste un thème essentiel ». Les appréciations ici délivrées sont essentiellement quantitatives. Elles se veulent également qualitatives lorsqu'il fait état d'une « amélioration constante du contenu des accords » sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes sans parler en la matière de « l'émergence de bonnes pratiques de la négociation de branche ». Le discours se veut donc généralement positif, voire incitatif. En matière de salaires, le bilan conclut ainsi que « la mobilisation reste forte, mais des marges de progression subsistent ». C'est sur ce terrain de l'appréciation qualitative que les intentions qui sous-tendent l'élaboration de ces études sont les plus flagrantes. Il n'est bien entendu pas question de démentir ou de minorer à l'excès le rôle que peut jouer la négociation collective. Le discours n'est donc pas péjoratif, mais bien mélioratif. En constituant une vitrine pour l'action négociée, le bilan contribue à sa promotion et donc à la diffusion de cette pratique.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

De manière encore plus marquante, le bilan annuel de la négociation collective de l'année 2013 contient un avant-propos qui dresse un état des lieux pour le moins flatteur de l'action négociée et laisse peu de doutes sur le sens que ses auteurs entendent lui donner. On apprend ainsi que « les réalisations de l'année écoulée soulignent que les partenaires sociaux ont su s'emparer des enjeux économiques et sociaux les plus importants » et que « les accords conclus à tous les niveaux de négociation ont apporté les premières réponses concrètes, tenant compte d'un nécessaire équilibre entre les droits des salariés et les besoins des entreprises pour améliorer ou parfois préserver leur compétitivité ». Plus loin, c'est l'ANI du 11 janvier 2013 qui est fêté comme la preuve « que notre modèle de démocratie sociale était capable d'aboutir à une réforme importante du marché du travail permettant de créer des droits nouveaux pour les salariés et de lutter contre la précarité tout en améliorant les marges d'adaptation des entreprises et favoriser la préservation de l'emploi dans les situations difficiles ». Enfin, relevons que « l'accord sur la formation professionnelle est également une illustration majeure du fait que, contrairement à une vision négative parfois véhiculée, les partenaires sociaux sont porteurs de changements concrets qui touchent au quotidien des entreprises et de leurs salariés, notamment les moins qualifiés, mais aussi des demandeurs d'emploi ». L'impression qui ressort de cette lecture ne pourrait qu'être positive si l'on ignorait les difficultés et les vives contestations qui ont entouré aussi bien la méthode de négociation que le contenu des accords. Cela prouve du reste que les bilans établis n'ont pas pour enjeu de remettre en cause la pertinence du procédé de l'accord collectif.

2. Les circulaires ministérielles

289. En principe, les circulaires édictées par l'administration sont des actes unilatéraux non décisifs. Il s'agit de simples recommandations, d'instructions ou d'explications produites bien souvent par les ministères compétents. La circulaire n'a vocation, en temps normal, qu'à jouer un rôle interprétatif à destination principalement des agents des services. Toutefois, il n'est pas rare que les administrés eux-mêmes attendent la publication d'une circulaire pour mieux comprendre le sens à donner à un texte législatif ou réglementaire. Si elles se font le relai d'un discours très institutionnel, il arrive qu'elles tentent d'orienter l'interprétation d'un texte de telle sorte que soit privilégié un certain comportement des

administrés. C'est du moins ce qui apparaît ponctuellement en matière de négociation collective. À leur manière donc, ces circulaires contribuent à la transmission du modèle de l'accord collectif de travail en plaidant en sa faveur. À titre d'illustration, il est possible de citer la circulaire du 18 mars 2014 relative à la base de données économiques et sociales (BDES). Le discours tenu par le ministre du travail est clair. Après avoir justifié l'importance de rationaliser et d'améliorer la qualité de l'information transmise au comité d'entreprise, il est fait état de la nécessité de réformer la matière en instituant un outil unique d'organisation et de mise à disposition de ces informations. Vient l'expression du souhait du ministre, à savoir que les employeurs construisent « la base de données en lien étroit avec les IRP et les organisations syndicales représentatives de leur entreprise », à ce titre celui-ci estime *in fine* que « la négociation d'un accord sur ce thème pourrait être opportune »⁸²⁰. Les articles L. 2323-7-2 et s. du Code du travail ne prévoient pourtant rien à ce sujet⁸²¹. C'est donc sans référence aucune à la loi qu'elle est censée éclairer que la directive ouvre de la sorte un espace de négociation. L'invite est plutôt étonnante si on garde à l'esprit qu'une circulaire est en principe destinée aux agents de l'administration. On remarque avec intérêt que la loi Rebsamen du 17 août 2015 a quelque peu emboîté le pas en autorisant notamment les négociateurs d'entreprise à définir la liste et le contenu de certaines informations récurrentes dont la BDES est le réceptacle.

290. Plus largement, de par leur style plus littéraire, et ce malgré leur présentation fréquente sous forme de fiches pratiques, les circulaires sont l'occasion pour le ministre de justifier la réforme opérée et au passage, le recours croissant à la négociation collective. Là encore, on pourrait multiplier à l'envi les exemples de ces déclarations faisant l'éloge de l'action négociée. Nous nous contenterons d'évoquer ici la circulaire du 13 novembre 2008 relative à la loi du 20 août 2008⁸²². Là encore, il s'agit de souligner la nécessité de la réforme en rappelant qu'elle avait été appelée de leurs vœux par une série de rapports d'expertise et par les interlocuteurs sociaux signataires de la position commune. La paternité, ou la responsabilité du texte est ainsi partagée. L'enjeu est clairement affirmé. Les nouvelles dispositions légales « qui s'inscrivent dans une évolution tendant à donner davantage de

⁸²⁰ Circulaire DGT 2014/1, fiche n°1.

⁸²¹ Futur art. L. 2323-8 du Code du travail à compter du 1^{er} janvier 2016.

⁸²² Circulaire DGT n°20 du 13 novembre 2008.

place à la négociation collective et au dialogue social visent à conférer encore plus de légitimité aux acteurs sociaux et à leurs accords aux différents niveaux interprofessionnel, de branche et d'entreprise ». Sont alors égrainés les mérites de la loi, à savoir « une légitimité accrue tirée des élections et de la mesure de représentativité », « des acteurs syndicaux confortés dans un nouveau cadre de négociation », « une légitimité plus grande des accords collectifs », etc. Qu'on ne s'y trompe guère, la promotion de la loi est ici assurée. Toutefois, on ne peut s'empêcher de penser que cette entreprise n'est pas sans incidence sur l'image du modèle de l'accord collectif de travail. Faire l'éloge d'une loi qui renforce considérablement la place de la négociation collective spécialement en matière de temps de travail, revient à promouvoir le modèle. Cette promotion est d'autant plus assurée lorsque de hauts fonctionnaires décident de mettre leur expertise à son service.

3. L'expertise des hauts fonctionnaires

291. Les rapports d'expertise diligentés par le Gouvernement auprès de hauts fonctionnaires et qui ont pour thème la négociation collective sont nombreux. Ceux-ci ont grandement contribué à la valorisation du procédé de l'accord collectif en droit du travail. Ils en orientent même une évolution dont on ne peine plus vraiment aujourd'hui à identifier les lignes de force : promotion de l'accord collectif par rapport à la loi, mais aussi mise en avant de formes de négociation collective décentralisées au premier rang desquels figure la négociation d'entreprise⁸²³. Comment ne pas songer dans cette perspective au tout récent rapport Combrexelle qui semble annoncer la substance des réformes à venir⁸²⁴ ?

Cette influence se fait également ressentir au-delà du droit privé du travail. La fonction publique constitue à ce titre un domaine privilégié d'expertise pour les hauts fonctionnaires. Elle emprunte à ce titre des formes caractéristiques de l'expertise administrative telle que par exemple le livre blanc. M. Jacques Fournier est ainsi à l'origine d'un livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique rendu en 2002 au ministre de la fonction publique⁸²⁵. Bien plus que la forme, c'est le contenu de ce document qui

⁸²³ V. par exemple, M. de Virville, *Pour un code du travail plus efficace*, Rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, La documentation française, 2004.

⁸²⁴ J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, rapport au premier ministre, septembre 2015.

⁸²⁵ J. Fournier, *Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique*, La documentation française, 2002.

interpelle puisque son auteur se donne pour but de penser une négociation collective dans le domaine de la fonction publique sans pour autant revenir sur la situation statutaire des fonctionnaires.

Dans la même lignée, M. Jean-Ludovic Silicani a lui aussi rédigé un livre blanc sur l'avenir de la fonction publique en 2008. Là encore le recours à la négociation collective est préconisé. Une proposition est formulée à cet égard : « des accords collectifs pourraient être négociés entre les employeurs publics et les organisations syndicales représentatives, d'une part, en ce qui concerne les contractuels des collectivités publiques, pour l'ensemble des questions qui les concernent, d'autre part, en ce qui concerne les agents titulaires, pour les questions n'ayant pas un caractère statutaire (formation, conditions de travail, politique sociale, rémunération fonctionnelle, etc.) ». Plus encore, le rapport prévoit que de tels accords « auraient force obligatoire après leur approbation par décret ou par la loi »⁸²⁶.

292. Au final, il apparaît que les préconisations de ces rapports n'ont été prises en compte que partiellement dans le cadre de la loi du 5 juillet 2010. Il n'en demeure pas moins qu'en conférant un véritable régime juridique aux accords collectifs conclus dans le domaine de la fonction publique, à défaut de leur reconnaître une force juridique, le législateur s'est inscrit, malgré tout, dans la lignée des rapports ici évoqués, ce qui est déjà remarquable en soi. Plus étonnant encore est le devancement des pouvoirs publics par les acteurs de la société civile.

C) Le discours émanant de la société civile

293. Le Livre blanc de la gouvernance de l'Union européenne définit la société civile comme regroupant « notamment les organisations syndicales et patronales (les « partenaires sociaux »), les organisations non gouvernementales (ONG), les associations professionnelles, les organisations caritatives, les organisations de base, les organisations qui impliquent les citoyens dans la vie locale et municipale ». La définition organique ainsi retenue est pour le moins large. Elle permet d'envisager l'action d'un grand nombre d'acteurs dans la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail.

⁸²⁶ J.-L. Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique : faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France*, La documentation française, 2008, Proposition n°14, p. 116.

Il va de soi que parmi les acteurs évoqués, les interlocuteurs sociaux sont les mieux placés pour recourir au modèle. L'histoire de la négociation collective est d'ailleurs fortement tributaire des interlocuteurs sociaux en ce sens que c'est la pratique qui a devancé la reconnaissance par le législateur de l'accord collectif de travail en 1919. Il ne faudrait pas oublier, à ce titre, que la règle de droit, règle abstraite, est le fruit de l'observation d'une réalité sociale à laquelle elle s'applique en retour. Autrement dit, ce sont avant tout « les pratiques sociales, par nature, [qui] sont aptes à constituer des modèles de règles juridiques, car elles se reproduisent et finissent par être considérées comme obligatoires ». D'ailleurs, certaines ont fini par être traduites dans la règle de droit : la représentation du personnel, la grève, la négociation collective »⁸²⁷. Par cette opération, un modèle initialement pensé par la pratique sociale se convertit alors en modèle légal. Plus récemment, les accords de Bercy du 2 juin 2008 visant à rénover le dialogue social dans la fonction publique française ont annoncé la réforme opérée par la loi du 5 juillet 2010. De même, certains régimes de protection sociale ont été créés sur une base conventionnelle à l'initiative des interlocuteurs sociaux. Il en va ainsi de l'assurance chômage, mais aussi et surtout des régimes de retraite complémentaire AGIRC et ARCCO.

Mais les interlocuteurs sociaux n'incarnent pas à eux seuls la société civile. Le droit du travail est régulièrement scruté et analysé par des groupes dits de réflexion qui se veulent force de proposition et formulent régulièrement des rapports d'étude. Certains d'entre eux ne renient pas, à ce titre, la qualification de « think tank ». Or, il n'est pas rare que les rapports produits par ces groupes fassent la promotion du modèle de l'accord collectif. La fondation Terra nova a ainsi publié un rapport réalisé par MM. Cette et Barthélémy à l'intitulé évocateur : « Réformer le droit du travail »⁸²⁸. L'intitulé du rapport réalisé par l'Institut Montaigne est tout aussi parlant : « Sauver le dialogue social. Priorité à la négociation d'entreprise »⁸²⁹.

294. Afin d'attester de l'influence potentielle d'acteurs non syndicaux issus de la société civile, le droit de la consommation peut être pris comme point de repère. Dans les années 1970, sous l'impulsion des pouvoirs publics, un embryon de négociation collective a pu

⁸²⁷ F. Petit, « Esprit du droit et modèles en droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de P.-G. Pougoué*, Wolters Kluwer, CREDIJ, 2014, p. 629.

⁸²⁸ G. Cette et J. Barthélémy, *Réformer le droit du travail*, Terra nova, Odile Jacob, 2015.

⁸²⁹ Institut Montaigne, *Sauver le dialogue social. Priorité à la négociation d'entreprise*, septembre 2015.

prendre forme dans ce domaine. Le mouvement consumériste connaissait alors un véritable essor en France. Pour remédier aux premiers conflits de masse, les pouvoirs publics avaient été amenés, dans un premier temps et informellement, à promouvoir la concertation, entendue au sens large, comme mode de règlement des conflits. Les accords Delmon, conclus en 1973, 1974 et 1976, constituent à ce titre la première expérience de négociation collective dans le domaine des relations consuméristes, spécialement dans le domaine des baux d'habitation⁸³⁰. Le contenu de ces accords sera en partie repris quelques années plus tard dans la loi Quilliot qui organisa pour la première fois de manière formelle la négociation collective entre représentants des bailleurs et des locataires au sein de la commission nationale des rapports locatifs. Sans qu'il soit nécessaire pour l'heure de s'interroger sur la valeur juridique des accords collectifs de la consommation, les accords Delmon ont pu être analysés comme « le premier pas –encore hésitant certes, mais celui qui compte le plus- vers la conclusion de véritables conventions collectives de consommation conclues entre représentants des professionnels et représentants de consommateurs »⁸³¹.

Professionnels et associations de consommateurs ont tenté de réitérer l'expérience, avec plus ou moins de succès dans d'autres secteurs que celui des baux d'habitation⁸³². Mais l'absence de cadre juridique clair plongeait ces accords dans un flou juridique rédhibitoire. Peu d'accords furent signés et la plupart étaient simplement jugés facultatifs. Certains justifient cet échec quantitatif par l'absence de régime juridique et surtout par l'absence de force obligatoire conférée à de tels accords. La solution était ainsi toute trouvée. Le 7 janvier 1980, onze organisations de consommateurs faisaient parvenir à René Monory, alors ministre de l'économie, une lettre dans laquelle elles lui faisaient part de leur volonté « de ne plus participer à aucune des négociations en cours avec les professions et les Pouvoirs publics, tant que ne [serait] pas mis en place le cadre institutionnel permettant d'aboutir à des accords négociés et à leur application réelle »⁸³³. Les associations de consommateurs se voulaient toutefois force de proposition. C'est pourquoi elles décidèrent de communiquer à

⁸³⁰ Accords conclus sous l'égide de la Commission permanente pour l'étude des charges locatives présidée par M. Delmon et réunissant à la fois des organismes de propriétaires d'immeubles et de locataires ou plus largement de consommateurs.

⁸³¹ J. Calais-Auloy et L. Bihl, « Le consumérisme et ses aspects collectifs », *La semaine juridique*, éd. Commerce et industrie, 1978, 7004, pp. 158 et 159.

⁸³² C'est ainsi que des accords ont notamment vu le jour dans le domaine de l'assurance. Protocole d'accord sur « la situation du consommateur en présence de l'assurance » du 24 février 1977 signé entre certaines organisations de consommateurs, l'INC et la Fédération française des Sociétés d'assurance.

⁸³³ *Consommateurs-Actualité*, 18 janvier 1980, n°228, p. 5.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

la presse le 9 janvier 1980, les bases d'un avant-projet de loi relatif entre les organisations de consommateurs et les professionnels. La lettre dudit projet est édifiante comparée avec certaines dispositions de la loi du 13 juillet 1971, alors en vigueur, relative aux conventions collectives de travail.

Avant-projet de loi relatif aux conventions entre les organisations de consommateurs et les professionnels du 9 janvier 1980	Loi du 13 juillet 1971 relative aux conventions collectives de travail
Article 1 : La présente loi est relative à la détermination des relations collectives entre professionnels et consommateurs. Elle définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des consommateurs à la négociation de l'ensemble des dispositions devant définir leurs relations avec les professionnels.	Article 1 ^{er} : [...] Le présent chapitre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et travailleurs ; il définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des travailleurs à la négociation collective de l'ensemble des conditions de travail et de leurs garanties sociales.
Article 3 : La convention collective de la consommation est un accord relatif aux conditions de production, de distribution, de vente ou de fourniture de tout produit mobilier ou immobilier ou service conclu entre : <ul style="list-style-type: none">- d'une part, une ou plusieurs organisations de consommateurs reconnues les plus représentatives au plan national conformément à l'article 11, ou qui sont affiliés aux dites organisations ;- d'autre part, une ou plusieurs	Article 2 : [...]La convention collective est un accord relatif aux conditions de travail et aux garanties sociales qui est conclu entre : <ul style="list-style-type: none">- d'une part, une ou plusieurs organisations syndicales de travailleurs reconnues les plus représentatives au plan national conformément à l'article 31 f du présent livre, ou qui sont affiliées auxdites organisations ou qui ont fait la preuve de leur représentativité dans le champ d'application professionnel ou territorial de la convention collective ;- et d'autre part, une ou plusieurs

<p>organisations syndicales professionnelles ou tout autre groupement de professionnels ou un ou plusieurs professionnels pris individuellement.</p> <p>La convention peut comporter des dispositions plus favorables aux consommateurs que celles des lois et règlements en vigueur, mais ne peut déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements.</p> <p>Les conventions déterminent leurs champs d'application qui peut être national, régional, local ou limité à un ou plusieurs professionnels.</p>	<p>organisations syndicales d'employeurs ou tout autre groupement d'employeurs ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement</p> <p>La convention peut comporter des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements en vigueur. Elle ne peut déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements.</p> <p>Les conventions collectives déterminent leur champ d'application. Celui-ci est national, régional, local ou limité à un ou plusieurs établissements ou à une ou plusieurs entreprises.</p>
---	--

295. La lecture de ces quelques extraits permet d'affirmer que le modèle légal de l'accord collectif de travail tel qu'il résultait de la loi du 13 juillet 1971, a très fortement inspiré les associations de consommateurs. Le mimétisme est saisissant, mais c'est, sans doute, avancer au stade de la réception du modèle que de trop insister sur ce point. Toutefois, ce projet ne fut pas relayé. Cela n'empêcha pas les acteurs du droit de réfléchir à un moyen de donner une véritable teneur juridique aux accords collectifs de la consommation. Le tout nouveau ministère de la consommation élabora un projet visant à instituer de nouveaux accords collectifs de la consommation, baptisés « contrats pour l'amélioration de la qualité ». Le 12 juillet 1983, un décret⁸³⁴, aujourd'hui codifié à l'article D.511-2 du Code de la consommation, fut promulgué. Il prévoit que « des accords entre professionnels ou prestataires de services publics et privés et consommateurs ou usagers peuvent être négociés dans le cadre du Conseil national de la consommation ». Au vu des développements ici proposés, il ressort clairement que la société civile est en mesure de jouer un rôle majeur dans la transmission du modèle de l'accord collectif de travail.

⁸³⁴ Décret n° 83-642 du 12 juillet 1983.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

Les supports de transmission ici envisagés se caractérisent par leur grande diversité. Toutefois, les techniques, notamment argumentatives, sur lesquelles elles prennent appui sont communes bien qu'elles aussi, multiples et diverses.

Conclusion de chapitre

296. La transmission d'un modèle, qu'il soit juridique ou non, n'est pas un acte instantané. Il suppose que certaines dispositions préparatoires soient réunies, sans lesquelles la transmission n'est pas possible. Celles-ci ont été qualifiées de prérequis. Elles tiennent à la fois au champ et aux supports de transmission. S'agissant du champ, il a été indiqué que la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail n'était envisageable que dans les domaines où s'observe une certaine configuration qui tient à la fois aux acteurs de la négociation éventuelle et à son objet. Il est intéressant d'observer sur ce point que cette configuration se retrouve en bien des domaines attestant du potentiel de diffusion du modèle de l'accord collectif de travail. Mieux, l'établissement de ces prérequis est également source d'enseignements sur la substance du modèle lui-même. S'agissant des supports de transmission, leur étude a révélé leur diversité. Ils offrent aux promoteurs du modèle une palette très large d'instruments normatifs et extranormatifs afin de contribuer à la transmission du modèle. De plus, ils révèlent que les acteurs impliqués dans ce processus sont très nombreux et que ce dernier ne peut être envisagé de manière simpliste comme la conséquence de la seule volonté des pouvoirs publics.

Chapitre 2 Réalisation de la transmission

297. Pour apprécier au mieux le processus de diffusion du modèle de l'accord collectif de travail, une typologie des principales techniques juridiques concourant à sa transmission peut être élaborée. Selon la technique employée, l'intensité de la transmission et le degré de conformation par rapport au modèle diffèrent. Ils dépendent également des acteurs et des supports mobilisés, déjà envisagés dans le cadre de cette étude. Il existe ainsi différents degrés de transmission du modèle de l'accord collectif de travail.

Une technique n'est rien moins d'autres que le moyen mis en œuvre pour parvenir à une fin⁸³⁵, à savoir, pour ce qui nous intéresse, la transmission du modèle de l'accord collectif de travail. Cependant quelle est la spécificité de la technique juridique ? Certains la situent au niveau de sa finalité qui consisterait en « la réalisation effective de la justice entre les hommes »⁸³⁶. Toutefois, il n'est pas certain que l'on puisse réduire le droit à cette seule finalité⁸³⁷. La définition retenue par Demogue éclaire un peu plus à ce sujet. La technique juridique aurait « pour objet de reconnaître les voies par lesquelles une règle idéale de conduite obtient les caractères de la positivité et se transforme en une règle juridique obligatoire »⁸³⁸. Cependant, notre but, à ce stade, n'est pas d'attester formellement d'une telle transformation du modèle de l'accord collectif de travail même s'il est bien porteur de règles idéales de conduite. Il s'agit plus sûrement de révéler sa transmission dans de nombreuses sphères juridiques. Sans prétendre à l'exhaustivité, l'objectif est de recenser les principales techniques juridiques exploitées à cette fin. Certains auteurs ont déjà proposé par le passé de dresser un inventaire des techniques juridiques. François Gény distinguait par

⁸³⁵ En ce sens, F. Gény (*Science et techniques en droit privé positif, Elaboration technique du droit positif*, Tome 3, Sirey, 1921, p. 12), considérait que la technique juridique consiste en « l'adaptation des moyens à la fin, en vue d'assurer la pénétration efficace du droit dans la vie sociale ».

⁸³⁶ *Ibid.* p. 35.

⁸³⁷ R. Encinas de Munagorri, « Qu'est-ce que la technique juridique ? », *D.*, 2004, p. 711 : « Le droit peut conduire à des solutions justes mais aussi à des injustices, voire à la barbarie juridiquement organisée. L'Etat (technique juridique s'il en est) peut ainsi servir des visées démocratiques aussi bien que totalitaires. C'est pourquoi il convient de s'intéresser à la technique juridique et être à même d'exercer une posture critique à son égard ». V. également, D. Lochak et M. Troper, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », in *Théorie du droit et science*, ss. la dir. de P. Amssek, PUF, Leviathan, 1994, p. 293.

⁸³⁸ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit civil. Essai critique*, la Mémoire du droit, 1911, rééd. 2001, p. 204. En réalité, « la technique est plus que cela : elle est à l'origine de transformations matérielles et sociales ». Il faut en prendre acte et ne pas faire de la technique juridique le rouage d'une mécanique dont seuls les juristes auraient le mode d'emploi. Même si l'on se plaît à distinguer « d'un côté le groupe des juristes, techniciens du social, de l'autre, celui des citoyens, administrés et autres sujets de droit » et que « ce sont bien les juristes qui permettent de réaliser [l'] élaboration scientifique [du droit crée par le peuple] grâce à la technique », R. Encinas de Munagorri, *art. précit.*, p. 711.

exemple, techniques d'interprétation et techniques de qualification au stade de la réalisation du droit⁸³⁹. Or, c'est sur ce plan, celui de la réalisation, qu'il convient à présent d'étudier la transmission du modèle. À ce titre, il a été souligné que les techniques juridiques employées n'agissaient pas de la même manière. Pour être plus précis, l'étendue de la transmission diffère. Lorsque la transmission est totale, le modèle est pleinement exploité (**Section 1**). Cependant la transmission peut n'être que partielle sans que cela ne constitue, pour autant, une remise en cause de l'influence du modèle (**Section 2**).

Section 1

Les techniques de transmission totale du modèle

298. Comme toute discipline, le droit abrite des modes de raisonnement spécifiques. Le raisonnement est une opération intellectuelle, qui par l'entremise d'arguments plus ou moins codifiés, tend à emporter la conviction de l'auditoire. Autrement dit, il tend à démontrer, si ce n'est la véracité, tout au moins la cohérence d'un propos. Bien que propres au droit, les modes de raisonnement élaborés au soutien de la pensée juridique sont empruntés à cette science auxiliaire qu'est la logique. L'hypothèse ici défendue consiste à voir dans ces modes, autant de procédés permettant d'assurer la transmission du modèle de l'accord collectif de travail. Il n'est bien entendu pas question de dresser une liste complète de ces modes de raisonnement, mais bien d'identifier parmi eux ceux qui contribuent de manière significative à la transmission de notre modèle, spécialement lorsqu'ils permettent une transmission du modèle dans sa totalité. Dans ce cas, c'est toute l'armature du modèle qui se trouve transmise et non pas une partie seulement de sa structure. Plusieurs techniques sont mobilisées à cette fin, que ce soit la qualification (**§1**), l'assimilation (**§2**), l'analogie (**§3**) ou bien encore l'élargissement (**§4**).

Paragraphe 1 La qualification comme technique de transmission du modèle

299. La qualification est une opération élémentaire du raisonnement juridique. Pourtant, il n'est pas toujours aisé de déterminer ce qu'elle implique et ce qu'elle recouvre. Aussi, il

⁸³⁹ F. Gény, *op. cit.*, pp. 51 et s.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

convient d'en préciser la teneur (**A**) avant d'en donner quelques illustrations rapportées au modèle de l'accord collectif de travail (**B**).

A) La teneur du procédé de qualification

300. Prendre la mesure du procédé de qualification implique de garder à l'esprit que celui-ci peut être employé à des fins différentes. Dans une étude consacrée à la transmission et à la diffusion du modèle de l'accord collectif, il semble logique que la qualification soit perçue comme un procédé d'inclusion en ce qu'elle permet d'appareiller certaines variétés d'accords collectifs à la sphère de notre modèle (**1**). Pourtant, qualifier c'est également exclure. En effet, tous les actes juridiques dans lesquels on croit reconnaître des accords collectifs s'apparentant aux accords collectifs de travail ne sont pas nécessairement qualifiés comme tels. Dès lors, la qualification devient un vecteur d'exclusion. On pourrait croire aussi qu'elle constitue alors un frein à la diffusion de notre modèle. Il est pourtant des cas où la disqualification de l'acte permet malgré tout d'établir un lien entre lui et le modèle de l'accord collectif de travail (**2**).

1. La qualification comme technique d'inclusion

301. Activité juridique élémentaire, la qualification est traditionnellement définie comme une « opération intellectuelle d'analyse juridique [...] consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier [...] et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante »⁸⁴⁰. Il a été établi, à ce titre, que la catégorie à partir de laquelle cette qualification est réalisée constitue un référent et donc un modèle. Qualifier un acte juridique d'accord collectif de travail, autrement dit l'intégrer au sein de cette catégorie, revient donc à voir dans cet acte une déclinaison du modèle de l'accord collectif de travail. Adopter une telle qualification, c'est ainsi assurer la pérennisation et la transmission de ce modèle. Il s'agit même sans doute de l'une des voies les plus sûres d'en assurer la diffusion, car l'acte ainsi qualifié intègre littéralement la sphère du modèle même si parfois, cela se fait au prix d'une appréciation très souple des critères conditionnant l'entrée dans la catégorie.

⁸⁴⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10^e éd. V° « qualification ».

Coutumièrement, l'opération de qualification est uniquement envisagée au stade de l'application des énoncés juridiques. À ce titre, si elle permet de faire entrer un objet dans une catégorie juridique préétablie, c'est essentiellement afin d'en déterminer le régime juridique. L'assertion est bien connue, à une différence de nature correspondrait une différence de régime⁸⁴¹. En réalité, cette assertion, bien que répandue, n'est rien moins d'autre qu'un « théorème »⁸⁴², un « paradigme de la qualification parfaite » qui correspond à « un raisonnement qualificatif érigé en modèle »⁸⁴³. Ainsi, ce raisonnement qui s'appuie sur des modèles catégoriels, autrement dit des référents à partir desquels la qualification est rendue possible, constituerait lui aussi un modèle. Pourtant, les limites de ce dernier sont aujourd'hui dénoncées. Il a déjà été souligné, dans le cadre de cette étude, que l'hypothèse selon laquelle à tout objet correspondrait une unique qualification juridique et inversement est contestable⁸⁴⁴. L'accord collectif de travail en est l'illustration parfaite. Plus encore, il est des cas où le régime juridique appliqué ne correspond pas toujours à la qualification retenue⁸⁴⁵.

302. L'entreprise de subsomption que constitue la qualification relève essentiellement de l'office du juge, mais elle n'est pas son apanage. En effet, elle intervient également au stade de la création des énoncés juridiques. Certains auteurs parlent à ce titre de « qualification textuelle »⁸⁴⁶. Dans ce cas, le législateur tente, par anticipation, de dicter aux acteurs amenés à mettre en œuvre l'énoncé législatif, comment il convient de qualifier l'acte juridique en cause⁸⁴⁷. Toutefois, il importe peu, sur le terrain de la finalité attachée à cette technique juridique, que la qualification intervienne au stade de l'élaboration de l'énoncé

⁸⁴¹ Sur cette assertion, J.-L. Bergel, « Différence de nature = différence de régime », *RTDciv*, 1984, p. 255.

⁸⁴² M.-L. Mathieu, « L'objet mixte », in *Mélanges en l'honneur de J.-L. Bergel*, Bruylant, 2013, p. 357.

⁸⁴³ P. Partyka, *Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé français*, Thèse Montpellier 1, 2004.

⁸⁴⁴ Cf. *supra*, Titre 1, chapitre 1, section 1.

⁸⁴⁵ Sur cette question, cf. P. Partyka, *op. cit.*

⁸⁴⁶ V. par exemple, C. Vautrot-Schwarz, pour qui ce type de qualification constitue une « projection de la qualification telle que le jurislatureur voudrait qu'elle fût au niveau de l'application du droit. En d'autres termes, elles dictent au décideur ce que sera la décision de qualification sans que ce dernier ait besoin de procéder lui-même à l'opération de qualification qui lui aurait seule permis de parvenir à cette décision-parmi d'autres », *La qualification juridique en droit administratif*, LGDJ, 2009, p. 22.

⁸⁴⁷ L'article L.7313-1 du Code du travail offre une illustration de ce type de qualification : « Toute convention dont l'objet est la représentation, conclue entre un voyageur, représentant ou placier et un employeur est, nonobstant toute stipulation expresse du contrat ou en son silence, un contrat de travail ».

normatif ou de son application. En effet, il s'agit à chaque fois de s'assurer que l'acte que l'on cherche à qualifier est conforme à un modèle préexistant, pour ce qui nous intéresse, celui de l'accord collectif de travail.

La qualification est en principe indisponible. L'existence d'un accord collectif de travail ne doit donc dépendre ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention⁸⁴⁸. Selon les cas, la qualification peut être « libre » ou « forcée »⁸⁴⁹. Lorsqu'elle est libre, le détenteur du pouvoir de qualification dispose d'une marge d'appréciation pour déterminer si les critères de qualification sont bel et bien remplis. Tel n'est pas le cas lorsque la qualification est forcée. Il en va notamment ainsi lorsque la loi institue une présomption. Cette technique consiste à tirer d'un fait connu un fait inconnu. Elle dispense celui qui invoque la présomption d'apporter la preuve de l'existence du fait inconnu⁸⁵⁰. Toutefois, en matière d'accord collectif de travail, un tel procédé n'a, à notre connaissance, pas cours, la loi ne présumant en aucun cas, que ce soit de manière simple ou irréfragable, l'existence d'un accord collectif de travail. La transmission du modèle de l'accord collectif de travail n'est ainsi rendue possible que dans des configurations de qualification libre. Dans cette configuration, la qualification se veut inclusive dès lors qu'elle permet d'intégrer un objet dans une catégorie juridique prédéfinie. Néanmoins, elle est également source d'exclusion pour les objets qui n'en remplissent pas les critères.

2. La qualification comme technique d'exclusion

303. Il est une autre dimension de la qualification qui peut être évoquée. Jusqu'ici, cette technique juridique a essentiellement été analysée comme une technique d'appareillement d'un objet à une catégorie juridique. En ce sens, la qualification joue un rôle d'inclusion.

⁸⁴⁸ Il s'agit là d'une application de l'article 12 du Code de procédure civile qui prévoit que le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. A cette fin, le juge est tenu de restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux qui lui sont soumis sans s'arrêter à la dénomination que les parties lui proposent. Très clairement identifié en matière de contrat de travail, ce principe trouve également à s'appliquer en matière d'accord collectif de travail.

⁸⁴⁹ B. Géniaut parle à propos des qualifications de contrat de travail « directement déterminées par la loi », de « forçage légal de la qualification » : « Les rapports appréhendés par le droit du travail, branche du droit », *SSL*, supp., n°1494, 2011, pp. 34 et s.

⁸⁵⁰ Cette technique est notamment utilisée en droit du travail pour intégrer des catégories de travailleurs non-salariés dans le giron du droit du travail. V. par exemple, l'article L. 7112-1 du Code du travail : « Toute convention par laquelle une entreprise de presse s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un journaliste professionnel est présumée être un contrat de travail ».

Toutefois, elle a également et nécessairement une fonction d'exclusion dès lors que l'objet auquel elle est refusée ne peut se voir appliquer le régime juridique de la catégorie à laquelle on espérait le rattacher. Lorsqu'elle exerce cette fonction, la qualification semble ne pas pouvoir contribuer à la transmission du modèle de l'accord collectif de travail. En effet, refuser la qualification d'accord collectif de travail à un acte juridique revient, de fait, à faire obstacle à la diffusion du modèle qui le porte. Pourtant, rien n'est moins sûr. Plusieurs raisons peuvent être avancées. La plus évidente tient au fait que le modèle à partir duquel la qualification est refusée n'est pas nécessairement celui de l'accord collectif de travail. Dans ce cas, le refus de qualification est l'occasion d'une requalification. Un acte présenté comme un simple engagement d'honneur peut se voir, par exemple, requalifié en accord collectif de travail. Toutefois, cette requalification n'est rien moins d'autres qu'une opération de qualification de type inclusif. Plus fondamentalement, une autre raison peut être avancée. Il est possible de se demander si le refus de qualification ne signale pas parfois une influence même minime du modèle de l'accord collectif de travail. En effet, il est intéressant de noter que dans ce cas, et ce, même si la qualification d'accord collectif de travail n'est pas retenue, la catégorie légale fait malgré tout figure de référent. Plus précisément, elle fait office d'anti-modèle sur lequel on refuse de s'aligner sans qu'il soit nécessaire, pour cela, d'exprimer à son encontre un quelconque jugement de valeur. Dans ce cas, le raisonnement qui tend à conclure à l'impossibilité de se référer à un modèle, constitue un raisonnement *a contrario*. Malgré tout, la volonté de rapporter au modèle un objet, même si c'est afin de les dissocier, atteste d'une proximité conceptuelle significative. Du moins, c'est ce qu'il est possible de démontrer au travers d'un exemple.

Selon les termes mêmes de l'article L. 3132-29 du Code du travail, le préfet a la possibilité d'ordonner par arrêté la fermeture au public des établissements d'une profession ou d'une zone géographique pendant une certaine période. Celle-ci n'est admise que sur demande des syndicats intéressés lorsqu'un accord est intervenu entre les organisations syndicales de salariés et les organisations d'employeurs dans une profession ou une zone géographique définies, sur les conditions dans lesquelles le repos hebdomadaire est ordonné aux salariés⁸⁵¹. Au premier abord, il semble peu discutable qu'un tel accord puisse être

⁸⁵¹ La loi Macron n°2015-990 du 6 août 2015 prévoit désormais qu'à « la demande des organisations syndicales représentatives des salariés ou des organisations représentatives des employeurs de la zone géographique concernée exprimant la volonté de la majorité des membres de la profession de cette zone géographique, le préfet abroge l'arrêté mentionné », art. 255.

qualifié d'accord collectif de travail. En effet, l'accord dont il est ici question est signé par les représentants des salariés et d'employeurs. De même, son objet semble concerner les conditions de travail de ces mêmes salariés. D'ailleurs, une telle qualification serait pour le moins intéressante dans le cadre d'une étude consacrée à la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail. Néanmoins, il faut relever que la décision prise par le préfet suite à l'accord ainsi signé, produit les effets d'un acte réglementaire. Autrement dit, « c'est le contenu de l'accord –l'édition d'un arrêté préfectoral- qui implique la négation de sa qualité de source »⁸⁵². Plus explicitement, cela signifie que l'accord ainsi relayé par voie d'arrêté, a vocation à s'appliquer à tous les établissements compris dans son champ d'application peu importe qu'ils embauchent des salariés ou non. Autrement dit, cet accord n'a pas vocation à s'imposer aux seuls salariés, mais également aux travailleurs indépendants qui tiennent ces établissements et travaillent à leur compte. On pourrait ainsi voir dans cet accord, une manifestation, malgré tout modeste, du passage d'un droit du travail salarié à un droit du travail « sans adjectif ».

Toutefois, ce n'est pas la qualification retenue par les juridictions françaises. Pour ce faire, elles s'attachent à l'objet de ce type d'accord. Le Conseil d'État estime ainsi que ces accords permettent simplement l'édition d'arrêtés préfectoraux de fermeture hebdomadaire, mais n'ont pas d'effet juridique propre. Il en conclut que ces accords n'ont pas « la nature d'accord collectif régi par le titre III du livre Ier du Code du travail »⁸⁵³. L'arrêté du préfet est ainsi érigé au rang de condition de validité dudit accord, ce qui n'est pas sans évoquer l'agrément de certaines conventions collectives conclues dans le domaine de la protection sociale. Pour sa part, la Cour de cassation estime de longue date que le droit commun des accords collectifs de travail ne s'applique pas à ces accords, que ce soit s'agissant de l'exigence d'un écrit⁸⁵⁴ ou de l'application du principe de faveur⁸⁵⁵.

Il serait sans doute exagéré de voir dans ces décisions une contribution très nette à la transmission du modèle de l'accord collectif de travail. Elles semblent, en effet, restreindre son étendue. Pourtant, il est une autre manière de les apprécier. Si la qualification d'accord

⁸⁵² L. Fontaine, « Le Conseil d'Etat et les sources privées du droit social. Quelques remarques théoriques sur un contentieux », in *Le Conseil d'Etat et le droit social*, ss. la dir. de J.-F. Akandji-Kombé, Montchrestien, Grands colloques, 2011, p. 89.

⁸⁵³ CE, 15 mai 2006, *Société Cesagui*, n°277361, *JCP*. éd. S, 2006, n°1578, note A. Cermolacce. L'annotateur se demande toutefois si la Cour de cassation aurait suivi le même raisonnement.

⁸⁵⁴ Crim. 15 décembre 1964, *Bull. crim.*, p. 338, n°711.

⁸⁵⁵ Soc. 23 novembre 2005, *RJS*, 5/06, n°586. A rapprocher partie 2, titre 1.

collectif de travail est rejetée, celle d'accord collectif ne l'est pas pour autant. En ce sens, la qualification telle qu'elle ici exercée, est essentiellement tributaire d'une approche catégorielle stricte. Or, si l'on retient une approche plus compréhensive de la catégorie d'accord collectif, il n'existe aucune raison d'exclure l'accord fixant un jour de repos hebdomadaire obligatoire.

304. Ces décisions demeurent donc significatives pour au moins deux raisons. D'une part, elles renseignent sur le modèle de l'accord collectif de travail lui-même. Sa validité ne peut être conditionnée, dans l'esprit des juges, à l'obtention d'une décision administrative. D'autre part, elles mettent au jour un lien qui, bien que renié, demeure entre le modèle légal et jurisprudentiel de l'accord collectif de travail et certaines variétés qui naviguent autour de lui. Sur ce point, un second exemple de disqualification peut être donné. Il est issu d'un arrêt rendu le 22 octobre 1979 par la chambre commerciale de la Cour de cassation⁸⁵⁶. En l'espèce, il était question d'un accord collectif conclu par les compagnies pétrolières et les locataires-gérants de stations-service. La Haute juridiction judiciaire a estimé que l'accord en question « n'avait pas le caractère impératif d'une convention collective ou d'une décision règlementaire ». L'exclusion de la qualification d'accord collectif de travail se comprend aisément dès lors que le lien qui unit ces compagnies aux locataires gérants n'est pas un rapport de travail salarié. Pourtant, il ne semble pas que ce soit la raison qui ait motivé la Cour de cassation à refuser une telle qualification. En effet, en l'espèce, elle faisait remarquer que l'accord invoqué résultait d'un « communiqué publié par la direction des carburants du ministère de l'industrie et du commerce le 5 juillet 1968 à la suite de conversations entre représentants de la profession pétrolière et les fédérations de détaillants ». Le support sur lequel figurait cet accord semble donc avoir exercé une influence sur la décision. De même, la Cour n'indique pas si elle exclut la qualification de convention collective ou celle de convention collective de travail. Il n'empêche que dans cette décision, un lien est manifestement établi entre les accords interprofessionnels pétroliers (AIP) et les accords collectifs de travail⁸⁵⁷. La Cour de cassation n'a d'ailleurs pas hésité, par la suite, à considérer que ces AIP étaient applicables aux parties d'un contrat de

⁸⁵⁶ Com. 22 octobre 1979, Bull. IV, n°262. V. les obs. de L. Boy, (3 arrêts), JCP éd. G, 1981, Juris., n° 19607.

⁸⁵⁷ La Cour de cassation signale que la réclamation par des gérants salariés de l'application d'un AIP ne vaut pas à elle seule renonciation de leur statut issu du Code du travail. Il faut pour cela que ces gérants aient manifesté une volonté claire et non équivoque en ce sens. Soc., 16 janvier 2002, n° de pourvoi : 00-41.487.

location-gérance⁸⁵⁸. De là à conclure que ces accords constituent des accords collectifs de travail, il n'y a qu'un pas que nous ne saurions franchir. Un auteur a néanmoins estimé que « les conditions dans lesquelles ceux-ci se trouvent », les prérequis serait-on tenté d'écrire, « les rapprochent singulièrement de la situation faite aux salariés ». Aussi, « l'expérience du droit du travail devrait permettre de transposer partiellement les règles dégagées en cette matière au secteur [...] de la location-gérance des stations-service »⁸⁵⁹.

Les exemples ici donnés ont permis de mettre au jour la dualité fonctionnelle de l'opération de qualification. Il convient dès à présent, de manière plus méthodique, de détailler son mode de fonctionnement en faisant la lumière sur quelques-unes de ses manifestations.

B) Les manifestations du procédé

305. S'il est tentant de se lancer dans une étude exhaustive des manifestations du procédé de qualification juridique au service ou non du modèle de l'accord collectif de travail, l'ampleur de la tâche invite à adopter une approche plus modeste. Aussi, il est préférable ici de se cantonner à l'étude de quelques cas d'accords dont la qualification incertaine constitue une source de vives interrogations sur la diffusion et la transmission du modèle. Il en va ainsi des positions communes **(1)**, des accords-cadres **(2)**, des protocoles de fin de conflit **(3)** ou bien encore des accords de groupe **(4)**.

1. Les positions communes rapportées au modèle de l'accord collectif de travail

306. Le juge a traditionnellement pour mission de donner aux faits et aux actes juridiques leur exacte qualification.⁸⁶⁰ Cette règle trouve bien entendu à s'appliquer dans le champ des accords collectifs de travail. En témoigne l'arrêt du 17 septembre 2003.⁸⁶¹ En l'espèce, un accord-cadre sur l'organisation et la durée du travail avait été conclu dans les industries chimiques entre l'Union des industries chimiques d'une part, et les fédérations professionnelles et la Fédération chimie-énergie FCE-CFDT, d'autre part. Le texte de l'accord

⁸⁵⁸ Com, 27 février 2001, n° de pourvoi : 98-21.075.

⁸⁵⁹ Com. 22 octobre 1979, Bull. IV, n°262. V. les obs. de L. Boy, (3 arrêts), JCP éd. G, 1981, Juris., n° 19607.

⁸⁶⁰ Art. 5 CPC.

⁸⁶¹ Soc. 17 septembre 2003, Bull. V n° 240, 01-10706.

prévoyait notamment en son article 16 que ledit accord ne serait pas applicable si l'arrêté d'extension auquel il subordonnait son entrée en vigueur excluait l'une de ses dispositions. Or, il s'est avéré que l'arrêté d'extension excluait bien certains de ses articles. Pour se délier de leur engagement initial, les signataires de l'accord décidèrent alors de signer un document intitulé « position commune » par lequel ils déclaraient l'accord malgré tout applicable. Opposées à une telle initiative, des organisations syndicales non-signataires de l'accord initial demandèrent, pour leur part, à ce qu'aucun effet juridique ne soit reconnu à ce texte. En appel, la Cour saisie débouta les organisations syndicales demanderesses estimant que par leur volonté les parties à la position commune avaient donné à celle-ci une véritable force juridique. Saisie à son tour, la Cour de cassation décida finalement de casser l'arrêt. Le raisonnement tenu par elle appelle quelques observations. Il est intéressant de relever qu'à l'appui de sa décision, la haute juridiction judiciaire n'a pas dénié, et là est l'essentiel, la qualification d'accord collectif de travail à la position commune en cause. Bien au contraire, elle lui en a reconnu « la nature juridique ». Simplement, elle a pris soin de rappeler « qu'un accord collectif ne peut être conclu ou révisé sans que l'ensemble des organisations syndicales représentatives ait été invité à sa négociation ».

307. Ainsi, la Cour de cassation refuse de s'arrêter à la dénomination proposée par les négociateurs sociaux. Pourtant, l'appellation de position commune laissait entendre que ses auteurs souhaitaient lui conférer la valeur d'un simple accord de principe dénué de force juridique. L'existence de tels accords est relevée aux différents niveaux que connaît la négociation collective. Toutefois, c'est au niveau national interprofessionnel que ces positions de principe ont été le plus médiatisées. Leurs auteurs expriment souvent la volonté que celles-ci n'emportent pas les effets juridiques d'un accord collectif de travail, les soustrayant par là même aux conditions de validité d'un tel accord. Encore faut-il que « le juge, qui n'est pas lié par la dénomination donnée par les parties, ne la requalifie pas [la position commune] en accord collectif » même si on constate que « les critères de distinction ne sont pas définis en l'état actuel de la jurisprudence »⁸⁶².

⁸⁶² P. Lokiec, *Droit du travail, Tome II, Les relations collectives de travail*, Thémis Droit, PUF, 2011, pp. 324 et s.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

Le juge n'est donc pas, en principe, lié par la qualification donnée par les parties à l'acte. Pourtant, si on admet que ceux-ci disposent d'une certaine liberté conventionnelle⁸⁶³, ne devrait-on pas admettre qu'ils puissent volontairement priver de toute force juridique les actes qu'ils concluent ? L'article 19 de la position commune du 9 avril 2008 stipule ainsi que la validité de la présente position « est subordonnée à l'adoption des dispositions législatives et réglementaires indispensables à son application »⁸⁶⁴. C'est admettre qu'un tel texte n'a pas vocation à produire d'effets, faute, semble-t-il, selon les interlocuteurs sociaux, de ne pas disposer du pouvoir suffisant pour prendre de telles mesures. Qualifier un acte de position commune est loin d'être anodin. Ne devrait-on pas voir, derrière cette qualification, une invitation de la part des interlocuteurs sociaux adressée aussi bien aux pouvoirs publics qu'aux autorités juridictionnelles, à ne pas y déceler un véritable accord collectif de travail ? Dans le prolongement de cette interrogation, comment faut-il, par exemple, analyser l'« approche commune » signée par certains interlocuteurs sociaux en 2010, et portant sur la régularisation des travailleurs sans-papiers ? Pareille démarche interroge sur la capacité des organisations syndicales et patronales à négocier sur une telle thématique et à conférer à une telle approche une véritable portée normative⁸⁶⁵. De plus, elle invite à déterminer, *in fine*, quelle est l'étendue du pouvoir de qualification des interlocuteurs sociaux de leurs propres actes.

308. Le débat se concentre en réalité sur la normativité des accords qui ne remplissent pas les critères d'appartenance de la catégorie légale des accords collectifs de travail. Le droit du travail abrite de nombreux accords à la normativité peu assurée et qu'il n'est guère difficile de repérer tant les appellations dont on les gratifie bien souvent trahissent leur spécificité et laissent entendre que leurs signataires ne souhaitent pas se lier juridiquement. Aux côtés des positions communes, on relève ainsi l'existence de déclarations d'intention, d'accords de principe ou bien encore de protocoles d'accord. Ces qualifications, loin d'être infamantes,

⁸⁶³ Liberté qui implique tout aussi bien la capacité de s'engager que celle de ne pas s'engager.

⁸⁶⁴ Pareille précision relève du bon sens. A l'étude, il s'avère en effet que certaines stipulations de la position commune étaient contraires à la loi. Mais contrairement à ce que semble vouloir signifier les auteurs de cette position, cela n'empêche pas nécessairement celle-ci de produire des effets juridiques. En effet, il convient de rappeler qu'un accord collectif de travail peut compter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. Reste à déterminer alors si tel était bien le cas et si la position commune ne heurtait pas de front des dispositions d'ordre public absolu.

⁸⁶⁵ L'appellation « approche commune », qui rappelle bien évidemment celle de « position commune, laisse toutefois clairement entendre que les signataires de cet accord ont conscience de la portée normative limitée de cet accord.

ont « le mérite d'être plus proches de la réalité »⁸⁶⁶. Néanmoins, elles présentent l'inconvénient majeur de semer le doute sur la normativité même de ces accords. En effet, « ces expressions ambiguës sont censées désigner des bribes d'accords, des accords qui n'en seraient pas ou n'en seraient que par principe »⁸⁶⁷. Or, le droit ne s'embarrasse guère de ces ambiguïtés et subtilités : il y a accord collectif de travail ou il n'y a pas accord collectif de travail. L'étiquette qui est ainsi accolée à ces accords particuliers par leurs auteurs ne préjuge en rien de leur nature. *In fine*, c'est au juge qu'il appartient d'occulter le flacon et d'en analyser le contenu sans se préoccuper, outre mesure, de l'étiquette.

309. Si le principe est clair, il n'est pas toujours évident de le mettre en œuvre. Il est difficile de s'accorder au sujet de ces accords sur la qualification adéquate. Les « accords de Grenelle » de 1968 sont, à ce titre, symptomatiques. Ceux-ci ne pouvaient légitimement pas être considérés comme des accords collectifs de travail au sens du Code du travail. Ils ne donnèrent lieu d'ailleurs, qu'à un simple procès-verbal non paraphé par ses auteurs. Pourtant, la gangue était similaire. Il n'est pas étonnant, à ce titre, que la qualification de ces accords ait donné lieu à d'innombrables débats que ce soit dans les prétoires ou dans les universités. Le contentieux qu'ils nourrirent mit en lumière avec éclat, les incertitudes régnant autour de la nature juridique de ces accords. Certains salariés estimèrent ainsi qu'ils étaient en droit de réclamer un rappel de salaire sur la base des augmentations de salaire prévues par ces fameux accords. Si en première instance, cette requête fut accueillie, la Cour d'appel de Paris a en revanche estimé dans un arrêt du 13 avril 1970, que l'accord n'avait aucune valeur juridique en soi⁸⁶⁸. De son côté, la doctrine se divisa rien que sur l'exacte appellation à donner à ces accords. Les innombrables qualifications retenues à son propos témoignent indéniablement de leurs difficultés à le classer au sein des instruments juridiques classiques et à déterminer si, finalement, il convenait de voir en eux la marque de la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail. Le texte est ainsi qualifié d' « acte juridique innommé »⁸⁶⁹, « de constat de fin de crise »⁸⁷⁰, de « procès-verbal de ce qui a été

⁸⁶⁶ Y. Madiot, « Les incertitudes de la force juridique des contrats de plan », note ss. CE, 25 octobre 1996, Association Estuaire-Ecologie, *RFDA*, 1997, p. 343.

⁸⁶⁷ D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Droit des obligations*, Ellipses, 2008, p. 34.

⁸⁶⁸ CA Paris, 13 avril 1970, *JCP*, 1970, II, 16 471, note G. Lyon-Caen ; *D.* 1971, p. 13, note J. Savatier.

⁸⁶⁹ G. Lyon-Caen, note précit.

⁸⁷⁰ H. Sinay et J.-C. Javillier, *Traité de droit du travail, Tome 6 La grève*, ss. la dir. de G.H. Camerlynck, Dalloz, 2^e éd. 1984, n°26.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

acquis lors de la négociation »⁸⁷¹, « d'acte politique » ou bien encore de « gentleman's agreement »⁸⁷². Cependant, malgré cet embarras terminologique, la plupart des auteurs semblaient s'accorder sur l'essentiel : ces accords ne pouvaient être considérés comme des accords collectifs de travail au sens légal et ne pouvaient donc se voir reconnaître de force juridique. Seules une reprise de ses dispositions par une convention collective conclue en bonne et due forme ou une application volontaire de l'employeur ont permis de conférer à ces accords, de manière détournée, une force juridique⁸⁷³.

L'opération de qualification renseigne ainsi précieusement sur la transmission du modèle de l'accord collectif de travail. Les hésitations manifestées lors de la qualification d'un acte, peu importe qu'elles aboutissent ou non à le rattacher à la catégorie des accords collectifs de travail, attestent des liens conceptuels qui les unissent. L'opposition qui existe entre eux ne doit pas être exagérée, voire même dépassée⁸⁷⁴, spécialement lorsque le modèle est rapporté aux positions communes. Toutefois, le débat dépasse ces dernières. Il est intéressant, à ce titre, de constater que des interrogations similaires touchent les accords-cadres.

2. Les accords-cadres rapportés au modèle de l'accord collectif de travail

310. Apparus en marge de la législation sur les accords collectifs de travail, les accords-cadres sont une invention de la « pratique » qui serait apparue dans les années 1960. D'abord pensés au niveau national interprofessionnel, ces accords se déclinent aujourd'hui à tous les niveaux de négociation. Tous interrogent de la même manière. Peuvent-ils prétendre à la qualification d'accord collectif de travail ? Dès lors qu'ils remplissent les conditions de validité posées par le Code du travail, rien ne devrait empêcher de retenir une telle qualification. L'objet de ces accords suscite néanmoins quelques interrogations à ce sujet. Ceux-ci ont vocation à fixer les règles qui, littéralement, encadreront l'édiction des normes de travail à un autre niveau plus décentralisé. L'accord-cadre renvoie ainsi aux négociateurs des niveaux inférieurs le soin de décliner le contenu de l'accord-cadre en

⁸⁷¹ CA Paris, 13 avril 1970, D. 1971, p. 13. note J. Savatier.

⁸⁷² J. Savatier, « La Révolution de mai et le droit du travail », *Droit social*, 1968, p. 442.

⁸⁷³ Soc, 24 février 1971, *Droit social*, 1971, p. 461, note J. Savatier.

⁸⁷⁴ Cf. Partie 2, Titre 2.

tenant compte des spécificités et en l'adaptant à la configuration de leur niveau⁸⁷⁵. Dans une certaine mesure, les accords-cadres offrent de véritables « modèles, des standards qui ne trouveront leur efficacité que dans leur construction concrète et adaptée au niveau inférieur »⁸⁷⁶.

Le contenu normatif des accords-cadres s'en ressent nécessairement. Si ses dispositions manquent de précision et de clarté, il va de soi qu'elles ne peuvent être exécutées. Il faut pour cela qu'elles soient relayées par un autre accord conclu à un niveau inférieur qui lui pourra éventuellement prétendre plus facilement à la qualification d'accord collectif de travail. C'est en substance ce que la Cour de cassation s'est efforcée d'indiquer dans un arrêt du 28 mai 2008 aux termes duquel elle a estimé que c'est à juste titre qu'une cour d'appel a refusé de faire application d'un accord-cadre qui se contentait de fixer un simple objectif sans contenir de dispositions précises quant à ses modalités d'application⁸⁷⁷. Il revient donc aux juges de déterminer si l'accord qui est soumis à leur appréciation contient des dispositions suffisamment précises et claires pour être qualifié d'accord collectif de travail. À défaut, ils seront relégués au rang de simple déclaration d'intention ou d'accord de principe⁸⁷⁸. Au niveau transnational, l'on constate également l'existence d'accords-cadres. Il en va ainsi au niveau communautaire. On relèvera par exemple l'existence d'un accord-cadre européen sur le stress au travail signé le 8 octobre 2004 et transposé en France par un accord national interprofessionnel du 2 juillet 2008. S'agissant des accords-cadres internationaux, ceux-ci sont bien souvent signés par des entreprises dotées d'une assise internationale et des fédérations de travailleurs internationales⁸⁷⁹. En ce sens, ces accords ne remplissent pas les critères posés par le Code du travail pour postuler à la qualification d'accord collectif de travail. Ainsi, l'opération de qualification ne permet pas vraiment de

⁸⁷⁵ C'est là tout l'intérêt de l'accord cadre selon Mmes M.-L. Morin et F. Teyssier pour qui ce type d'accord permet de parer à l'impossibilité pour les interlocuteurs sociaux de conclure un accord précis dans un contexte de mutations économiques rapides. Plutôt que d'imposer un accord qui ne serait pas en phase avec les réalités économiques et sociales de chaque unité de négociation, l'accord cadre offre, comme son nom l'indique, un cadre dans lequel l'autonomie des négociateurs des niveaux inférieurs reste somme toute, c'est selon la souplesse des clauses de l'accord cadre, assez préservée : « Accord cadre », *Droit social*, 1988, p. 741.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 747.

⁸⁷⁷ Soc. 28 mai 2008, *Bull. civ. V*, 2008, n°116.

⁸⁷⁸ V. par exemple, Soc. 19 décembre 1989, *Bull. civ. V*, n°721.

⁸⁷⁹ On en trouve ainsi au niveau transnational dans le cadre de la responsabilité sociale des entreprises (RSE). La RSE est définie par le livre vert de la commission européenne de 2001 « comme l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes ». Sur ces accords et les nombreuses interrogations qu'ils soulèvent, voir C. Neau-Leduc, « Les accords sur la responsabilité sociale des entreprises », *Droit social*, 2008, p. 75.

rattacher ce type d'accord au modèle de l'accord collectif de travail. Il en va de même s'agissant de certains accords de fin de conflit.

3. Les protocoles de fin de conflit rapportés au modèle de l'accord collectif de travail

311. Encore une fois, le procédé technique de la qualification permet aux juges de rapporter certains protocoles de fin de conflit au modèle de l'accord collectif de travail et de leur en donner la nature juridique. Ils portent là aussi différents noms : constat, protocole ou bien encore procès-verbal de fin de conflit. Par le biais de tels actes, salariés et employeurs en conflit s'accordent à y mettre un terme. Il s'agit alors de déterminer quelle est la nature juridique de ces actes⁸⁸⁰. Dans un arrêt du 15 janvier 1997, la Cour de cassation a estimé qu'un protocole de fin de conflit devait s'analyser « soit en un accord collectif d'entreprise lorsqu'il est signé après négociation avec les délégués syndicaux par l'un d'entre eux, soit en un engagement unilatéral de l'employeur »⁸⁸¹.

312. Cette jurisprudence fait appel au modèle légal de l'accord collectif de travail. Seul l'acte signé par des personnes pourvues de la capacité de signer un accord opposable aux salariés peut être qualifié d'accord collectif de travail au sens du Code du travail. Comme l'énonce la jurisprudence ci-dessus mentionnée, pendant longtemps seules les organisations syndicales représentatives représentées par les délégués syndicaux désignés par leurs soins, avaient cette capacité. Tout accord signé par d'autres organes ne pouvait en principe prétendre à la qualification d'accord collectif de travail et était donc soumis au régime prétorien de l'engagement unilatéral de l'employeur.

Le débat sur la qualification des accords de fin de conflit n'est pas récent. Lorsqu'on sait que ce type d'accord est apparu très tôt dans l'histoire des conventions collectives de travail, on se rend compte que l'opération de qualification n'est pas toujours placée sous le signe de la sécurité et de la stabilité. Des incertitudes apparaissent également lorsque surgit une nouvelle variété d'accord collectif qu'on peine à intégrer dans les catégories préexistantes. Tel fut le cas notamment des accords de groupe.

⁸⁸⁰ Sur ces accords, v. M. Moreau, « Les règlements de fin de conflit », *Droit social*, 2001, p. 139.

⁸⁸¹ V. également Soc. 8 avril 2009, 08-40256 et 08-41045.

4. Les accords de groupe rapportés au modèle de l'accord collectif de travail

313. Au cours des dernières décennies, les accords collectifs conclus au niveau des groupes de sociétés ont soulevé quelques problèmes de qualification. Le législateur s'est longtemps refusé de reconnaître leur spécificité au sein de la catégorie des accords collectifs de travail. Dans ces conditions, la détermination de leur nature juridique demeura un temps incertaine⁸⁸². À ce sujet, la difficulté principale provenait de la détermination des négociateurs. Une frange de la doctrine s'accorda pour y voir de véritables accords collectifs de travail, s'interrogeant plus volontiers sur le fait de savoir s'il était plus judicieux de les assimiler, s'agissant de leur régime, à des accords collectifs d'entreprise ou bien à des accords collectifs de branche. Les juges firent de même. Le TGI de Nanterre en avril 2000 estima ainsi que si « aucune disposition légale ne valide expressément en tant que tel l'accord de groupe [...] aucune ne l'interdit ni ne l'empêche [...] qu'au surplus la conception de l'accord de groupe est parfaitement conforme au droit reconnu aux salariés à la négociation collective à travers l'article L. 131-1 du même Code du travail ». La chambre sociale de la Cour de cassation emboîta le pas dans un célèbre arrêt Axa en date du 30 avril 2003, reconnaissant la validité de tels accords de groupe et en faisant par là même de véritables accords collectifs de travail. Ainsi, elle admit que des employeurs et des syndicats représentatifs puissent « instituer, par voie d'accord collectif, en vue de négocier des accords portant sur des sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées du groupe, une représentation syndicale de groupe composée de délégués choisis par les organisations syndicales selon des modalités préétablies, dès lors que les négociations pour lesquelles il lui donne compétence ne se substituent pas à la négociation d'entreprise ». Cette reconnaissance opéra création d'une nouvelle variété d'accord collectif de travail, celle-ci étant distincte à la fois des accords collectifs d'entreprise et des accords collectifs de branche. La loi Fillon du 4 mai 2004 est finalement venue parachever cette reconnaissance en admettant pour la première fois sur le plan légal, le groupe comme niveau de négociation. Malgré quelques menus aménagements, c'est le régime des accords collectifs d'entreprise qui est appliqué aux accords conclus à ce niveau⁸⁸³. Ainsi, si ces derniers se

⁸⁸² M.-A. Souriac-Rotschild, « Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques », *Droit social*, 1991, p. 491.

⁸⁸³ Art. L. 2232-33 du Code du travail : « La convention ou l'accord de groupe emporte les mêmes effets que la convention ou l'accord d'entreprise ».

voient reconnaître une nature juridique distincte des accords collectifs d'entreprise, ils produisent pourtant les mêmes effets. Le droit des accords collectifs d'entreprise joue ainsi, de la sorte, le rôle de droit commun des accords collectifs de groupe. La qualification légale a ainsi permis d'attirer une nouvelle figure dans le champ du modèle de l'accord collectif de travail. Il ne s'agit pas de nier la spécificité des accords collectifs de groupe, mais de puiser dans le droit des accords collectifs d'entreprise, les solutions adéquates. À l'inverse, la technique de l'assimilation revient, si ce n'est à taire, à occulter cette spécificité pour appliquer à un objet le régime juridique d'un autre objet auquel il est assimilé.

Paragraphe 2 L'assimilation comme technique de transmission du modèle

314. « Procédé législatif singulier »⁸⁸⁴, l'assimilation est loin d'être étrangère au droit du travail. En effet, le législateur y recourt dans ce domaine afin de décloisonner le Code du travail et de permettre qu'il s'applique, de manière sélective, à des travailleurs n'ayant pas les traits de salariés. De fait, orchestrée par la loi, l'assimilation « assure formellement la propagation du droit, à partir d'un modèle, par voie de rattachement ou de référence »⁸⁸⁵. Il est donc possible de voir dans cette technique un des canaux possibles de transmission du modèle de l'accord collectif de travail. Telle est l'hypothèse ici défendue. Afin de la conforter, il convient préalablement de préciser la teneur du procédé d'assimilation (**A**) avant d'en observer la mise en œuvre à travers l'exemple de la charte nationale du football professionnel (**B**).

A) La teneur du procédé d'assimilation

315. L'assimilation se définit comme le « procédé technique consistant, pour le législateur, une convention ou un interprète, à rattacher une situation, un cas ou une notion juridique à une catégorie voisine, en faisant (plus ou moins artificiellement) abstraction de leurs différences, afin de soumettre, en tout ou en partie, l'élément assimilé au même régime juridique que la catégorie de rattachement »⁸⁸⁶. Elle ne doit pas être confondue avec le

⁸⁸⁴ J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 4^{ème} éd, 2008, p.22.

⁸⁸⁵ G. Cornu, « Le règne discret de l'analogie », in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, 1993, p. 135.

⁸⁸⁶ G. Cornu, *op.cit.*, V° « Assimilation ».

procédé de qualification, car il n'est pas question alors de conférer la nature juridique de la catégorie voisine à l'objet qui est au cœur du procédé d'assimilation. En réalité, celui-ci conserve sa nature juridique propre. Simplement, il emprunte à la catégorie juridique voisine, son régime juridique.

316. À en croire certains auteurs, l'assimilation peut prendre différentes formes. Elle prendrait notamment les traits de la fiction lorsqu'elle entraîne la fusion et donc la confusion de deux catégories juridiques distinctes⁸⁸⁷. Il ne s'agit plus toutefois véritablement d'assimilation pure si l'on considère que le propre de cette technique est de prendre acte de la différence insurmontable qui existe entre deux catégories sans s'empêcher pour autant de les rapprocher en considérant, non sans artifices, que l'une d'entre elles devra être considérée comme similaire à l'autre catégorie afin de déterminer son régime juridique. Autrement dit, l'assimilation implique un véritable rapprochement « contre-nature » de deux catégories juridiques distinctes. Cela suppose que leur différence de nature soit maintenue et ce peu importe l'uniformisation de régime juridique opérée. Assimiler un acte à un accord collectif de travail, ne revient donc pas à le considérer comme tel. Les raisons susceptibles de justifier une telle assimilation sont innombrables. Le procédé est, bien souvent, à des fins de cohérence ou de nécessité lorsqu'il paraît opportun d'appliquer à une catégorie donnée certaines règles préconçues, pensées et éprouvées dans un autre cadre. Bien souvent, ces dernières sont considérées comme présentant un intérêt du fait de leur qualité ou de leur efficacité supposée. En cela, la catégorie que l'on serait tentée de qualifier d'accueil, constitue bien un modèle, qui plus est idéal. Aussi, le modèle de l'accord collectif de travail peut jouer le rôle de référent à partir duquel le procédé d'assimilation est mis en œuvre.

L'assimilation peut donc constituer l'un des canaux de transmission du modèle de l'accord collectif de travail. Il semble même qu'il pourrait s'agir d'un de ses media de diffusion les plus efficaces. En effet, l'assimilation permet d'associer deux catégories, certes proches, mais opposées, celle du modèle et celle de l'objet qui s'en rapproche. Il existe donc un rapport « hiérarchique » entre l'objet donné à l'imitation et l'objet qui a vocation à s'aligner sur lui. Cette configuration est particulièrement adaptée à un raisonnement en termes de modèle qui fonctionne sur la base d'un rapport similaire entre le référent et l'imitateur. Si

⁸⁸⁷ V. sur ce point, G. Cornu, *Droit civil, Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, Domat droit privé, 2007.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

l'on recourt à l'assimilation, c'est qu'elle présente des intérêts notables pour les acteurs du droit. Elle les dispense en effet de devoir qualifier l'objet qui se trouve être au cœur du raisonnement. Elle constitue un gain de temps et d'énergie et dispense le juge de l'intégrer, non sans déformations, dans une catégorie dont les critères ne sont manifestement pas en adéquation avec ses caractéristiques. Là encore, il importe de bien distinguer les processus d'assimilation et de qualification.

317. L'assimilation permet ainsi d'atténuer, en quelque sorte, la rigueur de la pensée aristotélicienne à l'œuvre dans le Code du travail lorsqu'est défini l'accord collectif de travail. En effet, elle autorise un rapprochement entre ce dernier et des figures qui lui sont traditionnellement opposées. De cette manière, bien qu'un acte n'en présente pas les caractéristiques légales, il est admis à produire les effets d'un accord collectif de travail. Différence de nature ne signifie pas ainsi nécessairement différence de régime.

Les conséquences de l'assimilation sont si radicales que l'on pourrait même s'interroger sur la finalité même de cette technique. S'agit-il vraiment de permettre la transmission d'un modèle ? Plus que la simple transmission ou bien encore la diffusion du modèle, l'assimilation permet de lui apparier des corps étrangers. Il ne s'agit donc pas tant d'exporter le modèle, mais d'importer de nouvelles figures à l'intérieur même de sa sphère, étendant, par là même, un peu plus son périmètre. Pour autant, ce constat ne semble pas suffire à exclure l'assimilation des techniques de transmission du modèle de l'accord collectif de travail. Reste encore à déterminer si le procédé est employé dans ce domaine. Autrement dit, il s'agit de déterminer si certains actes juridiques sont assimilés à des accords collectifs de travail. Une analyse succincte à ce sujet n'invite pas à l'optimisme. En droit du travail, cette technique est pour l'essentiel employée afin de permettre à un travailleur indépendant de prétendre aux droits attachés à la qualité de salarié, spécialement en matière d'assurances sociales. Par exemple, le portage salarial⁸⁸⁸ ou les gérants non-salariés⁸⁸⁹ font l'objet d'une littérature abondante⁸⁹⁰. Mais qu'en est-il dans le domaine des accords

⁸⁸⁸ V. à ce sujet la décision du CC, 11 avril 2014, n°2014-388 QPC ; J.-J. Dupeyroux, « Le roi est nu », *Droit social*, 2007, p. 81 ; L. Casaux-Labrunée, « Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant ? », *Droit social*, 2007, p. 58 ; P. Morvan, « Eloge juridique et épistémologique du portage salarial », *Droit social*, 2007, p. 607. Sur l'ordonnance du 2 avril 2015, Ch. Willmann, « Le portage ce mal aimé », *Droit social*, 2015, p. 416.

⁸⁸⁹ Sur cette question, cf. nos développements *infra*, §836.

⁸⁹⁰ V. les développements généraux consacrés à cette question par J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, *op. cit.*, pp. 16 et s.

collectifs ? Bien que la technique de l'assimilation permette une « économie de droit » appréciable⁸⁹¹, les cas d'assimilation à la catégorie des accords collectifs de travail sont, semblent-ils plutôt rares. Cela se comprend assez bien. En effet, l'alignement d'un dispositif présentant ses propres particularités et sa propre rationalité sur un dispositif « étranger » peut apparaître comme une entreprise risquée. Il n'en demeure pas moins que la technique d'assimilation est bel et bien employée dans un cas particulier, celui de la charte nationale du football professionnel. Ce cas est d'autant plus intéressant que l'assimilation au cœur de laquelle elle se trouve n'est pas d'origine légale, mais bien jurisprudentielle.

B) La mise en œuvre du procédé d'assimilation : l'exemple de la charte nationale du football professionnel

318. Si la charte nationale du football professionnel signée le 1^{er} août 1973 est aujourd'hui volontiers qualifiée de convention collective nationale des métiers du football, cette appellation est loin de relever de l'évidence. En effet, il faut « une certaine imagination pour assimiler ce texte à une convention collective, alors que les conditions de celle-ci ne sont nullement remplies »⁸⁹². En ce sens, plusieurs arguments sont susceptibles d'être avancés. Le plus simple consiste, sans doute, à évoquer la spécificité de l'activité sportive à laquelle l'on pourrait être tenté de dénier la qualité d'activité salariée. Or, le modèle de l'accord collectif de travail se déploie principalement dans le domaine des relations de travail salarié. De même, l'arsenal juridique découlant du Code du travail semble parfois « inadapté aux activités sportives », notamment en raison du « caractère ludique de cette activité » et des « difficultés d'assimilation de [celle-ci] à un travail »⁸⁹³. Pourtant, « les partenaires sociaux du sport » ne semblent pas s'arrêter aux débats récurrents sur les frontières entre loisir, sport et salariat. Ils n'hésitent pas, à ce titre, à afficher leur volonté « de se lier par une convention collective étendue en se coulant dans le moule des articles L.2221-1 et s du Code du travail ». Celle-ci est également perceptible à travers la fidélité témoignée à l'égard des « mêmes textes pour conclure des accords collectifs dans le football, le rugby, le basketball, le handball et le cyclisme professionnels, auxquels leurs auteurs octroient l'appellation

⁸⁹¹ G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Domat droit privé, 3^{ème} éd., 2005, p.306.

⁸⁹² Soc. 2 fév. 2000, 97-44.100, note J. Mouly, *D.* 2000, p. 466.

⁸⁹³ J. Barthélémy, « Problématique et ingénierie de la négociation collective dans le sport professionnel », *RJES*, 2005, p.22.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

conventions collectives »⁸⁹⁴. Là encore, on pressent qu'aux yeux de ses promoteurs dans le domaine du sport professionnel, l'accord collectif de travail constitue bien un modèle.

Pourtant, la seule volonté des interlocuteurs sociaux ne suffit pas à conforter l'hypothèse de l'existence d'une convention nationale du football professionnel. Les doutes quant à sa nature juridique découlent essentiellement de la qualité des signataires de la charte⁸⁹⁵. Il convient de rappeler, à ce titre, qu'aux termes de l'article L.2231-1 du Code du travail, l'accord collectif de travail est conclu entre employeur ou représentant(s) d'employeurs et représentant(s) des salariés. En 1973, a participé à la rédaction de la charte du football professionnel, et ce sous l'égide du gouvernement, le Groupement du Football Professionnel (GFP), ancêtre de la Ligue nationale de Football (LNF), l'Union Nationale des Footballeurs Professionnels (UNFP) et l'Amicale des Educateurs de Football. Or, il n'est pas certain que ces groupements avaient la capacité d'engager la profession par voie conventionnelle. Il a pu être soutenu que si la Charte ne pouvait être qualifiée d'« authentique convention collective », c'est « probablement parce que les organisations signataires n'étaient pas vraiment représentatives »⁸⁹⁶.

319. Plus fondamentalement, il n'est pas certain que les clubs employant les footballeurs aient été représentés lors de la signature de ladite Charte. Le GFP n'était rien moins d'autre, comme c'est d'ailleurs le cas aujourd'hui s'agissant de la LNF, qu'une émanation de la Fédération française de football (FFF). Or au titre de l'article L. 131-9 du Code du sport, les fédérations sportives agréées doivent participer « à la mise en œuvre des missions de service public relatives au développement et à la démocratisation des activités physiques et sportives », mission difficilement compatible avec la représentation exclusive des intérêts des clubs employeurs. Autrement dit, lors de la signature de la charte en 1973, aucune organisation ne les représentait. Ce constat a entraîné la création en 1990 de l'Union des Clubs de Football Professionnel (UCFP) qui a longtemps regroupé les 40 clubs de ligue 1 et ligue 2, avant que 19 clubs de ligue 1 décident de constituer un nouveau syndicat en 2015, baptisé « Première Ligue ». Mieux, la création de l'UCFP aurait même été dictée par la

⁸⁹⁴ J.-P. Karaquillo, *Droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, 3^e éd., 2011, p.83. L'appellation de convention collective des métiers du football a ainsi été utilisée dès 1973 par ses signataires. V. *L'officiel du groupement du football professionnel*, saison 1973-1974, pp. 161 et s.

⁸⁹⁵ Sur cette question, v. J. Pélissier, « Associations et relations de travail subordonné », Publications de la Faculté de Droit et des sciences sociales de Poitiers, PUF, 2002, p. 134.

⁸⁹⁶ J.-P. Karaquillo, *op.cit.*, p.491.

volonté de conférer à la Charte une assise juridique plus solide. Ainsi, on peut lire sur le site internet de cette organisation que « la naissance de l'UCPF en 1990 répond en premier lieu à la nécessité de créer un véritable organisme employeur pour renforcer la valeur juridique des accords collectifs signés [...] avec les joueurs et les entraîneurs (la Charte du Football Professionnel) »⁸⁹⁷. Toutefois, l'existence d'une organisation représentant les intérêts des clubs devrait purger le vice originel de la charte. Là encore, rien n'est moins sûr.

320. Contrairement aux conventions collectives de travail classiques, la charte nationale du football professionnel est une convention tripartite entre employeurs, salariés, mais aussi fédération et ligue. L'observation est essentielle. Elle révèle que « dans le système de la Charte [...] la représentation de certaines catégories d'intéressés n'est pas une représentation syndicale ». Or, selon certains auteurs, « un accord conclu entre d'autres parties que celles citées par l'article L.132-2 ne peut être une convention collective au sens du Code du travail »⁸⁹⁸. Le propos a perdu en force de conviction au vu des évolutions de la jurisprudence de la Cour de cassation. Celle-ci a jugé implicitement, mais nécessairement, dans une configuration différente de celle ici étudiée, mais qui demeure assez proche, qu'il importait peu qu'un accord collectif ait été signé, en plus des acteurs légaux traditionnels, par des personnalités extérieures à l'entreprise⁸⁹⁹. Dès lors qu'un accord est signé par des organisations syndicales représentatives et l'employeur, il est bien question d'un accord d'entreprise. Rapporté à la Charte nationale du football professionnel, ce raisonnement laisse à penser que l'intervention de la fédération ne suffit pas à écarter la qualification d'accord collectif de travail.

Néanmoins, la participation de la fédération à l'élaboration de la charte invite à s'interroger sur sa vraie nature. Ne peut-on pas y voir un acte réglementaire de droit public ? En effet, la fédération exerce bien une mission de service public qui transparaît d'ailleurs très nettement dans certaines dispositions de la charte⁹⁰⁰. Cependant, le Conseil d'État ainsi que le Tribunal des conflits n'ont pas souhaité opter pour cette qualification. Ces deux juridictions ont

⁸⁹⁷<http://www.ucpf.fr/fr/notre-organisation/200001/qu-est-ce-que-ucpf/>, page consultée le 13 octobre 2015.

⁸⁹⁸ G. Couturier, « La charte du football professionnel. Nature et validité de la Charte », in *Les contrats des sportifs. L'exemple du football professionnel*, ss. la dir. de G. Simon, PUF, 2003, p.66.

⁸⁹⁹ Soc. 15 octobre 2013, n° 12-22.911 et 12-22.938, note J. Dirringer, *cahiers du CLUD*, 2014 p. 17.

⁹⁰⁰ On peut mentionner ainsi, par exemple, l'article 3 du chapitre 1 du titre 1 de la Charte lors de la saison 1974-1975 qui a introduit l'obligation pour les clubs disputant le championnat de France de première division, de créer un centre de formation agréé.

estimé que la Charte présentait le caractère d'une convention de droit privé. Le Tribunal des conflits en a déduit que tout litige y afférant relevait de l'ordre judiciaire⁹⁰¹. Une autre possibilité consiste à y déceler « un usage professionnel, valant engagement unilatéral des employeurs, comme dans le cas d'une recommandation patronale »⁹⁰². Pourtant, là encore, la qualification n'est pas retenue.

321. Ainsi, si l'on dispose d'éléments laissant à penser que la Charte du football professionnel se démarque des conventions collectives de travail classiques, ils ne suffisent pas vraiment à exclure à eux seuls cette qualification. La jurisprudence de la Cour de cassation se fait l'écho de cet embarras. Pour le dépasser, cette juridiction a été amenée à recourir à la technique de l'assimilation. Face à l'insatisfaction entourant les tentatives de qualification de cette Charte, la Cour de cassation a estimé qu'elle « vaut convention collective »⁹⁰³ ou aurait simplement « valeur de convention collective »⁹⁰⁴. La formule est extrêmement lourde de sens. On y décèle « une réserve qui ne relève pas seulement de la prudence, qui est significative en elle-même : si la Charte vaut convention collective, c'est d'abord qu'elle n'en est pas une. [...] La formule n'exprime pas une opération de qualification ; elle pose une assimilation »⁹⁰⁵. Il en découle que le régime des accords collectifs de travail est applicable à la Charte. Le recours à la technique de l'assimilation présente des avantages indéniables. Elle facilite l'office du juge qui se trouve dispensé de la sorte de mettre au jour la qualification « exacte » de l'objet dont la nature juridique interroge. Surtout, elle n'aboutit pas à qualifier artificiellement, au vu des incertitudes qui l'entourent, la Charte de convention collective de travail. Cette assimilation est toujours

⁹⁰¹ CE 10 mai 1991, TC 20 octobre 1997, n°03074 : la Charte du football professionnel « a le caractère d'une convention collective nationale ; que les contestations susceptibles de s'élever entre les parties à cette convention, quant à son application, ressortissent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire » ; TC, 23 novembre 1992, n°2731 ; *D.*, 1993, p. 16 : aussi bien la FFF que la LNF, groupements signataires de la Charte, sont des personnes morales de droit privé. Aussi, selon le Tribunal des conflits, aucune de ces personnes n'a agi, en concluant la charte, pour le compte d'une collectivité publique.

⁹⁰² J. Mouly, *note. précit.*

⁹⁰³ Soc. 3 février 1993, n° 90-42.070 ; *D.* 1995. 168, obs. J.-P. Karaquillo.

⁹⁰⁴ Soc. 6 mai 1998, n° 96-40.867 ; obs. F. Lagarde, *D.*, 1998, p. 611 ; Soc. 1^{er} février 2000, arrêt précit.. Il est intéressant de noter que le verbe d'état « valoir » n'est pas employé dans l'arrêt du 2 février 1994, n° 89-44.851. Rendu au visa de la Charte, cet arrêt prévoit « que toute modification du contrat est soumise à homologation et que si les modifications sont contraires aux dispositions de la convention collective, elles sont nulles de plein droit ». Il semble ainsi qu'on se situe ici plus dans le cadre de la qualification que dans celui de l'assimilation. Toutefois, il convient de ne pas prêter trop d'attention à cet arrêt, la Cour de cassation ayant eu l'occasion par la suite, de revenir à sa formulation initiale.

⁹⁰⁵ G. Couturier, *art. précit.*, p. 67.

d'actualité, la Cour de cassation n'a pas manqué, très récemment, « de rappeler une fois de plus que la charte du football professionnel [avait] valeur de convention collective, encore qu'elle n'en remplisse pas les conditions »⁹⁰⁶.

322. Il faut donc prendre acte de la spécificité de la Charte nationale du football professionnel. Son rattachement par voie d'assimilation à la catégorie des accords collectifs de travail, valide l'hypothèse en ce domaine, d'une transmission du modèle de l'accord collectif de travail. Mieux, la pérennisation de cette Charte a contribué à l'émergence d'un corpus de normes propres au football professionnel et à l'édification, dans une optique pluraliste, d'un ordre juridique sportif⁹⁰⁷. Précurseur dans le domaine du sport, la Charte fait aujourd'hui de nombreux émules. Mais contrairement à leur illustre prédécesseure, les conventions collectives conclues dans des disciplines telles que, par exemple, le rugby⁹⁰⁸, le basketball⁹⁰⁹ ou encore le cyclisme⁹¹⁰, ne semblent pas autant peiner à entrer dans le moule de l'accord collectif de travail. La logique du droit du travail pénètre ainsi un peu plus le droit du sport. À tel point, qu'un avocat général près de la CJCE, a pu, dans ses conclusions rendues à propos d'une affaire qui donna lieu au célèbre arrêt Bosman, proposer d'instituer de véritables conventions collectives des footballeurs professionnels européens, afin que le droit des ententes soit rendu « inapplicable par une entente sur le terrain social »⁹¹¹.

L'assimilation ne doit donc pas être confondue avec la qualification. Les logiques qui les sous-tendent sont bien distinctes. Plus proche conceptuellement de l'assimilation, l'analogie constitue également un instrument potentiel de transmission du modèle de l'accord collectif de travail.

⁹⁰⁶ Soc. 5 novembre 2014, n° 12-23.135 ; D. 2014, p. 2347 ; obs. J. Mouly, *Droit social*, 2015, p. 88.

⁹⁰⁷ C'est ainsi que l'on peut comprendre un certain nombre de décisions dans lesquelles la Cour de cassation a reconnu l'importance de la Charte et de ses dispositions pour le moins originales par rapport au droit du travail. Tel est le cas d'une série d'arrêts, dans lesquels la haute juridiction, s'appuyant en cela sur la Charte, a qualifié de contrats de travail à durée déterminée des relations contractuelles qui pouvaient difficilement prétendre à une telle qualification au regard du Code du travail (Soc. 5 juillet 1995, n° de pourvoi : 92-40.095 ; Soc. 17 janvier 1996, n° de pourvoi : 94-42.103). De même, la Cour de cassation a admis la validité de la règle de l'homologation imposée par la Charte alors même qu'elle va expressément à l'encontre du principe du consensualisme.

⁹⁰⁸ Convention collective du rugby professionnel signée le 29 mars 2005, sur celle-ci v. J.-M. Lattes, « Rugby et droit du travail : une rencontre improbable ? », *Droit social*, 2005, p. 873.

⁹⁰⁹ Convention collective du basket professionnel, signée le 12 juin 2005.

⁹¹⁰ Accord collectif des coureurs cyclistes professionnels, signé le 29 septembre 2006.

⁹¹¹ J.-C Breillat, « Vers une convention collective des footballeurs professionnels...européens ? », *RJES*, 2002, p. 103.

Paragraphe 3 L'analogie comme technique de transmission du modèle

323. L'argument par analogie ou *a pari* repose sur l'idée que lorsque deux situations présentent des similitudes, rien ne devrait empêcher que les énoncés normatifs qui régissent l'une d'elles s'appliquent à l'autre. Plus exactement, cet argument tend à justifier qu'un nouveau cas soit régi de la même manière qu'un ancien cas. L'analogie « pose une proportion : a est à b comme c est à d [...] et il s'agit d'éclairer au moyen d'une relation connue (c est à d) [...] une relation moins connue (a est à b) »⁹¹². Ce mode de raisonnement n'a de sens « que si quelque chose résiste à la catégorisation »⁹¹³. Il implique un travail de comparaison entre deux objets, en l'occurrence le modèle qui constitue le cas premier et son imitateur qui constitue le cas second⁹¹⁴. Or, il apparaît que le modèle de l'accord collectif de travail ou plutôt ses tenants ont su tirer parti, de manière sporadique, de l'argument d'analogie pour permettre sa transmission asseoir un peu plus sa diffusion⁹¹⁵. Il est toutefois peu évident d'en repérer les traces dans les discours juridiques. Tout aussi problématique est la confusion que peut engendrer la proximité entre ce type d'argument et l'assimilation⁹¹⁶. De même, beaucoup de suspicion entoure le recours à cette technique juridique, car celle-ci autorise ni plus ni moins le juge à s'écarter de la manière dont la norme est formulée, ce qui n'est pas sans soulever quelques interrogations particulièrement en droit pénal où elle est tout simplement interdite⁹¹⁷. Toutefois, le risque ici envisagé ne vise que les cas où l'analogie est la conséquence d'une interprétation, activité qui relève

⁹¹² C. Perelman, *Logique juridique. La nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2^e éd., 1999, p.129.

⁹¹³ S. Goltzberg, *L'argumentation juridique*, Dalloz, Connaissance du droit, 2^{ème} éd., 2015, p. 40.

⁹¹⁴ V. en ce sens, M. de Coster (*L'analogie en sciences sociales*, PUF, 1978) pour qui l'analogie doit être distinguée du modèle car si l'analogie est comparative, elle implique que cette comparaison soit opérée entre deux réalités et non entre réalité et représentation schématique. Si nous adhérons à cette analyse, l'usage du terme modèle, par l'auteur, est, selon nous, trop restrictif. En effet, le modèle idéal peut tout aussi bien être une représentation schématique qu'un référent bien réel. Cf. sur cette question, *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

⁹¹⁵ F. Petit estime même qu'utiliser « juridiquement (ou transposer) un modèle suppose d'opérer un raisonnement, qui repose le plus souvent sur une analogie », « Esprit du droit et modèles en droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de P.-G. Pougoué*, Wolters Kluwer, CREDIJ, 2014, p. 633.

⁹¹⁶ V. en ce sens, S. Goltzberg, *op. cit.*, p. 42. G. Cornu estime ainsi, pour sa part, que l'analogie apparaît notamment sous la forme de l'assimilation légale, *art. précit.*, p. 135. En réalité, l'analogie fait plus appel à la « raison ». En effet, c'est la *ratio legis* qui autorise à mettre sur le même plan deux objets distincts. L'assimilation, pour sa part, opère un alignement qui se veut beaucoup plus artificiel. D'ailleurs, c'est de manière fictive que l'objet est assimilé tout en conservant sa nature propre profondément distincte. L'assimilation traduit sans doute beaucoup plus un choix politique que l'analogie qui se justifie pour sa part, plus aisément, par les similitudes observées. En réalité, la frontière entre ces deux arguments restent extrêmement poreuse et si nous la tenons ici pour établie, c'est essentiellement à des fins heuristiques.

⁹¹⁷ Les textes y sont, traditionnellement, d'interprétation stricte et le principe de la légalité des délits et des peines empêche qu'un fait non prévu par la loi soit passible d'une peine prévue dans un cas semblable.

essentiellement de la compétence des juges (A). Or, l'analogie est également à l'œuvre dans les textes légaux et réglementaires. C'est du moins ce qu'il est possible de constater dans le domaine des accords collectifs de travail (B).

A) L'analogie légale

324. Dans la configuration d'une analogie légale, le législateur « ne laisse pas à l'interprète la charge de l'analogie, il l'accomplit lui-même »⁹¹⁸. Ainsi, l'ancien article L. 782-3 du Code du travail prévoyait que les contrats individuels passés entre les entreprises de vente d'alimentation au détail et les coopératives de consommation, d'une part, et les gérants non-salariés de succursales, d'autre part, pouvaient faire l'objet d'accords collectifs fixant les conditions auxquelles ces contrats doivent satisfaire. Ces derniers, qui n'étaient pas « des conventions collectives *stricto sensu* »⁹¹⁹ étaient cependant, en vertu du même texte « régis par analogie avec les conventions et accords collectifs de travail », par les dispositions du titre III du livre 1^{er} du Code du travail en ce qui concerne leur validité, leur durée, leur résolution, leur champ d'application, leurs effets et leurs sanctions. Cet exemple est remarquable par son caractère explicite. En effet, le législateur est rarement disposé à signaler de la sorte le raisonnement qui sous-tend l'application d'un texte. Dans ce cas, il apparaît clairement que « l'imitation a joué », révélant en quoi l'analogie permet de « diffuser, en diverses matières, des règles forgées sur un même type, applications, jumelles ou proches voisines, d'un canon législatif »⁹²⁰. Or, ce canon n'est rien moins d'autres qu'un « modèle de règle », c'est-à-dire « un type de règle érigé en modèle, dont le législateur fait des applications distinctes, mais similaires en diverses matières »⁹²¹. Néanmoins, cette référence appuyée au raisonnement par analogie ne figure plus aujourd'hui dans le Code du travail. Celle-ci a complètement disparu depuis la recodification de ce même code. En l'absence d'indications précises à ce sujet, il n'est possible que de conjecturer sur les raisons d'une telle disparition. Elles tiennent, selon nous, essentiellement à la volonté des artisans de cette recodification de simplifier et de rendre plus accessible le texte. Or, cela a été relevé, le concept d'analogie pêche par trop d'ambiguïté et son manque de clarté. Pour

⁹¹⁸ G. Cornu, *art. précit.*, p. 134.

⁹¹⁹ Y. Chalaron, *Rép. trav.*, V° « Gérants de succursales », Dalloz, n°87.

⁹²⁰ G. Cornu, *art. précit.*, p. 135.

⁹²¹ G. Cornu, *Linguistique juridique*, Domat droit privé, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2005, p. 307.

autant, la recodification ayant été opérée à droit constant, le raisonnement par analogie ne doit pas être complètement abandonné en la matière même s'il ne dit plus son nom. Il n'est donc pas question de revenir sur le régime des accords conclus avec les représentants des gérants non-salariés. Ainsi, l'accord collectif national du 18 juillet 1963 reste soumis aux dispositions du Code du travail telles qu'elles étaient visées par l'ancien article L. 782-3 du Code du travail⁹²².

325. Le cas évoqué jusqu'ici ne pose guère de difficultés. En effet, l'utilisation du raisonnement par analogie est signalée par le législateur lui-même. Toutefois, il est plus fréquent qu'il ne soit pas explicitement fait mention d'un tel recours. Il appartient alors au commentateur de traquer l'analogie. À ce titre, la doctrine se révèle particulièrement utile. La tâche est loin d'être aisée. L'observateur peut être tenté de voir de l'analogie là où il n'en est pas forcément question. Qu'il nous soit permis, à des fins d'illustration, d'évoquer ici le cas des accords régis par l'article L. 132-31 du Code de la propriété intellectuelle. Cet article porte sur les contrats de commande d'une œuvre publicitaire. Il énonce en son alinéa 2 qu'un « accord entre les organisations représentatives d'auteurs et les organisations représentatives des producteurs en publicité fixe les éléments de base entrant dans la composition des rémunérations correspondant aux différentes utilisations des œuvres ». De fait, il n'est nullement fait référence à un accord collectif ou à un quelconque processus de négociation collective. Toutefois, certains détails ne trompent pas tels que l'implication d'organisations représentatives ou même la possibilité prévue par ledit article d'étendre l'accord par décret. Il n'en fallait pas plus pour qu'un auteur estime que « c'est ici que le législateur civil a fait recours à l'analogie avec le droit social » afin d'éviter que les producteurs ne fixent des rémunérations dérisoires, n'hésitant pas à qualifier l'accord de convention collective⁹²³. Cependant, il n'est pas certain qu'il soit effectivement question d'analogie dans le sens où nous l'avons définie. En effet, une application franche du raisonnement analogique devrait entraîner l'application de tout ou partie du droit des accords collectifs de travail aux accords collectifs conclus dans le domaine publicitaire. Or, il n'en est rien. Le régime de ces accords, bien que largement inspiré par celui des accords

⁹²² Accord collectif national concernant les gérants non-salariés des maisons d'alimentation à succursales, supermarchés, hypermarchés "gérants mandataires", étendu le 25 avril 1985, IDCC 1314.

⁹²³ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, Droit fondamental, PUF, 9^{ème} éd., 2015, n° 134, p. 139.

collectifs de travail, est différent. Aussi, ce n'est pas tant d'analogie dont il est ici question, mais plus de ce que nous qualifierons par la suite, de transcription⁹²⁴. En attendant d'évoquer cette dernière technique, il convient de réserver quelques propos à une autre déclinaison de l'analogie, à savoir l'analogie jurisprudentielle.

B) L'analogie jurisprudentielle

326. Si l'analogie constitue une technique législative, c'est dans l'interprétation réalisée par le juge qu'elle est censée s'exprimer le mieux. Dans le domaine des accords collectifs, il est possible de déceler le recours à une telle technique s'agissant de ce qui est parfois regroupé sous l'appellation d'accords atypiques⁹²⁵ ou bien encore d'engagements unilatéraux de l'employeur⁹²⁶. C'est notamment le cas de certains accords conclus en vue de parvenir à la résolution d'un conflit. Il ne s'agit pas d'accords collectifs de travail au sens du Code du travail, car ils n'en remplissent pas l'une des conditions essentielles, à savoir la signature par des organisations syndicales représentatives. Ils sont signés, selon les cas, par des représentants élus, des comités de grévistes ou bien encore par des mandataires désignés par les salariés. Or, ces acteurs ne sont pas, en principe, des agents de la négociation collective et ne disposent pas, à ce titre, de la capacité d'engager les salariés qu'ils représentent. Toutefois, bien que ne rentrant pas dans la catégorie légale des accords collectifs de travail, ces accords se sont vus reconnaître une force juridique relativement similaire, alors qu'ils ne disposaient d'aucun texte légal pour permettre un tel rapprochement. C'est à ce stade que le raisonnement par analogie s'est révélé particulièrement utile. Pour le comprendre, il convient de le décortiquer. L'analogie « ordonne quatre éléments : ayant à traiter un cas non réglé par le droit [...], elle se réfère à un autre cas régi par le droit ; ayant discerné un rapport de similitude entre les deux cas [...], elle transporte la solution donnée pour le cas prévu au cas non prévu »⁹²⁷.

327. Tel serait le canevas du raisonnement analogique mené à propos des accords atypiques. Pourtant, un auteur estime, non sans raison, qu'ils sont « conclus en dehors du

⁹²⁴ Cf. *infra*, §323.

⁹²⁵ Sur cette notion et ses limites, cf. G. Vachet, « Les accords atypiques », *Droit social*, 1990, p. 620.

⁹²⁶ E. Dockès, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Droit social*, 1994, p. 227.

⁹²⁷ G. Cornu, *art. précit.*, p. 131.

cadre défini par le modèle de conventions et accords collectifs de travail »⁹²⁸. Cependant, l'influence demeure, notamment en cas de dénonciation desdites normes, car « par la grâce d'un raisonnement analogique conduit par la Cour de cassation », les règles applicables aux accords atypiques sont « autant que possible calquée sur les règles régissant celles des conventions collectives à durée indéterminée »⁹²⁹. Toutefois, le propos ici reproduit doit aujourd'hui être nuancé tant le régime des engagements unilatéraux s'est nettement démarqué. Ainsi, « si l'instauration d'un préavis rappelle fortement le préavis de dénonciation des conventions et accords collectifs de travail prévu par l'article L. 2261-9 du Code du travail, l'analogie s'arrête là »⁹³⁰, car la Cour de cassation estime désormais que « la dénonciation d'un usage n'est pas soumise au délai minimum de préavis prévu pour la dénonciation d'une convention collective »⁹³¹. La référence à l'accord collectif de travail n'en demeure pas moins riche de sens, car le refus explicite de l'analogie est tout aussi significatif que l'analogie elle-même. Le modèle de l'accord collectif de travail fait alors figure d'anti-modèle. Il n'en reste pas moins un référent que l'on mobilise lorsque la technique de l'analogie est mise en œuvre. Pareil constat révèle une influence certaine de ce modèle qui n'empêche pas malgré tout une certaine autonomisation juridique des accords collectifs qui s'en inspirent. Il est possible de l'observer s'agissant d'accords collectifs qui gravitent dans le domaine du droit social où le raisonnement par analogie est ponctuellement rejeté par les juges. Ce rejet peut être explicite comme c'était le cas dans l'arrêt du 11 juillet 2001 dans lequel le Conseil d'État a jugé qu'on « ne peut utilement soutenir que les règles stipulées par [un accord collectif d'assurance chômage] méconnaîtraient le principe de faveur résultant de l'article L. 132-4 du Code du travail qui ne s'applique qu'aux conventions et accords collectifs de travail »⁹³². Celui-ci est plus implicite lorsqu'il ressort non pas de la formulation de l'arrêt, mais des conclusions du commissaire du gouvernement comme c'était le cas dans celles ayant précédé l'arrêt du 17 mars 1997 dans lesquelles M. Le Chatelier a estimé que la transposition de la jurisprudence *Basirico* alors applicable aux accords collectifs de travail

⁹²⁸ F. Petit, « Esprit du droit et modèles en droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de P.-G. Pougoué*, Wolters Kluwer, CREDIJ, 2014, p. 630. L'atypisme serait même le signe « de modèles juridiques naissants ». Sur les accords atypiques, cf. J. Savatier, « Accords d'entreprise atypiques », *Droit social*, 1985, p. 188 ; C. Freyria, « Les accords d'entreprise atypiques », *Droit social*, 1988, p. 43.

⁹²⁹ M. Moreau, *art. précit.*, p. 139.

⁹³⁰ Lamy négociation collective, étude 170-34.

⁹³¹ Soc., 12 février 1997, n° de pourvoi : 96-40.972, *Bull. civ. V*, n° 62, *Droit social*, 1997, p. 430, obs. J. Savatier.

⁹³² CE, 11 juillet 2001, *Medef*, *Droit social*, 2001, p. 842, concl. S. Boissard.

n'était pas envisageable s'agissant des conventions conclues avec les professionnels de santé, en l'occurrence les infirmiers⁹³³.

328. Toutefois, il ne faudrait pas conclure au rejet pur et simple de tout raisonnement analogique dans le domaine du droit social. La reconnaissance au ministre du travail d'un pouvoir d'appréciation pour l'extension des accords collectifs de travail est le fruit d'un raisonnement analogique mené par Mme A. Courrèges, commissaire du gouvernement, et adoubé par le Conseil d'État⁹³⁴. Les conclusions rendues à cette fin sont pour le moins instructives. En effet, c'est au nom « de considérations de cohérence jurisprudentielle notamment du rapprochement avec l'agrément des conventions d'assurance chômage » et de la proximité des formules légales dans ces deux matières qu'une telle reconnaissance est préconisée⁹³⁵.

L'analogie permet ainsi d'assurer la transmission du modèle de l'accord collectif de travail. Cette technique fait appel à la « raison » en ce qu'elle invite à appliquer le droit des accords collectifs de travail à des accords qui s'en rapprochent, mais qui n'en ont pas la nature. Seule l'existence de similitudes entre ces différents accords justifie le recours au procédé. La même exigence est observable s'agissant de la technique d'élargissement.

Paragraphe 4 L'élargissement comme technique de transmission du modèle

329. La technique d'élargissement que l'on entend ici décrire est très souvent désignée sous le vocable d'extension. Or, évoquer l'extension comme technique de transmission du modèle ne peut qu'intriguer. On ne saurait ignorer, en effet, ce que désigne pareille notion dans le domaine des accords collectifs de travail. Il s'agit du mécanisme permettant au ministre du travail d'étendre un accord collectif dans l'ensemble d'une branche par exemple, et donc à toutes les entreprises comprises dans son champ d'application. Aussi, il importe peu que les destinataires de cette norme aient consenti à son application. Désignée ici comme technique de transmission, l'extension emprunte à la fois à la lettre et à l'esprit du mécanisme ici rappelé, sans pour autant se confondre avec lui. En réalité, elle désigne bien

⁹³³ G. Le Chatelier, concl. « Les avenants à une convention passée entre les caisses d'assurance maladie et les infirmiers ne doivent pas concerner les principes fondamentaux de la sécurité sociale », *AJDA*, 1994, p. 61.

⁹³⁴ CE, 1e et 6e sous-sections réunies, 21 novembre 2008, n° 300135.

⁹³⁵ A. Courrèges, « Le pouvoir d'appréciation du ministre pour refuser en opportunité l'extension », *SSL*, 2009, n°1384.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

au-delà du droit du travail à la fois « un procédé intellectuel de technique législative et [...] un mode linguistique d'énoncé au sein du discours législatif » qui tend à simplifier les normes juridiques en les unifiant. Transposée à notre étude, cette technique vise à permettre l'application d'un accord collectif de travail en dehors de son domaine d'application premier, à savoir les rapports de travail salarié de droit privé. En ce sens, le terme d'élargissement semble plus adapté que celui d'extension. En effet, si l'extension permet de penser l'application d'un accord dans son champ d'application, l'élargissement permet de dépasser ce cadre pour atteindre d'autres sphères et permettre de penser la diffusion du modèle en dehors de ses bases. Malgré tout, cela nécessite que les secteurs d'exportation et d'importation présentent certaines similitudes tenant notamment à des conditions économiques ou professionnelles analogues⁹³⁶. Comme cela a déjà été suggéré, le modèle de l'accord collectif de travail tend à se diffuser que ce soit dans le domaine du travail non salarié (**A**) ou dans celui du travail subordonné en droit public (**B**). L'objectif est alors d'aboutir à une certaine unité du statut collectif dans un secteur donné peu important la nature de la relation de travail.

A) L'élargissement du statut collectif aux travailleurs non-salariés

330. Dans une certaine mesure, il est possible de considérer que l'élargissement des accords collectifs de travail aux travailleurs non-salariés est tributaire d'autres techniques de transmission de modèle, spécialement celle de la présomption. Toutefois, celles-ci sont alors mises en œuvre pour assurer principalement la transmission du modèle du contrat de travail et par contrecoup de celui de l'accord collectif de travail. En principe, un tel accord n'a vocation à s'appliquer qu'aux salariés titulaires d'un contrat de travail. Mécaniquement, si certains travailleurs non-salariés sont, par l'effet de la loi, qualifiés de salariés, ils tombent automatiquement sous le coup de leur statut collectif (**1**). Cependant, les présomptions de salariat ne sont pas toujours irréfragables. Certaines d'entre elles admettent donc une preuve contraire. Le plus simple consiste alors à reconnaître expressément au profit de travailleurs indépendants le bénéfice de certaines dispositions du Code du travail, en l'occurrence celles qui concernent les accords collectifs (**2**).

⁹³⁶ Il s'agit là de l'une des conditions posées par l'article L. 2261-22 du Code du travail concernant l'élargissement des conventions collectives de branches.

1. L'élargissement par le biais de la présomption de salariat

331. Il est aujourd'hui relativement banal de constater l'extension du salariat et de son régime. La loi Madelin du 11 février 1994 ambitionnait, *in fine*, de freiner ce mouvement en posant une présomption de non salariat dans l'ancien article L. 120-3 du Code du travail. On le sait, la loi Aubry est venue abroger cette disposition avant qu'elle ne soit ressuscitée par la loi du 1^{er} août 2003. Elle est aujourd'hui codifiée à l'article L. 8221-6 du Code du travail qui énumère une liste de travailleurs présumés ne pas être liés avec le donneur d'ordre par un contrat de travail dans l'exécution d'une activité donnant lieu notamment à une inscription au RCS. De même, le législateur établit parfois de véritables présomptions irréfragables de non salariat. C'est ce que prévoit notamment l'article 1^{er} de la loi du 23 mai 2006 créant le contrat de « volontariat associatif ». Celui-ci dispose que le contrat de volontariat ne relève en aucun cas des dispositions du Code du travail et qu'il n'emporte pas de lien de subordination juridique. C'est donc très logiquement que le droit des accords collectifs de travail ne devrait pas pouvoir s'appliquer à ces travailleurs qui sont exclus par la loi de la sphère du salariat. Le champ de diffusion du modèle de l'accord collectif de travail s'en trouve résolument restreint.

332. Toutefois, le constat selon lequel « il n'existe quasiment plus de profession indépendante par nature, le salariat ayant progressivement pénétré l'ensemble des professions »⁹³⁷, demeure. Le législateur contribue parfois, non sans paradoxe au vu des développements précédents, à ce mouvement. Des présomptions de salariat sont mises en place, non sans quelques aménagements dans certains cas, au profit notamment des VRP, des assistants maternels et familiaux⁹³⁸, des travailleurs à domicile, des artistes du spectacle ou bien encore des mannequins. Cette extension remarquable du champ d'application des règles relatives aux contrats de travail n'est pas sans conséquence sur le champ du droit des

⁹³⁷ J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 22^{ème} éd., 2004, §136, p. 210.

⁹³⁸ On observera que les assistants maternels ne bénéficient pas de l'intégralité des dispositions du Code du travail. L'article L. 423-2 du Code de l'action sociale et des familles énumère les dispositions qui s'appliquent à eux. L'accord collectif prend alors une importance particulière en l'absence de dispositions légales applicables, spécialement concernant la durée du travail. Toutefois, la convention collective nationale du 1^{er} juillet 2004 étendue par arrêté du 17 décembre 2004, ne régit que les assistants maternels d'un particulier employeur à l'exclusion des autres catégories, IDCC 2395.

accords collectifs du travail salarié qui s'en trouve à son tour considérablement étendu. Pourtant, la qualité de salarié de ces travailleurs est incertaine. Les présomptions ainsi prévues autorisent donc au modèle de l'accord collectif de travail à investir potentiellement le domaine du travail non salarié.

333. Afin d'illustrer le propos, il est intéressant de se reporter au cas spécifique des journalistes professionnels. La négociation collective joue un rôle essentiel dans le secteur attestant de la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail transmis grâce au recours à la technique de la qualification forcée⁹³⁹. Les journalistes professionnels sont ainsi présumés être liés par un contrat de travail à l'entreprise de presse qui les embauche. Il en va de même s'agissant des journalistes qualifiés de « pigistes » depuis que la loi Cressard du 4 juillet 1974⁹⁴⁰. Autrement dit, il s'agit de salariés qui peuvent logiquement prétendre à l'application des accords collectifs de travail auxquels leur employeur est soumis. En réalité, la situation de ces journalistes « pigistes » est beaucoup plus complexe. Mieux, la négociation collective menée dans le secteur est en grande partie responsable des incertitudes qui entourent la profession. En effet, les accords conclus tendent parfois à limiter de manière discutable les conséquences de la présomption légale de salariat, spécialement à destination des journalistes « pigistes ». Ils contribuent de la sorte à atténuer le rapprochement avec le salariat notamment en présentant leur rémunération non pas comme la contrepartie du temps de travail accompli par eux, mais comme celle d'une tâche⁹⁴¹. L'absence de référence au temps de travail constitue une menace pour des salariés qui se trouvent ainsi privés de toute référence leur permettant de déterminer par exemple leur nombre d'heures supplémentaires accompli. De manière plus inquiétante encore, le développement de l'auto-entrepreneuriat a permis de faire basculer certains journalistes « pigistes » normalement présumés salariés, dans le travail indépendant. Il en ressort une

⁹³⁹ L'idée de forçage du contrat est défendue par T. Lahalle, « Le mannequin : un salarié présumé », *JCP*, éd. Soc., n° 5, 31 janvier 2003, p. 1096.

⁹⁴⁰ Cette loi prévoit que la présomption de salariat « subsiste quels que soient le mode et le montant de la rémunération ainsi que la qualification donnée à la convention par les parties ». Art. 2 de la loi n° 74-630, 4 juill. 1974 modifiant l'alinéa 1er de l'article L. 761-2 du Code du travail et le complétant par un nouvel alinéa afin de faire bénéficier les journalistes pigistes du statut des journalistes professionnels. Cette disposition figure désormais à l'article L. 7112-1 du Code du travail. Pour une application par la Cour de cassation, cf. Soc., 17 oct. 2012, n° de pourvoi : 11-14.302, *Bull. civ.* 2012, V, n° 263.

⁹⁴¹ V. par ex., l'accord collectif du 7 novembre 2008 relatif aux journalistes rémunérés à la pige, IDCC 1480.

situation inégalitaire entre journalistes non pigistes, pigistes salariés soumis aux accords collectifs de travail et pigistes indépendants⁹⁴².

334. Les incertitudes existantes sur le régime applicable aux journalistes tiennent essentiellement à la nature de l'activité exercée par eux. En effet, il s'agit d'une activité de création qui se situe au confluent du travail salarié et du travail indépendant, mais aussi du droit du travail et du droit de la propriété intellectuelle. Il est remarquable, à ce titre, que malgré les spécificités de cette profession, le modèle de l'accord collectif de travail ait pu être transmis en son sein. Plus encore, la négociation ne se cantonne pas, dans ce domaine, à régir les seules relations de travail. La création journalistique salariée a toujours soulevé des difficultés dans l'application des mécanismes de droit d'auteur. En la matière, la numérisation et la dématérialisation des titres de presse a profondément bouleversé le comportement des lecteurs et l'économie du secteur⁹⁴³. Sur un plan juridique, « ces nouveaux équilibres sont forgés au prix d'une forte imprégnation du droit d'auteur par des considérations de droit du travail et en particulier par la place faite aux accords collectifs »⁹⁴⁴. En effet, la loi HADOPI 1 accorde une place de premier ordre au procédé de l'accord collectif pour fixer les modalités d'exploitation des œuvres des journalistes, spécialement par l'entreprise de presse⁹⁴⁵. L'article L. 132-39 du Code de la propriété intellectuelle prévoit ainsi que lorsque l'éditeur possède plusieurs titres de presse, un accord d'entreprise peut prévoir la diffusion de l'œuvre et ses modalités par d'autres titres de cette société si ces titres appartiennent à la même famille de presse⁹⁴⁶.

335. Il apparaît ainsi que la présomption de salariat a permis un élargissement remarquable du domaine des accords collectifs de travail. Le cas des accords conclus dans le secteur du journalisme a permis de révéler que par ce biais, la négociation collective pouvait investir d'autres champs inattendus. Plus radicalement, le législateur autorise parfois

⁹⁴² Sur l'ensemble de ces questions, cf. J.-L. Renoux, « Journalistes pigistes, du statut au contrat commercial », IRISSO, hal-00669974v2, disponible sur HALarchives-ouvertes.fr.

⁹⁴³ Sur ces évolutions, cf. B. Frappat, A. de Puyfontaine, B. Patino et F. Dufour, *Livre Vert des États généraux de la presse écrite*, conclusions, La Documentation française, 2009.

⁹⁴⁴ N. Mallet-Poujol, *JCl. Civ.*, Fasc. 1229 : Droits des auteurs - Droit d'auteur des journalistes, 2014, n° 61 et s.

⁹⁴⁵ Art. L. 132-37 et s. du Code de la propriété intellectuelle introduits par la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009.

⁹⁴⁶ Sur ces accords, cf. les développements de N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, 3^{ème} éd., LGDJ, Manuel, 2014, pp. 78 et s.

l'application du Code du travail et donc du droit des accords collectifs de travail, dans des cas avérés de travail non salarié sans passer par le biais d'une quelconque présomption.

2. L'élargissement par le biais de l'application ponctuelle de dispositions du Code du travail

336. Il est aujourd'hui banal de constater que la distinction binaire entre salariés et travailleurs indépendants n'est plus le reflet fidèle de la réalité économique et sociale du travail. À ce titre, les observateurs n'hésitent pas à recourir à de nouveaux concepts pour désigner ces travailleurs d'un nouveau genre qui oscillent entre ces deux pôles. Il est alors question de para-subordination ou de « travail économiquement dépendant »⁹⁴⁷. Dépourvus de contrat de travail, ces travailleurs se situent dans une zone grise à la lisière du droit du travail et du droit commercial. Le droit français rechigne pour l'heure à leur reconnaître un statut particulier. Toutefois, il autorise ponctuellement à ce que certaines mesures du Code du travail s'appliquent dans certains cas. Il en va ainsi du droit des accords collectifs de travail, révélant par là même la volonté de promouvoir le modèle qui le porte.

337. À titre d'illustration, le cas des gérants succursalistes peut être mentionné. L'article L. 7321-1 du Code du travail dispose à leur égard que « les dispositions du présent code sont applicables [...] dans la mesure de ce qui est prévu au présent titre ». Il faut donc en déduire que le droit des accords collectifs de travail s'applique à eux. Encore faut-il déterminer ce que recouvre la notion de gérant de succursale. Cette qualité est attribuée au regard de critères posés par l'article L. 7321-2 du Code du travail qui, à l'analyse, ne manifestent aucun lien de subordination. Il n'y a là rien d'illogique si l'on admet que « ce type de statut a précisément pour objet de faire bénéficier du droit du travail des professionnels ne remplissant pas les conditions exigées à cette fin »⁹⁴⁸. Le législateur a entendu, de la sorte, prendre « en considération la dépendance économique pour assurer aux gérants une protection que la subordination juridique ne leur aurait pas conférée »⁹⁴⁹.

⁹⁴⁷ Sur ce concept, cf. le livre vert de la Commission européenne, *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle*.

⁹⁴⁸ J. Ghestin et P. Langlois, « Est licite l'engagement pris par un gérant salarié de garantir le déficit d'inventaire dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à son droit au SMIC », *D.*, 1993, p. 414.

⁹⁴⁹ Brun et Galland, *Droit du travail, Tome 2, Les rapports collectifs de travail*, 2^e éd, Sirey, 1978, n° 383.

C'est pourquoi, bien que certains éléments laissant apparaître l'indépendance juridique dudit gérant, ils ne modifient pas pour autant la qualification juridique du contrat de gérance « salariée ». Il en va ainsi même si les conditions de travail, de santé et de sécurité au travail dans l'établissement sont fixées par ce même gérant. Simplement, l'article L. 7321-3 du Code du travail prévoit, dans ces conditions, que ces gérants sont assimilés à des chefs d'établissement et que leur sont applicables notamment, « dans la mesure où elles s'appliquent aux chefs d'établissement, directeurs ou gérants salariés », les dispositions relatives « à la négociation collective et aux conventions et accords collectifs de travail prévus au livre II de la deuxième partie ». Cette disposition permet de pallier l'absence de statut intermédiaire à mi-chemin entre salariat et travail indépendant.

338. À aucun moment, la loi n'affirme que le contrat de gérance salariée à valeur de contrat de travail. Elle n'évoque que de manière subreptice, à l'article L. 7321-3 du Code du travail, l'existence de « gérants salariés de succursales ». Il n'est toutefois pas certain que cette appellation soit très judicieuse. Elle laisse à penser que le contrat de gérance salariée est un contrat de travail alors qu'il n'en est rien. En réalité, « cette technique s'affranchit [...] totalement de la qualification de contrat de travail » ce dont il s'ensuit logiquement que si les conditions légales sont réunies, « les dispositions du Code du travail sont applicables, sans qu'il soit besoin d'établir un lien de subordination »⁹⁵⁰. Aussi, si le droit des accords collectifs trouve à s'appliquer, ce n'est pas au regard de la qualité de salarié, mais bien celle de gérant de succursale. Pourtant, la loi persiste à suggérer l'existence d'un contrat de travail sinon celle d'une relation de travail salariée. Ainsi, le titre du Code du travail qui porte sur les gérants de succursales comporte un chapitre second ayant pour objet les « gérants non-salariés des succursales ». Ceux-ci se voient appliqués un régime spécifique, notamment en matière de négociation collective, sur lequel il nous sera donné de revenir plus tard dans cette étude. N'est-ce pas admettre que les gérants visés par le premier chapitre sont des gérants salariés ? Une telle analyse *a contrario* est toutefois trop simpliste.

339. La technique de l'élargissement permet ainsi d'appliquer aux gérants de succursales, bien que non-salariés, les dispositions du Code du travail relatives à la négociation et aux

⁹⁵⁰ E. Peskine, « Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie », *RDT*, 2008, p. 371.

conventions collectives de travail. La Cour de cassation a été amenée à le confirmer dans un arrêt du 25 mars 2009 duquel il ressort « que les travailleurs visés à l'article L. 781-1 du Code du travail devenu les articles L. 7321-1 et L. 7321-3 bénéficient des dispositions de ce Code et notamment de celles du titre V du livre II relatif aux conventions collectives et que par suite ils bénéficient de la convention collective à laquelle est soumis le chef d'entreprise qui les emploie »⁹⁵¹. En l'espèce, la cour d'appel avait retenu que la gérante bien qu' « assimilée à une salariée en l'absence de lien de subordination, [restait] un travailleur indépendant bénéficiant de l'application de certaines dispositions du code du travail et [...] qu'elle ne [pouvait] revendiquer à son profit ni un contrat de travail ni, faute d'application volontaire, les dispositions d'une convention qui découlent de dispositions régissant les relations collectives entre employeurs et salariés au sens des articles L. 131-1 et suivants du code du travail ». Une telle argumentation ne pouvait emporter la conviction dès lors que l'on admet que c'est le propre de la technique d'assimilation de permettre l'application du Code du travail même en l'absence de lien de subordination juridique. Il n'était donc pas justifié de refuser à ladite gérante, l'application de la convention collective qu'elle réclamait. Il faut remarquer ici, et là se situe l'essence de la technique de l'élargissement, qu'il n'est pas question d'appliquer à ces gérants, travailleurs indépendants, une convention qui leur serait spécifique, mais bien une convention collective, de branche en l'occurrence, de travail salarié. Il existerait ainsi en la matière et selon certains auteurs, un principe d'unicité du statut collectif auxquels seraient soumis les travailleurs salariés comme les travailleurs indépendants visés par la loi, travaillant dans une même entreprise⁹⁵². Seraient concernés par un tel principe, de nombreux travailleurs indépendants parmi lesquels figureraient notamment les gérants de stations-service liés aux compagnies pétrolières par des contrats de location gérance, les distributeurs indépendants, les dépositaires exclusifs de marchandises ou bien encore les concessionnaires.

340. Au travers de l'arrêt ici mentionné, ce sont les ressorts de la technique d'élargissement qu'il est possible d'observer. Il est bien question d'appliquer un accord collectif pensé pour des travailleurs salariés à des travailleurs non-salariés. Cette solution,

⁹⁵¹ Soc. 25 mars 2009, n° de pourvoi : 07-41.242.

⁹⁵² T. Lahalle, « Les normes d'ici », in *Standards, principes et méthodes du droit du travail*, ss. la dir. de B. Teyssié, Economica, Etudes juridiques, 2011, p. 274.

bien que ne prêtant guère à discussion d'un strict point de vue juridique, fait l'objet de vives interrogations. En effet, celle-ci est particulièrement « problématique, ne serait-ce que parce que la convention est négociée par des syndicats de salariés qui n'ont sans doute pas conscience d'agir pour le compte de personnes ayant parfois la qualité de commerçants et qui, en outre, ne sont vraisemblablement pas visés par leurs statuts »⁹⁵³. Se pose ainsi la question d'une représentation spécifique de ces travailleurs et l'opportunité de promouvoir juridiquement dans le champ du travail non salarié, une négociation collective en mesure de tenir compte des spécificités de leur activité. En attendant, l'application d'accords collectifs de travail salarié pas toujours adéquate demeure nécessaire au vu de la situation de dépendance dans laquelle se trouvent ces travailleurs. L'arrêt du 26 octobre 2011 devrait, à ce titre, achever de convaincre les plus sceptiques. En l'espèce, un couple avait exploité une station-service dans le cadre de différents contrats de gérance signés avec une société de distribution de pétrole. À l'issue de ces contrats, celui-ci avait formulé auprès de ladite société une demande de dommages et intérêts pour exposition à des substances dangereuses en s'appuyant notamment sur les articles 330, 601-i) et j) et 604 de la convention collective de l'industrie du pétrole et l'article 1382 du code civil. L'enjeu était de taille, car la santé de ces travailleurs avait été affectée. Or, la cour d'appel a estimé que les dispositions relatives à l'obligation de sécurité de l'employeur n'étaient pas applicables à ce couple dès lors que celui-ci fixait librement les conditions d'hygiène et de sécurité de leur propre travail. C'était en somme faire application du premier alinéa de l'article L. 7321-3 du Code du travail qui prévoit que le chef d'entreprise qui fournit les marchandises n'est responsable de l'application aux gérants salariés de succursales des dispositions du Code du travail relatives à la santé et à la sécurité au travail, que s'il a fixé les conditions de travail, de santé et de sécurité au travail dans l'établissement ou si celles-ci ont été soumises à son accord. Pourtant, la Cour de cassation n'a pas hésité à casser cet arrêt. Pour ce faire, elle a rappelé, à juste titre, qu'aux termes de ce même article, ces gérants, responsables de leur propre sécurité, se voient malgré tout appliquer les dispositions relatives à la négociation collective et aux accords collectifs de travail. Dès lors, les époux en question relevaient bien de la convention collective à laquelle était soumis le chef d'entreprise qui les emploie et il

⁹⁵³ Soc. 11 mars 2009, 07-40813, obs. G. Auzero, *RDT*, 2009, p.373.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

appartenait bien aux juges du fond d'examiner les demandes formées au titre de dispositions de la convention collective de l'industrie du pétrole⁹⁵⁴.

341. Au final, il apparaît que si la technique de l'élargissement contribue à une diffusion de notre modèle, qui plus est pleine et entière, elle demeure relativement modeste dès lors qu'il n'est pas question pour l'heure de négociation collective autonome au profit de travailleurs indépendants. Sans doute, cela appelle une réflexion d'ensemble qui dépasse la sphère du droit et qui implique que se constituent, dans ces professions, des organes de représentation à même de penser et d'agir collectivement.

B) L'élargissement du statut collectif aux travailleurs publics

342. Il y aurait sans doute bien des manières de faire état de cas dans lesquels il est décidé ponctuellement d'élargir l'application d'un accord collectif de travail à des travailleurs publics, et plus spécialement à des agents contractuels de droit public. Bien entendu, vu les exigences qui ont cours dans ce domaine et sur lesquelles il n'est pas nécessaire de revenir ici, un tel élargissement ne peut être seulement la résultante d'une démarche volontaire des interlocuteurs sociaux. Il faut que les pouvoirs publics autorisent et avalisent un tel processus. Mieux, il apparaît que ce sont eux, bien souvent, qui appellent de leurs vœux un tel élargissement. Qu'il nous soit permis ici d'illustrer ce brouillage des frontières entre droits privé et public du travail au travers de deux exemples qui nous paraissent significatifs. Il s'agit de la situation des maîtres en fonction dans les établissements d'enseignement privés sous contrat d'association avec l'État **(1)** et des agents publics exerçant dans une société anonyme **(2)**.

1. L'élargissement aux maîtres en fonction dans les établissements d'enseignement privés

⁹⁵⁴ Une telle décision est intéressante à plus d'un titre. Elle révèle comment, par l'intermédiaire d'un accord collectif, certaines normes relatives à la santé et à la sécurité des travailleurs peuvent leur être appliquées alors même que le Code du travail suggère qu'il leur appartient de veiller à leur propre sécurité. Elle permet également de suggérer que les dispositions relatives à de telles questions ô combien essentielles, devraient être mises en œuvre le plus largement possible à toutes les personnes qui sont menées à exercer leur activité professionnelle dans les lieux de l'entreprise et ce, peu importe leur statut juridique.

343. Le statut de ces maîtres révèle avec éclat les difficultés tenant à la qualification de salarié et consécutivement à l'application du droit des accords collectifs de travail. Les juridictions se sont longtemps opposées sur la nature des liens qui les unissent aussi bien avec l'État qu'avec les chefs d'établissement dans lesquels ils exercent leurs fonctions. Si les juridictions administratives ont pu estimer qu'ils devaient avoir la qualité d'agents contractuels de droit public⁹⁵⁵, la Cour de cassation a estimé, quant à elle, qu'ils étaient plus sûrement placés sous la subordination et l'autorité du chef d'établissement et que dès lors ils devaient être considérés comme des salariés de droit privé⁹⁵⁶. Le tableau ainsi livré par les juridictions françaises était pour le moins « déconcertant »⁹⁵⁷. Le législateur est donc intervenu afin de dissiper le brouillard entourant cette qualification. Sommée de trancher en faveur de l'une ou l'autre juridiction, la jurisprudence de la Cour de cassation fut finalement brisée⁹⁵⁸. La loi du 5 janvier 2005⁹⁵⁹ a ainsi modifié l'article L. 442-5 du Code de l'éducation en précisant que les maîtres liés à l'État par contrat, « en leur qualité d'agent public, ne sont pas, au titre des fonctions pour lesquelles ils sont employés et rémunérés par l'État, liés par un contrat de travail à l'établissement au sein duquel l'enseignement leur est confié, dans le cadre de l'organisation arrêtée par le chef d'établissement, dans le respect du caractère propre de l'établissement et de la liberté de conscience des maîtres ». Le rejet du salariat est donc acquis. Il constitue, au premier abord, un obstacle majeur à la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail.

344. Or, cela ne pouvait être sans conséquences sur le statut collectif de ces travailleurs. Cette loi a eu pour effet notoire « de fragiliser les accords collectifs antérieurement conclus entre les maîtres et les établissements sur le fondement de dispositions du Code du travail »⁹⁶⁰. Une telle affirmation exige à la fois des précisions et des explications. Il faut tout d'abord indiquer que l'intention du législateur n'était pas nécessairement de soustraire les maîtres en question du champ des accords collectifs qui s'appliquaient à eux jusqu'alors. M.

⁹⁵⁵ CE, 26 juin 1987, Lelievre, n°75569, Rec. p. 776 ; CE, 26 mars 1993, Pampaloni, n° 95606, Rec. 84.

⁹⁵⁶ Soc., 29 novembre 1979, *Bull.* IV n° 679 ; Soc. 5 juin 1985, *Bull.* V n° 329 ; Soc., 14 juin 1989, n°86-40.315, *Bull.* V, 1989, n°445, p. 710 ; AP, 20 décembre 1991, n°90-43.616, *Bull.* 1991, A.P., n°7, p. 13.

⁹⁵⁷ B. Toulemonde, « Le statut des maîtres contractuels des établissements d'enseignement privés », *AJDA*, 1995, p. 427.

⁹⁵⁸ C. Radé, « À propos des heures de délégation des maîtres contractuels de l'enseignement privé : l'État employeur doit payer », *Droit social*, 2012, p. 477.

⁹⁵⁹ Loi n°2005-5 du 5 janvier 2005. .

⁹⁶⁰ L. Derepas, « Le régime de prévoyance des maîtres de l'enseignement privé doit être négocié selon les règles de droit commun », *Droit social*, 2009, p.475.

le député Y. Censi, auteur de la proposition de loi à l'origine du texte du 5 janvier 2005 estimait, en effet, que si l'objectif de cette loi est bien « de sortir le contrat des maîtres du cadre du code du travail [...] leurs titulaires doivent cependant pouvoir continuer à bénéficier des institutions sociales et des droits qui sont les leurs à ce jour »⁹⁶¹. Autrement dit, ces maîtres devaient, selon lui, continuer à bénéficier d'attributs propres aux salariés du secteur privé. Le député soutenait à ce titre, pour ce qui nous intéresse, qu'en matière de négociation collective, « la situation actuelle peut perdurer », car « il n'existe pas de tels accords concernant les maîtres contractuels ». Là encore, il convient d'accueillir avec précaution une telle affirmation. Il y a, au premier abord, comme une contradiction à considérer qu'une situation puisse perdurer, à savoir l'application d'accords collectifs de travail à des agents contractuels de droit public, tout en affirmant qu'il n'existe pas d'accords concernant les maîtres contractuels. En réalité, un tel propos, loin d'être contradictoire, est riche de sens. Il est possible d'en tirer au moins deux leçons.

La première est un rappel sous forme d'exclusion. Ces maîtres ne sont pas admis à négocier collectivement, de manière autonome et par l'intermédiaire d'une représentation qui leur serait propre, un accord collectif de travail du fait de leur statut. La seconde est une exception à ce principe sous forme d'inclusion. En effet, rien n'empêche, par une démarche volontaire, à ce que les conventions collectives propres aux établissements d'enseignement privés s'appliquent aux personnels enseignants, y compris aux agents contractuels de droit public, dans la mesure où elles procurent des avantages supérieurs à ceux fournis par l'État⁹⁶². Cela permet alors d'unifier le statut collectif applicable à l'ensemble des enseignants peu important leur statut et de contribuer au maintien d'une certaine égalité de traitement entre eux. Pour autant, « si rien n'empêche la négociation conventionnelle entre partenaires sociaux, les avantages conférés au titre de la convention collective ne doivent en rien modifier les charges pesant sur l'État au titre du statut des maîtres contractuels [et] les prérogatives issues des conventions et accords collectifs doivent [...] être assumées par les établissements eux-mêmes »⁹⁶³. Il appartient donc aux établissements qui accueillent ces enseignants de décider par eux-mêmes de l'application des accords auxquels ils sont soumis aux agents contractuels de droit public. De fait, rien ne les y oblige. C'est donc dans le cadre

⁹⁶¹ Rapport n° 1963 d'Y. Censi et plusieurs de ses collègues visant à améliorer les retraites des maîtres de l'enseignement privé sous contrat.

⁹⁶² Soc. 17 oct. 1983, *Bull. civ.* V, n° 498.

⁹⁶³ N. Ach, « Preuve en faveur du statut public des maîtres de l'enseignement privé », *D.*, 2009, p. 912.

de ce qui pourrait s'apparenter à un engagement unilatéral que l'élargissement de l'accord est alors rendu possible. À l'inverse, l'élargissement des accords collectifs de travail aux agents publics des sociétés anonymes est la conséquence nécessaire d'une décision du législateur.

2. L'élargissement aux agents publics exerçant dans des sociétés anonymes

345. D'autres exemples d'hybridation des relations professionnelles aboutissant à ce que des organismes de droit public emploient des personnels de droit privé ou bien que des établissements privés embauchent des agents publics, sont identifiables. Toutefois, ces situations n'aboutissent pas nécessairement à l'élargissement d'un accord collectif de travail pensé pour des salariés du secteur privé à des agents publics. Quelques cas méritent toutefois une attention toute particulière. Il faut mentionner ici la situation des personnels de France Télécom et de La Poste, sociétés anonymes au sein desquels sont employées des agents publics aux côtés de salariés de droit privé. Cette diversité de statuts n'est pas sans poser quelques problèmes. Ces personnels occupant les mêmes emplois, les entreprises qui les embauchent sont amenées à leur appliquer « indifféremment du droit public ou du droit privé quel que soit leur statut »⁹⁶⁴. Or, cette configuration s'est présentée lorsqu'il fut question de mettre en œuvre dans ces entreprises la réduction du temps de travail voulue par les lois Aubry. Un accord collectif portant aménagement et réduction du temps de travail fut ainsi signé le 19 février 1999 à La Poste. De même, un accord collectif portant aménagement et réduction du temps de travail a été signé le 2 février 2000 à France Télécom, sans parler des accords locaux conclus pour leur application. Ces accords sont, sans conteste, des accords collectifs de travail. Cependant la difficulté ne réside pas tant dans leur qualification. En toute logique, ils n'auraient dû trouver à s'appliquer qu'aux seuls salariés de droit privé, car, théoriquement, le statut prévaut s'agissant des fonctionnaires. Cependant, l'article 202 de la loi du 17 janvier 2002 a admis que ces accords s'appliquent, « y compris les dispositions ayant pour effet de modifier des règles statutaires applicables aux personnels concernés ». Ainsi, même si cela ne relevait pas de l'évidence, des accords collectifs de travail ont pu être appliqués de manière uniforme à l'ensemble des personnels de ces entreprises, y compris aux agents publics.

⁹⁶⁴ F. Debord, « Droit du travail dans le secteur public. Panorama de droit positif », *RDT*, 2010, p. 703.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

En conséquence, les techniques de transmission totale du modèle de l'accord collectif de travail sont nombreuses. Elles attestent que l'effort produit à cette fin est considérable. Toutefois, demeure le sentiment que jusqu'ici, la transmission n'est pensée essentiellement que dans la sphère d'un droit du travail aux frontières distendues. Cela est remarquable en soi, mais décevant au vu de l'ambition affichée dans cette étude, de prendre la mesure de la diffusion du modèle de l'accord collectif non seulement en deçà, mais aussi au-delà de ce domaine du droit. Il n'est, bien entendu, pas question de la renier. Simplement, il apparaît, fort logiquement, que lorsque la transmission est envisagée dans des sphères plus lointaines du noyau du modèle, à savoir le droit privé du travail, celle-ci ne s'opère que partiellement.

Section 2

Les techniques de transmission partielle du modèle

346. La diffusion du modèle de l'accord collectif de travail n'implique pas nécessairement que soit organisée une transmission de celui-ci dans sa totalité. Le propre du modèle est justement de laisser une marge de liberté à celui qui entend s'y référer. Or, celui-ci se compose de caractéristiques qui renvoient, lorsqu'elles sont rapportées au droit positif, à un entrelacs de normes qui constitue un ensemble complexe difficile à appliquer en dehors du droit du travail. Aussi, il semble logique que soit ménagée une faculté de sélectionner parmi ces éléments caractéristiques, ceux qui sont en mesure de satisfaire les besoins et les attentes des acteurs d'un domaine donné. Pour ce faire, deux techniques juridiques permettent essentiellement de garantir une transmission partielle du modèle de l'accord collectif de travail. La première fait la part belle à l'idée de droit commun. Toutefois, ce dernier n'est pas à proprement parler, une technique juridique. Pour que celui-ci prenne forme, le législateur recourt plus sûrement, à la technique du renvoi (§1). L'autre technique juridique employée afin de permettre une transmission partielle du modèle est plus difficile à identifier, et donc à nommer. Elle est celle qui offre à ses usagers la plus grande liberté dans l'étendue du recours au modèle. Par convenance, elle sera ici qualifiée de technique de transposition (§2).

Paragraphe 1 Le renvoi comme technique de transmission du modèle

347. Le renvoi est aussi bien une technique juridique qu'un outil linguistique que le législateur aime à utiliser afin d'instiller plus de cohérence en uniformisant le droit applicable dans un ensemble de domaines. Une disposition de renvoi « est un texte d'application (un article d'aiguillage) qui renvoie la réglementation d'une matière qu'elle désigne à d'autres dispositions qu'elle indique plus ou moins précisément »⁹⁶⁵. Assurément, elle signale l'existence d'un droit commun. Aussi, il convient d'emblée de s'assurer qu'il existe bien un lien conceptuel entre droit commun et modèle (**A**). Une fois ce travail accompli, il devient alors possible d'illustrer cette influence et de déterminer comment celle-ci opère, en relevant dans le domaine des accords collectifs, des renvois au droit des accords collectifs de travail. Il convient, à ce titre, de bien dissocier droit commun et renvoi. En effet, le premier constitue la fin tandis que le second constitue le moyen d'y parvenir. À ce stade de cette étude, à savoir celui de la transmission du modèle, l'attention sera principalement portée sur le procédé (**B**).

A) Le lien entre droit commun et modèle

348. Selon un auteur avisé, les dispositions de renvoi auraient vocation à faire « le trait d'union entre les règles [et à favoriser] l'agencement des règles, servant ainsi à la distinction des principes et de leurs exceptions, du droit commun et du droit spécial... »⁹⁶⁶. Le renvoi signalerait ainsi un rapport de droit commun à lois spéciales⁹⁶⁷. Un tel lien invite à interroger la teneur d'un couple notionnel pour le moins intrigant, c'est-à-dire celui qui unit modèle et droit commun. L'impression se voit confortée par les assertions d'une certaine doctrine encline à voir dans la circulation des modèles, l'une des voies susceptibles d'être empruntées en vue de l'instauration d'un droit commun⁹⁶⁸. Nous concernant, c'est pour l'heure, à une tâche relativement différente que nous entendons nous atteler puisqu'il est question ici de démontrer que le droit commun est susceptible, par l'intermédiaire de la

⁹⁶⁵ G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Domat Droit privé, 3ème éd., 2005.p. 304.

⁹⁶⁶ N. Molfessis, « Le renvoi d'un texte à un autre » in *Les mots de la loi*, ss. la dir. de N. Molfessis, Economica, Etudes juridiques, 1999, p. 62.

⁹⁶⁷ Il n'est pas question de laisser entendre ici que la norme de droit commun se signale exclusivement par l'existence d'un renvoi.

⁹⁶⁸ V. notamment R. Sacco, « L'idée de droit commun par circulation de modèles et par stratification », in *Variations autour d'un droit commun*, ss. la dir. de M. Delmas-Marty, H. Muir Watt et H. Ruiz Fabri, Société de législation comparée, 2001, p. 195 ; A. Mezghani, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *Rec. Cours La Haye*, 2003, n°303, pp. 367 et s.

technique du renvoi, de constituer un canal de transmission pour le modèle de l'accord collectif de travail. À ce stade d'avancée de l'étude, l'équation entre les deux notions jusqu'ici évoquées, comporte au moins une inconnue. Il s'agit bien entendu du droit commun qui reste à bien des égards, énigmatique. Sa polysémie constitue, à n'en pas douter, une source d'ambiguïté majeure retardant sa compréhension tout en suggérant cependant sa richesse. Ce droit est à la base d'une dialectique qui structure la pensée juridique et qui oppose au commun le particulier. Cette dernière constitue un véritable *modus operandi* à l'usage du juriste désireux de mobiliser et d'appréhender la règle de droit. Capitale, cette gymnastique intellectuelle qui contraint à osciller constamment entre deux corps de règles, droit commun et lois spéciales, est rarement interrogée pour ce qu'elle est lorsqu'elle est pratiquée sans nuances et de façon exclusive : rien moins d'autre qu'une troncature perfectible et discutable, mais particulièrement utile⁹⁶⁹.

349. Au confluent des notions de modèle et de droit commun, se trouve un certain idéal. En effet, il semblerait que dans l'imaginaire juridique, le droit commun jouisse d'un certain prestige⁹⁷⁰. En effet, les règles de droit commun seraient notamment remarquables en nombre. À ce titre, elles seraient moins nombreuses que les lois spéciales. Or, il est des règles de droit comme des biens que convoitent les hommes, plus ils sont rares plus ils sont précieux. Cette qualité ne peut qu'être remarquable aux yeux de juristes qui déplorent l'émiettement et la prolifération des règles juridiques. Toutefois, si elles sont jugées

⁹⁶⁹ Le diptyque qui oppose droit commun et lois spéciales est assurément partiel. Toute opposition suppose l'existence d'une relation entre deux éléments antagonistes au moins, deux règles juridiques pour ce qui nous concerne. Or d'opposition, il n'est pas toujours question. En effet, règle de droit commun et loi spéciale concordent parfois. Que l'on songe pour s'en convaincre à l'ancien article L. 120-4 du Code du travail introduit en 2002. Celui-ci énonçait que le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi. Comment ne pas penser, à la lecture de cet article, à l'article 1134 du Code civil ? Et pourtant, l'ancien article L.120-4 du Code du travail constituait bel et bien une règle de droit spécial puisqu'il n'avait vocation à s'appliquer qu'aux seuls contrats de travail et ce même si elle n'était finalement que la reprise et la déclinaison d'une règle de droit commun.

⁹⁷⁰ J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Etudes de droit de la consommation*, Liber amicorum en l'honneur de J. Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p.279 : « Apparemment le droit commun, surtout dans sa formule latine *jus commune*, est auréolé du prestige de l'histoire et semble aussi ancien que le droit lui-même. Il n'en est rien car cette notion n'est vraiment utilisée par le droit savant qu'au XII^{ème} siècle... ». Le droit commun serait pourtant, à en croire une doctrine abondante, destiné à s'effacer devant l'irrésistible expansion des lois spéciales. Cette même doctrine semble déplorer cette tendance, confirmant par là même l'attrait qu'il exerce sur certains juristes. Sans pour autant adhérer aux assertions d'une doctrine alarmiste, l'on peut tout au moins prendre acte de la multiplication des lois spéciales et de leur effet corrosif sur le droit commun : « En toute matière, tout a été bousculé par la loi spécialisée, bien que la loi traditionnelle, d'allure générale, continue à proclamer les principes et les notions classiques ; la spécialité devient ordinaire et le principe est vidé de son contenu », E. Bertrand, « Le rôle de la dialectique en droit privé positif », *D.* 1951, Chron, p.35.

remarquables, c'est aussi et surtout parce qu'elles sont supposées être intrinsèquement de bien meilleure qualité. Cette idée affleure dans le discours préliminaire du Code civil de Portalis. Un auteur conforte cette impression en considérant que « l'interprétation qui incorpore la règle particulière au droit commun, lui donne, est-on tenté de dire, une double nature : elle est à la fois une règle de droit positif, reposant sur l'autorité qui l'impose, et une règle dont la validité est éprouvée par son rapprochement avec d'autres règles puisées à d'autres fondements, une règle dont la validité tient pour partie – mais pour partie seulement- à ce que la raison du juriste la tient pour une bonne règle »⁹⁷¹. Il faut toutefois se garder d'amplifier un propos ancré dans le temps, car il n'est pas certain qu'aujourd'hui, les qualités intrinsèques des normes de droit commun soit louées de la même manière qu'autrefois.

350. Au-delà de toute idéalisation, modèle et droit commun constituent tous deux des référents. Le modèle, pris dans sa dimension idéale, est en effet un guide pour la qualification et l'action. Le droit commun constitue, pour sa part, un réservoir de normes de repli mobilisables à chaque fois que dans un domaine donné, le législateur n'a pas songé ou n'a pas jugé utile d'édicter de lois spéciales. Dans les deux cas, on ne peut qu'être surpris de la manière dont certains dispositifs juridiques qui voient le jour viennent s'amarrer à des corpus plus complets et anciens qui prennent cumulativement la forme de modèles et de droit commun. Il faut toutefois se garder de voir dans ces manifestations, une forme d'emprunt⁹⁷². Il existe, en effet, des dispositions ayant pour objet d'emprunter les règles qui gouvernent une matière pour les appliquer à une autre, mais qui ne constituent pas une incarnation du droit commun. La frontière entre renvoi et emprunt n'en est pas moins difficile à tracer, car le second s'appuie également sur un modèle. C'est d'ailleurs ce qui rend, en partie, cette technique remarquable. En effet, « des institutions mineures (sans note péjorative), des diminutifs ou des modalités nouvelles viennent s'appuyer sur des modèles plus forts, plus complets (plus lourds aussi), sans perdre leur originalité, pour leur

⁹⁷¹ M.-F. Renoux-Zagamé, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, PUF, coll. Léviathan, 2003, p.65.

⁹⁷² L'usage de ce terme, quoique répandu en doctrine, n'est pas toujours très heureux. En effet, l'emprunt suppose, à proprement parler, une restitution qu'il est difficile d'envisager ici. V. à ce sujet l'analyse de J. Rivero, « Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif », in *Mélanges W. J. Ganshof Van Der Meersch*, Bruylant et LGDJ, Tome 3, 1972, pp. 619 et 620.

emprunter tout ce qui est compatible avec leurs caractères spécifiques »⁹⁷³. Il n'est toutefois pas certain que les emprunts soient monnaie courante dans le domaine des accords collectifs et là où l'on croit en identifier, il s'agit plus certainement d'un renvoi et donc de droit commun. Les distinguer est donc essentiel. Les raisonnements qui sous-tendent ces deux techniques sont très différents. La disposition juridique par laquelle un emprunt est organisé a vocation à s'appliquer de manière systématique. La règle de droit commun a, pour sa part, vocation à s'appliquer de manière subsidiaire, autrement dit en l'absence seulement d'une règle spéciale. Il ne faut pas, sans doute, minorer le choix de telle ou telle technique, car si, paradoxalement, l'emprunt marque une influence plus franche du modèle, l'institution au nom de laquelle il est réalisé, demeure clairement autonome. Il faut comprendre par-là que l'emprunt est limité et ponctuel. Tel ne semble pas être le cas du renvoi, car dans cette hypothèse une filiation est établie entre le modèle et l'institution qui s'y réfère, même à titre subsidiaire, pour établir son régime juridique. L'autonomie est alors plus ou moins relative. Le débat peut sembler de pure forme, il renseigne néanmoins les acteurs du droit sur l'application des normes, sur la nature des accords collectifs et sur leur lien avec les accords collectifs de travail.

B) Des renvois multiples

351. Parmi les renvois au droit des accords collectifs de travail, celui prévu par l'article L. 911-3 du Code de la Sécurité sociale est le plus explicite et le plus discuté. Cet article dispose que « les dispositions du titre III du livre Ier du code du travail sont applicables aux conventions et accords collectifs mentionnés à l'article L. 911-1 » qui porte sur les garanties collectives des salariés. Dans un tout autre domaine, l'article L. 2233-1 du Code du travail énonce que des conventions et accords collectifs peuvent être conclus dans les entreprises publiques et les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) et les établissements publics déterminés par décret assurant à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial, lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé, peuvent signer des accords collectifs « conformément aux dispositions du présent titre ». Ce dernier est bien entendu le titre deuxième du livre 2 du Code du travail qui porte sur l'objet et le contenu des conventions et

⁹⁷³ G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Domat Droit privé, 3ème éd., 2005.p. 307.

accords collectifs de travail. Dans le même style, l'ancien article L. 731-1 du Code du travail prévoyait que les dispositions du titre III du livre Ier relatives aux conventions ou accords collectifs de travail étaient applicables au personnel de l'industrie électrique et gazière. Un tel renvoi, même s'il ne figure plus en tant que tel dans le Code du travail, est toujours d'actualité et signifie très simplement que les accords conclus dans ce secteur sont soumis au droit commun des accords collectifs de travail⁹⁷⁴. Plus récemment, la loi HADOPI 1 a inséré un nouvel article L. 132-27 dans le Code de la propriété intellectuelle dont il résulte que « l'exploitation de l'œuvre du journaliste sur différents supports, dans le cadre du titre de presse défini à l'article L. 132-35 du présent code, a pour seule contrepartie le salaire, pendant une période fixée par un accord d'entreprise ou, à défaut, par tout autre accord collectif, au sens des articles L. 2222-1 et suivants du code du travail ». Cette formulation est pour le moins intéressante. Elle révèle que le renvoi au Code du travail était loin de relever de l'évidence que ce soit en raison de l'objet de l'accord, à savoir l'exploitation d'une œuvre, ou de la nature de l'activité journalistique, activité qui, bien que présumée salariée, se caractérise par une certaine indépendance.

352. Pour comprendre les implications de l'usage de la technique du renvoi, quelques développements peuvent être consacrés aux accords collectifs portant sur des garanties sociales dépassant le cadre de la Sécurité sociale. Si pendant un temps, l'application du droit commun des accords collectifs de travail ne posa guère de problèmes, certains d'entre eux, à l'instar des accords d'assurance chômage⁹⁷⁵, s'en sont complètement démarqués. Si le débat demeure, quoique de manière atténuée⁹⁷⁶, s'agissant des accords collectifs de retraite complémentaire, c'est en raison du renvoi opéré par l'article L. 911-3 du Code de la Sécurité sociale. Celui-ci concerne les accords portant sur des « garanties collectives » qui sont définies par l'article L. 911-2 du même code. Or, selon certains auteurs, ces garanties ne visent que les régimes de prévoyance et de retraites surcomplémentaires provisionnés et gérés par capitalisation, de telle sorte que les régimes de retraite obligatoires, gérés par

⁹⁷⁴ Bien qu'abrogées, à compter du 1^{er} mars 2008 par l'ordonnance 2007-329 du 12 mars 2007, ces dispositions demeurent en vigueur, dans leur rédaction en vigueur à la date de publication de ladite ordonnance.

⁹⁷⁵ X. Prétot, « La nature de la convention d'assurance chômage », *RDSS*, 1986, p.535.

⁹⁷⁶ Un consensus semble s'être formé en doctrine sur le fait qu'il ne s'agit pas, à proprement parler, d'accords collectifs du travail. V. en ce sens, J.-J. Dupeyroux, R. Lafore et M. Borgetto, *Droit de la sécurité sociale*, Précis Dalloz, 17^e éd., 2011 ; J. Barthélémy, « La nature juridique des accords de retraite complémentaire », *Droit social*, 2003, p. 513.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

répartition, ne seraient pas concernés⁹⁷⁷. Ainsi, le renvoi ne concernerait pas les accords de retraite complémentaire. La doctrine n'est pas unanime sur ce point. D'aucuns considèrent que ces accords « sont régis par le droit commun des conventions et accords collectifs de travail »⁹⁷⁸. Le Conseil d'État s'inscrit clairement dans la lignée de ces propos comme l'atteste l'arrêt du 17 avril 2013 dans lequel il a jugé que le droit des accords collectifs de travail s'appliquait bien, par l'entremise de l'article L. 911-3 du Code de la Sécurité sociale, aux accords AGIRC et ARRCO⁹⁷⁹.

Ponctuellement, la Cour de cassation admet également qu'un article du Code du travail soit appliqué aux accords de retraite complémentaire. Ainsi, dans l'arrêt rendu le 23 novembre 1999, il en a été ainsi de l'article L. 132-7, alinéa 2, du Code du travail⁹⁸⁰. Cette référence est plutôt délicate à analyser. Faut-il y voir un simple emprunt ou bien un renvoi suggérant l'existence d'un rapport de droit commun à loi spéciale ? Il nous semble, en réalité, que cette question est éclipsée par celle de la spécificité des accords de retraite complémentaire par rapport aux accords collectifs de travail. Or, il est aisément possible d'admettre cette spécificité tout en concluant à une application, nécessairement raisonnée, du droit commun ci-dessus mentionné⁹⁸¹. C'est en ce sens que M. Barthélémy semble affirmer que « cette filiation n'implique pas [...] que tout le droit des conventions collectives de travail s'applique à ces accords », mais qu'en « raison de la qualité de contrat collectif d'un tel acte, se référer ici aux règles régissant les conventions collectives de travail ne peut qu'être bénéfique »⁹⁸². Dans le même sens, un autre auteur a pu juger qu'« il y'a [...] une spécificité des conventions de sécurité sociale qui sont immergées dans le droit des conventions collectives tout en ne

⁹⁷⁷ P. Morvan, *Droit de la protection sociale*, Lexis Nexis, 7^{ème} éd., 2015, p. 769.

⁹⁷⁸ Ph. Langlois, « Les accords de prévoyance », in *Etudes offertes à J. Barthélémy*, 1994, p. 57. La formulation de l'ancien article L. 731-1 du Code de la Sécurité sociale semblait conforter cette position, prévoyant que « les régimes complémentaires de retraite ou de prévoyance des salariés sont créés ou modifiés soit par voie d'accord collectif interprofessionnel, professionnel ou d'entreprise... ». Il en va de même de la jurisprudence de la Cour de cassation. Celle-ci a ainsi estimé qu'une cour d'appel avait « retenu à bon droit, d'une part, qu'en vertu des dispositions combinées des articles L. 131-2 et L. 132-1 du même Code [du travail], la convention collective a vocation à traiter de l'ensemble des conditions d'emploi et de travail des salariés et de leurs garanties sociales, ce qui inclut leurs retraites, d'autre part, qu'en application de l'article L. 731-1 du Code de la sécurité sociale alors applicable, les régimes complémentaires de retraite ou de prévoyance sont créés et modifiés par voie d'accord collectif interprofessionnel, professionnel ou d'entreprise ». Cette double référence suggère clairement un lien. (Soc. 23 novembre 1999, n° des pourvois : 97-18.980, 97-19.055, 97-20.248, 97-21.053, 97-21.393).

⁹⁷⁹ CE, 1^{re} et 6^e sous sections réunies, 17 avril 2013, *CFE-CGC et autres*.

⁹⁸⁰ Soc. 23 novembre 1999, n° des pourvois : 97-18.980, 97-19.055, 97-20.248, 97-21.053, 97-21.393 ; v. également en ce sens, rendu par une autre chambre, Civ. 2^{ème}, 21 septembre 2004, *RJS* 11/2004, n° 1200.

⁹⁸¹ Spécificité qui « ne doit pas être exagérée », P. Morvan, *op. cit.*, p. 714.

⁹⁸² J. Barthélémy, « La nature juridique des accords de retraite complémentaire », *Droit social*, 2003, pp. 514 et 515.

pouvant logiquement s'en voir appliquer toutes les dispositions »⁹⁸³. De droit commun, il est donc bien question par l'effet d'un renvoi général qui semble être opéré par l'article L. 911-3 du Code de la Sécurité sociale.

Au final, il apparaît relativement aisé de déterminer lorsque le législateur emploie la technique du renvoi. Des indicateurs terminologiques permettent de repérer ses manifestations. D'ailleurs, il en va globalement ainsi des techniques de transmission jusqu'ici évoquées. La dernière technique devant être évoquée se démarque sur ce point. En effet, la technique de transcription est rarement étudiée en tant que telle.

Paragraphe 2 La transcription comme technique de transmission du modèle

353. C'est une étrange notion que celle de transcription. Elle ne correspond, à vrai dire, à rien dans le vocabulaire juridique ou plutôt elle ne désigne aucune technique formellement identifiée et mise en œuvre. Elle nous semble pourtant décisive dans le cadre de notre étude. Aussi, faut-il s'entendre sur ce qu'elle recouvre **(A)** avant de s'intéresser à ses manifestations **(B)**.

A) La teneur du procédé de transcription

354. Un détour par la terminologie propre au droit communautaire s'avère nécessaire pour mieux comprendre la teneur du procédé de transcription. Le terme y est parfois employé comme synonyme de transposition. Ce dernier terme désigne l'opération par laquelle un État membre adopte les mesures nécessaires à la mise en œuvre des directives communautaires. Il n'est toutefois pas certain que la notion de transposition soit adaptée à notre étude. En effet, à l'inverse du modèle qui nous intéresse ici, la directive n'a pas besoin d'être réceptionnée pour intégrer l'ordre juridique national. Ces normes « disposent, comme l'ensemble des normes communautaires de droit dérivé, du privilège de l'immédiateté, en ce sens qu'elles s'intègrent dans l'ordre juridique interne avec leur nature propre, sans aucune opération de transmutation en droit interne »⁹⁸⁴. C'est pour cette même raison qu'un auteur avisé rejette toute idée de transcription en droit communautaire qui comporte par trop

⁹⁸³ J.-J. Dupeyroux et R. Lafore et M. Borgetto, *op. cit.*, p. 1044, §1471.

⁹⁸⁴ D. Simon, V° « Directive », *Rép. europ.*, Dalloz.

« une connotation dualiste, laissant entendre que l'opération correspondante est une condition nécessaire à la pénétration de la directive dans l'ordre juridique national »⁹⁸⁵. Contrairement à la transposition, la transcription constitue bien une technique de transmission, autrement dit une opération de « médiatisation », préalable à la réception et à l'insertion du modèle de l'accord collectif de travail dans les domaines où il se diffuse.

355. La transcription est pour le moins délicate à déceler. En effet, elle ne suit aucun raisonnement prédéfini et celui qui l'opère n'est tenu de suivre aucun *modus operandi* particulier. Toutefois, elle n'est pas nécessairement assurée d'être couronnée de succès, car, comme dans toute greffe, il existe un risque de rejet. Pour mettre toutes les chances de son côté, le législateur doit spécialement prendre en compte les spécificités du terrain dans lequel il entend retranscrire le modèle. Certains prérequis à la transmission du modèle ont été mis au jour dans le cas de cette étude⁹⁸⁶. Il convient, bien évidemment, de s'assurer de leur présence. S'agissant cependant de la transmission en elle-même, il reste à déterminer comment la transcription opère et comment elle se signale. Cela passe par une analyse des textes juridiques entendus largement. Idéalement, la transmission est clairement perceptible lorsque dans une branche du droit donnée, la terminologie employée est la même que celle qui entoure notre modèle. Toutefois, bien souvent, les choses ne sont pas aussi simples. Il s'agit alors de révéler, malgré la richesse et la diversité des textes et des termes employés, une unité d'inspiration et dégager des registres de lecture. Dans certaines sciences humaines, des logiciels d'analyse textuelle, dont l'objectif est de dégager des mondes lexicaux, sont parfois employés à cette fin. S'il est difficile pour l'heure de songer à l'utilisation de tels outils en droit, il est possible, malgré tout, grâce aux différents moteurs de recherche informatiques, de déceler les traces potentielles d'une diffusion du modèle de l'accord collectif. Il convient toutefois, à chaque fois qu'on estime se trouver dans une telle configuration, de veiller à ce que le dispositif ainsi repéré, porte bien en lui les stigmates de notre modèle. S'astreindre à cette vérification est donc nécessaire pour identifier les manifestations du procédé.

⁹⁸⁵ *Loc. cit.*

⁹⁸⁶ Cf. *supra*, chapitre 1.

B) Les manifestations du procédé de transcription

356. Afin de prendre la mesure de la transcription du procédé de l'accord collectif en dehors de son terreau d'origine, il est possible d'en borner préalablement le champ lexical par touches successives et en identifiant les marqueurs les plus évidents puis les moins explicites.

Dans un premier temps, ce sont les termes d'accord collectif et de convention collective qui sont susceptibles de suggérer une transcription du modèle de l'accord collectif de travail. Ainsi, l'article L. 911-3 du Code de la Sécurité sociale mentionne l'existence de « conventions et accords collectifs » ayant pour objet la détermination de certaines garanties collectives. La référence au modèle de l'accord collectif de travail apparaît ici très clairement et est confortée par le renvoi figurant à l'article L. 911-3 déjà étudié⁹⁸⁷. Plus souvent, il est fait simplement état d'accord collectif, l'expression étant préférée à celle de convention collective, car sans doute plus générique⁹⁸⁸. Il en va ainsi tout d'abord de l'article 41 ter de la loi du 23 décembre 1946 qui évoque l'existence d'« accords collectifs de location ». De manière inattendue, l'article L. 441-1-1 du Code de la construction et de l'habitation prévoit également qu'un établissement public de coopération intercommunale peut, sous certaines conditions, proposer aux organismes disposant d'un patrimoine locatif social dans le ressort territorial de cet établissement, de conclure « un accord collectif intercommunal ». Ce dernier a vocation, lorsqu'il est agréé, à se substituer là encore à « un accord collectif départemental » conclu entre le représentant de l'État et les organismes disposant d'un patrimoine locatif social dans ce secteur. L'article L. 230-4 du Code rural et de la pêche maritime offre enfin un dernier exemple en incitant à la conclusion d'« accords collectifs par famille de produits » visant à agir sur la qualité gustative et nutritionnelle des produits agricoles et alimentaires et leur consommation.

357. Dans un second temps, lorsque les expressions d'accord collectif ou de convention collective ne sont pas expressément utilisées, il est parfois fait état de « contrats collectifs ». Toutefois, ce n'est pas tant le législateur qui y recourt, mais plutôt une certaine frange de la doctrine. À vrai dire, le terme a très tôt été employé pour désigner les accords collectifs de

⁹⁸⁷ Cf. *supra*, § 351.

⁹⁸⁸ Cf. *supra*, Introduction.

travail naissants au début du XX^{ème} siècle. Au fil du temps, la notion s'est considérablement enrichie. Elle est aujourd'hui encore utilisée, mais il n'est pas certain qu'elle recouvre les mêmes phénomènes selon les auteurs qui l'emploient. Cependant, ce n'est pas son usage dans le domaine des accords collectifs de travail qui nous intéresse ici, mais celui qui en est fait bien au-delà. Certains auteurs n'hésitent pas ainsi à ranger les assurances collectives⁹⁸⁹ au même titre que les accords collectifs de travail au sein de la catégorie plus large des contrats collectifs⁹⁹⁰. Ces assurances qui se caractérisent par leur extrême diversité⁹⁹¹, présentent effectivement des similitudes étonnantes avec le procédé de l'accord collectif de travail. Elles reposent sur une opération triangulaire qui unit l'assureur, le souscripteur et les assurés et sont organisées autour d'un contrat support, le contrat collectif, qui présente comme particularité notable de ne pas être conclu directement avec les assurés, mais avec le souscripteur qui les représente⁹⁹².

358. Si l'évocation d'accords collectifs facilite indéniablement notre tâche d'identification des transcriptions de notre modèle, il est plus souvent question d'accord ou de convention sans qu'il soit fait mention de leur caractère collectif. Irrémédiablement, cette absence de précision terminologique oblige à analyser le contexte d'édiction de la norme. L'article L. 5422-20 du Code du travail évoque ainsi l'existence de simples « accords » relatifs à l'assurance chômage, tandis que le Code de la Sécurité sociale fait état de « conventions » déclinées selon leur niveau géographique de négociation entre organismes d'assurance maladie et représentants des professionnels de santé⁹⁹³. De même, l'article L. 132-25 du Code de la propriété intellectuelle prévoit la possibilité de signer des accords relatifs à la

⁹⁸⁹ Appelées indifféremment assurances collectives ou bien assurances de groupe, elles se développent à la fois dans le domaine des assurances de personnes et des assurances de dommages et couvrent différents types de risques, spécialement les risques de responsabilité.

⁹⁹⁰ V. notamment, J. Kullmann, « Les mécanismes juridiques fondamentaux des assurances collectives », *RGDA*, 1998, p. 522.

⁹⁹¹ V. en ce sens, V. Nicolas, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, LGDJ, 1996, p. 205.

⁹⁹² Aux termes de l'article L.141-1 du Code des assurances, qui ne régit pas toutes les assurances collectives mais qui pourrait, eu égard à sa formulation, les concerner toutes, le souscripteur est une personne morale ou un chef d'entreprise. A la différence des assurances individuelles où « la mutualité des assurés est constituée par l'assureur qui décide souverainement qui en fera partie, en assurances collectives, c'est le souscripteur qui présente à l'assureur un groupe préconstitué » (J. Bigot, P. Baillot, J. Kullmann et L. Mayaux, *Les assurances de personnes*, Traité de droit des assurances, Tome 4, LGDJ, 2007, p. 631). Ce dernier se compose d'individus unis par des liens de même nature au souscripteur. Il peut s'agir notamment de liens d'ordre associatif ou professionnel. Dans ce cas, l'assuré est adhérent au groupement à l'origine de l'assurance collective. Sur le lien entre accord collectif et assurance collective, cf. *infra*, §492.

⁹⁹³ V. notamment, art. L. 162-5 du Code de la Sécurité sociale.

rémunération. Il y a fort à parier que cette éviction de l'épithète correspond bien souvent à une économie de langage et qu'il ne faille pas y prêter trop d'attention. Le Code du travail lui-même s'y prête, se contentant bien souvent d'indiquer à quel niveau de négociation l'accord ou la convention en question ont été conclus. Le Code de la propriété intellectuelle offre, à ce titre, plusieurs illustrations. L'article L. 132-38 prévoit tout d'abord que l'exploitation d'une œuvre dans un titre de presse au-delà d'une certaine période, est rémunérée selon des conditions qui sont déterminées par « l'accord d'entreprise ou, à défaut, par tout autre accord collectif ». La formule employée suggère clairement un lien avec le modèle de l'accord collectif de travail. Il semble même que les accords dont il est ici question, ne soient rien moins d'autres que des accords collectifs de travail. Si cela s'avère exact, la technique de transmission employée serait en réalité, plutôt celle de la qualification que celle de la transcription.

L'article L. 132-25 du Code de la propriété intellectuelle, introduit par une loi du 1^{er} août 2006⁹⁹⁴, prévoit également que des « accords » relatifs à la rémunération des auteurs peuvent être conclus entre les organismes professionnels ou les sociétés civiles d'auteurs mentionnées au titre II du livre III du même code et les organisations représentatives d'un secteur d'activité. Mieux, la loi autorise à ce que ces accords soient « rendus obligatoires » par un mécanisme semblable à celui de l'extension des accords collectifs de travail, autrement dit suivant « une formule que l'on connaît bien en droit du travail »⁹⁹⁵.

359. Ainsi, l'absence de mention du caractère collectif de l'accord ou de la convention n'est pas toujours décisive. Toutefois, même lorsqu'elle ne l'est pas, elle peut être le signe d'une aversion ou plus modestement d'une méfiance à l'égard du modèle de l'accord collectif de travail. Les débats ayant agité dans les années 1980 la reconnaissance des accords collectifs de consommation, sont symptomatiques. À ce titre, MM. Cas et Ferrier se sont demandés : « à vouloir trop calquer les relations de consommation sur les relations de travail, ne serait-ce que sur le plan de la terminologie, n'a-t-on pas braqué les professionnels dans cette attitude [de refus] ? »⁹⁹⁶. En effet le CNPF s'était opposé à cette idée d'un accord collectif de la consommation.

⁹⁹⁴ Loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006.

⁹⁹⁵ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droits d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 2^e éd. 2012, p. 656.

⁹⁹⁶ D. Cas et G. Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, PUF, Grands Traités, 1986, p. 150.

360. Mais peu importe les raisons guidant une telle éviction, demeure la difficulté de repérer l'existence d'accords collectifs lorsqu'il n'est question que d'accords. L'article D. 511-2 du Code de la consommation évoque simplement, par exemple, « des accords entre professionnels ou prestataires de services publics et privés et consommateurs ou usagers ». C'est là qu'il convient d'étendre le champ lexical du modèle de l'accord collectif de travail. Plusieurs éléments sont susceptibles de nous orienter. Il est possible tout d'abord de se référer au mode de production de l'accord, à savoir la négociation collective. Toutefois, là encore, les textes de lois ont tendance à taire le caractère collectif de cette négociation. L'article L. 540-2 du Code des assurances prévoit ainsi que le statut des agents généraux d'assurance sont « négociés » de la même manière que les accords, déjà mentionnés, conclus dans le domaine de la consommation. Il faut donc encore une fois élargir le champ lexical en prêtant notamment attention aux signataires des accords ainsi relevés. C'est avec une fréquence remarquable qu'il est indiqué que lesdits accords doivent être signés par des organisations professionnelles parfois même qualifiées de représentatives. Dans d'autres cas, ce sont les accords qui sont qualifiés d'interprofessionnels comme dans le domaine agricole⁹⁹⁷. Enfin, la formule selon laquelle un accord peut être rendu obligatoire dans l'ensemble d'un secteur n'est bien entendu pas sans évoquer le mécanisme de l'extension de l'accord collectif de travail. Il n'est d'ailleurs pas anodin que cette référence soit récurrente. Elle atteste que si l'accord collectif de travail constitue un modèle, c'est notamment en raison de la force juridique qu'il a en tant que tel et de celle qu'il peut acquérir par le biais d'un arrêté d'extension.

La transcription du modèle de l'accord collectif de travail se signale ainsi de bien des manières. Elle démontre que la diffusion du modèle s'opère dans bien des domaines même lorsqu'aucune technique juridique formelle n'est employée. Il s'agit même, à dire vrai, de la technique la plus sollicitée par les acteurs du droit, car elle leur offre une souplesse précieuse lors de son adaptation aux domaines dans lesquels on souhaite le transposer. Cela facilite indéniablement sa réception, mais au prix de nombreuses entorses par rapport au modèle qui ne vont pas sans s'interroger sur la préservation de son intégrité. Sur cette base, il apparaît alors difficile de songer à une uniformisation du régime juridique des accords collectifs en général tant leur diversité constitue un obstacle dirimant.

⁹⁹⁷ Cf. les articles L. 632-3 et s. du Code rural et de la pêche maritime.

Conclusion de chapitre

361. Afin de prendre la mesure du processus de transmission du modèle de l'accord de travail, il a été proposé de s'attarder sur les techniques juridiques mises en œuvre par les acteurs du droit, principalement le législateur et les juges. Leur observation donne à voir une diffusion différenciée du modèle selon la technique employée. En effet, si le modèle demeure central, son influence n'opère pas de la même manière selon qu'il amène à lui de nouveaux acteurs ou de nouvelles « occurrences » d'accord collectif ou qu'au contraire, il est amené à se déployer en dehors de ses bases pour se diffuser. Ainsi, selon que les techniques employées permettent l'importation vers le modèle ou son exportation, sa transmission est totale ou partielle. Derrière ce constat, l'enjeu est de taille. En effet, l'étendue de la transmission du modèle produit nécessairement des effets au stade de sa réception. L'effort est moindre si la technique employée est une technique d'importation même si selon la technique employée, l'intensité que dégage le modèle est plus ou moins importante. La qualification permet ainsi un rattachement, conceptuel du moins, au modèle plus conséquent que, par exemple, l'assimilation. En effet, sur un plan juridique, les conséquences qui doivent en être tirées sont assez simples. Il suffit alors de puiser dans le droit des accords collectifs de travail pour définir le régime des accords considérés. Les choses se compliquent, en revanche, lorsque les techniques mises en œuvre sont des techniques d'exportation. Deux techniques ont été principalement identifiées, à savoir le renvoi et la transcription. La première a partie liée avec l'idée de droit commun et laisse espérer une unification des régimes par le biais de l'identification d'un droit commun des accords collectifs en général. La seconde ne permet pas une unification des régimes. En revanche, lorsque les techniques se font d'exportation, elles obligent à penser le commun sur un autre mode, moins « intégré ».

Conclusion de titre

362. S'il a été décidé d'opter ici pour le concept de transmission, c'est parce qu'il désigne un processus dynamique. En ce sens, la transmission exprime bien plus qu'un simple relai, bien plus que l'évidence selon laquelle un modèle ne peut être réceptionné s'il n'est pas « transporté » du pôle émetteur vers les pôles récepteurs. En effet, l'idée de transmission suggère bien autre chose, à savoir l'idée que la diffusion du modèle ne peut être le fait d'une divine providence. Elle suppose une démarche active des acteurs du droit, un pari et un espoir sur les potentialités du modèle. Mais, pour que cette adhésion ne reste pas un vœu pieux, il convient de lui donner sens juridiquement. Encore faut-il pour cela que les branches du droit dans lesquelles on entend transposer le modèle soient en mesure de le réceptionner. Il faut, pour emprunter une certaine terminologie, s'assurer des conditions de sa « relevance ». Pour cette raison, des prérequis ont été identifiés. Ils se rapportent à l'architecture, aux fondations organiques et matérielles, du modèle. Mais l'essentiel de la transmission du modèle, de sa migration, se réalise par le biais de techniques juridiques diverses. Celles-ci opèrent à leur façon par importation vers le modèle ou par exportation de celui-ci, selon des modalités à chaque fois différentes laissant à penser que la transmission du modèle pourrait faire l'objet d'une évaluation par degré. Les techniques d'importation permettent logiquement de se référer au modèle dans sa totalité tandis que les techniques d'exportation permettent une transmission partielle. Au stade de la réception du modèle, les premières soulèvent moins de difficultés que les secondes, car elles permettent de penser plus aisément l'alignement du régime d'accords collectifs exogènes sur la base du droit commun des accords collectifs de travail. Les secondes invitent pour leur part à réfléchir à une réception plus sélective du modèle et donc moins unifiée.

Conclusion de partie

363. Comme la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail qui procède en deux temps, son émission se décompose également en deux étapes. La première consiste en l'identification du modèle. *A priori* purement descriptive, la tâche se révèle particulièrement ardue. Cela tient à deux difficultés majeures interdépendantes. La première découle de la dualité foncière du modèle, à la fois idéal et idéal. Cela suppose de faire la lumière à la fois sur les traits caractéristiques de celui-ci, mais aussi sur les valeurs qui le sous-tendent qu'elles soient revendiquées ou non. La seconde réside dans le degré de précision adopté pour identifier le modèle de l'accord collectif de travail. Les innombrables modélisations dont il fait l'objet, du fait de la pluralité des acteurs y procédant, ne contribuent résolument pas à en offrir une image unitaire et nette. Est-ce pour autant rédhibitoire ? Il apparaît que l'imprécision n'est pas toujours un défaut, car « ne pas trop définir les modèles, ou les définir seulement par quelques traits essentiels, évite de déformer, dans l'imagerie collective, des représentations floues »⁹⁹⁸. L'abstraction serait ainsi érigée en bouclier visant à protéger l'intégrité, bien fragile, du modèle. Elle serait même un atout pour sa diffusion, car plus un modèle confine à l'abstraction, plus il devient aisé de déceler en dehors de son champ des figures qui s'en rapprochent plus ou moins et qui suggèrent un lien conceptuel. L'approche par type décrite dans cette étude participe, d'une certaine manière, de cette démarche. Toutefois, il faut se garder de céder trop vite aux sirènes de l'imprécision. En effet, il ne faut pas oublier que le modèle se définit également comme un outil. À ce titre, il possède une dimension utilitaire. Or, pour jouer ce rôle au mieux, il se doit d'être opérationnel. Pour cela, il importe de repérer ses caractéristiques principales afin qu'il soit proposé à l'imitation. Ainsi, les modèles ne doivent pas constituer « que des théories formelles : mêmes abstraits, ils doivent posséder une relation puissante avec l'empirie »⁹⁹⁹.

Mais la difficulté d'identifier le modèle reste entière. Elle semble, à certains égards, presque indépassable, car plus le modèle se diffuse, plus il gagne en abstraction. Autrement dit, plus il se diffuse, plus il se dilue. Aussi, il convient, autant que faire se peut, de s'en tenir

⁹⁹⁸ F. Petit, « Esprit du droit et modèles en droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de P.-G. Pougué*, Wolters Kluwer, CREDIJ, 2014, p. 633. L'auteur cite le droit de grève comme exemple. Celui-ci est modélisé traditionnellement comme un droit individuel d'exercice collectif. L'image n'est pas très précise, le législateur n'apportant que très peu d'indications sur sa teneur. Elle n'en demeure pas moins significative.

⁹⁹⁹ *Ibid.*, p. 636.

à l'image la plus nette possible du modèle de l'accord collectif de travail. Il est proposé d'y voir à la fois un modèle de droit négocié, mais aussi de droit collectif. Telle serait l'essence du modèle de l'accord collectif de travail, sa « logique », à savoir « d'être un accord négocié et signé entre des personnes représentant collectivement les intérêts de ceux dont les stipulations de l'accord ont vocation à régir les relations »¹⁰⁰⁰. L'image est schématique, mais plus de complexité reviendrait à perdre de vue la visée simplificatrice du modèle qui se doit également de rester une esquisse, un schéma épuré qui engendre la compréhension. Il n'en demeure pas moins que la diffusion du modèle constitue un danger pour lui. L'existence de configurations et de problèmes similaires d'une branche du droit à une autre a permis de conforter l'hypothèse d'une transmission possible du modèle.

364. Si chronologiquement dans le schéma adopté dans cette étude, l'émission précède la réception, il n'est pas certain qu'une telle présentation soit toujours pertinente. En effet, la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail ne correspond pas à un mouvement linéaire que l'on pourrait représenter comme une flèche partant d'un point A (le pôle émetteur) vers un point B (le pôle récepteur). D'ailleurs, la transmission elle-même, est une étape de diffusion du modèle à mi-chemin de l'émission et de la réception. C'est du moins ce que l'analyse des techniques de transmission a pu révéler. Certaines techniques de transmission permettent l'importation, autrement dit l'intégration, au sein du modèle de l'accord collectif de travail, de nouveaux domaines. Ces techniques qui aboutissent à une transmission du modèle dans son ensemble portent les conditions de sa propre réception. En effet, dès lors qu'il est question d'importation, la question de l'adaptation du modèle ne se pose pas. Son intégrité est préservée. En revanche, lorsque ce sont des techniques d'exportation qui sont employées, il s'agit alors de réfléchir vraiment aux modalités de la réception du modèle sur un plan juridique. S'agit-il d'appliquer le droit commun des accords collectifs de travail aux variétés d'accords exogènes observées ?

Quoi qu'il en soit, la diffusion du modèle correspond plus sûrement à un cycle, à une boucle rétroactive¹⁰⁰¹. Le pôle émetteur émet et formule le modèle tandis que le pôle récepteur le réceptionne. Mais le processus ne s'arrête pas là, car la réception n'est pas

¹⁰⁰⁰ I. Vacarie, « Sécurité sociale et démocratie des choix collectifs », in *Mélanges en l'honneur de J.-F. Laborde*, 2014, Dalloz, p. 927.

¹⁰⁰¹ L'expression est une traduction de l'anglais du concept de feedback. Sur cette question, cf. N. Wiener, *La cybernétique : Information et régulation dans le vivant et la machine*, Seuil, 2014.

passive. Recevoir c'est également recréer. Cette réception du modèle de l'accord collectif de travail appelle, *in fine*, à penser son présent, mais aussi son avenir.

Partie 2

Réception du modèle

365. La réception est un phénomène juridique bien connu du droit international. Elle y désigne le processus aux termes duquel un énoncé de droit issu d'un système juridique donné est intégré dans un autre système juridique. Pareil concept est selon nous susceptible d'être utilisé dans une étude de droit comparé interne qui se propose d'analyser les transferts de constructions juridiques¹⁰⁰². La notion de réception fait toutefois l'objet de nombreuses études qui remettent en cause parfois sa pertinence et sèment le doute sur son pouvoir explicatif. Il n'est pas question ici de s'engouffrer dans ses débats. Aussi, la notion sera ici employée dans son acception la plus courante, c'est à dire le fait de recevoir, d'accepter, d'accueillir quelque chose d'envoyé, de donné ou bien encore de transmis. La réception du modèle intervient donc d'un point de vue chronologique, postérieurement à sa transmission. Elle est la « capacité à accueillir, à admettre »¹⁰⁰³. Autrement dit, émettre l'hypothèse d'une diffusion du modèle de l'accord collectif de travail, c'est parier qu'il puisse « faire l'objet d'une réception par les acteurs du droit, qui se l'approprient au risque pour eux de s'éloigner de la réalité des comportements sociaux »¹⁰⁰⁴.

C'est au stade de la réception du modèle que son action est la plus perceptible. En effet, c'est à cette étape de l'opération de diffusion, qu'il est possible de prendre la mesure de l'influence qu'il exerce et d'observer les phénomènes d'imitation qu'il suscite (**Titre 1**). Plus remarquable encore, il ressort de l'analyse que cette réception n'est pas sans incidences sur le modèle lui-même. Il n'est à vrai dire pas d'action exercée sur une chose sans que celle-ci rétroagisse sur le sujet agissant. Ainsi, le modèle de l'accord collectif subit, en retour de son action, certaines influences qui ne sont pas sans conséquences sur son identité même et les usages qu'il en est fait. Or il n'est pas sûr qu'aux termes d'une telle rétroaction, le modèle ressorte complètement intact (**Titre 2**).

¹⁰⁰² Certains auteurs ont d'ailleurs eu recours au concept pour décrire les relations entre ordres juridiques en droit interne. V. spécialement S. Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975, rééd. 2002, pp. 106 et s.

¹⁰⁰³ P. Deumier, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in *Le droit souple*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, p. 114.

¹⁰⁰⁴ F. Petit, « Esprit du droit et modèles en droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de P.-G. Pougoué*, Wolters Kluwer, CREDIJ, 2014, p. 635.

Titre 1 Action du modèle

366. Invoquer un modèle dans la sphère juridique, c'est poursuivre un objectif précis : trouver dans un corpus de normes préconstitué des solutions et des dispositifs originaux à transposer à d'autres cas. Raisonner en termes de modèle revient donc à adopter une logique inductive visant à extraire d'une règle particulière, une règle générale¹⁰⁰⁵. De la sorte, le modèle participe d'un rapprochement des branches du droit. Encore faut-il que cet alignement soit jugé opportun et convaincant¹⁰⁰⁶. Or, l'élévation du cas particulier au rang de règle générale ne s'explique que si l'objet est jugé digne de susciter l'imitation. A ce titre, il doit faire figure de modèle idéal¹⁰⁰⁷. Appliqué aux accords collectifs, ce schéma de pensée implique de déterminer si le corpus juridique de l'accord collectif de travail autorise l'élaboration de normes générales et communes à l'ensemble des accords collectifs étudiés. Deux voies sont susceptibles d'être empruntées dans cette optique, l'unification et l'harmonisation¹⁰⁰⁸.

La première propose de substituer à la diversité des régimes juridiques, un droit unique. Elle est particulièrement difficile à mettre en œuvre. En effet, l'irréductible spécificité des différents accords collectifs s'accommode mal de règles unitaires. Il serait complètement « artificiel de tenter une théorie générale de l'accord collectif »¹⁰⁰⁹, autrement dit de vouloir synthétiser les règles applicables aux innombrables accords collectifs relevés. (**Chapitre 1**). La seconde apparaît en revanche plus prometteuse. Elle invite à faire le deuil d'un droit commun des accords collectifs au sens classique du terme, c'est-à-

¹⁰⁰⁵ Pareille tentative invite à relativiser l'opposition entre le général et le particulier qui est pourtant au cœur d'une dialectique chère à la pensée juridique. Sur cette dialectique, cf. R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *chron D.* 1961, p. 91.

¹⁰⁰⁶ Le modèle prend d'ailleurs place dans un processus argumentatif et vise à susciter l'adhésion. V. en ce sens, Ch. Perelman qui estimait que l'argument par le modèle est un argument fondé sur la structure du réel, en ce sens qu'il dépasse la simple analyse du réel pour en proposer un traitement dynamique et créatif, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^{ème} éd., Méthodes du droit, Dalloz, 1978.

¹⁰⁰⁷ Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁰⁰⁸ Ces catégories sont empruntées au droit communautaire où elles sont utilisées pour rendre compte de l'intégration européenne. L'uniformisation n'est pas ici envisagée car elle suppose l'adhésion à un corpus de normes unique, celui du modèle, sans qu'aucune adaptation ni dérogation ne soit autorisée, autrement dit sans qu'il soit autorisé de l'acclimater dans les branches où on l'exporte. Dans ce schéma de pensée, différent de celui retenu dans notre étude, il n'est pas question d'acte réceptif. V. sur ces questions, l'étude d'ensemble qui est consacrée aux politiques d'intégration par J. Porta, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, LGDJ, Institut Universitaire Varenne, 2 Vol., 2008 ou encore, A. Jeammaud, « Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il ? », in *Vers un code européen de la consommation*, ss. la dir. de F. Osman, Bruylant, 1998, p. 35.

¹⁰⁰⁹ G. Rouhette, « L'extension à des tiers des effets d'un accord de volonté (les accords collectifs en droit français) », *Bulletin de la Société de législation comparée*, Tome 1, 1979, p. 56.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

dire comme un ensemble de normes trouvant à s'appliquer en l'absence de normes spéciales, pour en retenir une conception plus souple, permettant de penser le rapprochement des branches du droit sans pour autant sacrifier leur diversité. Dans cette acception, la notion « de droit commun est appelée à servir à lier des corps de principes et de règles différents plutôt que de les unifier »¹⁰¹⁰. Dès lors, il n'est pas question de vouloir unifier à tout prix le droit des accords collectifs. Il suffit de s'accorder sur l'existence de certains principes communs. Là est le propre du modèle : offrir un vivier de normes dans lequel il est possible de puiser à volonté et sans contraintes, laissant une grande marge de liberté à ceux qui y recourent. En ce sens, la notion de modèle se révèle moins ambiguë que celle de droit commun (**Chapitre 2**).

¹⁰¹⁰ A. Supiot, « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, ss. la dir. de A. Wijffels, Bruylant, 2005, p. 50.

Chapitre 1 Une unification contrariée

367. Le modèle de l'accord collectif de travail n'est pas un bloc monolithique que l'on exporte à l'envie selon une mécanique rodée. Plus encore, il ne faut pas croire que l'action réceptive est passive. Le récepteur opère un choix parmi les éléments qui composent le modèle et détermine lesquels sont dignes d'être imités. Mieux, il les adapte et les fait évoluer selon le contexte juridique mais aussi économique et social. Pour prendre la mesure de la force d'attraction du modèle, il convient de s'adonner à une étude de droit comparé interne. Elle seule permet d'identifier les convergences et les divergences qui existent entre les différents types d'accords collectifs identifiés.

A l'étude, il apparaît que le modèle de l'accord collectif de travail constitue bien la base d'un droit commun des accords collectifs de travail sans adjectif, autrement dit qui va au-delà du travail salarié. Toutefois, l'unité qu'il réalise est loin d'être absolue, certains domaines en demeurant exclus (**Section 1**). Il apparaît également que ce modèle n'a enfanté au-delà de ce droit du travail entendu largement, aucune norme générale ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des accords étudiés. Le droit des accords collectifs n'aurait ainsi aucune unité et ne serait constitué que d'une mosaïque de règles particulières. La raison en est simple : les fins attachées à la négociation collective en deçà et au-delà du droit du travail sont tellement nombreuses qu'il serait vain de rechercher sur ce terrain une unité absolue. (**Section 2**).

Section 1

Une unification relative : du droit commun des accords collectifs de travail salarié au droit commun des accords collectifs de travail « sans adjectif »¹⁰¹¹

368. De nouvelles variétés d'accords collectifs apparaissent régulièrement en droit du travail¹⁰¹². Qu'elles soient le fruit de la volonté du législateur ou qu'elles se développent en dehors de toute prévision légale, ces multiples déclinaisons attestent du succès rencontré par le procédé de l'accord collectif. Cette diversité n'est toutefois pas source de chaos car s'en dégage une certaine unité. Celle-ci prend la forme d'un droit commun qui unifie leur

¹⁰¹¹ L'expression est empruntée à I. Vacarie, « Le travail (sans adjectif) », in *Emploi et protection sociale : de nouvelles relations ?*, PU de Bordeaux, 2009.

¹⁰¹² J. Savatier, « Espèces et variété dans la famille des accords collectifs », *Droit social*, 1960, p. 598.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

condition juridique malgré la diversité de leurs objets, des secteurs dans lesquels ils se déploient ou bien encore des niveaux où ils sont négociés. Initialement pourtant, l'accord collectif avait été pensé dans un domaine à la fois matériel et personnel restreint. Il était, il est vrai, d'abord limité aux professions industrielles et commerciales et portait essentiellement sur les conditions de travail des salariés. Toutefois, à mesure qu'il s'est mué en modèle, son empire s'est étendu. Aujourd'hui, le droit commun des accords collectifs de travail encadre des situations extrêmement hétéroclites (§1). Mais cette diffusion du modèle ne s'arrête pas aux frontières étriquées d'un droit du travail pensé essentiellement pour les relations de travail salarié qui se nouent dans le secteur privé. Au-delà, le travail prend des formes qui rendent également souhaitables le développement de relations collectives. En effet, les « rapports de domination économique qui avaient fondé la naissance du droit du travail s'étendent aujourd'hui bien au-delà des limites du travail salarié » interrogeant l'opportunité d'ériger ce droit comme « droit commun de toutes les relations de travail, salariées ou non »¹⁰¹³. Or, il est des voix qui s'élèvent pour que celui-ci soit constitué « des principes généraux du droit du travail, au premier rang desquels figure le droit à la négociation collective »¹⁰¹⁴. La diffusion avérée du modèle au-delà du droit du travail pourrait s'inscrire dans cette perspective. Toutefois, l'analyse laisse apparaître que si tel est bien le cas, l'unification réalisée est partielle et donc relative (§2).

Paragraphe 1 L'unification réalisée : l'existence d'un droit commun des accords collectifs de travail

369. La structure du Code du travail confirme l'existence d'un droit commun des accords collectifs de travail. Celui-ci contient, en effet, des dispositions communes à l'ensemble des de ces accords puis des règles spécifiques à chaque niveau de négociation¹⁰¹⁵. Si l'unité ainsi réalisée est remarquable, c'est en raison de l'étendue de ce droit commun. Cette amplitude atteste d'ailleurs, au passage, du succès rencontré par le modèle (A). Toutefois, il demeure des domaines dans lesquels l'application du droit commun continue à interroger, menaçant une unité qui apparaît, somme toute, fragile (B).

¹⁰¹³ A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Droit social*, 2000, p. 144.

¹⁰¹⁴ R.-J. Aubin-Brouté, *Le contrat en agriculture*, PU juridiques de Poitiers, LGDJ, Lextenso, 2013, p. 113.

¹⁰¹⁵ Ces « dispositions communes » faisaient même l'objet d'une section dans l'ancien Code du travail (Titre troisième, chapitre 2, section 1^{ère}). Si l'expression a disparu avec la recodification, la structure du nouveau code évoque sans conteste le balancement entre dispositions communes et dispositions spéciales.

A) Une unification renforcée par l'expansion constante du droit commun des accords collectifs de travail

370. Le droit commun des accords collectifs de travail connaît une expansion certaine. En effet, les nouveaux types d'accords qui font inéluctablement leur apparition dès lors qu'une certaine liberté conventionnelle est reconnue aux interlocuteurs sociaux, tombent très souvent dans son escarcelle, au prix notamment d'une interprétation extensive des domaines de la négociation collective. Toutefois, cela passe également par l'édiction ponctuelle de règles spéciales lorsque les règles de droit commun s'avèrent inadaptées sans, pour autant, contrarier les aspirations unificatrices du droit commun. Le livre 2 du Code du travail est d'ailleurs bâti sur ce balancement entre dispositions communes au chapitre premier et dispositions spéciales au chapitre second contenant des « règles applicables à chaque niveau de négociation ». Cet équilibre permet au droit commun des accords collectifs de travail d'étendre son empire aussi bien d'un point de vue matériel (1) que professionnel (2).

1. L'expansion du champ d'application matériel des accords collectifs de travail

371. Il est aujourd'hui classique de constater avec quelle largesse est défini le champ d'application *ratione materiae* de la négociation collective. L'article L. 2222-1 du Code du travail prévoit en effet, que celle-ci porte aussi bien sur les conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que les garanties sociales des salariés. Corolairement, le droit commun des accords collectifs de travail se voit reconnaître un champ d'application matériel conséquent. Toutefois, l'inventaire ici repris, suggère que la liste fixée par la loi est exhaustive. Si tel est bien le cas, elle est interprétée généreusement afin que les accords dont l'objet est spécifique, puissent malgré tout se voir appliquer le droit commun des accords collectifs de travail. Une certaine unité est donc préservée malgré la diversification des objets de négociation. Reste à déterminer dans quelle mesure l'article L. 2221-1 est accueillant.

a) Les conditions de travail

372. Initialement, le domaine de la négociation collective était plutôt restreint. En effet, la loi du 25 mars 1919 prévoyait que « la convention collective est un contrat relatif aux conditions de travail »¹⁰¹⁶. Celle-ci était donc pensée originellement, en lien étroit avec le contrat de travail. D'ailleurs, tous deux ont été concomitamment élaborés par le législateur¹⁰¹⁷. Certains voyaient même dans l'accord collectif une sorte de contrat de travail, collectivement négocié.¹⁰¹⁸ Pour autant, les relations collectives n'étaient pas complètement ignorées puisque la loi du 12 mars 1920 disposait que toute convention syndicale visant les conditions collectives de travail, devait être signée selon les conditions posées par la loi du 25 mars 1919¹⁰¹⁹. La loi du 23 décembre 1946 assigna néanmoins comme unique objet à la négociation collective, l'ensemble des relations individuelles de travail tout en lui soustrayant des thèmes tels que les salaires. La loi du 11 février 1950 adoptera finalement une formulation plus large en prévoyant que la convention collective est un accord relatif aux conditions de travail. Aujourd'hui, cette référence demeure. Deux acceptions peuvent en être retenues. Au sens strict, la notion viserait uniquement les conditions dans lesquelles sont passés et exécutés les contrats individuels de travail. Toutefois au vu de l'évolution législative rappelée ici brièvement, une telle acception ne saurait être retenue. La notion doit être entendue largement, comme intéressant également les relations collectives de travail¹⁰²⁰.

A titre d'illustration, il est possible de faire état des accords portant sur la composition et le périmètre d'une UES. La question a été posée de savoir s'ils relevaient du droit commun des accords collectifs de travail ou du régime spécifique des protocoles d'accord préélectorales. Il est manifeste que les accords en question, au vu de leur objet, ont trait à l'élection des représentants du personnel. L'arrêt du 31 mars 2009 laissait à penser que la Cour de cassation avait définitivement opté, à leur égard, pour un alignement sur le

¹⁰¹⁶ Art. 1^{er} de la loi du 25 mars 1919 relative aux conventions collectives de travail.

¹⁰¹⁷ Le projet de loi sur le contrat de travail présenté par la Société d'études législatives en 1907 et 1908 contenait ainsi quelques dispositions sur la convention collective. Sur cette question, v. C. Didry, *Naissance de la convention collective*, éd. de l'EHESS, 2002, p. 99.

¹⁰¹⁸ Cf. à ce sujet les développements de Ch. de Visscher, *Le contrat collectif de travail*, Paris, 1911.

¹⁰¹⁹ Loi du 12 mars 1920 sur l'extension de la capacité civile des syndicats professionnels.

¹⁰²⁰ Pour une étude d'ensemble, cf. J. Diringier, *Les sources de la représentation collective des salariés*, LGDJ, 2015.

régime des protocoles d'accord préélectoraux¹⁰²¹. Toutefois, l'arrêt du 14 novembre 2013 est à l'origine d'un revirement de jurisprudence¹⁰²². La Cour de cassation estime désormais que la reconnaissance ou la modification conventionnelle d'une UES relève « de l'accord collectif signé, aux conditions de droit commun, par les syndicats représentatifs au sein des entités faisant partie de cette UES »¹⁰²³.

373. Un accord collectif doit donc, « quant à son objet, pouvoir englober l'ensemble des rapports entre employeurs et travailleurs »¹⁰²⁴. Un accord de droit commun devrait donc pouvoir porter sur la représentation des salariés au sein de l'entreprise. La loi du 5 mars 2014 a néanmoins instigué le doute sur ce point. Celle-ci autorise les interlocuteurs sociaux à conclure, à titre expérimental, un accord prévoyant le regroupement dans une négociation unique dite de « qualité de vie au travail » de tout ou partie d'une série de négociations obligatoires¹⁰²⁵. Or, la validité de cet accord est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles. Cette exigence se démarque à double titre de l'exigence de droit commun prévue par l'article L. 2232-12, d'une part en raison du seuil de 50%, d'autre part en raison de l'assiette d'appréciation de cette majorité, à savoir les voies exprimées uniquement en faveur d'organisations représentatives. Cette condition renforcée tient à l'objet spécifique de cet accord. En effet, il est peu évident d'admettre que les négociateurs sociaux puissent disposer de la sorte, des modalités d'organisation de négociations obligatoires. La loi du 17 août 2015 fait craindre néanmoins que malgré l'importance des thématiques liées au dialogue social, un alignement

¹⁰²¹ Soc. 31 mars 2009, 08-60.494, *Bull. civ. V*, n° 96. Cet alignement a été opéré au grand dam de certains auteurs pour qui un rapprochement avec le droit commun était plus opportun. A. Coeuret, « L'avenir de l'UES conventionnelle », *SSL*, n°1120, 20 juin 2005. *Contra*. M. Cohen, *Droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2005, p. 91.

¹⁰²² Soc. 14 novembre 2013, *RDT*, 2014, p. 276, note I. Odoul-Asorey ; *Droit social*, 2014, p. 186, note F. Petit. V. également Soc. 30 juin 2015, 14-12.522, *SSL*, n°1694, 2015, note. A. Coeuret. Ce dernier arrêt a pour mérite de rappeler que celui qui peut le plus peut le moins. En effet, la validité d'un accord remplissant la double majorité de la loi de 2008 remplit *a fortiori* les conditions de droit commun.

¹⁰²³ Ce revirement est la conséquence de la réforme opérée par la loi du 20 août 2008 qui autorise certains syndicats non représentatifs à participer à la négociation et à la conclusion d'un protocole d'accord préélectoral. Appliquer le régime de ce type d'accord aux accords portant sur une UES aurait ainsi impliqué d'admettre qu'ils puissent également être signés par des syndicats non représentatifs.

¹⁰²⁴ M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Traité de droit du travail, ss. la dir. de G.-H. Camerlynck, Tome VII, Dalloz, 2^{ème} éd., 1989, p. 121.

¹⁰²⁵ Art. 33 de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014.

sur le droit commun ne soit réalisé¹⁰²⁶. Désormais, l'article L. 2323-7 prévoit qu'un accord collectif d'entreprise conclu dans les conditions de droit commun peut notamment définir les modalités des consultations récurrentes du comité d'entreprise, la liste et le contenu de certaines informations récurrentes et le nombre de réunions annuelles du comité d'entreprise. Une telle possibilité est étonnante, tant l'objet ici défini a trait aux prérogatives essentielles du comité d'entreprise. *In fine*, la notion de conditions de travail doit donc être entendue très largement. Elle pourrait être progressivement redécouverte au travers des débats entourant la prise en compte croissante des risques psychosociaux liés à l'activité des salariés, en somme à leur travail. Des négociations spécifiques voient le jour sur cette question, spécialement celles qui portent sur la qualité de vie au travail¹⁰²⁷. Les négociateurs se détourneraient ainsi « de la question obsessionnelle de l'emploi pour renouer avec la problématique essentielle du travail » même si en réalité les négociateurs « semblent plutôt convaincus du cercle vertueux qui unit travail et emploi »¹⁰²⁸.

b) Les conditions d'emploi

374. La notion de conditions d'emploi est issue de la loi du 13 novembre 1982. Si elle « explicite un objet de négociation que l'on pouvait déjà rattacher à celui des conditions de travail *lato sensu* », elle exprime également bien plus¹⁰²⁹. En effet, la notion d'emploi ne recoupe pas exactement celle de travail. Un statut professionnel est en effet, attaché à la notion d'emploi¹⁰³⁰. Or, cette dimension statutaire de l'emploi ne peut qu'être renforcée, ancrée dans une négociation collective qui secrète un statut collectif. L'emploi renverrait à certaines caractéristiques du lien salarié telles que sa durée, sa stabilité, sa fermeté, la

¹⁰²⁶ Cette crainte doit être minimisée pour une part. En effet, l'article L. 2242-20 tel qu'il résulte de cette même loi, prévoit que dans certaines entreprises, un accord signé par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections professionnelles peut modifier sous certaines conditions, la périodicité des obligations de négocier relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

¹⁰²⁷ V. à ce titre l'ANI du 19 juin 2013 sur la qualité de vie au travail. V. plus globalement, P.-H. Antonmattéi, « Négocier un accord sur la qualité de vie au travail », *Droit social*, 2015, p. 131.

¹⁰²⁸ A. Fabre, « Qualité de vie au travail et institutions représentatives du personnel : une articulation à construire », *Droit social*, 2015, p. 134.

¹⁰²⁹ M.-A. Souriac-Rotschild, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, 1986, thèse Paris I, p. 121.

¹⁰³⁰ « L'emploi c'est, au-delà du travail, quoi qu'ancré en lui, ce qui soustrait le travailleur à la toute-puissance de celui ou ceux qui tirent profit de son labeur. En somme l'emploi est l'activité laborieuse en ce qu'elle donne accès à un statut professionnel », A. Lyon-Caen, « Contrat et/ou emploi : composition ou recomposition », *SSL*, suppl., 2011, n°1508.

rémunération ou bien encore le lieu de travail. Or, la négociation collective s'est très tôt intéressée à ces questions, « négociation collective et emploi [...] sont de vieux compagnons de route »¹⁰³¹. L'intégration de la notion de conditions d'emploi ne serait, ainsi, porteuse d'aucune innovation réelle. Pourtant, il s'avère que l'emploi a acquis une centralité remarquable confortant la prédiction d'un auteur qui jugeait dans les années 1980, qu'elle risquait « de devenir l'un des points cruciaux du droit des conventions collectives »¹⁰³². En réalité, l'objet s'est renouvelé. L'emploi est bien plus que les seules conditions d'emploi. Son importance a été révélée dans un contexte économique difficile. Les « difficultés économiques et les mesures d'assouplissement ont accusé l'importance du contrat à durée indéterminée à temps plein comme modèle d'emploi »¹⁰³³. Les formes d'emploi se sont toutefois multipliées. Plus fondamentalement, le maintien de l'emploi a été érigé comme une cause nationale dans un pays ravagé par le chômage.

La négociation collective s'est faite le reflet de ces mutations. Sont apparus des accords qui, isolément, ne frappent pas par l'originalité de leur objet mais, ensemble, dessinent une gestion plus souple et plus diversifiée du personnel¹⁰³⁴. La notion a pu justifier que la loi du 18 janvier 2005 ait fait entrer certains pans du droit du licenciement pour motif économique dans le champ de la négociation collective¹⁰³⁵. Plus fondamentalement, elle est devenue le cœur d'accords tendant à son maintien, non sans problèmes. En effet, par un retour de bâton inattendu, l'emploi autrefois façonné par la négociation collective l'affecte à présent¹⁰³⁶. Le développement de ces accords a suscité de nombreuses interrogations quant à l'applicabilité même du droit des accords collectifs de travail. L'existence en leur sein de clauses allusives a spécialement fait douter de leur juridicité¹⁰³⁷. De même, la sanction des manquements à des engagements clairs et précis a pu apparaître décevante, les juges étant « moins venus sanctionner l'acte contrariant une clause de garantie d'emploi que réparer le

¹⁰³¹ T. Katz, *La négociation collective et l'emploi*, LGDJ, 2007, p. 10.

¹⁰³² M.-A. Souriac-Rotschild, *op. cit.*, p. 1025.

¹⁰³³ F. Gaudu, « La notion juridique d'emploi en droit privé », *Droit social*, 1987, p. 414.

¹⁰³⁴ A. Lyon-Caen, « L'emploi comme objet de la négociation collective », *Droit social*, 1996, p. 318.

¹⁰³⁵ Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005.

¹⁰³⁶ Sur cette hypothèse, cf. la seconde partie de la thèse de T. Katz, *op. cit.*

¹⁰³⁷ De tels engagements peuvent revêtir « un caractère non instantané, hypothétique, voire potestatif », G. Borenfreund, « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », *Droit ouvrier*, 1997, p. 514. Cf. également, M.-A. Souriac, « Engagements et arrangements sur l'emploi: quelle efficacité juridique? », *Droit social*, 1997, p. 1061.

préjudice subi par le salarié du fait du manquement de l'employeur »¹⁰³⁸. Plus généralement, l'importance prise par le référendum lors de l'adoption de ces accords, la redécouverte d'un synallagmatisme engageant les salariés dans une démarche de concession, les adaptations de la règle de faveur, ont été autant d'éléments mettant à mal l'unité du droit des accords collectifs de travail. Assurément, celui-ci demeure à l'égard des accords portant sur l'emploi, un droit commun. Toutefois, prennent forme sous certaines latitudes, des règles spéciales qui contrarient l'uniformité des accords collectifs de travail. En dernier lieu, la consécration d'une nouvelle variété d'accords, les accords de maintien de l'emploi (AME), a confirmé cette tendance.

Ce lien entre emploi et négociation collective semble avoir été poussé plus encore avec la loi de sécurisation de l'emploi qui en fait un lien désormais central et quasi nécessaire. Que ce soit la négociation sur la GPEC, la négociation du plan de sauvegarde de l'emploi, les accords de mobilité interne ou que ce soit les accords de maintien de l'emploi (AME), tous ces dispositifs réformés ou issus de cette loi concourent à l'idée que la négociation collective est nécessaire à la sauvegarde de l'emploi et qu'en retour cet impératif doit imprimer un nouveau cours à la négociation collective.

S'agissant des AME, il convient d'y déceler non pas une véritable innovation mais plutôt un « encouragement »¹⁰³⁹ à destination des interlocuteurs sociaux en vue de passer de tels accords. En effet, s'il n'existait pas « jusqu'à ce jour de dispositions de nature législative ou réglementaire encadrant le recours à ce type d'accords »¹⁰⁴⁰, des accords donnant-donnant ont été signés bien avant. D'ailleurs, la reconnaissance des AME n'implique pas que les accords conclus avant 2013 aient vocation à se fondre dans cette nouvelle catégorie légale. En réalité, les engagements conventionnels en matière d'emploi connaissent différentes espèces. Certains proposent de distinguer à ce titre, les accords

¹⁰³⁸ A. Fabre, « Le contentieux de la violation des engagements en matière d'emploi », *Droit ouvrier*, 2015, p. 470. Pour un ex. récent, cf. Soc. 5 novembre 2014, 13-14.077, *Droit ouvrier*, 2015, p. 303, note B. Schmid. En l'espèce, la Cour de cassation a notamment retenu, s'agissant d'un engagement contenu dans un accord de GPEC, l'existence d'un préjudice subi par les salariés en raison de la perte de chance de rester dans leur emploi d'origine.

¹⁰³⁹ E. Peskine, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », *Droit social*, 2014, p. 439.

¹⁰⁴⁰ Ces dispositions sont, à ce titre, présentées comme la source de garanties importantes pour les salariés. Pourtant, on ne saurait fermer les yeux sur le fait que le refus d'un salarié de voir suspendus les éléments de son contrat de travail qui seraient contraires à l'accord de maintien de l'emploi, est susceptible d'entraîner une rupture du contrat de travail s'analysant comme un licenciement individuel pour motif économique qui repose, selon les termes de la loi Macron, sur une cause réelle et sérieuse. De plus, l'employeur n'est pas tenu par ses obligations d'adaptation et de reclassement.

spéciaux, c'est-à-dire les AME, des accords généraux qui correspondent aux autres accords donnant-donnant¹⁰⁴¹. Pourtant, au regard de leur objet, rien ne semble justifier que les premiers soient différenciés des seconds. Quelques éléments suggèrent toutefois une dissociation. Il en va ainsi de l'obligation faite aux interlocuteurs sociaux d'établir un diagnostic partagé sur l'existence de graves difficultés économiques conjoncturelles ou bien encore, des engagements de l'employeur et des salariés qui découlent de ce genre d'accord¹⁰⁴². L'employeur ne peut, en principe, procéder à la rupture des contrats pour motif économique des salariés auxquels l'accord s'applique¹⁰⁴³. Les salariés se voient notamment imposer, en échange, des baisses de rémunération ou bien encore des modifications de leur temps de travail pendant une certaine durée¹⁰⁴⁴. Surtout, leur refus, quand bien même il prendrait appui sur une disposition contractuelle, justifie leur licenciement individuel pour motif économique¹⁰⁴⁵. Ces éléments ne sont pas sans incidences sur le régime de ces accords. Ils sont notamment soumis à une véritable exigence majoritaire, ceux-ci devant être signés par des organisations syndicales ayant recueilli au moins 50% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles par dérogation à l'article L. 2232-12 du Code du travail. Elle ne se comprend que rapportée aux concessions –aux dangers- que ces accords contiennent¹⁰⁴⁶. L'enjeu est de s'assurer de la légitimité des AME et par là même de l'adhésion des salariés. Au demeurant, le projet de généraliser le principe des accords majoritaires fait craindre une banalisation des accords de maintien de l'emploi, de même

¹⁰⁴¹ I. Meftah, « Les frontières des accords de maintien de l'emploi », in *Licenciements pour motif économique et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, ss. la dir. de G. Borenfreund et E. Peskine, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2015, p. 27.

¹⁰⁴² Sur la justification et le développement d'une narration circonstanciée, V. Ilieva, « La motivation des accords collectifs : l'exemple des accords de maintien de l'emploi », *ouvrage précit. en note précédente*, p. 46.

¹⁰⁴³ Interdiction qu'il convient de relativiser. En effet, l'article L. 5125-2 prévoit que l'accord contient une clause pénale au sens de l'article 1226 du code civil qui s'applique lorsque l'employeur n'a pas respecté ses engagements, notamment ceux de l'article L. 5125-1. Elle donne simplement lieu au versement de dommages et intérêts aux salariés lésés dont le montant et les modalités d'exécution sont fixés dans l'accord.

¹⁰⁴⁴ Deux ans sous l'empire de la loi de sécurisation de l'emploi, cinq ans pour les accords conclus après promulgation de la loi Macron du 6 août 2015.

¹⁰⁴⁵ Une telle disposition n'est pas sans rappeler les débats ayant entouré les accords de RTT et la loi Aubry 2. V. Titre 2, chapitre 1. Le régime des AME n'en est pas si éloigné depuis que la loi Macron prévoit que le licenciement du salarié résistant s'analyse certes comme un licenciement individuel pour motif économique mais auquel les articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1 du Code du travail ne s'appliquent pas... Difficile en effet de nier le caractère économique du licenciement ainsi prononcé. Peu importe l'ivresse, pourvu qu'on ait le flacon.

¹⁰⁴⁶ Comment interpréter l'assiette dans le cadre de laquelle cette majorité d'engagement est appréciée? Il est en effet précisé qu'il s'agit des suffrages exprimés en faveur des seules organisations syndicales représentatives. Cette exigence renforce-t-elle ou atténue-t-elle la légitimité de l'accord par rapport au droit commun?

que la généralisation du droit d'opposition avait fait craindre, à juste titre, la banalisation des accords dérogatoires à la loi.

c) La formation professionnelle

375. Longtemps, la formation professionnelle fut perçue comme relevant de la responsabilité des pouvoirs publics. L'accord du 9 juillet 1970 est venu briser cette approche, amorçant une implication croissante, confirmée depuis, des interlocuteurs sociaux. Son contenu fut transposé dans la loi du 16 juillet 1971, un des exemples les plus fameux de loi négociée¹⁰⁴⁷. Pourtant, « le fait de négocier sur la formation professionnelle [...] n'avait rien d'évident [...] à l'époque »¹⁰⁴⁸. D'un point de vue politique, l'accord de 1970 intervint au sortir d'une décennie socialement mouvementée. Avant toute relance législative, les pouvoirs publics souhaitaient que les interlocuteurs sociaux parviennent à un compromis négocié que pourrait relayer le législateur¹⁰⁴⁹. D'un point de vue juridique, il faut rappeler que les accords collectifs conclus au niveau national interprofessionnel n'avaient pas d'existence juridique et ne pouvaient être étendus à l'époque. Or, comment procéder pour que l'accord puisse s'appliquer à l'ensemble des salariés ? Seule une loi pouvait lui conférer une telle portée. Ce fut chose faite avec la loi du 16 juillet 1971¹⁰⁵⁰. Toutefois, l'objet et le niveau de conclusion de ces accords auraient pu suggérer un rapprochement avec les accords de retraite complémentaire. Une telle orientation aurait nécessairement conduit à les éloigner du droit commun des accords collectifs de travail. Telle ne fut pas l'orientation adoptée. Le champ matériel de la négociation collective fut simplement étendu grâce à l'introduction par la loi du 13 juillet 1971, de la notion de garanties sociales. L'important était que « l'on veuille bien donner aux mots « garanties sociales » un contenu assez large pour inclure les problèmes de garantie d'emploi, d'indemnisation du chômage, de retraite complémentaire, de formation professionnelle et d'éducation permanente sans que l'on

¹⁰⁴⁷ La négociation légiférante a d'ailleurs souvent eu les faveurs du législateur en la matière.

¹⁰⁴⁸ C. Vincent, « Les relations sociales et les politiques d'emploi dans les années 1950-1969 », in *La construction du système de formation professionnelle continu*, coord. par E. de Lescure, GEHFA, L'Harmattan, 2004, p. 40.

¹⁰⁴⁹ Il faut signaler le rôle joué en la matière par J. Delors, v. de l'auteur, « La Nouvelle société », *Preuves*, 1970 ; « Au-delà des illusions », *Esprit*, 1974, p. 547.

¹⁰⁵⁰ Entre temps, la loi du 13 juillet 1971 avait enfin donné un cadre juridique aux ANI et à leur extension.

puisse au demeurant dresser une liste exhaustive »¹⁰⁵¹. L'insertion de la formation professionnelle dans la liste de l'article L. 131-1 du Code du travail en 2004 a définitivement dissipé tout doute. Mieux, elle présente l'avantage d'éviter l'amalgame avec certains accords de protection sociale qui se sont très largement démarqués des accords de droit commun.

376. Pour autant, les accords de formation professionnelle relèvent-ils bien du droit commun des accords collectifs de travail ? Certains soutiennent que leur régime juridique est à la fois « constitué par les dispositions du droit commun de la négociation [...] et par des dispositions spécifiques »¹⁰⁵². Mais à quoi tiendrait cette spécificité ? Elle pourrait résider dans l'existence d'une obligation de négocier triennale prévue par l'article L. 2241-6. Toutefois, cela ne suffit pas à exfiltrer ces accords du domaine des accords collectifs de travail de droit commun. Si spécificité il y a, elle est plus sûrement la conséquence d'une préférence très nette marquée en faveur de négociations centralisées comme l'atteste l'article L. 6322-14¹⁰⁵³. Celles-ci présentent l'avantage de garantir la généralité des dispositifs conventionnels. En bien des aspects, ces accords évoquent certains accords de protection sociale de par leur niveau de négociation et leur objet institutionnel. Par ailleurs, il est remarquable de constater la vivacité avec laquelle les négociations de branche sont menées, alors même que celles-ci sont généralement dites en retrait par rapport à la négociation d'entreprise. Certains y verront « une négociation faiblement normative [...] aux enjeux modestes, d'autres y trouveront la confirmation que le champ de la formation professionnelle demeure parmi les plus consensuels »¹⁰⁵⁴. Il n'en demeure pas moins que ces accords relèvent bien du droit commun comme l'attestaient les différents renvois figurant dans le Code du travail avant recodification¹⁰⁵⁵. Qu'ils aient aujourd'hui disparu n'est pas anodin et atteste de leur redondance, au vu de la mention de la formation professionnelle figurant à l'article L. 2221-La préférence manifestée en faveur de négociations centralisées

¹⁰⁵¹ JO, Débats, AN, 15 mai 1971, p. 1914 cité par J.-M. Luttringer, « Réflexions sur les rapports entre formation continue et négociation collective », in *Mélanges en l'honneur d'H. Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 47.

¹⁰⁵² *Loc. cit.*

¹⁰⁵³ Selon cet article, un accord de branche ou interprofessionnel détermine les règles de prise en charge du CIF, la rémunération du salarié ainsi que la composition de l'instance paritaire chargée d'appliquer l'accord.

¹⁰⁵⁴ J.-M. Luttringer et J.-P. Willems, « Les apports de la jurisprudence à la structuration du droit de la formation », avril 2008, 2ème chronique pour L'AEF.

¹⁰⁵⁵ Ceux-ci laissaient peu de place au doute. L'article L. 934-2 prévoyait ainsi qu'une obligation de négocier s'imposait aux organisations liées par une convention de branche ou un accord professionnel conclus dans les conditions prévues aux articles L. 132-1 à L. 132-17. De même, l'article L. 931-8-1 prévoyait que l'extension de l'accord était réalisée dans les conditions définies aux articles L. 133-8 et s.

ne signifie pas d'ailleurs que toute négociation d'entreprise est impossible. Simplement, l'article L. 2253-3, composante du droit commun, précise qu'en matière de mutualisation des fonds de la formation professionnelle, un accord d'entreprise ne peut comporter de clauses dérogeant aux accords plus larges. Il en va de la viabilité économique des systèmes de formation de maintenir une véritable solidarité professionnelle. En dehors de ce point, le principe posé à l'article L. 2253-3 demeure. L'accord d'entreprise est libre de déroger à l'accord dont le champ d'application est plus large. Pour le surplus, on observera que la négociation d'entreprise se voit au fur et à mesure, reconnaître un nouveau rôle. La loi du 14 juin 2013 prévoit ainsi que la négociation d'entreprise en matière de GPEC constitue un vecteur de la politique de formation menée par l'employeur. Mieux, la loi du 5 mars 2014 permet désormais aux interlocuteurs sociaux de prévoir par voie d'accord d'entreprise, que l'employeur consacre au moins 0,2 % du montant des rémunérations versées pendant chacune des années couvertes par l'accord, au financement du compte personnel de formation de ses salariés¹⁰⁵⁶.

Aujourd'hui, la formation professionnelle est donc traitée comme une thématique à part entière de la négociation collective de droit commun. Il fut cependant un temps où elle se fondait dans la notion plus large mais aussi plus vague, de garanties sociales.

d) Les garanties sociales

377. Il est peu évident de définir ce que la notion de garanties sociales recouvre. Initialement, celle-ci avait vocation à constituer une catégorie accueillante¹⁰⁵⁷. Lors de son incorporation dans le Code du travail, l'objectif du législateur était clairement de mettre fin aux doutes instigués par le Conseil d'Etat s'agissant de l'applicabilité de la procédure d'extension aux accords de retraite complémentaire et d'assurance chômage. Or, certains d'entre eux, se sont largement et progressivement autonomisés. Pour le reste, la question demeure. L'article L. 911-3 du Code de la Sécurité sociale renseigne peu en énonçant que les dispositions du Code du travail sont applicables aux accords collectifs relatifs aux garanties collectives dont bénéficient les salariés en complément de celles qui résultent de

¹⁰⁵⁶ Cette loi renforcerait « les particularités de cette négociation en matière de formation professionnelle », S. Boterdael, « Caractéristiques de la négociation collective de branche en matière de formation professionnelle », *Droit social*, 2014, p. 1013.

¹⁰⁵⁷ En ce sens, cf. G. Lyon-Caen, *La prévoyance*, Dalloz, Connaissance du droit, 1994, pp. 41 et s.

l'organisation de la Sécurité sociale. Ce renvoi au droit commun interroge. Faut-il y voir un doublon, au vu de la mention des garanties sociales au sein de l'article L. 2221-1 du Code du travail ou bien l'indication d'une véritable spécificité de ces accords, compatible avec une application résiduelle du droit commun ? Rien n'est moins sûr. Certains estiment qu'il convient de distinguer les accords de prévoyance soumis au droit commun des accords collectifs de travail aux accords collectifs de travail contenant des clauses de prévoyance auxquels le droit du travail s'appliquerait pleinement¹⁰⁵⁸. D'autres considèrent qu'il convient de dissocier les garanties sociales du droit du travail des garanties collectives du « droit de la Sécurité sociale complémentaire ». Ces dernières auraient pour spécificité d'être « liées à une redistribution [...] et plus précisément à une redistribution axée sur la mise en œuvre d'une solidarité entre les membres du groupe concerné face à certains risques »¹⁰⁵⁹. Transparaît ici la spécificité de ce qu'il convient d'appeler les « conventions de Sécurité sociale »¹⁰⁶⁰. Cependant, il n'est pas certain qu'elle soit véritablement prise en compte, l'attraction du modèle de l'accord collectif de travail étant encore trop forte.

378. Bon nombre d'incertitudes demeurent aujourd'hui, comme l'atteste l'application du Code du travail aux accords collectifs de retraite. Le point de discordance est bien connu. Il apparaît que « l'objet de l'accord - fonder un régime - et la nature de l'avantage - une pension de retraite non garantie - rendent inadéquates les dispositions du Code du travail concernant les effets des conventions collectives »¹⁰⁶¹. Si une doctrine majoritaire s'accorde sur cette inadéquation, nombreux sont les auteurs qui s'opposent sur les conséquences qu'il faut en tirer sur le plan du régime juridique de ces accords. Afin de comprendre cette inadéquation, il convient de distinguer régimes complémentaires et régimes supplémentaires de retraite.

Les premiers, obligatoires, fonctionnent par répartition. Les prestations versées à un allocataire ne sont pas financées par ses propres cotisations mais par celles des actifs. Ils s'appuient ainsi sur une solidarité intergénérationnelle¹⁰⁶². Or, pour qu'un tel système

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*, pp. 37 et s.

¹⁰⁵⁹ J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto et R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Précis Dalloz, 16^{ème} éd., 2015, p. 1065.

¹⁰⁶⁰ Cf. infra, §412.

¹⁰⁶¹ J. Barthélémy, « La nature juridique des accords de retraite complémentaire », *Droit social*, 2003, p. 513 ; « Restructurations et protection sociale complémentaire », *Droit social*, 1989, pp. 110 et s.

¹⁰⁶² Une solidarité ponctuelle d'ordre financière existe également entre les régimes AGIRC et ARRCO, laissant à penser qu'il existerait une forme de solidarité « inter régimes ».

soit viable, il est nécessaire que l'équilibre financier des régimes, autrement dit l'équilibre entre masses des cotisations et masses des prestations, soit réalisé. Mais la baisse des rendements des régimes de retraite complémentaire observée déjà depuis quelques décennies, met à mal leur situation financière¹⁰⁶³. Aussi, la révision des accords instaurant ces régimes a dû être envisagée pour garantir leur pérennité¹⁰⁶⁴. La mesure la plus simple consiste sans doute, à procéder à la suppression ou à la réduction des droits aux prestations des assurés¹⁰⁶⁵. Ainsi, il n'existerait aucun principe d'intangibilité des droits aux prestations de retraite complémentaire. Il apparaît en réalité, que la diminution des prestations dans un régime par répartition confronté à un déséquilibre financier, n'est pas une fatalité. D'autres leviers existent, comme l'augmentation du taux de cotisations ou modifier les bornes d'âge¹⁰⁶⁶.

379. Au premier abord, rien ne semble s'opposer à la révision des accords de retraite complémentaire. Bien au contraire, les accords AGIRC et ARRCO prévoient expressément cette faculté¹⁰⁶⁷. Toutefois, la tâche se révèle ardue car ceux-ci régissent à la fois des relations de travail en cours d'exécution et révolues, et donc des pensions à venir et en cours de service. Il convient aussi de déterminer si les bénéficiaires actuels et futurs du régime peuvent s'opposer à une modification de leurs prestations. Cette question a été à l'origine d'un abondant contentieux et de nombreuses joutes doctrinales. Au cœur du débat, les enjeux sociaux et financiers qui président à la conclusion de ces accords, sont décisifs. Il en résulte une tension entre deux impératifs contradictoires, continuité et rupture. Comme en droit du travail où la loi garantit la continuité du statut collectif, en favorisant sa révision et en aménageant les périodes de transition entre deux conventions, il est nécessaire de

¹⁰⁶³ Sur cette question, cf. par exemple, « L'avenir des régimes de retraite, quel rôle pour l'entreprise ? », Rapport Entreprise et Personnel, *Liaisons sociales*, n° 84/96.

¹⁰⁶⁴ L'article L. 922-11 prévoit à ce titre que les régimes de retraite complémentaire obligatoire doivent, s'il y a lieu, définir de nouvelles modalités pour assurer la sauvegarde des droits de leurs adhérents.

¹⁰⁶⁵ Un auteur va même plus loin en considérant que dans le cadre d'un régime par répartition, c'est la seule solution ; J. Bathélémy, « Solidarité et accord de protection sociale complémentaire », in *Mélanges en l'honneur de J. Pélissier*, Dalloz, 2004, pp. 40 et 41.

¹⁰⁶⁶ La première option a été écartée par le patronat et la seconde par les confédérations syndicales lors des négociations de l'accord sur les retraites complémentaires du 30 octobre 2015. Les négociateurs ont préféré créer une « contribution de solidarité ». Ainsi, « l'équilibre financier d'un régime par répartition est un pilotage fait de choix et non de prises d'acte de la mécanique naturelle du régime » : L. Camaji, *La personne dans la protection sociale*, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de thèses, 2008, p. 368.

¹⁰⁶⁷ L'article 8 de l'accord ARRCO prévoit ainsi, que « la révision du présent Accord et de ses annexes est de droit si une modification de la législation ou de la réglementation de la Sécurité sociale vient à modifier, simultanément et pour le même objet, les obligations des employeurs et les prestations des salariés ».

garantir aux bénéficiaires d'un régime conventionnel la stabilité de leurs droits. Toutefois, l'équilibre financier de ce régime conditionnant fortement sa pérennité, il est également primordial de permettre son évolution. La rupture permet alors l'adaptation à la conjoncture économique. Mais, à l'épreuve du terrain, l'application du seul droit du travail se révèle inadéquate en certains points.

En effet, ces accords ne s'inscrivent pas dans la même échelle de temps que les accords collectifs de travail. La solidarité intergénérationnelle à l'œuvre dans les régimes implique une permanence des droits peu compatible avec la dénonciation. En effet, il serait injuste de priver de prestations les retraités ou les actifs ayant cotisé en faveur de leurs aînés. Cependant, permanence ne signifie pas perpétuité. Rien ne s'oppose juridiquement à ce qu'un accord à durée indéterminée instaurant un régime par répartition soit dénoncé. Lorsque l'accord est conclu pour une durée déterminée, celui-ci a, en revanche, vocation à produire ses effets jusqu'à l'échéance de son terme¹⁰⁶⁸. Les choses se compliquent en cas de dénonciation d'un accord collectif à durée indéterminée ou de révision d'un accord en cours d'application¹⁰⁶⁹. La question posée de manière récurrente à ce sujet, est de savoir si un accord de révision ou de substitution peut réduire les avantages dont bénéficient les retraités.

La Cour de cassation a jugé, dans un premier temps, que s'il incombe aux institutions de retraite complémentaire d'assurer l'équilibre financier des régimes qu'elles gèrent et que, si elles doivent adopter les dispositions pour définir de nouvelles modalités assurant la sauvegarde des droits de leurs adhérents, elles ne peuvent remettre en cause le nombre des points acquis par les participants dont la retraite a été liquidée avant l'entrée en vigueur de l'accord de révision¹⁰⁷⁰. La Cour avait ainsi introduit une distinction entre droits acquis et droits en cours d'acquisition, rappelant par là même le principe de l'intangibilité des droits

¹⁰⁶⁸ Un parallèle peut ici être dressé avec les accords d'assurance chômage à durée déterminée. Dans un arrêt du 16 juillet 1987, la Cour de cassation a jugé que l'ancien article L. 132-6 du Code du travail portant sur l'expiration d'un accord à durée déterminée, était bien applicable aux accords d'assurance chômage. Soc. 16 juillet 1987, *Bull. civ. V*, n° 500.

¹⁰⁶⁹ La Cour de cassation semble toutefois là aussi admettre, au moins implicitement, une application du droit du travail même si c'est pour la rejeter dans l'arrêt du 16 juillet 1987. En l'espèce, les requérants prétendaient que l'accord arrivé à son terme devait continuer à produire ses effets conformément à l'ancien article L.132-8 du Code du travail « pendant une durée d'un an à compter du dépôt de la dénonciation ». La Cour a toutefois rejeté cet argument au motif que l'accord en cause avait été conclu pour une durée déterminée, *arrêt précit.*

¹⁰⁷⁰ Soc., 23 nov. 1999, *Bull. civ. V*, n° 453, *D.* 2000, Jur. p. 292, note Y. Saint-Jours ; *Droit social*, 2000, p. 322, concl. P. de Caigny.

liquidés propre au droit de la Sécurité sociale¹⁰⁷¹. La haute juridiction n'a toutefois pas hésité, dans un second temps, à se replacer dans le giron du droit commun des accords collectifs de travail. Elle a conforté une cour d'appel qui avait écarté toute idée d'intangibilité des prestations dans le cadre de l'adhésion des banques aux régimes AGIRC et ARRCO, dès lors que les principes de solidarité, d'égalité et de proportionnalité justifiaient selon elle, qu'un accord de révision s'impose à tous, y compris à ceux dont les droits ont été liquidés. L'ancien article L. 132-7 du Code du travail s'est ainsi vu, appliqué¹⁰⁷². Les deux décisions ici évoquées ne sont toutefois pas incompatibles. En effet, dans le premier arrêt, la Cour de cassation pose clairement que dans un régime par points qu'acquiert le salarié en contrepartie des cotisations qu'il a versées, le nombre de points acquis par les bénéficiaires ayant liquidé leurs droits ne peut être remis en cause. En revanche, le montant du point peut, lui, être revu à la baisse au nom « des principes de circonstances destinés à justifier la réduction des droits constitués à une retraite complémentaire pour cause de difficultés financières ». En somme, si les bases de la liquidation paraissent intangibles, la valeur des droits nés de cette liquidation peut varier au gré des négociations.

380. En matière de retraites supplémentaires d'entreprise, la Cour de cassation semble adopter une ligne jurisprudentielle similaire. Dans un arrêt du 28 mai 2002, rendu au visa de l'article L. 132-7 du Code du travail, elle a considéré que les salariés dont l'admission à la retraite était postérieure à la date d'entrée en vigueur d'un nouveau régime résultant d'un accord collectif emportant révision d'un accord antérieur auquel il se substituait, n'avaient aucun droit acquis à bénéficier d'une liquidation de leur retraite supplémentaire selon les modalités du régime institué par l'accord initial dont les prestations, quoique définies, n'étaient pas garanties¹⁰⁷³. En l'espèce, les salariés estimaient, non sans logique, qu'ils avaient un droit acquis à faire liquider leur pension pour la période courant jusqu'à l'entrée en vigueur de l'accord de révision, sur la base de l'accord initial modifié. La cour d'appel avait d'ailleurs accueilli leur demande, insistant sur le fait que le régime en cause était un régime par capitalisation à prestations définies. La Cour de cassation s'en est tenue pour sa

¹⁰⁷¹ Principe fondamental au sens de l'article 34 de la Constitution et non principe à valeur constitutionnelle, CC, décision n° 94-348 DC du 3 août 1994.

¹⁰⁷² Soc., 31 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 200, *Droit social*, 2001, p. 744, concl. J. Duplat, et p. 875, note Ph. Langlois.

¹⁰⁷³ Soc., 28 mai 2002, *Bull. civ. V*, n° 181, *D. 2002*, Jur. p. 3167, note Y. Saint-Jours ; *Droit social*, 2002, p. 274, note Ph. Coursier. Cette solution est écartée lorsque la rente viagère financée par les cotisations des salariés.

part, à une application radicale de l'article L. 132-7 du Code du travail impliquant que l'accord de révision produise pleinement ses effets.

Dans un arrêt du 17 mai 2005, la Cour de cassation a également eu à se prononcer sur les conséquences d'une dénonciation dans le cadre d'un système de retraite supplémentaire à prestations définies¹⁰⁷⁴. En l'espèce, un accord de substitution modifiait les modalités de revalorisation d'allocations de retraite déjà servies. La haute juridiction a jugé que les salariés mis à la retraite avant la dénonciation de l'accord initial, avaient droit au maintien du niveau de pension atteint au jour de la dénonciation avec les modalités de revalorisation initiales jusqu'à l'entrée en vigueur de l'accord de substitution. Au-delà de cette date, ils ne pouvaient se prévaloir des modalités de revalorisation instituées par l'accord dénoncé qui constituent un avantage collectif et non individuel. Là encore, la Cour de cassation applique le droit commun des accords collectifs de travail. L'avis de l'avocat général dans cette affaire est, à ce sujet, pour le moins explicite : « les accords collectifs relatifs à la prévoyance sociale sont conclus, révisés, dénoncés et remplacés selon les règles prévues par le Code du travail »¹⁰⁷⁵.

381. Ainsi, il apparaît que les accords collectifs de retraite et par extension les accords relatifs à la protection sociale complémentaire, relèvent du droit commun des accords collectifs de travail. Pourtant, il faut admettre l'inanité d'une application pleine et entière de dispositions « foncièrement inadaptées au caractère viager des systèmes de retraite dont les institutions requièrent stabilité et pérennité pour l'accomplissement de leur mission ». Rien ne semble justifier en effet, de distinguer les droits en cours d'acquisition « thésaurisés pour le compte de leurs participants par les institutions de retraites complémentaires » des droits liquidés, qui constituent tous « des droits acquis aux prestations de retraite ». Et un auteur de conclure que « c'est la finalité même de tout système de retraite, qu'il s'agisse de points, de trimestres de cotisations ou de la constitution de capitaux »¹⁰⁷⁶. Le propos a d'autant plus

¹⁰⁷⁴ Soc., 17 mai 2005, 02-46.581, *D.* 2006, p. 1154, note Y. Saint-Jours. Cette solution n'est pas sans évoquer la jurisprudence applicable en cas de dénonciation d'un accord sur les salaires. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'à la suite de la dénonciation d'un accord de ce type, les salariés avaient droit au maintien du niveau de rémunération atteint au jour où il avait été dénoncé et qu'ils ne pouvaient plus prétendre pour l'avenir à la réévaluation de leur salaire selon les dispositions de cet accord, celle-ci ne constituant pas un avantage individuel acquis au sens de l'article L. 132-8 du Code du travail (Soc. 26 janv. 2005, *Bull. civ.* V, n° 32).

¹⁰⁷⁵ Avis de l'avocat général J. Duplat, *Droit social*, 2005, p. 907

¹⁰⁷⁶ Y. Saint-Jours, « La rétroactivité de la réduction conventionnelle des droits liquidés à une retraite complémentaire est illicite », *D.*, 2000, p. 290.

de sens qu'il semble puiser dans l'article L. 913-2 du Code de la Sécurité sociale qui interdit, à peine de nullité, toute clause visant à entraîner la perte des droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations de retraite. Le droit commun des accords collectifs de travail trouve malgré tout, à s'appliquer très largement. Ce sentiment est également conforté par l'expansion du champ d'application professionnel des accords collectifs de travail.

2. L'expansion du champ d'application professionnel des accords collectifs de travail

382. Le champ d'application du droit des accords collectifs de travail est calqué sur celui du Code du travail. Or, ce dernier a essentiellement vocation à s'appliquer aux relations de travail salariées qui se nouent dans le secteur privé. Ainsi, les contours du champ d'application personnel des accords collectifs de travail peuvent être tracés sur cette base. En réalité, celui-ci est plus large, le Code du travail trouvant à s'appliquer à des relations de travail qui se démarquent de par leur spécificité. Bien des cas pourraient ici être envisagés. Il pourrait être question du secteur des industries gazières et électriques mais à la spécificité de celui-ci, s'ajoute l'existence d'un statut. Il en est de même des organismes de sécurité sociale ainsi que dans les entreprises relevant du secteur social et médico-social à but non lucratif. Leur cas pourrait être évoqué mais cela fera l'objet de développements ultérieurs¹⁰⁷⁷. Deux secteurs retiendront ici l'attention du fait de leur originalité très marquée. Malgré cela, le droit commun des accords collectifs de travail trouve à s'appliquer aux accords qui y sont conclus, que ce soit dans le secteur de la marine marchande (**a**) ou dans celui de l'agriculture (**b**).

a) Le droit commun des accords collectifs de travail applicable aux accords collectifs maritimes

383. L'autonomie du droit du travail maritime a longtemps été affirmée et matérialisée par l'existence d'un code spécifique institué en 1926 puis abrogé en 2010. L'essentiel de ses dispositions figurent à présent dans le Code des transports. Un droit du travail maritime s'est ainsi constitué par opposition à un droit du travail qualifié de terrestre. La question s'est posée alors, de déterminer si les accords collectifs conclus par les gens de mer relevaient du

¹⁰⁷⁷ § 382, 427, 500.

droit commun. Indéniablement, tel est le cas même si l'ancien article L. 742-1 du Code du travail pouvait inciter à penser le contraire. En effet, celui-ci disposait que « le contrat d'engagement ainsi que les conditions de travail des marins à bord des navires sont régis par des lois particulières ». Toutefois, la Cour de cassation a jugé que cette disposition ne faisait pas obstacle en l'absence de lois particulières, à ce que certaines dispositions du Code du travail, en l'occurrence celles relatives aux accidents du travail, s'appliquent¹⁰⁷⁸. Le Code du travail terrestre était ainsi érigé au rang de droit commun des relations de travail maritime. L'introduction d'un article L. 5541-1 dans le Code des transports confirme définitivement ce statut en énonçant que « le Code du travail est applicable aux marins salariés des entreprises d'armement maritime et des entreprises de cultures marines ainsi qu'à leurs employeurs, sous réserve des dérogations ou des dispositions particulières ainsi que des mesures d'adaptation prises par voie réglementaire ».

Rien ne devrait ainsi empêcher l'application en matière de négociation collective, du Code du travail terrestre aux relations de travail maritime. Il est même possible de se demander si l'existence de dispositions spécifiques se justifie aujourd'hui encore. En effet, le législateur aspirait déjà en 1950, à aligner les règles du droit du travail maritime sur celles du droit du travail terrestre¹⁰⁷⁹. Finalement, le Gouvernement se prononça en faveur du maintien de l'originalité de la réglementation du travail maritime. Un règlement d'administration publique fut ainsi pris pour transposer le contenu de la réforme en droit du travail maritime¹⁰⁸⁰. Aujourd'hui, l'article L. 5543-1 du Code des transports prévoit expressément que les conditions d'application des dispositions relatives aux conventions et accords collectifs de travail sont fixées par décret en Conseil d'Etat. Il s'agit du décret du 4 novembre 1985¹⁰⁸¹ autrefois codifié dans la partie réglementaire du Code du travail mais maintenu en vigueur malgré la recodification de 2008, par l'ordonnance du 12 mars 2007¹⁰⁸². Les mesures qu'il contient, tendent essentiellement à adapter le droit des accords collectifs de travail aux particularités du travail maritime. Dès lors, les rapports entre les

¹⁰⁷⁸ AP, 7 mars 1997, *DMF*, 1997, 377 concl. Y. Chauvy ; M. Pierchon, *Droit social*, 1997, p. 424 ; *Droit social*, 2009, p. 744, obs. P. Chaumette ; *JCP éd. S* 2009, n° 1306, obs. E. Letombe. L'assemblée plénière a opéré de la sorte, un véritable revirement de jurisprudence, prenant le contre-pied d'une chambre sociale qui n'avait pas hésité à affirmer avec force l'autonomie du droit du travail maritime dans un arrêt aux faits similaires (Soc. 12 janvier 1993, *DMF*, 1993, p. 165, note P. Chaumette).

¹⁰⁷⁹ Cf. J. Peyrot, « Les conventions collectives dans la marine marchande », thèse, Paris, 1954.

¹⁰⁸⁰ Décret n° 50-391 du 31 mars 1950.

¹⁰⁸¹ Décret n°85-1256 du 4 novembre 1985.

¹⁰⁸² Art. 13 de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007.

dispositions du Code du travail et celles du décret précité, semblent relever d'une logique d'articulation entre droit commun et droit spécial. La Cour de cassation adopte un tel raisonnement lorsqu'elle applique le principe de faveur malgré l'absence d'indication explicite dans le décret en cas de conflit entre une loi et une convention collective maritime¹⁰⁸³. De manière plus explicite encore, la haute juridiction judiciaire a pu estimer dans un arrêt du 28 octobre 1997, qu'en vertu « de l'article L. 122-14-12, alinéa 2 du Code du travail, dont les dispositions sont applicables aux marins en l'absence de toute loi particulière régissant leur mise à la retraite, sont nulles et de nul effet toute disposition d'une convention ou d'un accord collectif de travail et toute clause d'un contrat de travail prévoyant une rupture de plein droit du contrat de travail d'un salarié en raison de son âge »¹⁰⁸⁴. Un annotateur de cet arrêt décèle dans la formulation retenue, un « alignement du droit du travail maritime sur le droit commun du travail, dans le silence du législateur, grâce au principe de faveur » au nom d'« un principe de cohérence » selon lequel les règles maritimes particulières font obstacle à l'application aux marins des règles générales sauf en cas de silence des premières¹⁰⁸⁵.

- b) Le droit commun des accords collectifs de travail applicable aux accords collectifs agricoles

384. Sans surprise, les relations de travail qui se nouent dans le domaine agricole sont originales en bien des points¹⁰⁸⁶. Il n'existe toutefois pas un Code du travail agricole. Le Code rural et de la pêche maritime contient néanmoins quelques dispositions relatives au droit social dans son livre VII mais aucune règle consacrée aux accords collectifs. Une négociation collective s'est pourtant bel et bien développée dans ce secteur. Celle-ci relève là encore du droit commun des accords collectifs de travail. Cette intégration est l'une des conséquences de l'extension du domaine matériel des accords collectifs de travail, opérée par la loi du 11 février 1950. En effet, celle-ci prévoit que les dispositions relatives aux conventions collectives s'appliquent aux professions agricoles. Remise au goût du jour par la loi du 13

¹⁰⁸³ Soc. 7 avril 1998, 95-41.652.

¹⁰⁸⁴ Soc. 28 octobre 1997, *Droit social*, 1998, p. 181, note P. Chaumette.

¹⁰⁸⁵ *Loc. cit.*

¹⁰⁸⁶ Sur ce point, cf. T. Tauran, « L'originalité du droit du travail en agriculture. Principaux droits et obligations des salariés et des employeurs agricoles », *RDR*, 2006, étude n° 26.

novembre 1982, cette référence aux professions agricoles figurait expressément à l'ancien article L. 131-2 du Code du travail qui précisait que les dispositions relatives aux accords collectifs de travail s'appliquaient aux professions agricoles qui utilisent les services des salariés définis à l'article 1144 (1° au 7°, 9° et 10°) du Code rural¹⁰⁸⁷.

Cette intégration des professions agricoles n'avait pourtant rien d'évident. Les débats ayant précédé l'adoption de la loi du 11 février 1950 révèlent que nombreux étaient les élus qui s'y opposaient. Ils invoquaient à ce titre les spécificités du travail agricole¹⁰⁸⁸. Cet argument n'a toutefois pas suffi à entamer la volonté de ceux qui souhaitaient que la possibilité de passer des accords collectifs de travail soit reconnue au plus grand nombre. Il était argué, qui plus est, que la spécificité du secteur n'était pas ignorée et qu'elle serait de toute façon, nécessairement, prise en compte par les interlocuteurs sociaux¹⁰⁸⁹. Il n'est donc pas exagéré de considérer aujourd'hui, que le Code du travail est le siège d'un droit commun des accords collectifs trouvant à s'appliquer dans le secteur agricole¹⁰⁹⁰. Fort logiquement, cela signifie qu'en l'absence de disposition spécifique propre au secteur, les juges sont tenus de se reporter à ce droit commun. La jurisprudence l'atteste. Ainsi, le Conseil d'Etat veille à ce qu'un accord ayant vocation à être étendu, ait bel et bien été signé par des syndicats représentatifs¹⁰⁹¹. De même, la Cour de cassation a pu juger que la non-application d'une convention collective agricole étendue dans une entreprise comprise dans son champ d'application, était de nature à porter un préjudice à l'intérêt collectif de la profession¹⁰⁹².

Pour autant, certaines dispositions spécifiques au secteur, demeurent. L'originalité des activités rurales autorise certaines distances avec le droit commun. L'article R. 2231-1 du

¹⁰⁸⁷ Cet article vise une grande diversité de métiers allant de l'employé de maison au service d'un exploitant agricole, aux enseignants dans les établissements privés de formation professionnelle agricole, des salariés des organismes de mutualité agricole aux métayers etc.

¹⁰⁸⁸ Celles-ci seraient liées aux variations saisonnières de l'activité, à l'existence de nombreuses exploitations de taille modeste et occupant peu de salariés à titre permanent, à un certain individualisme de la profession incompatible avec toute action collective ou bien encore à des modes de rémunération faisant la part belle à des avantages en nature tels que la nourriture ou le logement.

¹⁰⁸⁹ Cf. A. Gazier, « Le retour aux conventions collectives », *Revue économique*, 1950, p. 157.

¹⁰⁹⁰ La détermination du champ d'application de ces derniers soulève des difficultés redoutables. On peine notamment à déterminer si l'activité exercée par les établissements d'enseignement agricole privé est tertiaire ou agricole. Le seul critère de l'activité économique se révèle insuffisant. Aussi, l'article L. 2222-1 du Code du travail prévoit que pour ce qui concerne les professions agricoles entrant dans le champ du droit commun des accords collectifs de travail, le champ d'application d'un accord peut, en outre, tenir compte du statut juridique des entreprises concernées ou du régime de protection sociale d'affiliation de leurs salariés.

¹⁰⁹¹ CE, 30 juin 2006, 263752 ; CE, 2 mars 2011, 313189, SNEFELT, *RDR*, 2011, comm., 93, T. Tauran. Ces arrêts ont tous deux été rendus sous l'empire du régime antérieur à la loi du 20 août 2008.

¹⁰⁹² Soc., 18 févr. 2003, 01-02.079 : *JurisData* n° 2003-017805 ; *Bull. civ.* V, 2003, n° 60 à propos de la convention collective du Champagne du 19 mai 1981 étendue par arrêté du 28 mai 1996.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

Code du travail prévoit ainsi, en matière d'extension, que les attributions conférées au ministre du travail en la matière doivent être exercées en accord avec le ministre chargé de l'agriculture. Il existe donc un « effort d'adaptation de la législation sur les conventions collectives aux conditions propres au secteur agricole [...] encore que les différences [...] relevées entre le régime général et le régime agricole, soient en définitive mineures et que certaines, aient, au long des ans, été réduites »¹⁰⁹³. A titre d'exemple, il était initialement prévu que les conventions collectives d'agriculture ne puissent être conclues qu'à un niveau régional ou départemental. Depuis 1979, elles peuvent comme les conventions collectives relevant du droit commun, être également conclues au niveau national.

La diffusion du modèle de l'accord collectif de travail a entraîné un essor du droit commun des accords collectifs de travail qui s'applique à de nombreux accords, garantissant par là même une cohérence sur le plan juridique malgré leur diversité. Toutefois, la spécificité de certains accords est telle, qu'elle constitue parfois un obstacle à l'application, même résiduelle de ce droit commun.

B) Une unification fragilisée par l'existence persistante d'accords collectifs de travail à la spécificité exacerbée

385. Une lecture restrictive de la loi aboutit de fait, à refuser la qualification d'accord collectif de droit commun à de nombreux accords pour des raisons qui tiennent notamment à leur objet. Ils sont qualifiés, à ce titre, d'« accords spéciaux »¹⁰⁹⁴. Toute la difficulté réside alors dans la détermination du lien qui les unit au droit commun des accords collectifs de travail, autrement dit à leur degré d'autonomie. S'il s'avère que ce dernier est élevé, il va sans dire que l'entreprise unificatrice portée par notre modèle se verrait sérieusement contrariée. La réalité est plus complexe. La soumission de ces accords à un régime juridique distinct n'empêche qu'il ne peut être complètement fait l'économie d'une application du droit commun, spécialement en cas de silence de la loi. Ce dernier continue ainsi à exercer une attraction réelle mais discrète, attestant de la difficulté de dresser des barrières étanches entre les corps de règles en conflit. Trois cas seront ici évoqués et présentés du degré d'autonomie le plus faible au plus fort. La focale sera placée tour à tour, sur les

¹⁰⁹³ M. Despax, *op. cit.*, p. 221.

¹⁰⁹⁴ M.-A. Rotschild-Souriac, *op. cit.*, p. 775.

accords d'épargne salariale (1), les protocoles d'accords préélectoraux (2) ainsi que les accords ayant pour objet la représentation des salariés dans les entreprises de dimension communautaire (3).

1. L'autonomie relative des accords d'épargne salariale

386. L'appellation d'accord d'épargne salariale doit d'emblée être précisée. Il s'agit des accords prévus par le livre troisième du Code du travail qui permettent de mettre en place des dispositifs concernant l'intéressement, la participation ainsi que l'épargne salariale¹⁰⁹⁵. Ces dispositifs, bien que différents, ont tous une finalité commune : la mise à disposition au profit des salariés d'une rémunération supplémentaire. Surtout, ces dispositifs font la part belle au procédé de l'accord collectif¹⁰⁹⁶. Reste à déterminer alors si les accords d'épargne salariale se rattachent, peu ou prou, au droit commun des accords collectifs de travail. Ce rattachement s'opère au regard de trois éléments : les parties, l'objet et les effets de l'accord¹⁰⁹⁷. Or, à l'étude, il est loin d'être évident que les accords d'épargne salariale remplissent systématiquement de tels critères. D'aucuns en déduisent que ces accords s'écartent allégrement du droit commun déjà évoqué¹⁰⁹⁸.

Si l'originalité de ces accords est difficilement contestable, il est possible de s'interroger sur leur degré d'autonomie. Leur spécificité implique-t-elle de leur reconnaître un régime propre ? *A minima*, il faut admettre que leur objet entre difficilement dans le champ de l'article L. 2221-1, les droits conférés aux salariés dans ce cadre n'ayant pas la valeur de salaires. Au-delà de l'intérêt pratique de la qualification des accords ici évoqués, lié

¹⁰⁹⁵ Au premier abord, il peut sembler inadéquat de ranger dans cette catégorie les accords d'intéressement et de participation. En réalité, le Code du travail retient une conception très stricte de l'épargne salariale. En effet, celle-ci vise uniquement les PEE, les plans d'épargne interentreprises ainsi que les PERCO. Il est toutefois possible d'en retenir une acception plus large. Si l'intéressement et la participation ont vocation à associer les salariés aux résultats et aux performances de leur entreprise, les plans permettent à leurs bénéficiaires, par le biais d'un système d'épargne collectif, de se constituer un portefeuille de valeurs mobilières avec l'aide éventuelle de leur entreprise. Ils sont alimentés par diverses sommes relevant de l'intéressement, de la participation ou d'une épargne volontaire. V. sur cette question, J.-P. Lieutier, « Participation financière, participation à la gestion : philosophies et ambiguïtés de l'épargne salariale et de l'actionnariat salarié », *Droit social*, 2014, p. 500.

¹⁰⁹⁶ En ce sens, l'article L. 2242-12 prévoit même une obligation annuelle de négocier lorsque les salariés ne sont pas couverts par un accord mettant en place un dispositif d'épargne salariale.

¹⁰⁹⁷ Selon M.-A. Rotschild-Souriac, *op. cit.*, pp. 775 et s.

¹⁰⁹⁸ Cf. J. Savatier, « Les accords collectifs d'intéressement et de participation », *Droit social*, 1988, p. 89. Selon l'auteur, « même s'il n'est pas directement applicable à des accords d'intéressement ou de participation, ce droit commun peut fournir des arguments d'analogie ».

à la détermination des règles applicables en l'absence de dispositions spéciales, la question a une résonance qui dépasse le cadre du droit. Elle est d'ordre idéologique. Il s'agit « de savoir si l'on peut juxtaposer, dans les rapports entre travailleurs et propriétaires du capital, un accord s'apparentant à un contrat de société, et la convention collective régissant les contrats de travail »¹⁰⁹⁹.

387. Les dispositifs d'épargne salariale se démarquent essentiellement au stade de leur mise en place. S'agissant ainsi de l'intéressement et de la participation, les articles L. 3312-5 et L. 3322-6 prévoient que de tels dispositifs peuvent être instaurés dans l'entreprise par accord collectif de travail, accord entre l'employeur et les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ou accord conclu au sein du comité d'entreprise et par ratification à la majorité des deux tiers du personnel d'un projet d'accord proposé par l'employeur. Ainsi aux côtés de l'accord collectif, des modalités spécifiques de mise en place sont prévues¹¹⁰⁰. Il est possible d'y déceler la volonté des pouvoirs publics d'encourager et de faciliter la négociation de tels accords. C'est aussi, vraisemblablement, « privilégier, conformément à l'esprit de la participation, l'idée de convergence d'intérêts, au sein de la communauté d'entreprise, sur celle de conflit d'intérêts entre travailleurs salariés et entrepreneur capitaliste »¹¹⁰¹.

S'agissant du plan d'épargne d'entreprise, celui-ci est établi à l'initiative de l'employeur ou par un accord avec le personnel. L'originalité se trouve ainsi dans l'alternative proposée entre la voie unilatérale ou la voie négociée. A bien y réfléchir, cette alternative n'en est pas véritablement une. En effet, l'article 62 de la loi du 4 mai 2004¹¹⁰² prévoit que « lorsque l'entreprise comporte au moins un délégué syndical ou est dotée d'un comité d'entreprise, le plan d'épargne d'entreprise doit être négocié avec le personnel » et c'est uniquement en l'absence d'un tel accord qu'« il est établi un procès-verbal de désaccord dans lequel sont consignées [...] les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement ». Au travers de ces dispositions, une volonté de hiérarchiser les modes de mise en place du PEE transparait. Une préférence est nettement témoignée en faveur de la

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*, p. 91.

¹¹⁰⁰ Il est utile de préciser que celles-ci ne valent que pour les accords d'entreprise. En effet, un accord de branche ne saurait prendre une autre forme que celle d'un accord collectif de travail de droit commun.

¹¹⁰¹ J. Savatier, *art. précit.*, p. 92.

¹¹⁰² Art. 62 de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 aujourd'hui codifié à l'article L. 3332-4 du Code du travail.

voie négociée. Plus encore, la notion ambiguë d'accord avec le personnel interroge. La loi n'indique pas expressément ce qu'elle recouvre. C'est par un jeu de renvoi que des précisions sont apportées sur ce point. L'article R. 3332-7 du Code du travail prévoit en effet, que les plans d'épargne établis par accord avec le personnel sont conclus selon l'une des modalités prévues à l'article L. 3322-6. Autrement dit, un alignement sur le régime des accords de participation est ici réalisé¹¹⁰³.

388. Lorsqu'un dispositif d'épargne salariale est mis en place par un accord collectif de travail, la question de son régime juridique ne pose guère de problèmes. Le droit commun des accords collectifs de travail leur est appliqué. Cette indication est source d'au moins deux enseignements. D'une part, de l'aveu même de la loi, tous les accords d'intéressement ne sont pas à proprement parler, des accords collectifs au sens du Code du travail. D'autre part, il n'est donc pas faux de dire que certains d'entre eux relèvent du droit commun des accords collectifs de travail. Toutefois, même lorsqu'un accord d'épargne salariale prend la forme d'un accord de droit commun, il reste soumis à des dispositions spécifiques. L'article L. 3312-5 du Code du travail prévoit, par exemple, qu'un accord d'intéressement ne peut être conclu que pour une durée de trois ans, ce qui va expressément à l'encontre de l'article L. 2222-4 qui prévoit qu'un accord collectif de droit commun ne peut être conclu que pour une durée déterminée ne dépassant pas cinq ans ou pour une durée indéterminée. Les négociateurs d'un accord d'intéressement ne bénéficient pas ainsi de cette option. Mieux, ils ne disposent pas subséquemment de la faculté de dénoncer l'accord. Cela ne va pas sans poser quelques problèmes d'articulation. En effet, il est envisageable qu'un accord collectif contienne à la fois des dispositions relevant du droit commun et d'autres relevant de dispositions spéciales. Une application distributive de ces deux corps de règles est alors nécessaire. Il faut admettre que « l'accord spécial conserve [...] son autonomie et [que] son

¹¹⁰³Une circulaire du 14 septembre 2005 apporte sur ce point quelques indications. En effet, celle-ci prévoit que « lorsque le PEE est mis en place par accord, cet accord peut être conclu : A. - Selon le droit commun de la négociation collective (titre III du livre Ier du code du travail) :- soit dans le cadre d'une convention de branche ou d'un accord professionnel. Il s'agit alors d'un plan d'épargne interentreprises ; - soit dans le cadre d'une convention ou d'un accord d'entreprise. B. - Ou selon des modalités spécifiques (titre IV du livre IV du code du travail) : - soit entre le chef d'entreprise et les représentants d'organisations syndicales représentatives au sens de l'article L. 423-2 ; - soit au sein du CE; - soit à la suite de la ratification à la majorité des deux tiers des salariés » Circulaire du 14 septembre 2005, Dossier plan d'épargne d'entreprise (PEE), Fiche 2, JORF du 1^{er} novembre 2005.

régime ne sera pas en tous points celui de la convention collective qui lui sert de cadre d'accueil »¹¹⁰⁴.

389. Aux côtés de l'accord collectif, d'autres formes de mise en place d'un dispositif d'épargne salariale ont été prévues par la loi. On peut se demander dans quelle mesure, elles diffèrent des accords collectifs et s'il n'est pas possible d'appliquer à ces « accords » tels que la loi les qualifie, le droit commun. Ils se rapprochent somme toute, de formes connues de ce dernier. En effet, s'il revient en principe, du moins au niveau de l'entreprise, aux délégués syndicaux de signer un accord collectif, la loi prévoit la possibilité dans les entreprises dépourvues de tels délégués, qu'un accord soit passé par des représentants élus du personnel ou à défaut par un ou plusieurs salariés mandatés. Or, il en va en partie de même, s'agissant des accords collectifs relatifs à l'épargne salariale. Il est vrai que ceux-ci peuvent d'une part, être conclus par accord entre l'employeur et les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, ce qui n'est pas sans évoquer le mandatement prévu par l'article L. 2232-24 du Code du travail¹¹⁰⁵. Ces accords peuvent d'autre part, être conclus au sein du comité d'entreprise, ce qui n'est pas sans rappeler là encore, l'article L. 2232-21 du Code du travail¹¹⁰⁶. De manière plus générale, la spécificité des accords d'épargne salariale tient essentiellement à l'absence de hiérarchie entre les différents modes d'établissement prévus par la loi. En effet, aucune préférence n'est marquée en faveur des accords collectifs. Il revient ainsi aux parties prenantes, d'évaluer la solution adéquate.

390. Les accords d'épargne salariale subissent donc, en bien des aspects, l'attraction du droit commun des accords collectifs de travail. Le législateur continue malgré tout, à cultiver leur différence de telle manière qu'il ne parait pas exagéré de parler à leur égard de véritables accords collectifs spéciaux. En revanche, celle-ci demeure moins importante que celle reconnue aux protocoles d'accords préélectoraux.

¹¹⁰⁴ M.-A. Rotschild-Souriac, *op. cit.*, Thèse Paris I, 1986, p. 778.

¹¹⁰⁵ Si ce n'est que les organisations syndicales habilitées à mandater doivent être représentatives au niveau de la branche tandis qu'en matière d'épargne salariale, cette représentativité est appréciée au niveau de l'entreprise.

¹¹⁰⁶ Néanmoins, il n'est pas nécessaire qu'un accord d'épargne salariale fasse l'objet d'une validation par la commission paritaire de branche compétente.

2. L'autonomie marquée des protocoles d'accords préélectoraux

391. Dans la famille des accords collectifs de travail, les protocoles d'accords préélectoraux se démarquent très nettement par leur objet. Il est toutefois difficile de déterminer quel est leur degré d'autonomie par rapport au droit commun des accords collectifs de travail. Sans doute, il faut admettre qu'il ne peut « y avoir d'assimilation des accords préélectoraux et des conventions collectives ordinaires, pas plus qu'il ne peut y avoir de subsomption pure et simple du régime de la négociation préélectorale sous le droit commun de la négociation collective »¹¹⁰⁷. Toutefois, ce dernier continue à exercer une force d'attraction, révélant des tensions incessantes entre règles communes et règles spéciales.

Au premier abord, les thématiques de ces protocoles semblent se fondre dans le domaine de l'article L. 2221-1 du Code du travail¹¹⁰⁸. Le droit commun devrait donc pouvoir s'appliquer à eux. Pour comprendre pourquoi de tels accords se voient soumis à des dispositions particulières, il faut remonter à leur origine. La loi du 16 avril 1946 est la première à avoir prévu, s'agissant des délégués du personnel, la possibilité pour un accord de déterminer le nombre et la composition des collèges électoraux. L'apparition des protocoles d'accords préélectoraux est ainsi antérieure à la loi du 11 février 1950. Il est intéressant de relever à ce titre, que la promulgation de cette loi n'a pas entraîné une disparition des dispositions habilitant les interlocuteurs sociaux à négocier en matière électorale¹¹⁰⁹. Pour autant, il était impossible de conclure à cette époque, à l'existence ou non d'une véritable autonomie de ces protocoles. A cela une raison, le droit commun des accords collectifs de travail n'avait pas encore véritablement pris forme, reléguant la dialectique droit commun / droit spécial au second plan¹¹¹⁰. Cette problématique n'est apparue que consécutivement à la restructuration du droit de la négociation collective opérée par la loi du 13 juillet 1971. Des dispositions communes aux différents accords collectifs de travail émergèrent alors. La question de leur application aux protocoles d'accords préélectoraux fut alors posée. Dans un premier temps, la Cour de cassation fut

¹¹⁰⁷ J. Dirringer, *op. cit.*, p. 247.

¹¹⁰⁸ C'est du moins ce que J. Savatier soutenait, cf. note CE, 29 juin 1973, *Droit social*, 1974, p. 50. Ils portent notamment sur la répartition du personnel dans les collèges électoraux, la répartition des sièges entre les différentes catégories de salariés, les modalités d'organisation et de déroulement du scrutin ou bien encore les moyens d'atteindre une représentation équilibrée des femmes et des hommes sur les listes de candidature.

¹¹⁰⁹ Habilitation interprétée très strictement. Cf. notamment Civ. 2^{ème}, 15 juin 1961, *Droit social*, 1961, p. 613, obs. J. Savatier.

¹¹¹⁰ Sur l'ensemble de ces questions, cf. J. Dirringer, *op.cit.*

tentée d'appliquer à ces accords le droit commun¹¹¹¹. Toutefois, la loi du 28 octobre 1982 renforça leur spécificité en consacrant d'une part la catégorie légale de protocole d'accord préélectoral et en généralisant d'autre part, l'exigence d'unanimité en cas d'accord portant sur la modification du nombre et la composition des collèges électoraux. Cette exigence a longtemps constitué la marque la plus tangible de leur autonomie. Elle se justifiait par la contribution de ces accords à la mise en œuvre d'un droit constitutionnel des salariés à être représentés au sein des entreprises¹¹¹².

392. Dans cette démarche d'autonomisation des protocoles d'accords préélectoraux, la Cour de cassation est même allée plus loin en disposant dans un arrêt du 6 mai 1985, que « la négociation des protocoles d'accord préélectoraux [...] n'est pas régie par les dispositions de la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982, relative à la négociation collective »¹¹¹³. C'était donc admettre que le droit commun des accords collectifs de travail ne s'appliquait pas à eux, même à titre subsidiaire en l'absence de règles spéciales. La haute juridiction a donc considéré que la dénonciation d'un accord préélectoral n'était pas soumise aux conditions prévues par l'article L. 2261-9 du Code du travail¹¹¹⁴. Pour justifier cette exclusion, il a été soutenu que ces accords intéressent certes le personnel organiquement considéré, « mais sans produire des effets comparables à ceux d'une convention collective »¹¹¹⁵.

Le régime des protocoles d'accords préélectoraux a par la suite évolué à plusieurs reprises. Leur autonomisation a nettement été freinée par la Cour de cassation. Alors qu'elle avait opté pour une application très large de l'exigence d'unanimité, celle-ci est revenue sur sa position en ne l'imposant que dans les cas où la loi en disposait expressément ainsi¹¹¹⁶. On a pu constater à ce titre, que « des signes de dilution du particularisme de la négociation préélectorale [côtoyaient] des manifestations encore vivaces de spécificité »¹¹¹⁷. La loi du 20 août 2008 n'a pas démenti ce constat. Elle ne permet toujours pas de déterminer si ces

¹¹¹¹ V. en ce sens, Soc. 26 mars 1980, *Bull. civ. V*, n° 303 et Soc. 22 octobre 1981, *Bull. civ. V*, n° 820.

¹¹¹² G. Borenfreund, « Négociation préélectorale et droit commun de la négociation collective », in *Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 93 ; A. Supiot, « Les accords préélectoraux », *Droit Social*, 1988, p. 115

¹¹¹³ Soc. 6 mai 1985, *D.*, 1985, p. 349.

¹¹¹⁴ Soc., 22 février 1996, 95-60.566.

¹¹¹⁵ M.-A. Rotschild-Souriac, *op.cit.*, p. 784.

¹¹¹⁶ V. notamment, Soc. 8 novembre 2006, 05-60.283 ; Soc. 8 décembre 2004, *RJS*, 2005, p. 283, n°399 ; Soc. 12 juin 2002, *Bull. civ. V*, n° 203, p. 197 ; Soc. 8 novembre 2006, *Bull. civ. V*, n°333. L'unanimité était requise à chaque fois qu'étaient concernés le nombre et la composition des collèges électoraux.

¹¹¹⁷ G. Borenfreund, *art. précit.*, p. 95.

protocoles poursuivent leur processus d'autonomisation. A vrai dire, ce sont des signaux contradictoires qui sont envoyés par cette loi. En effet, il est possible d'y voir tout à la fois un rapprochement de ces accords avec le droit commun des accords collectifs de travail mais aussi la réaffirmation de leur spécificité. Au rang des nouveautés qui les particularisent un peu plus, figure la faculté reconnue aux organisations syndicales non représentatives mais qui satisfont à certains critères, de participer à la négociation et à la conclusion du protocole d'accord préélectoral¹¹¹⁸. Il va de soi qu'il s'agit là d'une sérieuse entorse au droit commun des accords collectifs de travail. Elle se justifie néanmoins par la disparition du monopole de présentation des candidats, au premier tour des élections professionnelles, des organisations syndicales représentatives¹¹¹⁹. Parallèlement à cette extension organique, la loi du 20 août 2008 est quelque peu revenue, selon des modalités dont la prétendue clarté a largement été raillée par la doctrine¹¹²⁰, sur les règles de validité des protocoles. Bien avant cette loi, la Cour de cassation avait largement entamé la portée de l'exigence d'unanimité. En dehors de cette règle, le droit commun des accords collectifs de travail s'appliquait sans soucis.

Toutefois, la loi de 2008 a introduit de nouvelles règles de validité pour le moins alambiquées. En effet, en fonction de leur objet, les protocoles d'accords préélectoraux se voient soumis à des règles de validité différentes. Une règle de double majorité a, avant tout, été posée. Les articles L. 2314-3-1 pour les délégués du personnel et L. 2324-4-1 pour le comité d'entreprise, indiquent que le protocole doit être signé par la majorité des organisations syndicales ayant participé à la négociation et parmi celles-ci, les organisations syndicales ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections ou si ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité en nombre des organisations syndicales représentatives. Cette double majorité marque nettement un recul de l'exigence d'unanimité. Néanmoins, cette règle majoritaire n'est pas celle du droit commun des accords collectifs de travail. La loi opère ainsi à la fois un rapprochement et un éloignement.

¹¹¹⁸ Art. L. 2314-1 du Code du travail s'agissant des élections des délégués du personnel. Il en va de même s'agissant des syndicats affiliés à une confédération représentative au niveau national et interprofessionnel.

¹¹¹⁹ Celle-ci était devenue nécessaire dans un système où l'acquisition de la qualité représentative est conditionnée par l'obtention d'une audience de 10% des suffrages exprimés au niveau de l'entreprise.

¹¹²⁰ V. notamment, P.-Y. Verkindt, « Les élections professionnelles dans l'entreprise », *Droit social*, 2009, p. 648.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

Compte tenu de la généralité de la lettre des articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du Code du travail, il était permis de croire que la règle de double majorité faisait désormais office de règle de droit commune à l'ensemble des protocoles d'accords préélectoraux. En réalité, elle n'a vocation à s'appliquer que dans les situations où la loi renvoie explicitement aux articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du Code du travail. L'exigence d'unanimité a ainsi été maintenue s'agissant des accords relatifs au nombre et à la composition des collèges ou bien encore l'organisation du scrutin en dehors du temps de travail¹¹²¹.

Il demeurait malgré tout, à la lecture de la loi du 20 août 2008 des zones d'ombre. Concernant certains objets de négociation, la loi était en effet restée silencieuse, se contentant d'exiger simplement que l'accord soit signé par les « organisations syndicales intéressées ». Tel était particulièrement le cas des accords relatifs à la détermination des modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales prévus aux articles L. 2314-23 et L. 2324-21 du Code du travail. Il s'agissait dès lors de déterminer si ces accords étaient soumis au droit commun des accords collectifs, à une exigence d'unanimité ou bien encore à la règle de la double majorité. La Cour de cassation a finalement tranché pour cette dernière solution, laissant à penser que cette règle pouvait faire office de règle de droit commun des protocoles d'accords préélectoraux, autrement dit de règle subsidiairement applicable en cas de silence de la loi¹¹²². La toute récente loi du 5 mars 2014 est venue, semble-t-il, confirmer cette évolution¹¹²³. Celle-ci prévoit désormais que cette règle s'applique « sauf dispositions législatives contraires ». C'est dire que cette règle fait à présent office de règle de principe applicable en l'absence de dispositions spécifiques.

393. Les rapports entre le droit des protocoles d'accords préélectoraux et droit commun des accords collectifs de travail donnent ainsi à voir un va et vient incessant. Cette impression est aggravée par l'existence de clauses qualifiées d' « hétérogènes »¹¹²⁴. Celles-ci, bien qu'insérées dans des accords collectifs de droit commun, portent sur des thèmes relevant du droit des accords électoraux ou vice versa. La question du régime juridique de ces clauses s'est légitimement posée. La Cour de cassation a jugé qu'une clause ayant pour objet d'allouer un crédit supplémentaire d'heures de délégation, bien qu'intégrée dans un

¹¹²¹ Art. L. 2314-10, L. 2314-22, L. 2324-12 et L. 2324-20 du Code du travail.

¹¹²² Soc. 2 mars 2011, 09-60483 ; Soc. 6 octobre 2011, 11-60.035.

¹¹²³ Article 30 IX de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014.

¹¹²⁴ C. Barberot, « Les clauses hétérogènes d'un accord électoral ou d'un accord collectif », *RJS*, 11/99, p. 830.

protocole d'accord préélectoral, était soumise au droit commun des accords collectifs de travail¹¹²⁵.

394. Toujours dans une optique de brouillage des frontières, la loi soumet parfois certaines thématiques intéressant fortement les élections professionnelles, au droit commun. Il en va ainsi des accords qui permettent de fixer une durée de mandat inférieure à quatre ans¹¹²⁶, de ceux qui assurent la répartition des compétences entre les comités d'établissement et le comité central d'entreprise ou bien encore de ceux qui autorisent le recours au vote électronique¹¹²⁷. Il en résulte notamment que ces accords ne sont pas soumis à la règle de la double majorité. Cela ne va pas sans poser quelques problèmes. En effet, ces accords ont indéniablement un objet électoral. A ce titre, la loi exige parfois que certains thèmes fassent l'objet à la fois d'un accord de droit commun et d'un accord préélectoral. Par exemple, si la mise en œuvre du vote électronique est subordonnée à la conclusion d'un accord d'entreprise classique, cet accord doit expressément être visé par le protocole d'accord préélectoral qui tend à l'organiser et à en prévoir les modalités d'organisation et de déroulement.

395. Le droit commun des accords collectifs de travail n'a ainsi de droit de cité que de manière résiduelle en matière électorale. Son attraction est toutefois bien réelle. Comme ultime preuve de celle-ci, il est intéressant de noter que les accords instaurant une UES ne sont plus depuis peu soumis à une exigence d'unanimité mais aux règles du droit commun. Ces accords ne sont donc plus considérés comme des accords préélectoraux alors même qu'ils impliquent un regroupement des collègues électoraux¹¹²⁸. Toutefois, si le droit commun semble gagner du terrain, il ne joue pas véritablement son rôle de vivier de normes dans lequel on doit puiser en l'absence de règles spéciales en matière électorale. Il se pose ainsi plus volontiers comme un corpus de normes concurrençant le droit des protocoles d'accords préélectoraux. Nul doute qu'il joue mieux son rôle de complément subsidiaire dans le silence de la loi en matière d'épargne salariale.

¹¹²⁵ Soc. 23 juin 1999, 96-44. 717.

¹¹²⁶ Art. L. 2314-27 et L. 2324-25 du Code du travail.

¹¹²⁷ Art. L. 2314-21 et L. 2324-19 du Code du travail.

¹¹²⁸ Sur cette question, S. Béal et M.-N, Rouspide-Katchadourian, « Le casse-tête du protocole d'accord préélectoral », *SSL*, 2009, n° 1424, p. 12.

3. L'autonomie très forte des accords relatifs à la représentation des salariés dans les entreprises à dimension communautaire

396. Les entreprises et groupes à dimension communautaire connaissent parfois une représentation spécifique des salariés. La directive du 22 septembre 1994 les encourage du moins à la mettre en place, que ce soit par le biais de l'instauration d'un comité d'entreprise européen ou plus simplement d'une procédure d'information et de consultation¹¹²⁹. Or, la voie privilégiée à cette fin reste la négociation collective. Il convient ainsi de se demander si les accords qui en résultent relèvent du droit commun des accords collectifs de travail. Le doute est clairement permis, ne serait-ce que d'un point de vue organique, lesdits accords étant signés par un « groupe spécial de négociation ». Ce dernier est un organe de représentation éphémère, constitué uniquement pour mener ce type de négociation. Il est notamment composé d'un représentant, au minimum, par État destinataire de la directive où l'entreprise possède un établissement ou le groupe, une entreprise.

Logiquement, la négociation peut déboucher soit sur un constat d'échec soit sur un accord collectif. Dans cette dernière hypothèse, la nature de l'accord interroge. Il s'agirait d'un « accord de type particulier », relevant « d'un régime spécifique dont les éléments doivent être tirés de la directive du 22 septembre 1994 et, le cas échéant, des textes pris pour en assurer la transposition »¹¹³⁰. Cette spécificité s'observerait notamment en cas de dénonciation et de révision de l'accord. En effet, une grande liberté est octroyée aux négociateurs à qui il revient de fixer les modalités de révision, de dénonciation et de renégociation des accords¹¹³¹. En l'absence de telles stipulations, aucune disposition supplétive n'est prévue contrairement au droit commun des accords collectifs de travail. Il en ressort qu'il est plus délicat de puiser des normes dans le modèle de l'accord collectif de travail, modèle français il s'entend. Il n'y a là rien d'étonnant car il est difficile de transposer un modèle national à un niveau transnational. La spécificité de la négociation collective française, de ses acteurs aux effets attribués aux accords collectifs, complique nécessairement une telle transposition.

¹¹²⁹ Directive n° 94/45/CE du 22 septembre 1994.

¹¹³⁰ B. Teyssié, « La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe », *Droit social*, 2005, p. 982.

¹¹³¹ Sur la question, *loc. cit.*

Plus complexe encore est la question des accords portant création anticipée d'instances européennes de représentation du personnel. Autrement dit, il s'agit des accords conclus dans les États destinataires de la directive du 22 septembre 1994, au plus tard le 22 septembre 1996. Les entreprises et groupes dans lesquels un tel accord a été conclu ne sont pas soumis aux obligations découlant de la directive mentionnée¹¹³². L'identification de leur régime juridique a soulevé de nombreuses difficultés. Certaines d'entre elles tiennent à la détermination de la loi applicable. Il va de soi, qu'il n'est question de traiter ici que des accords d'anticipation relevant du droit français. Une fois cette question résolue, celle du régime juridique applicable se pose à son tour. L'accord est-il « régi par le droit des accords collectifs de travail ou bien par le droit commun des obligations »¹¹³³ ? La validité de ces accords est ici en jeu. En effet, il s'avère que certains d'entre eux n'ont pas toujours été conclus par des organisations syndicales représentatives, si tant est d'ailleurs que la représentativité d'un syndicat transnational puisse être appréciée au regard du droit français¹¹³⁴. Saisi d'un tel accord, le TGI de Paris a estimé qu'il s'agissait d'un « accord *sui generis* » dès lors qu'il avait été conclu, non pas par des organisations syndicales représentatives, mais par une émanation du comité central d'entreprise¹¹³⁵. A l'inverse, une instruction ministérielle dispose que ces accords doivent se voir appliquer « les dispositions de droit commun » des accords collectifs de travail. Face à de telles prises de position divergentes, la raison invite à admettre qu'il serait « difficile d'appliquer les conditions d'entrée en vigueur d'une convention ou d'un accord collectif de travail à un accord d'anticipation qui a vocation à s'appliquer à l'ensemble des travailleurs employés dans une entreprise ou un groupe de dimension communautaire »¹¹³⁶.

Se pose néanmoins une difficulté majeure. En cas de silence de la loi sur un point donné, il est tentant de se référer au droit commun des accords collectifs de travail. Ce serait ainsi admettre un rattachement, même mineur. Une autre solution est envisageable. Le TGI de Paris la formule de manière remarquable dans la décision déjà évoquée, en indiquant que si « la notion d'accord *sui generis* [...] avait pu permettre, en l'absence d'un droit spécifique applicable à l'échelon européen, d'interpréter plus largement le droit à négociation [...] en

¹¹³² Art. 13 de la directive n° 94/45/CE, 22 septembre 1994.

¹¹³³ J. Dirringer, *op. cit.*, p. 253.

¹¹³⁴ V. à ce sujet, B. Teyssié, « Le comité d'entreprise européen », *Economica*, 1997, pp. 172 et s.

¹¹³⁵ TGI de Paris, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 18 juin 1996, Fédération Force ouvrière des employés et cadres c/ Sté centrale des AGF et a., *JCP éd. E*, 1996, 894, obs. B. Teyssié.

¹¹³⁶ J. Dirringer, *op. cit.*, p. 253.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

admettant la présence d'élus du personnel [...] ou en étendant de façon plus adaptée les critères de représentativité, elle ne pouvait en aucun cas justifier la méconnaissance des principes généraux du droit de la négociation collective... ». Nous serons donc amenés ultérieurement, à discuter de l'existence éventuelle de tels principes. Pour l'heure, il convient de s'interroger sur l'existence d'un droit commun des accords collectifs de travail dépassant le cadre du seul travail salarié.

Paragraphe 2 L'unification en cours de réalisation : le devenir d'un droit commun des accords collectifs de travail « sans adjectif »

397. Si le Code du travail ne prévoit pas formellement l'octroi d'un droit à la négociation collective au profit des fonctionnaires, il serait erroné d'en déduire l'imperméabilité de la fonction publique au modèle de l'accord collectif de travail **(B)**. La situation est plus contrastée dans les entreprises et établissements publics qui embauchent parfois des salariés sous contrat de travail de droit privé. En la matière, si le droit commun des accords collectifs de travail s'applique, c'est à raison de sérieuses limitations **(A)**.

A) Une unification partielle : de l'application du droit commun des accords collectifs de travail dans le secteur public

398. La liste des entreprises et établissements dans lesquels sont susceptibles d'être conclus des accords collectifs de travail est pour le moins composite. Elle regroupe des entités qui relèvent aussi bien du secteur privé que du secteur public¹¹³⁷. Toutefois, l'extension du droit des accords collectifs de travail dans ce dernier secteur ne s'est pas faite sans heurts. L'acte négocié y côtoie parfois des statuts avec lesquels il est tenu de composer **(2)**. En revanche, dans les entreprises de statuts, le modèle de l'accord collectif de travail se diffuse ainsi sans véritables entraves **(1)**.

¹¹³⁷ Le Conseil d'Etat s'est efforcé de le rappeler dans un arrêt UNSA du 5 novembre 2004. Il y a jugé qu'il appartenait à l'administration de déterminer si une organisation syndicale figurait au nombre des organisations les plus représentatives au niveau national, « en tenant compte du champ d'application des conventions collectives » tel qu'il est défini par le Code du travail. Aussi, le Conseil a approuvé l'administration d'avoir tenu compte des résultats électoraux obtenus dans le secteur privé « mais également parmi les salariés du secteur public relevant du Code du travail ».

1. Un modèle relayé dans les entreprises publiques employant des personnels dépourvus de statuts

399. Dans les entreprises et établissements publics visés par l'article L. 2233-1 du Code du travail et employant du personnel dans les conditions du droit privé, les conditions de travail et d'emploi des salariés dépourvus de statuts peuvent être déterminées par voie conventionnelle¹¹³⁸. Or, selon le même article, ces accords sont conclus conformément au droit commun des accords collectifs de travail. Ainsi, les dispositions applicables à ces salariés sont « inspirées, tant du statut de la fonction publique que du Code du travail »¹¹³⁹. Le législateur prend même soin de rappeler spécifiquement la possibilité de signer un accord collectif s'agissant de certains établissements publics. L'article D. 711-5 du Code de commerce dispose ainsi que les chambres de commerce et d'industrie sont autorisées à conclure « des accords collectifs de travail [...] sous réserve des accords nationaux conclus par CCI France [...] au bénéfice des seuls personnels qu'elles emploient sous contrat relevant du droit du travail ».

Il importe que l'entreprise concernée soit bien visée par l'article L. 2233-1. Pour autant, aucune forme juridique spécifique n'est imposée par la loi. Telle est en substance, la leçon qu'il convient de dégager de l'arrêt du 28 avril 2006¹¹⁴⁰. En l'espèce, une cour d'appel avait jugé qu'une régie municipale sans personnalité morale ne pouvait être assimilée à un établissement public à caractère industriel et commercial. La Cour de cassation a cassé cette décision, indiquant qu'un service public à caractère industriel et commercial est défini par son objet, l'origine de ses ressources et ses modalités de fonctionnement, peu important la forme revêtue. Dès lors, cette dernière n'était pas de nature à priver les agents non statutaires, de l'application d'un accord collectif. Un autre élément retient l'attention dans cet arrêt. En effet, l'accord en question était un accord de branche étendu. Autrement dit, les salariés embauchés par les établissements visés par l'article L. 2233-1 peuvent se voir appliquer les dispositions d'un accord collectif de travail « classique » si celui-ci a été étendu

¹¹³⁸ Il s'agit des entreprises et établissements publics à caractère industriel et commercial, des établissements publics déterminés par décret assurant à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial.

¹¹³⁹ J.-C. Javillier, *Droit du travail*, LGDJ, Manuel, 7^e éd. 1999, p. 60 ; V. également, M. Keller, « Les agents contractuels de l'administration : retour à la case départ », *Droit social*, 1999, p. 143.

¹¹⁴⁰ Soc., 28 avril 2006, 04-40.895. A l'inverse, la Cour de cassation a jugé qu'un syndicat mixte qui constitue un établissement public n'assurant pas lui-même le service public et industriel de transport des voyageurs n'est pas une entreprise de transports publics urbains de voyageurs soumise à la convention collective des réseaux de transports publics urbains de voyageurs ; Soc., 18 octobre 2007, 06-41.840.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

et si le service concerné entre bien dans son champ d'application¹¹⁴¹. L'application du droit commun des accords collectifs de travail, s'agissant des personnels non soumis à des dispositions statutaires, ne pose ainsi aucun problème majeur.

400. *A priori* claire, la logique à l'œuvre ici est mise à mal lorsque, du fait d'une loi, un EPIC devient un EPA. Telle est la configuration que connaissent les Voies navigables de France depuis une loi du 24 janvier 2012¹¹⁴². Or, le personnel de cet établissement comprend à la fois des fonctionnaires de l'Etat, des agents non titulaires de droit public ainsi que des salariés de droit privé¹¹⁴³. Cela fait naître des difficultés sur le plan conventionnel que l'article L. 2233-1 du Code du travail ne pouvait résoudre à lui seul. Aussi, le législateur a opéré par renvoi à deux titres. D'une part, il a renvoyé au droit commun des accords collectifs de travail pour les accords conclus au profit des salariés de droit privé. En revanche, s'agissant des fonctionnaires et des agents de droit public, il a renvoyé au droit des accords collectifs de la fonction publique¹¹⁴⁴. Cette situation assez originale laisse craindre pour l'unité du statut collectif et révèle les difficultés que peut rencontrer le modèle de l'accord collectif de travail dans le secteur public.

2. Un modèle contrarié dans les entreprises publiques employant des personnels soumis à un statut

401. L'application du droit des accords collectifs de travail dans le secteur public a mis du temps à se dessiner si l'on considère que l'existence d'entreprises publiques remonte à l'intervention étatique dans le secteur marchand, soit dès la seconde moitié du XIX^{ème} siècle. Ce n'est pourtant qu'au lendemain de la seconde guerre mondiale que le problème de la compatibilité d'un droit négocié avec les exigences liées au service public a véritablement été soulevé¹¹⁴⁵. Ces entreprises « sont essentiellement soumises aux règles du droit privé dans leurs rapports commerciaux, si bien que leur soumission au droit commun du travail -

¹¹⁴¹ Art. L. 2233-3 du Code du travail.

¹¹⁴² Art. L. 4311-1 du Code des transports modifié par la loi n°2012-77 du 24 janvier 2012.

¹¹⁴³ Art. L. 4312-3-1 du Code des transports issu de la loi n°2012-77 du 24 janvier 2012.

¹¹⁴⁴ Art. 2 IV et V de la loi n°2012-77 du 24 janvier 2012.

¹¹⁴⁵ Avant cela, les lois du 23 mars 1919 et du 24 juin 1936 trouvaient à s'appliquer aux entreprises concessionnaires de service public puisqu'il s'agissait d'entreprises privées. Le cahier des charges de ces entreprises contenait par ailleurs des clauses imposées par les autorités étatiques laissant entrevoir déjà leur emprise et suggérant qu'étaient posées de la sorte les bases d'un statut.

et partant - au droit des conventions collectives dans les rapports qu'elles entretiennent avec leurs personnels devait inéluctablement être envisagée »¹¹⁴⁶. Néanmoins, l'extension du champ d'application professionnel des accords collectifs de travail n'était pas nécessairement souhaitable ou du moins bénéfique, pour des salariés qui tiraient de nombreux avantages des règles statutaires qui leur étaient applicables. De même, l'on craignait qu'avec la négociation collective, l'Etat perde la main sur certains secteurs clés dans un contexte économique d'après-guerre sensible. Il fut donc décidé d'exclure certaines entreprises « à statut » du champ de la loi du 11 février 1950. Cependant, la donne a changé depuis 1982, la loi autorisant désormais le négocié et l'unilatéral à cohabiter dans une configuration pour le moins originale.

Il serait erroné de voir, pour autant, dans la réforme opérée en 1982, une légalisation de la négociation collective dans les entreprises publiques à statut. Bien avant cette date, des accords avaient été conclus dont la légalité prêtait moins à discussion que leur portée. La véritable interrogation qui monopolisait les esprits était celle de leur régime juridique. La loi de 1982 y apporta une réponse en intégrant les accords conclus dans le champ du droit commun des accords collectifs de travail. Toutefois, « les lois Auroux n'ont pas créée une dynamique de la négociation et la vie conventionnelle a continué à se développer de façon autonome, obéissant à des lois propres et endogènes »¹¹⁴⁷. Plus encore, il n'est pas certain qu'avant elles, les interlocuteurs sociaux n'étaient pas en droit de signer des accords collectifs dans les entreprises à statut. En effet, si l'ancien article L. 134-1 du Code du travail s'opposait à ce qu'un accord régisse les conditions de travail des salariés en lieu et place du statut, elle n'empêchait pas formellement que cet accord vienne le compléter, sans y porter atteinte.

402. Depuis 1982, les pratiques de négociation collective ont été libérées. Les accords conclus, dès lors qu'ils respectent les prévisions légales, n'ont pas à être « soumis à l'approbation de l'autorité de tutelle »¹¹⁴⁸. Toutefois, aujourd'hui encore, l'application du droit commun des accords collectifs de travail suscite quelques interrogations. Cette application implique en effet, quelques adaptations liées au rôle restreint que la loi

¹¹⁴⁶ S. Nadal, V° « Conventions et accords collectifs de travail (I- Droit de la négociation collective) », *Rép. trav.* Dalloz, 2008.

¹¹⁴⁷ Ch.-A. Garbar, *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, LGDJ, 1996, p. 187.

¹¹⁴⁸ Soc. 25 mai 2005, 03-43.237.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

reconnait à la négociation dans ce secteur. Elle peut tout d'abord compléter les dispositions statutaires. Cela implique qu'une thématique qui n'est pas abordée par le statut puisse l'être par un accord collectif de travail¹¹⁴⁹. Elle peut également prévoir les modalités d'application du statut dans les limites fixées par celui-ci.

Il transparaît ainsi de ces dispositions, que le statut constitue une limite fondamentale pour la négociation collective. Une hiérarchie se dessine. La Cour de cassation le rappelle lorsqu'elle affirme que « les dispositions du statut ne peuvent être contredites par des accords collectifs »¹¹⁵⁰. L'arrêt rendu le 17 mai 2005 offre à ce titre, une bonne illustration. En l'espèce, le sort du statut collectif des salariés de la société Air Inter Europe, absorbée par la société Air France soumise à des dispositions statutaires, était en jeu. Plusieurs syndicats réclamaient l'application des textes conventionnels signés au sein de l'ancienne société Air Inter Europe, y compris après le transfert des contrats de travail. Ils entendaient ainsi réclamer la mise en œuvre de l'ancien article L. 132-8 du Code du travail, nonobstant la valeur réglementaire du statut du personnel d'Air France. La Cour de cassation n'a toutefois pas suivi cette argumentation. Le raisonnement de la Cour comportait trois temps. D'une part, elle a affirmé qu'à compter de la fusion-absorption, les salariés de l'entreprise absorbée sont soumis de plein droit et immédiatement au statut du personnel de l'entreprise absorbante. D'autre part, elle a rappelé qu'en application de l'ancien article L. 134-1 du Code du travail, des conventions ou accords collectifs de travail négociés au sein des entreprises publiques à caractère industriel et commercial, peuvent seulement compléter et non contredire les dispositions statutaires. Or, la cour d'appel avait constaté que les accords collectifs régissant le statut des pilotes de la société Air Inter Europe, comportaient des dispositions contredisant celles du statut des personnels d'Air France. La Cour de cassation en a donc déduit, que les dispositions de l'ancien article L. 132-8 alinéas 6 et 7 du Code du travail relatives au maintien du statut collectif en cas de mise en cause, et *in fine*, en l'absence d'accord d'adaptation du maintien des avantages individuels acquis, ne s'appliquaient pas¹¹⁵¹.

¹¹⁴⁹ V. en ce sens, CA Paris, 22 septembre 1998, *Droit social*, 1998, p. 987.

¹¹⁵⁰ Soc. 12 juillet 1999, n° 98-20.837, *Bull. civ.*, V, n°347. La clause contraire au statut est nulle. Elle peut même entraîner la nullité de l'acte dans son ensemble si ses clauses sont indissociables ; TGI Paris, 22 novembre 1983, *Droit ouvrier*, 1985, p. 102.

¹¹⁵¹ Soc. 17 mai 2005, n° 03-13.582.

Il apparaît plus juste de considérer que l'application du droit commun des accords collectifs de travail aux entreprises publiques dotées d'un statut n'obéit pas vraiment à des règles bien établies. En effet, l'article L. 2233-1 ne contient aucun renvoi explicite au droit commun. Deux théories sont traditionnellement avancées. La première consiste à affirmer la spécificité des accords collectifs conclus dans les entreprises publiques à statut et donc, à leur dénier l'application du droit commun. D'après la seconde en revanche, « lorsqu'elles signent des accords, les entreprises publiques à statut doivent être considérées comme soumises aux procédures classiques de la négociation collective »¹¹⁵². Il faut sans doute admettre, à l'instar de certains auteurs, qu'il faut distinguer parmi les règles du Code du travail, celles qui sont générales et qui ont vocation à s'appliquer aux accords conclus dans les entreprises publiques à statut, des règles particulières qui elles ne le sont pas¹¹⁵³. Cette solution présente néanmoins quelques inconvénients. Elle conduit en effet, « à des emprunts ponctuels au droit commun de la négociation collective, à une sélection pointilliste des règles avec les difficultés inhérentes à ce genre d'exercice (différences d'appréciation d'une juridiction à l'autre)... »¹¹⁵⁴. Face à cette ambiguïté, un député avait demandé en 1992 au ministre du travail, dans le cadre d'une question écrite, « quelle est la portée de l'article L 131-2 du Code du travail, qui indique que la négociation s'applique dans ces entreprises dans les conditions définies au chapitre IV du titre II, lequel ne comprend que les articles L 134-1 et 134-2 de ce Code »¹¹⁵⁵.

Plusieurs points étaient soumis à l'appréciation du ministre. D'une part, celui-ci a estimé « que les entreprises publiques et les établissements publics à statut entrant dans le champ d'application de l'article L 134-1 ne sont pas assujettis à l'obligation annuelle de négocier, laquelle n'est pas expressément mentionnée dans le chapitre IV en question »¹¹⁵⁶, position confortée à la fois par certains auteurs¹¹⁵⁷ et le Conseil d'Etat¹¹⁵⁸. S'agissant d'autre

¹¹⁵² Rapport du Haut conseil du secteur public de 1992, La documentation française, p. 86.

¹¹⁵³ F. Debord, *Le droit du travail applicable aux salariés des entreprises publiques*, thèse Lyon, 1994, p. 216.

¹¹⁵⁴ C. Garbar, *op. cit.*, p. 211.

¹¹⁵⁵ Question n° 50255 de M. J. Godfrain publiée au JO le 25 novembre 1991, 9^{ème} législature.

¹¹⁵⁶ Réponse publiée au JO le 6 avril 1992, p. 1642.

¹¹⁵⁷ Notamment, M.-A. Rotschild-Souriac, *thèse cit.*, p. 336 ; M. Lombard, « Les accords collectifs applicables aux catégories de personnels soumises à statut législatif ou réglementaire », *AJDA*, 1991, p. 605 ; J. Chorin, *Le particularisme des relations de travail dans les entreprises publiques à statut*, LGDJ, 1994, p. 200.

¹¹⁵⁸ CE, 28 juillet 1993, *Fédération nationale des tabacs et allumettes Force Ouvrière et Fédération nationale CGT des tabacs et allumettes*, n°72462, 72776 ; Ch. Maugüe et L. Touvet, « Conditions de l'application du Code du travail aux entreprises nationales et aux établissements publics dotés d'un statut réglementaire », *AJDA*, 1993, p.682.

part, de l'exercice du droit d'opposition et de la faculté de négocier au niveau des établissements, la réponse ne pouvait être, selon le ministre, « que positive car ces règles se rapportent aux conditions générales de conclusion et d'entrée en vigueur des conventions collectives »¹¹⁵⁹.

403. Quelques propos doivent également être formulés à l'égard d'entreprises publiques dont la spécificité est encore plus marquée. L'article 202 de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 prévoit ainsi, que « l'accord du 19 février 1999 portant aménagement et réduction du temps de travail à La Poste et l'accord du 2 février 2000 portant aménagement et réduction du temps de travail à France Télécom ainsi que les accords locaux conclus pour leur application sont validés, y compris les dispositions ayant pour effet de modifier des règles statutaires applicables aux personnels concernés ». La question s'est posée de savoir si le droit commun des accords collectifs de travail s'appliquait à ces derniers. La Cour de cassation a livré sur ce point une analyse sans détours. Elle a jugé que les accords locaux complétant l'accord national du 2 février 2000 et concernant l'ensemble du personnel de France Télécom, qu'il s'agisse de fonctionnaires ou de personnels de droit privé, conservaient « leur nature d'accords collectifs » et étaient soumis au droit commun des accords collectifs de travail¹¹⁶⁰.

Le cas de Pôle emploi, établissement public administratif, retient également l'attention. Lors de sa création, les agents contractuels de droit public de l'ANPE régis par les dispositions statutaires issues du décret n° 2003-1370 du 31 décembre 2003 furent autorisés à opter pour la convention collective applicable à l'ensemble des agents de droit privé de Pôle emploi dans un délai de 1 an suivant son agrément¹¹⁶¹. Cette situation est pour le moins étonnante dès lors qu'un accord collectif de travail de droit commun se trouve soumis à une procédure d'agrément et qu'il coexiste dans un établissement public avec des dispositions statutaires¹¹⁶².

Le cas des industries électriques et gazières peut enfin être évoqué. Jusqu'à la loi du 10 février 2000, les entreprises qui en relevaient, étaient exclusivement soumises à un statut

¹¹⁵⁹ Réponse publiée au JO du 6 avril 1992, p. 1642. Cette dernière analyse interroge car si on prête attention à la lettre de l'ancien article L. 134-1 du Code du travail, la possibilité de conclure un accord collectif n'est prévue qu'au stade de l'entreprise.

¹¹⁶⁰ Soc. 5 mars 2008, 07-11.834, *Bull. civ. V*, n°54.

¹¹⁶¹ Conformément aux dispositions de l'article 7 de la loi n° 2008-126 du 13 février 2008.

¹¹⁶² La convention a été signée le 21 novembre 2009, IDCC 2847.

national¹¹⁶³. La libéralisation du secteur a entraîné la reconnaissance de la négociation collective. L'ancien article L. 734-1 du Code du travail prévoyait ainsi que, sans préjudice des dispositions de l'article L. 134-1, des accords professionnels peuvent compléter, dans des conditions plus favorables aux salariés, les dispositions statutaires ou en déterminer les modalités d'application dans les limites fixées par le statut national du personnel. Le statut y est donc encore vivace même si l'on peut supposer que le modèle conventionnel a vocation à terme à s'y substituer. En effet, la souplesse d'un accord collectif susceptible d'être modifié plus aisément que des dispositions statutaires, pourrait inciter à adhérer *in fine* à un modèle conventionnel exclusif. Une auteure relevait à ce titre, qu'« à l'avenir, les modifications susceptibles d'affecter certaines entreprises publiques pourraient même aboutir à soumettre l'intégralité des règles relatives à la détermination des conditions de travail des personnels au régime du droit commun des accords collectifs »¹¹⁶⁴. Elle conclut sur ce point de manière édifiante, en considérant qu'« il semble bien que le modèle du droit privé ait vocation à irradier largement le droit du service public »¹¹⁶⁵.

404. La situation de la négociation collective dans les entreprises publiques est donc pour le moins difficile à fixer. C'est qu'en la matière, le droit positif ne donne à voir aucune unité et multiplie les cas particuliers. Dans le domaine de la fonction publique, le régime juridique des accords collectifs est plus uniforme. Surtout, l'exclusion du droit commun des accords collectifs de travail est très clairement acquise même si son influence est très perceptible.

- a) L'absence d'application du droit commun des accords collectifs de travail aux accords collectifs conclus dans la fonction publique

405. L'association entre négociation et fonction publique a indéniablement des allures de clair-obscur. Sa consistance doit être étudiée à la lumière de la loi du 5 juillet 2010¹¹⁶⁶. D'emblée, il faut admettre que le droit de la fonction publique n'est pas étranger à toute

¹¹⁶³ Décret n°46-1541 du 22 juin 1946.

¹¹⁶⁴ S. Nadal, V° « Conventions et accords collectifs de travail (I- Droit de la négociation collective) », *Rép. trav.* Dalloz, 2008.

¹¹⁶⁵ *Loc. cit.*

¹¹⁶⁶ *Loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010.*

négociation même si celles-ci ne sont pas qualifiées de collectives¹¹⁶⁷. Le statut général de la fonction publique prévoit que les organisations syndicales de fonctionnaires ont qualité pour participer au niveau national à des négociations relatives à l'évolution des rémunérations et du pouvoir d'achat des agents publics dans les trois fonctions publiques¹¹⁶⁸. Cette faculté avait été reconnue dès 1983 par le législateur, tardivement au demeurant, mais en des termes différents. Les organisations évoquées avaient alors simplement « qualité pour conduire au niveau national avec le Gouvernement des négociations ».¹¹⁶⁹

La loi du 5 juillet 2010 était donc censée annoncer la mise en place d'un véritable droit de la négociation collective au sein de la fonction publique. Toutefois, cette annonce laisse perplexe. Les sceptiques formuleront au moins deux objections. Certains souligneront premièrement, l'inanité d'une telle annonce, le droit de négocier étant déjà reconnu aux syndicats de fonctionnaires. D'autres, secondement, n'hésiteront pas à mettre en doute l'opportunité de cette annonce, en faisant remarquer que les accords issus de cette négociation ne sont même pas doués d'effets juridiques. Ces deux objections révèlent selon nous deux confusions, d'une part entre droit substantiel (le droit de négocier collectivement) et droit procédural (le droit de la négociation collective¹¹⁷⁰) et d'autre part, entre le processus (la négociation collective) et son aboutissement (l'accord collectif). Au travers de ces oppositions, se dessine alors un entre-deux dont le droit de la négociation collective constitue le pivot et dont on devine les pôles : droit de négocier d'un côté, accord collectif de l'autre. C'est cet entre-deux que la loi du 5 juillet 2010 interroge. S'il est certain que celle-ci donne un nouveau relief au droit de négocier collectivement en le doublant et en l'enrichissant d'un droit de la négociation collective, il est en revanche plus délicat d'y voir l'assise d'un véritable droit des accords collectifs de la fonction publique. L'influence du modèle de l'accord collectif de travail est donc réelle mais limitée. Plus fondamentalement,

¹¹⁶⁷ La titularité de ce droit à la négociation étant conférée aux organisations syndicales de fonctionnaires, sa nature collective semble évidente. On peut, malgré tout, se demander ce qui a poussé le législateur à opter pour une formulation aussi elliptique et équivoque. Il était peut-être plus commode, par souci d'économie, de taire la nature collective de cette négociation, celle-ci étant pour le moins évidente. Ou bien, il a été jugé judicieux de ne pas utiliser un lexique évoquant par trop le droit du travail et son régime juridique imposant.

¹¹⁶⁸ Art. 8 bis.-1 inséré à la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 par la loi du 5 juillet 2010.

¹¹⁶⁹ On appréciera le changement de ton entre ces deux formulations : le passage d'un droit de conduire les négociations à un droit, plus policé, de participer à des négociations. Il ne faut toutefois pas tirer de conclusions trop hâtives de ce changement terminologique d'autant que la lettre du texte est porteuse d'une véritable évolution en ce qu'elle entérine enfin la participation des employeurs territoriaux et hospitaliers en matière de négociations salariales. Sur cette évolution, O. Dord, *Droit de la fonction publique*, PUF, Thémis Droit, 2^{ème} éd., 2012, pp. 199 et 200.

¹¹⁷⁰ Entendu comme droit qui régit le processus de la négociation collective.

le souci du législateur de placer la focale sur le processus de négociation plutôt que sur son résultat suggère que l'exemplarité de l'accord collectif de travail tient peut-être, avant tout, à son caractère négocié.

406. La fonction publique française connaît « dans une approche sociologique, des procédures de négociation aux formes diversifiées [...] depuis le début du XX^{ème} siècle »¹¹⁷¹. Toutefois, c'est à la faveur des événements de mai 1968 que fut véritablement initiée une politique de négociation avec la signature du « protocole Oudinot ». Digne pendant des accords de Grenelle conclus dans le secteur privé, celui-ci portait sur différents thèmes (rémunérations, durée du travail ou bien encore droits syndicaux). Plus tard, les négociations se concentrèrent essentiellement sur les rémunérations. Des négociations salariales furent ainsi menées annuellement à partir de 1970 dans la fonction publique d'Etat. En 1990, le « protocole Durafour » signé suite aux mouvements sociaux de 1989, aborde aussi bien la question des rémunérations dans les trois fonctions publiques mais aussi celle des grilles de classification. De nouveaux accords sont alors signés témoignant de la vivacité du dialogue social dans le secteur. Toutefois, l'impossibilité de parvenir à un accord d'ensemble sur la réduction du temps de travail en 2001 marqua un coup d'arrêt. Face à ce constat, des réflexions furent menées en plus haut lieu, parallèlement aux réformes opérées en 2004 et 2008 dans le secteur privé. La loi du 5 juillet 2010 prolonge donc le mouvement. Pourquoi parler alors, à sa suite, d'arrivée d'un droit de la négociation collective ? Pour la simple et bonne raison que le droit de négocier collectivement n'avait jamais fait l'objet jusqu'ici d'une législation encadrant et assurant son exercice. En somme, il n'existait jusqu'ici dans la fonction publique, aucun droit de la négociation collective comparable à celui que le Code du travail abrite dans son livre 2. C'est aujourd'hui, toute proportion gardée, chose faite. Reste alors à déterminer comment se manifeste l'influence du modèle de l'accord collectif de travail dans ce domaine. A l'étude, il apparaît que si celle-ci est réelle, elle demeure assez modeste. Pour le démontrer, il n'est pas question de procéder ici à une comparaison exhaustive entre accord collectif de travail et accord collectif de la fonction publique, mais de placer la focale sur certains éléments saillants.

¹¹⁷¹ U. Rehfeldt et C. Vincent, « Négociateur dans les services publics : dimensions procédurales et stratégiques », *Revue de l'IRE*, n°45, 2004, p.14. Pour une approche historique, cf. J. Siwek-Pouydesseau, *Le syndicalisme des fonctionnaires jusqu'à la guerre froide*, Presses Universitaires de Lille, 1989.

La loi fixe tout d'abord l'objet de la négociation collective dans la fonction publique. Autrefois, la loi la cantonnait à la détermination de l'évolution des rémunérations et aux questions relatives aux conditions et à l'organisation du travail ne pouvant faire l'objet que d'un « débat »¹¹⁷². Désormais, la loi prévoit une longue liste, *a priori* limitative, de thèmes susceptibles d'être abordés au cours des négociations¹¹⁷³ qui n'est pas sans évoquer celle de l'article L. 2221-1 du Code du travail. Quoiqu'il en soit, les interlocuteurs sociaux se sont saisis depuis bien longtemps d'autres thèmes de négociation. Le rapport Guilhamon de 1988 recommandait d'ailleurs d'étendre l'objet des accords à des thèmes tels que la formation professionnelle, la mobilité ou les modalités d'évaluation individuelle¹¹⁷⁴. Il n'est guère étonnant dès lors qu'une circulaire du 23 février 1989 ait pu enjoindre à ce que la négociation s'ouvre « à des nouveaux thèmes et se [décentralise] à tous les niveaux »¹¹⁷⁵.

Plus innovant, la loi du 5 juillet 2010 autorise une décentralisation des négociations à tous les niveaux de décision pertinents. Celles-ci n'auront plus ainsi nécessairement lieu au niveau national et pourront désormais se développer au niveau local, au plus près des services. Cette déconcentration ouvre ainsi la porte à une différenciation, si tant est qu'elle soit objective, des dispositions conventionnelles applicables aux fonctionnaires appartenant à un même corps. Là encore, un rapprochement semble s'opérer avec le droit du travail qui admet une assez grande liberté dans le choix du niveau de négociation.

La loi du 5 juillet 2010 détermine par ailleurs les acteurs syndicaux habilités à négocier les accords. Il s'agit des syndicats disposant d'au moins un siège « dans les comités consultatifs¹¹⁷⁶ au sein desquels s'exerce la participation des fonctionnaires et qui sont

¹¹⁷² Ancien art. 8 de la loi du 13 juillet 1983.

¹¹⁷³ Nouveaux art. 8 bis-I et 8 bis-II insérés dans la loi du 13 juillet 1983 : évolution des rémunérations et du pouvoir d'achat des agents publics, conditions et organisation du travail, télétravail, déroulement des carrières, promotion professionnelle, formation professionnelle et continue, action sociale et protection sociale complémentaire, hygiène, sécurité et santé au travail, insertion professionnelle des personnes handicapées ainsi qu'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.

¹¹⁷⁴ J. Guilhamon, *Les négociations salariales dans la fonction publique*, Rapport au ministre de la fonction publique et des réformes administratives, La Documentation française, 1989.

¹¹⁷⁵ Circulaire du 23 février 1989 relative au renouveau du service public. Des accords ont d'ailleurs été conclus le 25 janvier 2006 sur l'évolution de l'action sociale et l'amélioration des carrières, le 14 mai 1996 et le 10 mai 2000 sur la résorption de l'emploi précaire et une meilleure gestion de l'emploi public, les 22 février 1996 et 21 mai 2006 sur la formation professionnelle, le 16 juillet 1996 sur le congé de fin d'activité ou bien encore le 28 juillet 1994 sur l'amélioration des conditions d'hygiène et de sécurité.

¹¹⁷⁶ Notamment les comités techniques qui ne sont plus, à proprement parler, paritaires depuis la loi du 5 juillet 2010 (article 35 II.) dès lors que les représentants de l'administration ne prennent plus part aux votes.

déterminés en fonction de l'objet et du niveau de la négociation »¹¹⁷⁷. Il n'est donc pas question ici de réserver le droit de négocier et de conclure un accord à des syndicats jugés représentatifs au regard de certains critères comme en droit du travail. Disposer d'un siège au sein des comités susvisés suffit.

Enfin, la loi détermine une condition de validité de l'accord qui risque d'en rendre la signature plus difficile, ce qui n'est pas sans rappeler l'exigence majoritaire en droit des accords collectifs de travail¹¹⁷⁸. Depuis le 31 décembre 2013, l'accord doit être signé par des syndicats ayant recueilli au moins 50% des suffrages aux élections organisées au niveau auquel l'accord est signé¹¹⁷⁹. Ces règles de validité sont considérées « comme les proches parentes des règles définies par la loi du 20 août 2008 » et illustrent, « si besoin en était, la force d'attraction des règles qui régissent les relations collectives dans le secteur privé »¹¹⁸⁰. Demeure toutefois un goût d'inachevé, le législateur ayant « réussi un exploit : définir les conditions de validité d'une norme qui reste à ce jour dépourvue...de portée normative »¹¹⁸¹.

407. C'est donc essentiellement le processus de négociation que saisit le législateur, délaissant quelque peu la question des effets de l'accord, qu'il s'agisse des effets *inter partes* mais aussi des effets sur les fonctionnaires. Se dessinent aussi, les contours d'un droit foncièrement procédural. Celui-ci aurait pu acquérir plus de poids si la loi du 5 juillet 2010 avait suivi les accords de Bercy de 2008 qui prévoyaient la mise en place d'une obligation de négocier sur le pouvoir d'achat. L'idée n'a finalement pas été reprise par le législateur. Le modèle de l'accord collectif de travail semble ainsi, tant bien que mal, inspirer le droit de la fonction publique. Toutefois, c'est essentiellement dans sa dimension procédurale, comme acte négocié, qu'il exerce cette influence. La diffusion du modèle de l'accord collectif de travail est ainsi quelque peu contrariée. Dans ce domaine, plus qu'ailleurs, la reconnaissance d'un droit de la négociation collective ne s'accompagne pas nécessairement de la

¹¹⁷⁷ Nouvel art. 8 bis-III inséré dans la loi du 13 juillet 1983.

¹¹⁷⁸ V. à ce titre les propositions et remarques des syndicats FO et CGC annexés au rapport Fournier, *Le dialogue social dans la fonction publique*, La documentation française, 2002. Il est signifiant que ces deux syndicats aient refusé de signer les accords de Bercy de 2008 qui ont précédé et largement influencé la loi du 5 juillet 2010.

¹¹⁷⁹ Nouvel art. 8. bis-IV de la loi du 13 juillet 1983 inséré par la loi du 5 juillet 2010. Il suffit pour participer à ces élections de satisfaire aux critères d'ancienneté et de respect des valeurs républicaines.

¹¹⁸⁰ E. Marc et Y. Struillou, « La valeur des accords collectifs conclus par l'Etat avec les organisations syndicales de fonctionnaires », in *Le statut général des fonctionnaires : trente ans et après ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2015, p. 71.

¹¹⁸¹ *Ibid.* p. 72.

reconnaissance d'une portée normative aux accords qui en sont issus. Un droit commun ne peut ainsi prendre forme.

Transparaissent ici les destins croisés d'accords pensés simultanément mais profondément distincts. Dès l'origine, le législateur a essentiellement appréhendé la négociation collective en droit du travail sous l'angle de ses résultats. Ainsi en 1919, c'est de convention collective dont il est question. Ce n'est qu'en 1971, que la dimension procédurale de la négociation collective commença véritablement à être prise en compte¹¹⁸². Dans le domaine de la fonction publique, l'évolution fut différente. Le législateur a manifestement voulu privilégier dès l'origine, une approche en termes de négociation. La question des accords collectifs était alors ignorée par le législateur mais par lui seulement, car les syndicats eux s'interrogent à ce sujet depuis bien plus longtemps. En juillet 1919¹¹⁸³ déjà, Michel Piquemal proposait lors du congrès de la fédération des fonctionnaires, ancêtre de l'UGFF, d'instaurer au sein de la fonction publique un contrat collectif¹¹⁸⁴. L'idée de statut était alors majoritairement rejetée par les syndicats de fonctionnaires. Ceux-ci plaidaient plus volontiers en faveur d'un droit négocié mais surtout d'un rapprochement entre secteurs privé et public¹¹⁸⁵. L'Histoire a finalement eu raison de ces revendications.

408. Aussi, il convient de ne pas minorer l'hypothèse de la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail et donc de la convergence des droits. Cette dernière mériterait toutefois de ne pas être pensée uniquement en termes de contractualisation. Difficile en effet de parler de rapprochement lorsque l'on trouve d'un côté l'aire du bilatéral, du contrat doué d'effets réglementaires, tandis que de l'autre, se déploie l'aire de l'unilatéral, de l'acte unilatéral négocié. Pourtant, il existe bien entre ces deux sphères un point d'achoppement, l'idée de négociation, entendue comme processus tendant à l'expression, à l'extériorisation d'un intérêt collectif. Il n'y a dans cette vision aucune menace de délitement du principe de participation, étant admis que celui-ci peut très bien se concrétiser au travers d'un droit foncièrement et simplement procédural. L'unité est donc difficile à envisager sur le terrain

¹¹⁸² Elle prendra encore plus de relief onze ans plus tard lorsque fut reconnu au profit des salariés, un droit à la négociation collective.

¹¹⁸³ Quelques mois après, l'adoption de la loi sur les conventions collectives du mois de mars de la même année vient à peine d'être votée.

¹¹⁸⁴ *Histoire de la fonction publique*, Tome 3, sous la direction de M. Pinet, Nouvelle librairie de France, 1993.

¹¹⁸⁵ V. sur ces questions les développements d'A. Supiot dans *Servir l'intérêt général*, ss. La dir. De J.-L. Bodiguel, C. Garbar et A. Supiot, PUF, 2000.

de la fonction publique, peu propice à la matérialisation d'un droit commun des accords collectifs. Les accords collectifs conclus avec les représentants de travailleurs indépendants ne semblent pas offrir de perspectives plus intéressantes même si ponctuellement, le débat sur l'application du droit commun des accords collectifs de travail est relancé dans ce domaine.

- b) Une unité discutée : de l'application du droit commun des accords collectifs de travail aux « accords collectifs de travail indépendant »

409. Sans qu'il soit nécessaire de revenir sur les innombrables débats qui accroissent la tortuosité des rapports entre travail salarié et travail indépendant, il est important de saisir, ô combien cette opposition structure le droit des accords collectifs de travail. Ces derniers ont avant tout pour objet de régler les rapports qui se nouent entre employeurs et travailleurs salariés. Au-delà, point de salut pour la négociation collective, du moins en l'état actuel du droit. Il est pourtant des auteurs qui n'hésitent pas à franchir le Rubicon et qui prônent la reconnaissance d'un droit des accords collectifs de travail indépendant. Se pose alors la question du rôle que pourrait jouer dans cette entreprise, le droit commun des accords collectifs de travail.

De lege lata, la question de l'application du droit commun des accords collectifs de travail aux accords conclus par les représentants des travailleurs indépendants n'est pas pertinente au regard du droit positif. En effet, l'article L. 2211-1 du Code du travail laisse peu de place au doute à ce sujet. La Cour de cassation l'exprime clairement dans un arrêt du 21 mars 2007 en refusant qu'un travailleur indépendant se voit appliquer une convention collective, celle-ci ayant « pour objet de régler les conditions générales de travail et les rapports entre les employeurs et les salariés »¹¹⁸⁶. Cet arrêt est intéressant en ce qu'il atteste même du rapprochement parfois opéré par les juridictions entre employeurs et travailleurs indépendants. En l'espèce, la convention collective nationale des cabinets d'experts en automobiles, prévoyait que toute personne morale ou physique exerçant l'activité idoine, quel que soit le statut juridique sous lequel est exercée l'activité d'expertise, devait contribuer au financement de certaines actions sociales et culturelles au profit des salariés. Or la Cour d'appel avait jugé que le travailleur indépendant en cause était concerné,

¹¹⁸⁶ Soc. 21 mars 2007, 05-13341.

raisonnement que la Cour de cassation n'a pas hésité à contredire dès lors que le travailleur en question « n'employait pas de salarié ». Toutefois, il n'est pas question dans cette hypothèse d'appliquer aux travailleurs indépendants un accord collectif conclu par leurs représentants afin d'encadrer les rapports qu'ils peuvent nouer avec certains de leurs clients. A ce titre, parler d'application du droit commun des accords collectifs de travail aux travailleurs indépendants est presque un non-sens. La réalité est plus complexe car s'observent dans certains cas des formes de négociation collective dans des secteurs bien définis, pour l'heure. Ainsi, le statut des agents généraux d'assurance est négocié collectivement conformément à l'article L. 540-2 du Code des assurances. Il n'est toutefois pas question d'appliquer, à l'accord qui en résulte, le droit commun des accords collectifs de travail. Plus radicalement, l'article L. 7322-3 du Code du travail prévoit que les accords collectifs fixant les conditions auxquelles doivent satisfaire les contrats individuels conclus entre les entreprises et leurs gérants de succursales non-salariés sont soumis, concernant certains points, au livre II de la deuxième partie, autrement dit au droit commun des accords collectifs de travail. Bien que remarquable, cette possibilité n'en demeure pas moins une simple exception. La question de l'élaboration d'un régime propre aux accords collectifs de travail indépendant en général n'est pas d'actualité en droit positif. En revanche, certains auteurs s'activent en coulisses pour que soit posées les bases d'un tel régime. On peut alors légitimement s'interroger sur la place qu'entendent donner ses promoteurs, au droit commun des accords collectifs de travail dans cette entreprise. Nul doute que son influence est réelle. Toutefois, comme l'expriment MM. Antonmattéi et Sciberras dans leur rapport sur les travailleurs économiquement dépendants, le jeu de la négociation collective n'implique pas nécessairement « un décalque des règles du code du travail »¹¹⁸⁷.

A l'issue des développements jusqu'ici menés, le constat est sans appel. Il se dégage très difficilement des accords étudiés, un droit commun des accords collectifs de travail « sans adjectif », un droit commun qui plus est partiel. Au-delà, il s'avère *a fortiori*, que la diversité des accords est telle, qu'elle rend tout projet d'unification voué à l'échec et le relègue au simple rang de fiction.

¹¹⁸⁷ P.-H. Antonmattéi et J.-C. Sciberras, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, Rapport, 2008, p. 18.

Section 2

Une unification impossible : l'absence d'un droit commun des accords collectifs

410. À la difficulté de dégager un droit commun des accords collectifs de travail se superpose l'impossibilité d'en identifier les termes. Ainsi, l'œuvre d'unification du modèle est mise à mal. C'est du moins ce qu'il convient de démontrer. Pour ce faire, il est sans doute, plus cohérent de présenter un panorama des accords collectifs relevés sous forme de typologie plutôt que de se lancer dans un inventaire fastidieux et peu lisible. Les idéaltypes précédemment identifiés peuvent constituer un puissant instrument de comparaison pour illustrer l'extrême diversité des accords collectifs¹¹⁸⁸. Bien entendu, la typologie ici proposée est, en bien des aspects, déformante, mais elle permet de mettre au jour les traits les plus saillants des différentes espèces d'accord collectif existantes. Seront donc mises en exergue les spécificités des accords relevant de l'idéaltype dirigiste (**§1**), de l'idéaltype statutaire (**§2**) ainsi que de l'idéaltype libéral (**§3**).

Paragraphe 1 La spécificité des accords relevant de l'idéal type dirigiste

411. Il convient de rappeler que dans ce schéma résolument hétéronome de négociation collective, l'activité conventionnelle est fortement guidée par les pouvoirs publics. D'aucuns y verront une forme de dirigisme conventionnel. Dans cet idéaltype, peu de place est laissée à l'initiative des interlocuteurs sociaux et les accords collectifs conclus par eux sont l'objet d'un contrôle administratif. Plus fondamentalement, les accords ici étudiés renvoient à l'idée d'une citoyenneté sociale « qui repose sur trois piliers : la sécurité sociale, les services publics et les libertés collectives garanties par le droit du travail »¹¹⁸⁹, notamment la négociation collective. Seront ainsi rapportés à l'idéaltype dirigiste, les accords collectifs de Sécurité sociale (**A**), mais aussi, plus largement, les accords collectifs participant à la réalisation d'un service public (**B**).

¹¹⁸⁸ Cf. Titre 1, Chapitre 1, Section 2. Sur les rapports entre idéal type et comparaison, v. C. Vigour, *La comparaison dans les sciences sociales*, La découverte, 2005, pp. 78 et s.

¹¹⁸⁹ A. Supiot, « Ni assurance ni charité, la solidarité », *Le Monde diplomatique*, novembre 2014, p. 3.

A) Les « conventions de sécurité sociale »

412. La notion de « convention collective de sécurité sociale » est d'origine doctrinale¹¹⁹⁰ et a pour mérite de souligner les liens qui unissent droit du travail et droit de la Sécurité sociale. Ces conventions ont d'ailleurs été pensées pour prémunir au mieux, au moins financièrement, les salariés contre la survenance de certains risques sociaux. Plutôt que d'opter comme en 1945 pour un régime légal, la voie conventionnelle fut choisie et empruntée pour donner naissance, tour à tour aux régimes de retraite complémentaires ainsi qu'à l'assurance chômage¹¹⁹¹. À la faveur des liens ici évoqués, « c'est [...] dans le cadre formé par le droit des conventions collectives qu'ont été organisés ces régimes conventionnels »¹¹⁹². Malgré la filiation ici évoquée, les conventions collectives de Sécurité sociale se démarquent nettement. Il convient aussi de déterminer d'où provient cette spécificité (1) avant d'en tracer les frontières (2).

1. La spécificité des conventions collectives de sécurité sociale

413. À la différence de l'accord collectif de travail, une convention de Sécurité sociale a principalement « un objet institutionnel : créer une organisation administrative et financière complexe »¹¹⁹³. Cette institution n'implique rien moins d'autres que la « création d'un être juridique, pourvu de la personnalité morale »¹¹⁹⁴. Il s'agit parfois d'une institution paritaire. La relation qui prend alors forme est triangulaire puisqu'elle intègre également l'organisme gestionnaire. S'estompe alors le lien originel entre ces deux variétés d'accords collectifs, suffisamment du moins pour que soit envisagée une autonomisation, même relative, des conventions de Sécurité sociale.

¹¹⁹⁰ P. Durand, « Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale », *Droit social*, 1960, p. 42.

¹¹⁹¹ P. Laroque présenté traditionnellement comme le père de la Sécurité sociale avait toutefois émis le souhait qu'émerge « un authentique droit conventionnel de la sécurité sociale ». Cette ambition a donné naissance à « l'institution de prévoyance qualifiée ensuite de « L. 4 », du numéro de l'article de l'ordonnance qui lui avait donné la vie », J. Barthélemy, « Protection sociale complémentaire : ingénierie de la négociation collective », *La Revue de l'Ires*, 2009/4, p. 63.

¹¹⁹² *Loc. cit.* Il a fallu pour cela considérer, non sans difficultés, qu'ils relevaient bien, aux termes d'une interprétation très libre de la loi, du domaine matériel de la négociation collective. Avant que la notion de « garanties sociales » ne soit consacrée, c'est logiquement vers la notion de conditions de travail qu'on a pu se tourner.

¹¹⁹³ P. Durand, *art. précit.*, p. 49.

¹¹⁹⁴ *Loc. cit.* D'ailleurs, les droits appartenant aux bénéficiaires du régime sont exercés, non pas contre l'employeur mais contre cette personne morale.

Plus fondamentalement, les conventions collectives de Sécurité sociale seraient parcourues par une idée-force, une logique de solidarité¹¹⁹⁵. Établie au niveau national, elle fonderait même l'organisation de la Sécurité sociale selon l'article L. 111-1 du Code éponyme. Pour autant, aucune définition n'est donnée de cette notion riche de sens, mais qui semble s'apparenter en droit à un standard ou bien à un principe qu'on sollicite au gré des circonstances pour justifier certaines décisions. Il faut néanmoins s'évertuer à lui donner substance comme beaucoup s'attachent à le faire¹¹⁹⁶.

La logique de solidarité est à tort considérée comme contraire à une logique dite assurantielle. Il est, sans doute, plus juste de considérer l'assurance comme un mode de réalisation de la solidarité¹¹⁹⁷. En revanche, il apparaît que les différentes formes d'assurance accordent une place plus ou moins importante au principe dit de neutralité actuarielle selon lequel les assurés paient en fonction de la réalité de leurs risques. Autrement dit, plus un individu est sujet à risques, plus la prime d'assurance qu'il supportera sera élevée. Appliquée largement dans le domaine des assurances privées, ce principe conduit de fait à un traitement différencié, pour ne pas dire discriminant, des assurés. Les conventions collectives de sécurité sociale ne s'inscrivent pas dans cette lignée. Elles reposent sur le principe que si tout le plus grand nombre doit participer au financement d'un régime, c'est à raison de ses capacités. Plus précisément, les régimes de solidarité sont semblables à des « pots communs (...) où l'on cotise selon ses ressources et où l'on puise selon ses besoins »¹¹⁹⁸. Ils reposent donc sur un principe de mutualisation qui autorise à garantir aux bénéficiaires du régime un niveau convenable de couverture. Or, dans le cadre des conventions collectives de Sécurité sociale, les interlocuteurs sociaux décident volontairement de placer la gestion d'un risque sous le signe de cette solidarité. L'accord ainsi négocié réalise alors la

¹¹⁹⁵ Ce critère distinctif est par ailleurs utilisé par la CJUE (anciennement CJCE) pour exclure les législations de Sécurité sociale et les activités des caisses de sécurité sociale du champ du droit de la concurrence, lorsqu'elles exercent une fonction exclusivement sociale, fondée sur le principe de solidarité et dépourvue de but lucratif (cf. not. CJCE, 17 février 1993, POUJET et PISTRE, C-159/91 et C-160/91).

¹¹⁹⁶ J.-P. Laborde estime ainsi qu'à « l'approche des soixante-dix ans de sa création en France, [la solidarité] reste une idée neuve : la solidarité qui l'inspire et l'anime est toujours à repenser et à refonder », « La solidarité entre adhésion et affiliation », in *La Solidarité, Enquête sur un principe juridique*, ss. la dir. de A. Supiot, Odile Jacob, 2015, p. 123.

¹¹⁹⁷ V. à ce sujet, J.-M. Belorgey, « Logique de l'assurance, logique de la solidarité », *Droit social*, 1995, p. 731.

¹¹⁹⁸ J.-J. Dupeyroux, « Les exigences de la solidarité », *Droit social*, 1990, p. 741. Selon la CJCE, la solidarité se manifeste par la déconnexion entre les cotisations versées et les prestations servies. CJCE, 17 février 1993, Aff. jointes C-159/91 et C-160/91 : « la solidarité se concrétise par le fait que ce régime est financé par des cotisations proportionnelles aux revenus de l'activité professionnelle et pensions de retraite, seuls étant exclus du paiement de ces cotisations les titulaires [...] dont les ressources sont les plus modestes, alors que les prestations sont identiques pour tous les bénéficiaires », point 8.

mutualisation des risques qui permet spécialement aux assurés présentant le plus de risques ou les plus âgés de bénéficier d'une protection similaire à celles des autres assurés. Pour assurer cette tâche, l'accord est bien souvent négocié à un niveau élevé de négociation, conférant ainsi à l'accord une dimension règlementaire plus accentuée. En cela, les accords de Sécurité sociale empruntent au modèle de l'accord collectif de travail leur force juridique en intensité et en extension, car c'est à cette seule condition qu'ils permettent à l'exigence de solidarité de se réaliser. Pour autant, une différence de taille demeure, car si, à l'heure actuelle, les accords collectifs de travail semblent prendre le pas sur la loi, en matière de Sécurité sociale, celle-ci conserve la main et se contente de renvoyer, s'agissant des conventions médicales, « le soin de déterminer les moyens qui permettront de maîtriser les dépenses »¹¹⁹⁹.

Bien plus, l'accord collectif incarne le consensus des intéressés, un devoir presque moral qui résulte de la prise de conscience de l'interdépendance sociale et qui existe entre les hommes et les incite à s'unir, à se porter entraide et assistance réciproque et à coopérer entre eux, en tant que membres d'un même corps social¹²⁰⁰.

Toutefois, cette idée de solidarité est aujourd'hui mise à mal à la faveur d'une redéfinition insidieuse de son périmètre et de sa teneur. Mécaniquement, cette remise en cause a des répercussions sur le périmètre des conventions collectives de sécurité sociale.

2. Le périmètre des conventions collectives de sécurité sociale

414. Hormis les accords relatifs à l'assurance chômage ou à la retraite complémentaire qui constituent les représentants les plus évidents de la catégorie des conventions collectives de Sécurité sociale, celle-ci comprend également les conventions médicales. Créées en 1945¹²⁰¹, elles ont pour but essentiel de fixer le tarif des honoraires médicaux¹²⁰². Pourtant, elles ne créent pas d'institution, sans qu'elles soient étrangères à toute logique institutionnelle. En effet, il est possible de considérer que l'UNCAM qui prend part aux négociations de ces conventions, assure la gestion du régime d'assurance maladie et incarne à sa manière

¹¹⁹⁹ I. Vacarie, « Sécurité sociale et démocratie des choix collectifs », in *Mélanges en l'honneur de J.-F. Laborde*, Dalloz, 2014, p. 927.

¹²⁰⁰ Trésor de la langue française informatisé, V° « Solidarité ». Cf. sur cette idée de cohésion, A. Supiot, *art. précit.*

¹²⁰¹ Ordonnance n°45-2554 du 19 octobre 1945.

¹²⁰² Le domaine ouvert à la négociation collective s'est considérablement étendu avec le temps. Une lecture rapide de l'article L.162-5 du Code de la Sécurité sociale suffit à s'en convaincre.

l'institution. La structure du système conventionnel actuel résulte essentiellement de la loi du 3 juillet 1971¹²⁰³. Si la pertinence du recours à la négociation collective dans ce domaine est régulièrement discutée et son efficacité fortement contestée, le système conventionnel perdure. Très tôt, celui-ci s'est vu accusé de tous les maux notamment par des syndicats de médecins hostiles à ce qu'ils considéraient comme le ferment d'une remise en cause du principe de l'entente directe des honoraires entre le médecin et son patient.

Bien que les regards se portent majoritairement sur les rapports conventionnels noués dans le domaine de la médecine libérale, d'autres professions de santé connaissent, elles aussi, des accords collectifs pensés sur le modèle des conventions médicales. Il en va ainsi des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes, des auxiliaires médicaux ou encore des pharmaciens titulaires d'officine¹²⁰⁴. Les rapports entre les organismes d'assurance maladie et certaines structures de soins ou certaines entreprises dont l'activité est liée à la prise en charge des patients peuvent également être définis par un accord collectif. Tel est le cas des laboratoires d'analyses médicales¹²⁰⁵, des centres de santé¹²⁰⁶, des établissements thermaux¹²⁰⁷, des entreprises de taxi ou bien encore des entreprises de transports sanitaires. De la sorte, un réseau très dense de conventions collectives de Sécurité sociale s'est constitué. Profitant de l'aspiration, le législateur n'hésite plus à imaginer de nouvelles déclinaisons d'accords s'inscrivant dans le cadre ainsi posé. Les accords de bon usage des soins, les accords-cadres ou bien encore les accords conventionnels interprofessionnels sont autant d'illustrations de cette tendance¹²⁰⁸. De même, la charte de la visite médicale conclue conformément à l'article L. 162-17-8 du Code de la Sécurité sociale a été pensée sur « le modèle juridique [...] des conventions médicales »¹²⁰⁹.

¹²⁰³ Loi n° 71-525 du 3 juillet 1971.

¹²⁰⁴ Art. L.162-16-1 du Code de la Sécurité sociale. Sur ces accords, cf. F. Mégerlin « Apport et limites de la convention nationale assurance maladie-pharmaciens d'officine de 2006 », *RDSS*, 2007, p. 269.

¹²⁰⁵ Art. L.162-14 du Code la Sécurité sociale.

¹²⁰⁶ Art. L.162-32-1 du Code de la Sécurité sociale.

¹²⁰⁷ Art. L.162-39 du Code de la Sécurité sociale.

¹²⁰⁸ Si l'ensemble paraît extrêmement complexe à saisir, cette complexité est « sans doute le prix à payer pour continuer à marier tant bien que mal l'autonomie, du reste très relative, du Système de Sécurité sociale, et l'intervention, fortement dessinée, de l'Etat », J.-P. Laborde, *Droit de la sécurité sociale*, Thémis Droit public, PUF Droit, 2005, p. 100.

¹²⁰⁹ J. Peigné, « La charte de la visite médicale : un instrument règlementaire qualitatif mais non quantitatif », *RDSS*, 2009, p. 141.

415. De manière autrement plus problématique, les remous qui affectent le plus l'équilibre de la catégorie des conventions collectives de Sécurité sociale sont étrangement à mettre au compte du Conseil constitutionnel. En effet, par sa décision du 13 juin 2013, celui-ci a, en déclarant les clauses de désignation inconstitutionnelles, à replacer la protection sociale complémentaire dans le champ de la concurrence. Cette solution, scélérate pour beaucoup¹²¹⁰, est très contestable. Outre le fait qu'elle s'inscrit en opposition avec la jurisprudence de la CJUE,¹²¹¹ mais aussi de celles du Conseil d'État¹²¹² et de la Cour de cassation¹²¹³, elle malmène de manière inexplicable l'idée de solidarité pourtant au cœur de la protection sociale complémentaire. En effet, les clauses de désignation tendent à garantir la mutualisation des risques au niveau de la branche, autrement dit à faire bénéficier les entreprises à forte probabilité de réalisation d'un risque de la solidarité des entreprises à faible risque. Le débat dépasse donc la seule question de la validité des clauses de désignation. Elle touche à la conception même devant être retenue de la protection sociale complémentaire : « régimes de sécurité sociale reposant sur une logique hautement solidaire, garantissant une plus forte redistribution » ou « services marchands établis par la médiation des entreprises de façon à assurer un accès aux salariés qui sont moins coûteux selon la logique des contrats d'assurance de groupe ? »¹²¹⁴. La décision du 13 juin 2013 suggère un très net basculement vers la seconde conception. Ainsi, la notion de régime semble faire référence de moins en moins « aux diverses protections que l'on peut organiser au profit de tout ou partie de ses salariés, d'où l'expression plus générale désormais retenue de garanties collectives »¹²¹⁵.

416. Cette remise en cause de la logique solidaire en matière de protection sociale complémentaire était déjà à l'œuvre dans les arrêts du 13 mars 2013 dans laquelle la Cour de cassation a admis que des différences de traitement puissent être prévues par voie

¹²¹⁰ V. spécialement, X. Prétot, « La protection sociale complémentaire survivra-t-elle au despotisme de la concurrence ? », *RJS*, 11/2013, p. 643 ; J.-P. Chauchard, « L'apologie du marché : la prévoyance sociale complémentaire selon le Conseil constitutionnel », *RDSS*, 2014, p. 601.

¹²¹¹ Cf. sur la jurisprudence de la CJUE, J. Barthélémy, « Clauses de désignation et de migration au regard du droit communautaire de la concurrence », *SSL*, n° 296, 24 mars 2011. V. également infra, § 466.

¹²¹² A condition que l'accord litigieux n'affecte pas une partie substantielle du marché commun, CE, 7 juillet 2000, FFSA, n° 198564, *RDTE*, 2012, p. 103, chron. L. Idot.

¹²¹³ Soc., 10 mars 1994, 91-11.516.

¹²¹⁴ J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto et R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Précis Dalloz, 18^{ème} éd., 2015, p. 1079.

¹²¹⁵ *Ibid.*, p. 1065.

conventionnelle entre cadres et non-cadres sans avoir à être justifiées¹²¹⁶. Étonnamment, la Haute juridiction s'est notamment appuyée sur un « objectif de solidarité » pour justifier la mise à l'écart de l'exigence d'égalité entre catégories professionnelles. Pourtant, en matière de protection sociale plus qu'ailleurs, la solidarité implique de venir au soutien de salariés non cadres ne disposant pas des mêmes ressources que leurs collègues cadres. Cela implique une mutualisation du risque. Il était question en l'espèce d'une couverture complémentaire des frais de santé. Or en la matière, la solidarité ne peut être raisonnablement et simplement catégorielle au vu des enjeux entourant la santé des salariés¹²¹⁷.

Derrière le mouvement ici esquissé, le recours accru au marché en matière de protection sociale complémentaire exprime une évolution quant à ses modes de financement. C'est du moins ce que suggère l'article L. 162-14-3 du Code de la Sécurité sociale, en dehors de la protection sociale complémentaire cependant, qui depuis 2008 autorise l'UNOCAM à participer à la négociation et la conclusion d'un accord conclu avec les professionnels de santé¹²¹⁸. La volonté du législateur est ici très claire : confier un rôle majeur aux organismes d'assurance maladie complémentaire dans le financement, mais aussi dans la régulation des dépenses de santé. D'aucuns ont pu y voir un cadeau empoisonné et une volonté de financer ces dépenses aussi bien par des deniers publics que des fonds privés. Le débat ayant entouré la question de la prise en charge, dans le cadre d'un secteur optionnel, des dépassements d'honoraires pratiqués par les spécialistes de plateaux techniques ainsi que l'augmentation de la taxation des contrats responsables ont mis à jour les tensions entre l'État et les organismes complémentaires, l'UNOCAM s'étant fermement opposée à ces projets.

Au final, il apparaît que de nombreuses incertitudes affectent les conventions de Sécurité sociale. La catégorie semble se contracter à mesure que l'objectif de solidarité s'estompe dans certains accords. Les conventions de Sécurité sociale semblent épouser les orientations de fond des pouvoirs publics, passant d'une logique de généralisation et concrète d'un droit social fondamental à une logique gestionnaire de régulation des

¹²¹⁶ Soc., 13 mars 2013, 11-23.761, 10-28.022, 11-13.645, 11-20.490. Cf. sur ces arrêts Titre 2, chapitre 1.

¹²¹⁷ Il est d'ailleurs courant que « l'évaluation des risques permettant la tarification de l'assurance complémentaire [soit] réalisée par les actuaires pour une branche ou une entreprise donnée et non par catégories », F. Kessler, « Il faut sauver le soldat cadre », *Le Monde économie*, 9 avril 2013.

¹²¹⁸ A.-S. Ginon et M. Trepreau, « La participation de l'Unocam aux négociations conventionnelles », *RDSS*, 2011, p. 105.

dépenses de santé – sans qu'une totale substitution soit opérée. De ce glissement résulte le passage d'une logique en terme de solidarité à celle centrée sur les acteurs de la santé (avec incitation et sanction). La direction imposée aux conventions de Sécurité sociale émancipe alors ces types d'accord du droit commun des accords collectifs.

Afin de saisir l'essence des accords relevant de l'idéaltype dirigiste, il convient ainsi de dessiner les contours d'une catégorie plus vaste, arrimée à la notion de service public. Il n'est d'ailleurs pas anodin que « le juriste un peu frotté de droit de la sécurité sociale qui lit ou relit les manuels et ouvrages en matière de service public a souvent l'impression étrange que c'est encore de sécurité sociale qu'il est question »¹²¹⁹.

B) Les accords collectifs de service public

417. Les accords jusqu'ici évoqués contribuent, chacun à leur manière, à la réalisation d'un service public. En cela, ils sont tous orientés vers la satisfaction de l'intérêt général (1). Il n'est d'ailleurs pas anodin que l'administration soit amenée à exercer un contrôle à l'égard de ces accords, contrôle dont les modalités diffèrent selon les cas et qui devront ici être précisées (2).

1. La satisfaction de l'intérêt général

418. Déceler l'existence d'un service public ne va pas sans poser quelques difficultés. Bien entendu, la tâche est considérablement simplifiée lorsque le législateur attribue de manière explicite ce label. En cas de silence législatif, il revient au juge, sur la base de certains critères, de reconnaître ou de dénier la qualification. Si, en principe, un service public doit être pris en charge par une personne publique, le Conseil d'État admet de longue date qu'un organisme privé puisse être chargé de son exécution¹²²⁰. Cependant, cela n'est pas suffisant. Il est un autre critère essentiel à respecter et qui tient à l'existence d'une activité d'intérêt général¹²²¹. La notion est délicate à cerner tant celle-ci est foncièrement idéologique et

¹²¹⁹ J.-P. Laborde, « Sécurité sociale et service public », in *Mélanges en l'honneur de J. du Bois de Gaudusson*, PU de Bordeaux, Tome II, 2013, p. 1081.

¹²²⁰ CE, 13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et protection », 57302.

¹²²¹ Il n'est pas fait état, ici, du critère de la détention de prérogatives de puissance publique, qui, au demeurant, n'est pas décisif. Il constitue un indice essentiel. D'ailleurs, le Conseil d'État a longtemps considéré qu'« une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui

n'admet pas de définition unifiée. Selon une approche subjective, elle trahirait un choix opéré par les pouvoirs publics en faveur d'activités jugées « nécessaire[s] pour la collectivité toute entière et/ou [résulterait] d'un arbitrage entre des intérêts contradictoires »¹²²².

Cette association au service public permet d'exclure certains accords, des conventions relevant de l'idéaltype dirigiste. Il en va spécialement ainsi des accords de formation professionnelle qui n'ont pas pour objet « l'exécution même d'un service public et ne contiennent aucune clause exorbitante du droit commun »¹²²³. Pareil critère permet également de faire tomber dans l'escarcelle des accords collectifs de service public, bon nombre des accords jusqu'ici étudiés. Cela est flagrant s'agissant des accords conclus avec les professionnels de santé. Que ces dernières participent à la réalisation d'un service public, en l'occurrence celui de la santé, est difficilement contestable¹²²⁴. Un auteur avisé y voit d'ailleurs le siège d'un compromis entre les principes de la médecine libérale et les exigences du service public¹²²⁵.

419. S'agissant des régimes de retraite complémentaires, les choses sont plus complexes. Il est possible de penser que l'équilibre financier de ces régimes est « un objectif d'utilité publique »¹²²⁶. Il incombe d'ailleurs aux interlocuteurs sociaux d'assurer en permanence cet équilibre en adoptant les mesures qui assurent la sauvegarde des droits de leurs adhérents¹²²⁷. On pourrait penser dès lors que leur est dévolue une véritable mission de service public. La loi confère aux institutions de retraite complémentaire et à leurs

est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public », CE, 28 juin 1963, Nancy, 4383. L'absence de telles prérogatives n'est pas rédhitoire. Le juge estime qu'« eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectif qui lui sont assignés sont atteints », le service accompli peut être qualifié de public, CE, 22 février 2007, APREI, 264541.

¹²²² P.-L. Frier et J. Petit, *Droit administratif*, Domat Droit public, LGDJ, 2014, pp. 213 et 214.

¹²²³ TC, 20 janvier 1986, n°02396, *Droit social*, 1987, p. 50. Une convention de formation professionnelle « présente le caractère d'un contrat de droit privé [...] dès lors le litige né, de son exécution ressortit à la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire ».

¹²²⁴ On relèvera d'ailleurs même si elles ne sont pas impliquées en tant que telles dans la négociation des conventions médicales, que les caisses locales et régionales de Sécurité sociale sont qualifiées d'organismes de droit privé chargés d'une mission d'intérêt général. A ce titre, elles disposent de prérogatives de puissance publique et sont soumis à des sujétions de même nature que celles pesant sur les collectivités publiques.

¹²²⁵ X. Prétot, « L'évolution du régime juridique des conventions médicales », *Droit social*, 1997, p. 845.

¹²²⁶ L. Camaji, *La personne dans la protection sociale*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2008, p. 367.

¹²²⁷ V. en ce sens, Soc., 31 mai 2001, *RJS*, 11/01, n° 1348.

fédérations une « mission d'intérêt général »¹²²⁸. Toutefois, leur statut d'organismes de droit privé s'est révélé rédhibitoire.

420. Il faut également songer aux accords collectifs conclus dans le secteur sanitaire et social. Les établissements privés dans lesquels elles sont signées sont notoirement associés au service public même si le législateur se refuse à le reconnaître. Simplement, la loi du 2 janvier 2002 définit les missions de l'action sociale et médico-sociale comme des « missions d'intérêt général et d'utilité sociale »¹²²⁹. Dans la même lignée, le Conseil d'État a jugé à propos de l'insertion des personnes handicapées qu'une telle activité constituait une mission d'intérêt général ne revêtant pas le caractère d'une mission de service public¹²³⁰. Toutefois, il est des auteurs qui, refusant de s'arrêter à de tels rejets, estiment que les critères du service public sont bien remplis¹²³¹. Plus significativement, les exigences liées à la participation d'un service public, parfois jugées incompatibles avec certains droits élémentaires des salariés, ont conduit le législateur à contrer une jurisprudence favorable aux salariés en matière d'heures d'équivalence¹²³². La Cour de cassation s'est pliée à cette volonté dans un arrêt du 24 janvier 2003¹²³³. En l'espèce, les salariés requérants estimaient que les heures de surveillance nocturne qu'ils accomplissaient, constituaient un temps de travail effectif et ne pouvaient être rémunérées selon le régime d'équivalence institué par la convention collective applicable. La haute juridiction a estimé qu'obéissait « à d'impérieux motifs d'intérêt général l'intervention du législateur destinée à aménager les effets d'une jurisprudence nouvelle de nature à compromettre la pérennité du service public de la santé et de la protection sociale auquel participent les établissements pour personnes inadaptées et handicapées ». L'accord applicable a ainsi été mis en œuvre sur la base de motifs pour le moins explicites.

¹²²⁸ Art. L. 922-1 et L. 922-4 du Code de la Sécurité sociale. Cette reconnaissance les autorise à percevoir des cotisations, élaborer des normes de droit dérivé à partir des actes fondateurs et leur permet de bénéficier du statut de créancier privilégié au même rang que les organismes de Sécurité sociale.

¹²²⁹ V. en ce sens, l'art. L. 311-1 du Code de l'action sociale et des familles ; J. Chevallier, « L'association au service public », *JCP*, 1974, 2667.

¹²³⁰ CE, 22 février 2007, *APREI*, 264541.

¹²³¹ V. O. Poinot, « Les institutions privées et le service public de l'action sociale et médico-sociale », *RGCT*, 2005, p. 415 ; « L'action sociale et médico-sociale, un service public industriel et commercial ? », *JCP*, éd. A, 2005, p. 1654.

¹²³² Art. 29 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000. V. S. Hennion-Moreau, « Les horaires d'équivalence dans le secteur sanitaire et social », *RDSS*, 2000, p. 149.

¹²³³ AP, 24 janvier 2003, 01-40967 ; note D. Boulmier, *RDSS*, 2003, p. 306.

S'agissant enfin des accords d'assurance chômage, l'article L. 5311-1 du Code du travail dispose clairement que le service public de l'emploi comprend notamment le versement d'un revenu de remplacement¹²³⁴. Pour remédier au chômage qui sévit en France, les interlocuteurs sociaux ont également été amenés à opérer, par voie conventionnelle, en dehors du cadre institutionnel de l'assurance chômage. La création du contrat de sécurisation professionnelle (CSP) est, à ce titre, à mettre au compte des interlocuteurs sociaux¹²³⁵. En effet, c'est un ANI du 31 mai 2011 qui est à l'origine de cette innovation, relayée par la loi du 28 juillet 2011¹²³⁶. Cette dernière n'a prévu qu'un simple cadre juridique général que les interlocuteurs sociaux sont conviés à préciser par voie d'accords. Ces derniers ont pour particularité de ne pas relever du droit commun des accords collectifs de travail. Ils sont conclus et agréés selon les mêmes conditions que les accords relatifs à l'assurance chômage¹²³⁷. Participent-ils, pour autant, à l'exécution d'un service public ? Le parallèle avec les accords d'assurance chômage invite à le penser même si la mise en œuvre du CSP relève principalement de la responsabilité de l'employeur et en cas de défaillance, de Pôle emploi. Reste qu'aux termes de l'article L. 1233-69 du Code du travail, les régions et l'État peuvent contribuer au financement des dépenses engagées dans le cadre du CSP. Surtout, ils sont également soumis à un contrôle administratif, l'agrément.

2. Des accords sous contrôle administratif

421. Le contrôle exercé par les autorités administratives compétentes confère aux accords assujettis, une originalité certaine. Il marque l'intervention d'une personne tierce dans le domaine du négocié. En ce sens, il est possible d'y voir, sans qu'il faille y déceler de connotation péjorative, une forme de dirigisme conventionnel. Ce contrôle administratif s'exerce à différentes occasions, et selon différents degrés, en cas d'agrément **(a)**, d'approbation **(b)** ou bien encore d'homologation **(c)** de l'accord.

¹²³⁴ V. en ce sens X. Prétot, « La nature juridique de la convention d'assurance chômage », *RDSS*, 1986, p. 535. Le régime de ces conventions est défini aux articles L.5422-20 et suivants du Code du travail.

¹²³⁵ Il se substitue à la convention de reclassement personnalisé (CRP) instaurée en 2005. L'ancien article L. 321-4-2 du Code du travail prévoyait déjà que les actions proposées dans le cadre de cette convention devaient être déterminées par un accord conclu et agréé dans les mêmes conditions qu'un accord d'assurance chômage.

¹²³⁶ Loi n°2011-893 du 28 juillet 2011.

¹²³⁷ Convention relative au CSP du 19 juillet 2011 agréée par arrêté ministériel du 6 octobre 2011.

a) De l'extension à l'agrément

422. Le mécanisme de l'extension institué par la loi du 24 juin 1936 dans le domaine des accords collectifs de travail, fascine à bien des égards de par la force juridique en extension remarquable qu'il leur confère. Inutile dès lors de feindre l'étonnement face au constat non démenti de l'influence de ce mécanisme, partie intégrante du modèle de l'accord collectif de travail. L'exigence d'agrément porte en elle la marque de cette influence. De manière générale, l'agrément est un « acte administratif unilatéral reconnaissant la contribution de personnes privées à la réalisation de l'intérêt général et leur conférant à ce titre des avantages ou des privilèges... Son obtention est soumise à des conditions, ce qui permet à l'administration de retirer l'agrément si les exigences requises ne sont plus satisfaites »¹²³⁸. Sceau sans lequel l'accord qui doit le revêtir ne peut produire d'effets juridiques, l'agrément se distingue de l'extension comme le rappelle la Cour de cassation en ce que, d'une part, la seconde « a pour objet d'étendre l'application de [...] l'accord collectif à des entreprises qui n'étaient pas liées conventionnellement » alors que le premier « a pour effet de rendre la convention collective applicable aux parties signataires, et, d'autre part, que ces deux actes sont adoptés par des autorités différentes aux termes de procédures qui leur sont propres »¹²³⁹. Un accord soumis à agrément, mais dépourvu de ce précieux titre, ne peut donc « légalement prendre effet »¹²⁴⁰. Pour illustrer ce propos, seront évoqués les cas des accords de retraite complémentaire (i), d'assurance chômage (ii) et de ceux conclus dans le secteur social et médico-social (iii).

i. Les accords de retraite complémentaire

423. Bien que distinct du mécanisme de l'extension, l'agrément s'en rapproche indéniablement. Son régime juridique est, il est vrai, relativement similaire. Ce lien ne peut être compris qu'au prix d'un détour historique. Initialement, l'agrément a été posé comme une exigence générale au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. En effet, la loi du 23

¹²³⁸ « Agrément », in *Dictionnaire de droit administratif*, A. Van Lang, G. Gondouin, V. Inseguet-Brisset, Dalloz Sirey, 2015, 7^e édition, p.33.

¹²³⁹ Soc. 6 avril 2011, 10-16.203 à 10-16.206, 10-16.210 à 10-16.215 ; 10-16.391 ; 10-16.393 ; 10-16.395 ; 10-16.396 ; 10-16.398 ; 10-16.400. En l'espèce, une convention collective de travail relative au personnel des organismes de sécurité sociale et de leurs établissements était en cause.

¹²⁴⁰ Soc. 23 octobre 2013, 12-22.268.

décembre 1946 imposait que les conventions collectives soient agréées par l'autorité ministérielle compétente. Un système règlementaire de négociation étroitement encadré était alors en vigueur¹²⁴¹. Toutefois, ce texte ne fut appliqué que pendant quatre ans, suffisamment longtemps du moins pour être appliqué à l'ANI du 14 mars 1947 sur la retraite complémentaire des cadres. Souhaitant que celui-ci bénéficie au plus grand nombre, les pouvoirs publics décidèrent de lui conférer un champ d'application très large. Or, pour ce faire, l'outil le plus adapté était sans conteste l'extension. Plusieurs éléments laissaient toutefois à penser que le ministre du travail ne pouvait opérer une telle extension, notamment sa conclusion au niveau national interprofessionnel non légalement reconnu à l'époque. Conscient du problème, le législateur refusa de courir le risque que soit contestée ultérieurement la validité de l'accord. C'est pourquoi l'article 22 de la loi du 11 février 1950 prévoyait que les conventions ayant fait l'objet d'un arrêté d'agrément en application de la loi de 1946, devaient être maintenues en vigueur et considérées comme ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension. Le texte fit toutefois l'objet d'avenants qui devaient à leur tour être étendus, mais selon le régime cette fois-ci, de la loi du 11 février 1950¹²⁴². Des arrêtés d'extension furent pris en ce sens. L'un d'entre eux fut toutefois annulé par le Conseil d'État dans un arrêt du 2 janvier 1959¹²⁴³. À l'appui de cette décision, il fut avancé que seules les conventions conclues dans une branche d'activité pouvaient être étendues. Or, l'avenant en cause concernait les VRP, catégorie professionnelle commune à l'ensemble des branches d'activités industrielles et commerciales. Face à ce revers, le gouvernement réagit promptement pour donner un support légal à ces accords. Une ordonnance du 4 février 1959 subordonna les accords collectifs ayant trait exclusivement à la retraite complémentaire des salariés, à une procédure particulière, qualifiée maladroitement d'agrément¹²⁴⁴. En effet, ce prétendu agrément n'avait pour effet que de rendre les stipulations de l'accord obligatoires pour tous les employeurs compris dans le champ d'application dudit accord. Ainsi, celui-ci produisait de fait, les effets combinés d'un arrêté

¹²⁴¹ Art. 31 D du titre II du livre Ier du Code du travail. Cf. sur ce point, M.-L. Morin, « Démocratie sociale ou démocratie politique ? La loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives », in *Deux siècles de droit du travail, L'histoire par les lois*, ss. la dir. de J.-P. le Crom, Les éd. de l'atelier, 1998, p.180.

¹²⁴² Afin de s'imposer au-delà des employeurs adhérents du CNPF, seule confédération patronale signataire,

¹²⁴³ CE, 2 janvier 1959, *Droit social*, 1960, p.50. Voir sur cet arrêt dans le même numéro, les observations de P. Durand, « Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale », pp. 47 et s.

¹²⁴⁴ Ordonnance n°59-238 du 4 février 1959 relative aux régimes complémentaires de retraite.

d'extension et d'élargissement¹²⁴⁵. Sans surprise, la loi du 10 juillet 1989 a modifié cette terminologie. L'article L. 921-4 du Code de la Sécurité sociale prévoit désormais que les régimes de retraite complémentaires des salariés sont institués par des ANI étendus et élargis. Certains auteurs ont cru pouvoir en déduire, que non seulement « les accords interprofessionnels ont, en cette matière, une vocation générale, mais que celle-ci est obligatoire, l'extension et l'élargissement de ces accords devant nécessairement atteindre l'ensemble des entreprises qui sont visées par l'article L. 921-1 du Code de la Sécurité sociale »¹²⁴⁶. En somme, le couple extension-élargissement prévu par l'article L.921-4 serait pareil à un agrément, « spécialement celui en vigueur dans l'assurance chômage »¹²⁴⁷.

424. Si l'affiliation des salariés à un régime de retraite complémentaire est obligatoire depuis 1972¹²⁴⁸, il n'est toutefois pas dit que la validité des accords soit suspendue à leur extension et leur élargissement. Un auteur soutient le contraire, relevant que « seul un accord élargi peut aujourd'hui fonctionner en répartition », car l'objectif de solidarité ne pourrait être rempli si toutes les entreprises de tous les secteurs n'y étaient pas soumises¹²⁴⁹. L'économie de cet argument relève du bon sens. Toutefois, elle ne suffit pas à ériger l'extension et de l'élargissement en condition juridique de validité de l'accord. Reste qu'il appartient aux ministres compétents d'assurer la généralisation de ces régimes de retraite¹²⁵⁰. Ils disposent à ce titre d'un pouvoir d'appréciation leur permettant, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, de refuser l'extension qui leur est demandée pour des motifs d'intérêt général¹²⁵¹. Ce refus n'atteint en rien la validité de l'accord. Un rapporteur public a estimé en ce sens que « l'arrêté qui est prévu aux articles L. 911-3 et L. 911-4 n'a pas d'autre objet que de permettre son [l'accord] extension et son élargissement

¹²⁴⁵ Voir notamment sur la similarité des effets produits par ce type d'agrément et par un arrêté d'extension et d'élargissement, Soc. 2 juillet 1970, 69-12.407, *D.* 1971, Somm. 19 et Soc. 6 octobre 1971, *D.* 1972, Somm. 43.

¹²⁴⁶ Ph. Langlois, « Qu'est-ce que l'interprofession ? », *Droit social*, 2005, p. 640.

¹²⁴⁷ J.-J. Barthélemy, « Réflexion prospective sur l'extension des accords de protection sociale », *Droit social*, 2010, p. 182.

¹²⁴⁸ Art. 1^{er} de la loi n° 72-1223 du 29 décembre 1972.

¹²⁴⁹ J.-J. Barthélemy, « La nature juridique des accords de retraite complémentaire », *Droit social*, 2003, p. 513.

¹²⁵⁰ Conformément à l'article 2 de cette loi, c'est au ministre chargé de la Sécurité sociale qu'il revient d'assurer cette généralisation par le biais d'arrêtés d'extension. Ainsi, l'accord du 8 décembre 1961 a été étendu à des secteurs non compris dans son champ d'application par les arrêtés des 15 mars, 11 juin et 25 juin 1973.

¹²⁵¹ CE, 17 avril 2013, *CFE-CGC et autres*. Transposant au passage une solution qu'il avait déjà retenu à propos d'un accord collectif de travail (CE, 21 novembre 2008, 300135).

et ne conditionne en rien son entrée en vigueur »¹²⁵². En effet, dès lors que celui-ci remplit les conditions de validité posées par le droit commun des accords collectifs de travail¹²⁵³, le refus du ministre a pour unique conséquence de rendre les dispositions litigieuses inopposables aux entreprises qui n'adhèrent pas à une organisation patronale signataire¹²⁵⁴.

425. Ainsi, il apparaît que d'agrément, il n'est point question en matière de régimes de retraite complémentaire. Ces derniers s'inscrivent dans le cadre d'accords collectifs « soumis, pour l'essentiel, aux règles de droit commun de la négociation collective et, si la puissance publique est appelée à intervenir, c'est uniquement pour étendre ou élargir le champ d'application de conventions et accords initialement exécutoires dans le champ d'application découlant de la qualité des organisations signataires »¹²⁵⁵. Admettre le contraire reviendrait à placer les régimes de retraite complémentaire sous tutelle des pouvoirs publics, ce qui pourrait alors être perçu comme la manifestation d'une défiance à l'encontre des interlocuteurs sociaux qui sont pourtant les fondateurs de ces régimes. Il n'en demeure pas moins que de par leur objet et l'impérieuse nécessité pour ces accords d'être étendus et élargis, l'instauration d'un mécanisme d'agrément, semblable à celui des accords d'assurance chômage, ne serait pas étonnante¹²⁵⁶.

¹²⁵² M. Vialettes, « De quelques questions posées par l'accord du 18 mars 2011 et par les avenants des 5 et 8 juin 2011 relatifs aux régimes de retraite complémentaire AGIRC et ARRCO », *Droit social*, 2013, p. 542.

¹²⁵³ Qui est applicable en vertu de l'article L. 911-3 du Code de la Sécurité sociale. Le Conseil d'Etat estime très clairement que du fait de ce renvoi, les dispositions relatives à l'extension et l'élargissement d'un accord collectif de travail sont applicables en matière de retraite complémentaire, CE, 1re et 6e sous sections réunies, 17 avril 2013, *CFE-CGC et autres*.

¹²⁵⁴ En ce sens, un auteur faisait valoir à titre d'exemple que par le passé certains accords avaient pu augmenter le taux d'appel des cotisations. Or, en cas de refus de la part du ministre compétent d'étendre et d'élargir ledit accord, les entreprises concernées par cette double procédure étaient de fait dispensées d'appliquer cette majoration. Si une telle configuration se présente, le risque est certain. En effet, c'est l'équilibre financier du régime qui est alors menacé car le mode d'acquisition des droits à retraite demeurent inchangé alors que les rentrées de cotisations, elles, diminuent. Selon l'auteur, le refus d'extension et d'élargissement aura dès lors « souvent pour effet de sanctionner les assurés ou d'alourdir les charges qui pèsent sur les régimes », P. Laigre, « La révision des accords collectifs de retraite », *Droit social*, 1996, p. 1077.

¹²⁵⁵ X. Prétot, note sous CE, 13 novembre 2002, *Syndicat national du personnel navigant commercial, Union syndicale du personnel navigant technique et a.*, *TPS*, février 2003, n°82, p. 29.

¹²⁵⁶ Un arrêt du Conseil d'Etat mérite à cet égard notre attention (CE, 13 novembre 2002, *TPS*, février 2003, obs. X. Prétot). L'annulation de l'arrêté d'agrément d'un avenant à l'accord UNEDIC était sollicitée au motif qu'il met à la charge de chômeurs des cotisations de retraite complémentaire. Pour justifier leur prétention, les demandeurs invoquaient la différence de nature juridique et d'objet des accords de chômage et de retraite complémentaire, sans succès. Pour critiquer le refus d'annulation, l'annotateur rappelle, non sans raison, qu'un accord sur le chômage est soumis à agrément tandis que l'accord de retraite complémentaire est soumis à extension et à élargissement. Il n'en demeure pas moins que seul un accord élargi peut aujourd'hui fonctionner en répartition. L'arrêté ministériel semble ainsi, constituer une condition suspensive d'application de cet accord.

ii. Les accords d'assurance chômage

426. De manière concomitante à la création des régimes de retraite complémentaires fut créé le régime d'assurance chômage par accord du 31 décembre 1958¹²⁵⁷. L'influence de la convention du 14 mars 1947 sur sa construction juridique est très clairement perceptible¹²⁵⁸. Tirant les leçons de la jurisprudence du Conseil d'État en la matière, l'ordonnance du 7 janvier 1959 soumettait les accords d'assurance chômage à une procédure dite d'agrément¹²⁵⁹. Là encore, cette procédure n'avait de l'agrément, que le nom et s'apparentait en réalité à une simple procédure d'extension de l'accord à tel point que certains auteurs n'hésitaient pas à y voir des accords similaires aux accords collectifs de travail¹²⁶⁰. Néanmoins, ils ont irrémédiablement acquis une certaine autonomie. Cette évolution était devenue nécessaire au regard de l'objet assigné par les pouvoirs publics à ces accords. Par touches successives, l'État a accru son emprise sur l'activité conventionnelle. L'ordonnance du 21 mars 1984 constitue sans doute le point d'orgue de cette transformation. Depuis, les interlocuteurs sociaux ont pour tâche de fixer « les mesures d'application »¹²⁶¹ des principes essentiels du régime d'assurance chômage édictés par le législateur¹²⁶². Cette relégation des interlocuteurs sociaux ne peut se comprendre qu'au vu de la situation financière du régime devenue inquiétante, à mesure que le chômage augmentait. Les proportions prises par ce dernier dans les années 80 incitèrent les pouvoirs publics à prendre part par différents biais à l'organisation de l'assurance chômage. L'arrêt du Conseil d'État du 5 octobre 2015 est riche d'enseignement sur l'emprise du ministre du

¹²⁵⁷ B. Oudin, « La convention du 31 décembre 1958 relative à la création de l'assurance chômage », *Droit social*, 1959, p. 370. Il fut pensé comme un régime complémentaire au régime d'assistance au chômeur mis en place par le décret n° 51-319 du 12 mars 1951.

¹²⁵⁸ En ce sens, J.-P. Domergue, « L'assurance chômage : un régime façonné par les partenaires sociaux », in *Mélanges en l'honneur de J. Pélissier*, Dalloz, 2004. V. également, M. Poultais, « La convention collective de sécurité sociale », *Droit social*, 1968, p. 498.

¹²⁵⁹ Art. 3 de l'ordonnance du 7 janvier 1959 n°59-129 s'agissant des accords ayant pour objet exclusif le versement d'allocations spéciales aux travailleurs sans emploi et, éventuellement, aux travailleurs partiellement privés d'emploi. Article 1^{er} de l'ordonnance du 7 janvier 1959 n°59-129 s'agissant des accords conclus à l'effet de servir des allocations aux travailleurs sans emploi.

¹²⁶⁰ V. notamment, G. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 1982, n° 675 et s., M. Despax, *op. cit.*, n°70. A vrai dire, la loi du 13 juillet 1971 confortait cette analyse puisqu'elle intégrait dans la liste des thématiques pouvant faire l'objet de tels accords, « les garanties sociales ». Cf. *supra*, section 1.

¹²⁶¹ Art. L. 5422-9 du Code du travail.

¹²⁶² L'exigence est posée par l'article L. 5422-20 du Code du travail et précisée par l'article R. 5422-16 qui prévoit que l'agrément est délivré par le ministre chargé de l'emploi, après avis du Conseil national de l'emploi.

travail vis-à-vis de l'assurance chômage¹²⁶³. Le Conseil censure l'agrément de la convention d'assurance chômage du 14 mai 2014 sur trois fondements distincts¹²⁶⁴. Tout d'abord, le système de différé d'indemnisation pouvait aboutir « à ce que certains salariés victimes d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse puissent être privés de l'intégralité des sommes destinées à assurer la réparation du préjudice qui en résulte », méconnaissant le droit à réparation de ces salariés¹²⁶⁵. Ensuite, les dispositifs de « répétition des sommes indument versées » et des « incidences du défaut de déclaration des activités » méconnaissent respectivement les compétences du législateur et du pouvoir réglementaires en la matière. Les interlocuteurs sociaux ne pouvaient se saisir de ces questions. En somme, au travers son pouvoir d'agrément le ministre se doit être le gardien (sous contrôle du juge administratif) non seulement au droit (opposable) des salariés, mais également des compétences respectives des interlocuteurs sociaux et des pouvoirs législatifs et réglementaires. Les premiers ne pouvant ni s'arroger les compétences ni se substituer aux seconds.

L'agrément est l'une des manifestations de la tutelle exercée par les autorités administratives sur l'activité des interlocuteurs sociaux. Des considérations économiques similaires expliquent l'existence d'une procédure d'agrément dans les entreprises relevant du secteur sanitaire et social.

iii. Les accords conclus dans le secteur social et médico-social

427. S'agissant des accords collectifs conclus dans le secteur social et médico-social visés par l'article L. 314-6 du Code de l'action sociale et des familles, ceux-ci ont longtemps été soumis à la loi du 11 février 1950¹²⁶⁶. Ce n'est que bien plus tard, que les pouvoirs publics ont jugé nécessaire de soumettre ces accords à une procédure spécifique d'agrément. Mais

¹²⁶³ CE, 5 octobre 2015, 383956, 383957, 383958.

¹²⁶⁴ Le Conseil a néanmoins modulé les effets de sa censure dans le temps maintenant la convention et les droits afférents des chômeurs jusqu'au 1^{er} mars 2016 (cons.24).

¹²⁶⁵ Cons. 13. On peut s'interroger, avec J. Dirringer, « sur les finalités que poursuit aujourd'hui les interlocuteurs sociaux chargés de la gestion de l'assurance chômage et à se demander jusqu'où la recherche de l'équilibre financier et budgétaire peut justifier de porter atteinte aux intérêts des usagers du service public de l'emploi », « Le droit négocié de l'assurance chômage a du plomb dans l'aile » laticonscollectivesdetravail.blogspot.fr/2015/10/le-droit-negocie-de-lassurance-chomage.html

¹²⁶⁶ Ces accords ne sont d'ailleurs pas soumis à la procédure d'agrément administratif introduite en 1975. Tel est le cas notamment de la convention du 31 octobre 1951 signée par la FEHAP. V. en ce sens, Soc. 16 avril 1986, *Bull. civ. V*, n°135.

cette procédure interroge de plus en plus aujourd'hui, au point que certains auteurs n'hésitent pas à la remettre en cause¹²⁶⁷. Certaines réformes tendent d'ailleurs à en restreindre le champ. Il en va ainsi de l'ordonnance du 1^{er} septembre 2005 qui y soustrait les accords d'entreprise ou d'établissement conclus par les établissements de santé¹²⁶⁸.

Dans un premier temps, le parti a été pris de soumettre à l'agrément uniquement les accords ayant vocation à s'appliquer aux organismes privés non lucratifs dont les dépenses de fonctionnement sont encadrées par la réglementation et sont supportées par l'Etat, les collectivités locales ou bien encore les organismes de Sécurité sociale. La pertinence d'une dissociation des secteurs privés lucratif et non lucratif est discutée depuis quelques années déjà. Le régime juridique distinct des accords conclus dans chacun de ces secteurs a entraîné la création de branches distinctes difficile à justifier¹²⁶⁹. À l'évidence, seul leur mode de financement différent permet de maintenir pareille dissociation. Néanmoins, cela n'explique pas pourquoi les accords conclus dans le secteur sanitaire ne sont plus soumis, eux, à une condition d'agrément depuis l'entrée en vigueur de la loi du 21 décembre 2006¹²⁷⁰. En effet, on y trouvait comme dans le secteur social et médico-social, des entreprises financées par des fonds publics¹²⁷¹.

Sur un autre plan, des interrogations persistent sur l'identité des normes devant être soumises à agrément. Sur ce point, la jurisprudence de la Cour de cassation a instillé le doute en restreignant audacieusement le champ de l'agrément au prix d'une lecture très libre de l'article L. 341-6. En effet, elle a jugé « qu'un accord collectif à caractère salarial ne peut légalement prendre effet qu'après accord ministériel, dans les établissements privés gérant un service social ou sanitaire à but non lucratif et dont les dépenses de fonctionnement sont

¹²⁶⁷ V. notamment, P. Gaudier, « Quel avenir pour le régime de l'agrément des accords collectifs et conventions collectives de travail dans le secteur social et médico-social ? », *RDSS*, 2012, p. 911.

¹²⁶⁸ Ordonnance n°2005-1112 du 1^{er} septembre 2005.

¹²⁶⁹ Pareille différenciation semble à certains égards, absurde. Que l'activité soit exercée à des fins lucratives ou non ne devrait justifier une dissociation en termes de branche professionnelle. La pertinence de cette distinction est également discutée sur le terrain de l'égalité de traitement. S'il n'a pas été jugé nécessaire d'inclure le secteur lucratif dans le champ de l'agrément, c'est peut-être parce qu'en 1975, les entreprises qui en relevaient étaient relativement peu nombreuses. Or, tel n'est plus le cas. Comment justifier dès lors, dans un environnement concurrentiel, que les contraintes auxquelles sont soumises les entreprises du secteur non lucratif soient plus nombreuses que celles du secteur lucratif ? V. en ce sens, J. Savatier, « L'application du droit du travail dans les établissements hospitaliers privés », *RDSS*, 1990, p. 476.

¹²⁷⁰ C'est-à-dire depuis le 1^{er} janvier 2008, loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006.

¹²⁷¹ Il a toutefois été argué que la tarification à l'activité ayant cours dans ce secteur rendait sans intérêt le mécanisme de l'agrément. De plus, les établissements de ce secteur ne peuvent plus compter désormais, sur l'octroi de fonds publics et doivent financer la mise en œuvre des accords collectifs en recourant à des fonds propres.

supportées directement ou indirectement par une personne morale de droit public ou un organisme de sécurité sociale »¹²⁷². Cette formulation ne laisse pas d'interroger. Une interprétation *a contrario* suggère que les accords n'ayant pas un caractère salarial ne devraient pas être soumis à la procédure d'agrément¹²⁷³. Il faudrait ainsi scinder les accords en fonction de leur objet salarial ou non. Si l'incertitude demeure quant au sens à donner à cette jurisprudence, il faut peut-être y voir une invitation à prendre la mesure de l'impact financier de l'accord. En effet, un accord à caractère salarial a nécessairement une incidence sur le budget de l'entreprise. Or, la raison d'être de la procédure d'agrément est d'éviter qu'une convention ne vienne point trop grever les finances d'établissements fonctionnant sur la base de fonds publics. Pour autant, la solution retenue par la Cour de cassation reste discutable. Il serait réducteur d'affirmer que seuls les accords à caractère salarial ont un poids financier. De même, une telle solution s'avère redoutable à mettre en œuvre pour une administration et des entreprises contraintes de trier les accords.

Des voix s'élèvent par ailleurs pour souligner l'inopportunité de la procédure lorsque l'accord ne représente aucune menace. Elles proposent d'écarter de la sphère de l'agrément, les accords qui ne comporteraient pas d'effets financiers majeurs. Mais là encore, une telle proposition ne permet pas d'éviter la question délicate du bornage des accords devant être soumis à contrôle. Une certitude demeure toutefois. La procédure d'agrément est aujourd'hui perçue comme une contrainte pour les établissements exerçant dans ce secteur. La négociation collective emprunte néanmoins des voies détournées. Les interlocuteurs sociaux signent, non sans artifice et risque de requalification, des protocoles d'accord qu'ils estiment dispensés d'agrément. De même, les accords présentant une incidence financière très faible ou nulle ne sont sciemment pas transmis à la commission nationale d'agrément¹²⁷⁴. De manière paradoxale, la Haute juridiction a jugé bon d'étendre le mécanisme de l'agrément à toutes les normes relevant du statut collectif. Pensée dans le domaine des accords collectifs, cette exigence trouve ainsi à s'appliquer, non sans quelques

¹²⁷² Soc. 8 juin 2005, *D.*, 2005, p. 1730, 02-46.465.

¹²⁷³ S. Hennion-Moreau, « La subordination de l'application volontaire des engagements collectifs à l'agrément ministériel dans le secteur sanitaire et social : état des lieux et dangers », *RDSS*, 2008, p. 732.

¹²⁷⁴ Cette pratique fait écho à la revendication de certains employeurs « d'un espace de responsabilité propre à la négociation collective au sein de l'entreprise et [...] à une responsabilisation de leur fonction patronale au sein d'un environnement jugé tutélaire des pouvoirs publics », *Evaluation de la procédure d'agrément des conventions et accords collectifs d'entreprise et d'établissement du secteur social et médico-social*, rapport établi par P. Sitruk, n° RM2012-113P, IGAS, septembre 2012, p. 5.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

réerves de la part des observateurs, aussi bien aux usages¹²⁷⁵ qu'aux engagements unilatéraux de l'employeur¹²⁷⁶. Le contrôle exercé dans le cadre de l'agrément semble s'apparenter à celui prévu dans le cadre de l'approbation.

b) De l'agrément à l'approbation

428. Sans équivoque, l'approbation est posée comme une condition de validité des conventions conclues entre les professionnels de santé et l'assurance maladie¹²⁷⁷. Celle-ci est souvent présentée comme un mécanisme similaire à celui de l'agrément. Il y a là une part de vérité indéniable. Toutefois, il s'en distingue sur le plan juridique. En effet, selon qu'il s'agisse d'agrément ou d'approbation, le pouvoir d'appréciation du ministre compétent est fondamentalement différent. En effet, l'article L. 162-15 du Code de la Sécurité sociale prévoit que ces accords sont réputés approuvés si les ministres n'ont pas fait connaître aux signataires, dans un délai prédéfini, qu'ils s'opposent à leur approbation du fait de leur non-conformité aux lois et règlements en vigueur ou pour des motifs de santé publique ou de sécurité sanitaire ou lorsqu'il est porté atteinte au principe d'un égal accès aux soins. L'opposition ainsi décrite ne peut être fondée que sur la base d'une liste exhaustive de motifs bien définis. Les motifs de refus d'agrément sont en revanche beaucoup plus lâches

¹²⁷⁵ La Cour de cassation a estimé dans un arrêt du 7 mai 2008 que « la décision de l'employeur d'appliquer volontairement une norme conventionnelle non obligatoire doit être soumise aux mêmes conditions » de validité qu'un accord collectif (Soc. 7 mai 2008, n° de pourvoi : 07-40.550). Toutefois, un arrêt du 14 novembre 2007 a semé le doute en posant que « la soumission du budget d'une entreprise à l'agrément d'une autorité publique de tutelle n'est pas exclusive d'un usage d'entreprise dès lors que cette autorité de tutelle l'a ratifié » (Soc. 14 nov. 2007, Bull. civ. V, n° 190, D. 2007). Une telle décision sous entendait qu'un usage non agréé pouvait être ratifié a *posteriori* dès lors que l'autorité de tutelle en avait assumé la charge par le passé. Des auteurs ont pu douter ainsi que « l'agrément des usages et engagements unilatéraux de l'employeur soit le même que celui prévu [...] pour les conventions collectives » (D. 2009, p. 191, CERCRIID). Cependant, la Cour de cassation a, dans un arrêt du 9 novembre 2011, réaffirmé sa position initiale (Soc. 9 novembre 2011, *Droit social*, 2012, p. 170, note S. Tournaux).

¹²⁷⁶ La Cour de cassation ne visait dans un premier temps que l'« engagement unilatéral à caractère collectif » (Soc. 8 juin 2005, *D.*, 2005, p. 1730, n° de pourvoi : 02-46.465). Cette précision, abandonnée depuis, sur le caractère collectif de la norme laissait quelque peu perplexe. Un engagement unilatéral de l'employeur, bien qu'il puisse s'appliquer à un salarié pris individuellement, a nécessairement une portée collective dès lors que tout salarié remplissant les conditions posées par celui-ci peut demander à en bénéficier.

¹²⁷⁷ Plus précisément, l'article L. 162-15 du Code de la sécurité sociale prévoit que les accords collectifs conclus avec les médecins libéraux, les chirurgiens-dentistes, les sages-femmes, les auxiliaires médicaux et les directeurs de laboratoires, les accords de bon usage des soins, les accords-cadres et les accords conventionnels interprofessionnels doivent être approuvés par les ministres chargés de la santé et de la Sécurité sociale. Une procédure d'approbation en tout point similaire est également prévue concernant les accords conclus avec les pharmaciens titulaires d'officine, les centres de santé, les établissements thermaux et les entreprises de transports sanitaires (Art. L. 162-16-1, L. 162-32-2, L. 162-41 et L.322-5-4 du Code de la Sécurité sociale).

s'agissant des conventions d'assurance chômage. Selon le Conseil d'État, le ministre doit prioritairement s'assurer qu'elles ne comportent aucune stipulation incompatible avec les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur¹²⁷⁸. Ce contrôle de légalité est somme toute assez commun. De manière radicalement plus originale, la haute juridiction administrative considère que dans un second temps, le ministre est libre de refuser l'agrément pour des motifs d'intérêt général tirés notamment de la nécessité de garantir l'équilibre financier du régime ou de la protection des droits des travailleurs privés d'emploi, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir¹²⁷⁹. S'agissant de l'approbation des conventions conclues avec les professionnels de santé, le Conseil d'État se montre beaucoup plus exigeant. En effet, il estime que des motifs d'opportunité ne sont pas au nombre de ceux qui peuvent, sur le fondement de l'article L.162-15 du Code de la sécurité sociale, justifier légalement un refus d'approbation. Le refus opposé par le ministre d'approuver la convention nationale des infirmiers du 17 octobre 2000 fondé « sur les critiques émises par une partie de la profession infirmière à l'égard du dispositif conventionnel et sur la nécessité d'obtenir, avant la mise en œuvre du plan de soins infirmiers, l'approbation la plus large des professionnels appelés à y recourir, ainsi que la compréhension des patients » a ainsi été annulé¹²⁸⁰.

429. Le contrôle exercé par le ministre, et en creux sa marge d'appréciation, dans le cadre de l'agrément est donc plus conséquent que dans celui de l'approbation. Pourtant, cette dernière « n'a pas simplement pour effet de rendre exécutoire la convention ; elle traduit l'intervention des pouvoirs publics dans l'aménagement des rapports entre l'assurance-maladie et les praticiens et auxiliaires médicaux, une intervention qui relève moins de la tutelle administrative et financière que de l'exercice du pouvoir réglementaire »¹²⁸¹. Il y a là de quoi s'étonner tant, d'un point de vue terminologique, l'approbation semble exprimer un contrôle plus conséquent. En effet, elle suppose un jugement de valeur tandis que l'agrément évoque plus volontiers une reconnaissance. Paul Durand affirmait à ce titre, à propos des conventions de Sécurité sociale, que « si l'agrément emporte manifestement

¹²⁷⁸ Conformément à l'article L. 5422-22 du Code du travail.

¹²⁷⁹ CE, 11 juillet 2001, Syndicat Sud travail, *Droit social*, 2001, p. 842, concl. S. Boissard. Voir également l'arrêt du Conseil du 5 octobre 2015 précité.

¹²⁸⁰ CE, 5 juin 2002, 230114.

¹²⁸¹ X. Prétot, *art. précit.*, p.845.

extension de la convention collective, il n'implique cependant pas une approbation de l'accord par le ministre »¹²⁸². Pour justifier pareille distorsion, l'auteur faisait notamment valoir que les régimes de retraite complémentaires et d'assurance chômage sont des libres créations « des milieux professionnels sans aucune tutelle de l'autorité publique »¹²⁸³. À l'évidence en matière de santé, tel n'est plus le cas et l'agrément implique un contrôle plus étendu que celui de l'approbation. L'homologation semble pour sa part, impliquer un contrôle encore plus restreint/strict.

c) De l'approbation à l'homologation

430. Dans son rapport sur la fonction publique, M. Jacques Fournier estimait en 2002 que le temps était venu « de ménager à la négociation et à la convention, dans notre droit de la fonction publique, la place qui leur revient logiquement ». Dans cette perspective, il proposait que soit définie « une procédure nouvelle d'homologation des accords conclus dans la fonction publique, qui serait mise à la disposition des négociateurs et qui conférerait une valeur réglementaire aux stipulations de ces accords »¹²⁸⁴. Le rapport indiquait que l'autorité administrative ne devait pas être liée par la conclusion de l'accord et devait pouvoir contrôler les conséquences financières de l'accord¹²⁸⁵. En cela, l'homologation rappelle en bien des points les mécanismes de l'approbation et de l'agrément. En droit public, elle est d'ailleurs définie comme « l'approbation donnée par l'autorité administrative à certains actes pour permettre leur mise à exécution »¹²⁸⁶. Mais la loi du 5 juillet 2010 n'a finalement pas retenu cette modalité dans le domaine des accords collectifs de la fonction publique. Pourtant, ces accords ont indéniablement trait à l'organisation de services publics. Le même discours peut être tenu s'agissant de certaines entreprises publiques dans

¹²⁸² P. Durand, *art. précit.*, p. 46.

¹²⁸³ *Loc. cit.*

¹²⁸⁴ J. Fournier, *rapport précit.*, p. 5. F. Melleray doute de la pertinence d'un tel procédé appliqué au droit de la fonction publique. Il fait valoir en effet que l'autorité administrative conserve le pouvoir de refuser l'homologation. *In fine*, une telle situation est assez similaire à celle que l'on connaît aujourd'hui puisqu'il revient aux pouvoirs publics de décider de la retranscription de l'accord dans une norme, *Droit de la fonction publique*, Economica, 3^{ème} éd., 2013, p.228.

¹²⁸⁵ J. Fournier, *rapport précit.*, pp. 88 et s.

¹²⁸⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10^{ème} éd., 2014, V° « Homologation ».

lesquelles les accords conclus ne font l'objet d'aucun contrôle administratif. Toutefois, lorsqu'il trouve à s'appliquer, le statut permet d'encadrer les textes négociés¹²⁸⁷.

431. Dans le domaine du droit privé, l'homologation désigne un mécanisme sensiblement différent. Celle-ci est le fait du juge qui exerce dans ce cadre, « un contrôle de légalité et souvent un contrôle d'opportunité »¹²⁸⁸ en vue de conférer à l'acte homologué la force exécutoire d'une décision de justice. Pareille procédure est particulièrement à l'œuvre en droit des entreprises en difficultés. Les accords de conciliation conclus entre le débiteur et ses créanciers peuvent ainsi être homologués¹²⁸⁹. Dans le domaine des accords collectifs, les accords interprofessionnels agricoles peuvent être homologués par le ministre de l'agriculture conformément à l'article L. 631-9 du Code rural. Aucune indication n'est toutefois donnée quant aux conditions de celles-ci et à sa portée. L'article L. 631-10 prévoit néanmoins que seul un accord homologué peut être étendu.

Relevons également que depuis la loi de sécurisation de l'emploi, les mesures du PSE doivent parfois être précisées dans un document élaboré par l'employeur à l'issue de la dernière réunion du comité d'entreprise. Celles-ci n'ont vocation à entrer en vigueur qu'après homologation par la DIRECCTE. Il s'agit donc d'une homologation au sens du droit public. En revanche, lorsque les mesures du PSE font l'objet d'un accord collectif, celui-ci n'est pas soumis à homologation, mais simplement à validation par la DIRECCTE. Or, il apparaît que le contrôle exercé est beaucoup plus léger dans le cadre d'une validation¹²⁹⁰ que dans celui d'une homologation¹²⁹¹. Simplement, ce dispositif oblige le représentant de l'État « à prendre parti » et à devenir « une fois le PSE homologué et/ou validé, [...] l'allié

¹²⁸⁷ Dans les entreprises publiques à statut, les accords collectifs peuvent compléter les textes réglementaires, cf. L. 2233-2 du Code du travail. Voir également, Y. Saint-Jours, *Manuel de droit du travail dans le secteur public*, 2^e éd. LGDJ, 1986, p.433.

¹²⁸⁸ *Loc. cit.*

¹²⁸⁹ Un parallèle peut à ce titre, être établi entre ce type d'accord et les accords collectifs. Il pourrait en être de même s'agissant des projets de plans de sauvegarde conclus avec les comités de créanciers avant d'être arrêtés par voie judiciaire. Même s'il est difficile d'y voir, à proprement parler, des accords collectifs, il est intéressant de relever que ces accords sont susceptibles d'avoir des effets au-delà des parties signataires, qu'ils s'agissent de créanciers non signataires ou non membres des comités de créanciers. Lors de l'homologation d'un accord de conciliation, le juge est d'ailleurs tenu de s'assurer que sont bien préservés les intérêts des créanciers non signataires conformément à l'article L. 611-8 du Code de commerce. Ces accords, par certains traits, font écho au parallèle qu'avait pu dresser André Rouast entre ce qui était qualifié alors de contrat collectif et le concordat.

¹²⁹⁰ Art. L. 1233-57-2 du Code du travail.

¹²⁹¹ Art. L. 1233-57-3 du Code du travail.

objectif de l'employeur »¹²⁹². Le contrôle exercé par lui interroge et « on ne peut pas vraiment être étonné que des requérants aient critiqué le manque de neutralité de l'autorité administrative »¹²⁹³. Pourtant, les DIRECCTE sont censées participer au service public de l'emploi régional en contrôlant notamment l'application des règles en droit du travail. On pressent alors que la volonté de sécuriser des accords réputés légitimes et d'éviter toute immixtion dans la négociation collective, restreignent quelque peu le contrôle des DIRECCTE.

Le contrôle ainsi exercé sur les accords relevant de l'idéaltype dirigiste, prends des formes variées. L'immixtion des pouvoirs publics se concrétisant par un contrôle en opportunité et/ou de légalité, mais également par une répartition des compétences entre les différents acteurs, bornant ainsi la latitude du négociable. Il s'agit indéniablement de leur caractéristique première, les accords relevant de l'idéaltype statutaire n'étant en aucun cas, soumis à ce genre de procédure sauf en cas d'extension.

Paragraphe 2 La spécificité des accords relevant de l'idéaltype statutaire

432. Dans une logique statutaire, le procédé de l'accord collectif tend à soumettre dans un domaine donné, un ensemble de personnes et d'entités au même corpus de règles, à des fins économiques ou sociales. Cette dualité est particulièrement à l'œuvre s'agissant de l'accord collectif de travail auquel il est traditionnellement reconnu à la fois une fonction sociale consistant à améliorer « la situation des salariés en prévoyant des dispositions plus favorables que les dispositions légales [mais aussi une] fonction économique consist[ant] à soumettre aux mêmes charges les entreprises qui sont assujetties »¹²⁹⁴. Transparaît ici la vocation organisationnelle de l'accord. Selon qu'il est signé par des partenaires économiques ou sociaux, l'accord contribue à l'organisation d'un marché **(A)** ou à celle des rapports interindividuels qui tombent sous sa coupe afin de les rééquilibrer **(B)**.

¹²⁹² J. Dirringer et M. Sweeney, « Les juges administratifs face aux PSE : une logique de repli ? », *Droit ouvrier*, 2015, p. 382.

¹²⁹³ *Loc. cit.* Pour un regard différent sur ce contrôle administratif, cf. B. Teyssié qui estime que « même si ce contrôle est supposé ne pas avoir la même acuité que celui exercé sur le PSE unilatéralement arrêté par l'employeur, soumis à homologation administrative, il est loin d'être sûr qu'il en soit ainsi en pratique : la perspective d'avoir à solliciter la validation du plan conventionnellement établi conduit souvent l'entreprise à se rapprocher très tôt de l'administration du travail afin de recueillir son sentiment sur le projet d'accord pour éviter d'être confronté à un refus de validation », « La négociation collective, un espace de liberté ? », in *Mélanges en l'honneur de J.-F. Laborde*, Dalloz, 2015, p. 911.

¹²⁹⁴ G. Vachet, « La fonction organisationnelle de la négociation collective », in *Etudes offertes à J. Péliissier*, Dalloz, 2005, p. 559.

A) Un rôle économique : des accords collectifs de marché

433. Comme leur nom l'indique, les accords collectifs de marché ont vocation à organiser un marché. L'accord collectif de branche en constitue l'archétype eu égard au rôle joué par lui dans l'organisation du marché du travail¹²⁹⁵. Parmi les représentations traditionnellement proposées, le marché est une scène sur laquelle pour un produit ou une prestation, une collectivité d'offreurs rencontre une collectivité de demandeurs. Fort logiquement, le contrat est au cœur de cette rencontre. Toutefois, le contrat de marché présente une caractéristique notable « qui est celle de comporter une dimension collective marquée »¹²⁹⁶ peu compatible avec un droit commun des contrats encore imprégné de l'individualisme ayant présidé à l'édiction du Code civil. L'absence de dispositifs juridiques à même de prendre en compte cette dimension est aujourd'hui perçue comme un « obstacle à l'optimisation du fonctionnement des mécanismes de marché »¹²⁹⁷. À ce titre, l'accord collectif de travail constitue un modèle. La négociation qui précède la signature des accords collectifs de marché est une négociation de type essentiellement tarifaire. Au cœur du marché, la rencontre de l'offre et de la demande doit permettre la fixation d'un prix opposable aux collectivités concernées (1). Cela ne va pas sans poser quelques problèmes au regard du droit de la concurrence (2).

1. Une négociation tarifaire

434. Historiquement, la rémunération des salariés fut l'un des tout premiers objets assignés à la négociation collective en droit du travail¹²⁹⁸. Ce type de négociation tarifaire

¹²⁹⁵ Sous réserve que le travail soit susceptible de faire l'objet d'un « marché ». Néanmoins, il est classique de voir dans l'accord de branche l'outil d'alignement des conditions de travail dans les entreprises qui en relèvent à des fins économiques. Toutefois, il convient de souligner qu'aujourd'hui l'extension joue également ce rôle, « permettant de corriger les effets de la non-appartenance des employeurs à un groupement patronal signataire », S. Nadal, « Les transformations du rôle de la négociation des conventions et accords de branche », *SSL*, suppl., 2004, n°1183.

¹²⁹⁶ C. Lucas de Leyssac, « Du caractère collectif du contrat de marché », *RDC*, 2006, p. 1317.

¹²⁹⁷ *Loc. cit.*

¹²⁹⁸ Il n'y eut guère que la loi du 23 décembre 1946 pour porter un coup à ce type de négociation. Celle-ci prévoyait en effet que jusqu'à une date qui devait être précisée par décret, jamais promulgué, les accords collectifs ne pouvaient contenir de clause relative aux salaires. De la sorte, « le statut social de la branche d'activité [était] vidé de ce qui en [constituait] son intérêt », (M. Despax, *op. cit.*, p. 47). Il revenait aussi au Gouvernement de fixer les éléments essentiels de la rémunération du travail en vertu de l'article 7 de ladite loi.

n'est toutefois pas l'apanage des accords collectifs de travail. Elle se décline et s'adapte selon les domaines. Elle permet, selon les cas, de fixer le montant d'un produit ou d'une prestation. Au-delà, elle autorise également à fixer les modalités de l'échange commercial.

435. En droit rural, l'accord collectif permet parfois de fixer le tarif d'un produit. Au cœur de cette négociation se trouvent les organisations de producteurs (OP). Celles-ci sont constituées à l'instar des organisations syndicales de salariés afin d'accroître le pouvoir de leurs membres face aux distributeurs. Instituées en 1962, elles ont pour mission de concentrer l'offre¹²⁹⁹ et de mettre sur le marché la production de leurs adhérents¹³⁰⁰. Il va sans dire que cette prérogative est essentielle sur un marché caractérisé par la volatilité des prix et la concentration de l'industrie agroalimentaire. À ce titre, l'OP représente « une structure, intermédiaire entre le producteur isolé et ses partenaires commerciaux, qui a les moyens d'agir sur la concentration des volumes et la négociation collective de prix plus rémunérateurs »¹³⁰¹. Toutefois, tout accord négocié par l'OP au profit de ses membres ne constitue pas, à proprement parler, un accord collectif. Cela ressort de l'article D. 551-43 du Code rural qui prévoit deux modalités de commercialisation de la production des exploitants par l'OP. Dans le cadre de la première, les producteurs procèdent au transfert de propriété de leur production au profit de l'OP qui la commercialise et négocie un prix avec l'acquéreur. Dans le cadre de la seconde, l'OP agit en tant que mandataire du producteur pris individuellement qui conserve la propriété de sa production. Or dans ce dernier cas, l'article D. 551-43 précise qu'il ne peut être question d'« un accord collectif sur les prix des produits concernés ». Il faut en déduire, *a contrario*, qu'en cas de transfert de propriété de la production à l'OP, il est alors question d'accord collectif. Cela est somme toute logique, car le lien de représentation qu'implique une véritable négociation collective, ne peut se réduire à un contrat de mandat du type de celui est régi par le Code civil.

Le droit rural fournit un autre exemple d'accord collectif de marché. Les organisations interprofessionnelles (OI) constituent un « lieu privilégié d'élaboration d'accords collectifs devant encadrer les relations, souvent tumultueuses, des producteurs,

¹²⁹⁹ Le règlement CE n° 1182/2007 du Conseil du 26 septembre 2007 établissant des règles spécifiques pour le secteur des fruits et légumes définit l'organisation de producteurs comme celle constituée à l'initiative des producteurs par l'intermédiaire de laquelle ils vendent leur production et qui a pour objet de « concentrer l'offre et mettre sur le marché la production de ses membres.

¹³⁰⁰ Sur la densification de l'offre, cf. J.-J. Barbiéri, « Organiser l'offre », *RDR*, 2006, étude 10.

¹³⁰¹ H. Bosse-Platière, F. Collard, B. Grimonprez, T. Tauran, et B. Traveley, *Droit rural*, Lexis Nexis, 2013, p. 663.

acheteurs et transformateurs »¹³⁰². Elles regroupent en leur sein les organisations professionnelles représentatives de ces différents acteurs. L'article L. 631-4 du Code rural leur donne pour but de développer les débouchés, d'orienter la production afin de l'adapter aux besoins du marché, d'améliorer la qualité des produits, de régulariser les prix ou bien encore de fixer les conditions générales de l'équilibre du marché. Même s'il n'est pas question pour ces accords de fixer un prix de vente applicable dans le champ de l'interprofession, son contenu peut influencer directement sur son montant. L'action des interprofessions ne doit pas être opposée à celle des OP. En réalité, elles sont complémentaires, car dans les deux cas, il est question de commercialisation des produits agricoles. Toutefois, un auteur estime que « la nature juridique du produit de la négociation collective est différente : alors que les OP sont des personnes juridiques qui ont qualité pour conclure des contrats individuels, les organisations interprofessionnelles désignent un lieu de rencontre entre ceux qui ont qualité pour vendre des produits agricoles et ceux qui ont qualité pour les acheter ». L'auteur va plus loin et considère même que seuls les membres de l'interprofession négocient ensemble « des accords collectifs à l'image des conventions collectives du droit du travail, qui trouveront à s'appliquer aux contrats individuels conclus dans [leur] domaine de compétence matériel et géographique »¹³⁰³. Le propos est contestable. En effet, il est suggéré qu'il ne serait question d'accord collectif que dans le cadre d'une OI. Or, l'accord passé par une OP au nom de ses membres lorsqu'il y a bien transfert de la propriété de leur production les engage bien collectivement.

436. Au-delà du droit rural, nombreux sont les accords qui permettent de fixer le montant d'une prestation. L'article L. 214-3 du Code de la propriété intellectuelle dispose ainsi que le barème de rémunération et les modalités de versement de la rémunération des artistes interprètes sont établis par des accords spécifiques à chaque branche d'activité entre représentants de ces artistes, producteurs de phonogrammes et personnes les utilisant¹³⁰⁴. Il s'agit indéniablement d'accords collectifs démontrant en la matière une influence profonde du droit du travail « et notamment de ses sources »¹³⁰⁵. De même, l'article L. 132-25 al. 2 du

¹³⁰² *Ibid.*, p. 678.

¹³⁰³ R. J. Aubin-Brouté, *Le contrat en agriculture*, PU juridiques de Poitiers, LGDJ Lextenso, 2013, p. 229.

¹³⁰⁴ V. par ex., la convention collective des artistes-interprètes engagés par des émissions de télévision mise en œuvre par la CA Paris, 4^{ème} ch. B, 10 mars 2000, JurisData n° 2000-120600.

¹³⁰⁵ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droits d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 2^e éd., Dalloz, 2013, p. 995.

Code de la propriété intellectuelle, introduit par la loi du 1^{er} août 2006, prévoit que peuvent être conclus des accords relatifs à la rémunération des auteurs en matière de production audiovisuelle.

437. L'objet des accords collectifs conclus avec les professionnels de santé est également, pour une bonne part, tarifaire. L'article L. 162-14-1 du Code de la Sécurité sociale prévoit en ce sens que les conventions définissent « les tarifs des honoraires, rémunérations et frais accessoires dus aux professionnels par les assurés sociaux en dehors des cas de dépassements autorisés par la convention pour les médecins et les chirurgiens-dentistes ». À la lecture de cet article, on pourrait croire que la fixation des honoraires relève exclusivement de la négociation collective. La réalité est tout autre. Les règles qui président à la détermination de la valeur d'un acte médical sont complexes. Cette valeur est déterminée au moyen d'un répertoire dans lequel les actes professionnels sont classés et désignés par une lettre clef assortie éventuellement d'un coefficient. La fixation de cette nomenclature est en principe une prérogative appartenant au seul pouvoir réglementaire¹³⁰⁶. Cependant, celle-ci ne fixe pas le tarif des honoraires, mais la valeur technique des actes médicaux. Leur valeur monétaire est fixée par voie conventionnelle. Un auteur faisait remarquer sur ce point à propos des médecins libéraux, que ceux-ci « considèrent comme un élément de leur statut que cette détermination s'opère avec leur accord au moins au niveau collectif sur la base des conventions médicales »¹³⁰⁷. Aujourd'hui, si au nom de la maîtrise des dépenses de santé, rien n'empêche le Gouvernement d'orienter voire d'encadrer cette négociation tarifaire, les partenaires conventionnels continuent à jouer un rôle majeur en la matière¹³⁰⁸.

¹³⁰⁶ Le Conseil d'Etat veille d'ailleurs à ce que les partenaires conventionnels respectent cette compétence. V. notamment, avis du CE, sect. 2 avril 1985, *Droit social*, 1985, p. 516 ; CE, 30 novembre 2005 : « les partenaires conventionnels ne sauraient, sans excéder leur compétence, définir des actes médicaux en application de l'article L. 162-1-7 du Code de la sécurité sociale ».

¹³⁰⁷ L. Dubouis, « La réforme de la médecine libérale : le statut des médecins », *RDSS*, 1996, p. 747.

¹³⁰⁸ Le législateur leur reconnaît même parfois la possibilité de dépasser le cadre contraignant de la nomenclature. L'article L.162-5 8° du Code de la sécurité sociale autorise ainsi les conventions médicales à déterminer « les conditions dans lesquelles les tarifs et les rémunérations peuvent être majorés pour certains médecins conventionnés ou certaines activités en vue de valoriser une pratique médicale correspondant à des critères de qualité qu'elles déterminent ». Le CE exige cependant que ces majorations ne soient pas fixées à un niveau tel que la hiérarchisation de la liste des actes serait remise en cause, CE, 20 décembre 2006, Derhy, 268428.

438. D'autres accords, bien que ne portant pas directement sur le tarif d'un produit ou d'une prestation, y sont étroitement liés. Tel est le cas des accords collectifs conclus en vertu de l'article L. 441-6 du Code de commerce. Ces derniers ont pour objectif de déterminer les délais de paiement applicables en cas de transaction commerciale. Leur instauration répondait à un constat assez simple : les délais de paiement qui ont cours en France sont bien trop élevés. Le législateur a donc voulu empêcher que les délais de règlement dans les relations entre fournisseurs et distributeurs, n'excèdent quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de l'émission de la facture. Toutefois, le législateur craignait que l'imposition immédiate de délais de paiement soit trop brutale pour les opérateurs économiques. Aussi, afin d'atténuer les effets de cette réforme, le législateur a admis que certains secteurs d'activité puissent, en principe à titre transitoire, convenir dans le cadre d'un accord interprofessionnel, de délais dérogatoires plus longs avant de s'aligner le délai légal maximum¹³⁰⁹. De même, dans une autre optique cette fois-ci, les organisations professionnelles d'un secteur, clients et fournisseurs, peuvent décider conjointement de réduire le délai légal maximum de paiement fixé par voie d'accord. Encore faut-il que celui-ci soit conforme au droit de la concurrence.

2. Une négociation restreinte par le droit de la concurrence

439. L'accord de branche constitue depuis ses origines un moyen d'unifier et d'égaliser au sein d'un secteur, les conditions de travail des salariés¹³¹⁰. A. Groussier affirmait à ce titre dans un rapport parlementaire de 1913 sur les conventions collectives, qu'elles seraient propres « à régler, à moraliser la concurrence entre employeurs », cette dernière ne pouvant plus « se faire au détriment du travailleur »¹³¹¹. Il faut donc admettre, qu'en principe, « une convention collective conclue entre les organisations syndicales et les organisations patronales représentatives est une atteinte [justifiée] à la liberté contractuelle de

¹³⁰⁹ Art. 21 III de la loi LME de 2008.

¹³¹⁰ Cette fonction d'encadrement et de restriction de la concurrence entre travailleurs est selon A. Lyon-Caen, « l'une des raisons d'être de la négociation collective de branche, trop souvent oubliée » qui tend *in fine* à instituer entre eux une certaine égalité ; « Les conventions collectives de branche à l'épreuve de l'égalité de traitement entre salariés », *SSL*, 2011, n°1497, p. 8.

¹³¹¹ A. Groussier, *Rapport parlementaire sur les conventions collectives*, 1913, JO, annexes, n°2334.

l'employeur et à la liberté d'entreprendre [...] depuis une loi de 1918 (!) »¹³¹². Il serait faux de croire néanmoins que cette fonction anticoncurrentielle ne s'exerce que dans le seul intérêt des salariés pour qui elle garantit une certaine égalité au sein de la branche. Elle permet également d'unifier ou à tout le moins d'harmoniser les coûts sociaux supportés par les employeurs de la branche concernée. Ainsi dispensées d'avoir à se préoccuper de disparités d'ordre social entre entreprises, celles-ci peuvent alors pleinement se livrer à une concurrence d'ordre économique. Source d'égalité, le procédé de l'accord collectif aspire également à l'être en dehors du droit du travail. Le droit de la concurrence national comme européen n'y est pas insensible. La conformité de certains accords avec les règles qui le composent interroge tout particulièrement. L'autorité de la concurrence¹³¹³ a pu se montrer réservée, notamment s'agissant des accords collectifs de consommation, face à des accords qui risquent selon lui de dégénérer en ententes prohibées¹³¹⁴. Pour illustrer le débat, il peut être fait état des accords de protection sociale complémentaire (a), des accords agricoles (b) ou bien encore des accords relatifs aux délais de paiement (c).

- a) Les accords collectifs de protection sociale complémentaire confrontés au droit de la concurrence

440. Dans un marché parfaitement concurrentiel, les opérateurs économiques sont égaux. Or, c'est sur l'atteinte à cette égalité que la CJCE était invitée à se prononcer dans une affaire mettant aux prises une société à un fonds de pension sectoriel néerlandais¹³¹⁵. En l'espèce, ladite société avait refusé de verser au fonds certaines cotisations au motif que l'affiliation obligatoire à celui-ci serait contraire au droit communautaire. Le droit néerlandais permettait aux interlocuteurs sociaux de requérir auprès du ministre compétent que soit rendue obligatoire cette affiliation. La société faisait valoir à ce titre qu'un tel accord restreignait la concurrence en confiant l'exécution d'un régime à un seul gestionnaire et en excluant les autres assureurs œuvrant sur le marché. Fut ainsi soulevée la question de la

¹³¹² F. Kessler, « L'émergence (trop tardive ?) de la notion de régime de protection sociale complémentaire », *RDSS*, 2015, p. 352.

¹³¹³ Anciennement conseil de la concurrence.

¹³¹⁴ Conseil de la concurrence, avis du 19 juin 2001, *D. Aff.*, 2002, Somm. 2931, obs. Franck.

¹³¹⁵ CJCE, 21 septembre 1999, 3 arrêts, aff. 67/96, Albany ; aff. Jointes 115 à 117/97, Brentjens ; aff. 219/97, Bokken, *RJS*, 2000, n°348 ; *Droit social*, 2000, p. 106, note X. Prétot ; *RDSS*, 2000, p. 212, étude F. Muller ; *RTDE*, 2000, p. 335, chron. J.-B. Blaise.

conformité des clauses de désignation avec le droit européen de la concurrence. Il est certain que, *prima facie*, de tels accords semblent violer le droit de la concurrence en ce qu'ils évincent les concurrents éventuels (compagnie d'assurance collective) du « marché » de la protection sociale complémentaire.

L'égalité recherchée et imposée par voie conventionnelle entre assujettis, en matière de protection sociale complémentaire, implique une gestion unitaire du risque. Pour un groupe donné de salariés, des cotisations sont prélevées afin d'alimenter un fonds en leur faveur. Cette mutualisation permet d'assurer une meilleure couverture pour les assurés, du moins à une majorité d'entre eux, que s'ils avaient eu à épargner individuellement. De même, elle viabilise la gestion économique du risque par l'assureur et fait naître une solidarité entre les salariés ainsi qu'entre les entreprises lorsque le régime est instauré au sein d'une branche¹³¹⁶. La CJCE ne pouvait donc pas se contenter d'appliquer strictement le droit de la concurrence à ces accords. Pour justifier cette mise à l'écart, elle a rappelé que l'action de la Communauté « comporte non seulement un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur, mais également une politique dans le domaine social »¹³¹⁷. En ce sens, il lui revient de promouvoir « un niveau d'emploi et de protection sociale élevé »¹³¹⁸. La CJCE en a déduit « que des accords conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux en vue de tels objectifs doivent être considérés, en raison de leur nature et de leur objet, comme ne relevant pas de l'article 85, paragraphe 1, du traité »¹³¹⁹. Cette solution vaut aussi bien pour les accords collectifs de travail que de protection sociale, car en droit communautaire tous deux sont associés. Elle a été réaffirmée, non sans nuances, dans un arrêt AG2R dans lequel la CJUE a estimé que les autorités publiques pouvaient conférer à un organisme assureur chargé d'une mission d'intérêt économique général, le droit exclusif de gérer ce régime dès lors que cette activité est caractérisée par un « degré élevé de solidarité »¹³²⁰. Ainsi, bien qu'un organisme bénéficie de droits exclusifs au sens de l'article 106 TFUE et occupe de ce fait une position dominante sur un « marché » par l'effet d'une obligation d'affiliation d'origine

¹³¹⁶ Il convient cependant de préciser que l'égalité que poursuit l'accord collectif autorise des différences de traitement justifiées par des considérations objectives.

¹³¹⁷ Aff. 67/96, Albany, point 54.

¹³¹⁸ *Loc. cit.*

¹³¹⁹ *Ibid.*, point 60.

¹³²⁰ CJUE, 3 mars 2011, AG2R Prévoyance, Beaudout Père et fils, C-237/09 ; *RTDE*, 2011, p. 829, obs. J.-B. Blaise ; *AJDA*, 2011, p. 1007, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat.

conventionnelle possiblement relayée par un acte d'extension d'origine étatique, il échappe au droit européen de la concurrence. Mais en va-t-il de même lorsque l'obligation d'affiliation est d'origine légale comme c'est le cas en France, s'agissant des retraites complémentaires obligatoires ? Les institutions qui gèrent ces dernières bénéficient d'un monopole dans la mise en œuvre de ces régimes comme le rappelle la loi Veil¹³²¹. Différents éléments invitent à les penser en dehors du champ du droit de la concurrence. Ceux-ci poursuivent bien un objectif social et leur activité est belle et bien fondée sur un « principe de solidarité nationale et dépourvue de tout but lucratif »¹³²². De même, « les institutions AGIRC et ARRCO [...] reposent sur des conventions collectives et relèvent, selon une opinion couramment admise [...] de la solidarité professionnelle »¹³²³. Ils devraient donc pouvoir échapper à la qualification d'entreprise au sens de l'article 102 TFUE qui prohibe les abus de position dominante¹³²⁴.

441. Apparemment stables, les solutions dégagées par la juridiction européenne subissent aujourd'hui la menace de la décision du Conseil constitutionnel du 11 janvier 2013, du moins dans le domaine de la protection sociale complémentaire¹³²⁵. Pourtant, le raisonnement tenu par la CJUE est plutôt convaincant dans l'affaire Albany. Il appelle néanmoins quelques nuances significatives. L'exfiltration d'un accord collectif du champ du droit de la concurrence n'est admise qu'en raison de sa nature et de son objet. Cette indication ne lassant pas d'interroger, la CJCE a précisé dans un arrêt Pavlov que la mise à l'écart du droit de la concurrence ne saurait admise à l'égard d'un accord « qui [...] vise à garantir un certain niveau de pension à tous les membres d'une profession et, partant, à améliorer l'une des conditions de travail de ces membres, à savoir la rémunération, mais n'a pas été conclu dans

¹³²¹ Art. L. 921-4 al. 2 du Code de la Sécurité sociale.

¹³²² Cette formulation est issue des décisions des arrêts Poucet et Pistre dans la lignée desquels s'inscrivent les arrêts jusqu'ici analysés (CJCE, 17 février 1993, Poucet c/ AGF et Calmurac, aff. C-159/91 et D. Pistre c/Cancava, aff. C-160/91 ; RDSS, note Ph. Chenillet. V. également, CJCE, 5 mars 2009, aff. C-350/07, Kattner Stahlbau GmbH c/ Maschinenbau –und Metall- Berufsgenossenschaft ; RTDE, 2009, p. 473, chron. L. Idot ; Droit social, 2011, p. 1265, comm. J.-P. Lhernould). Toutefois, dans ces arrêts, étaient visés des régimes de base de protection sociale. Néanmoins, l'analyse semble pouvoir être étendue aux régimes obligatoires de retraite complémentaire. V. en ce sens, F. Kessler, « Retraites complémentaires et droit communautaire de la concurrence. Quelques observations à partir de la jurisprudence de la CJCE », RDSS, 1997, p. 902.

¹³²³ F. Kessler, *Ibid.*, p. 903.

¹³²⁴ Cf. sur cette qualification d'entreprise, CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, Höfner c/ Macroton GmbH, AJDA, 1992, p. 253, chron. J.-D. Combexelle, E. Honorat et C. Soulard ; RDSS, 1991, p. 515, obs. X. Prétot ; RTDcom, 1991, p. 512, obs. C. Bolze.

¹³²⁵ Pour les retraites complémentaires obligatoires, voir infra §466.

le cadre de négociation collective entre partenaires sociaux »¹³²⁶. Les faits étaient similaires à ceux de l'arrêt Albany si ce n'est qu'en l'espèce, le fonds de pension avait été mis en place dans le cadre d'une profession libérale. Or, selon la CJCE, la négociation collective serait étrangère aux professions libérales, activité qui serait propre au salariat et nécessiterait l'existence d'un véritable interlocuteur social¹³²⁷. Aussi, l'accord en cause était bel et bien soumis au droit communautaire de la concurrence. Allant plus loin, la CJCE a également souligné qu'aucune disposition n'encourage « les membres de professions libérales à conclure des accords collectifs en vue d'améliorer les conditions d'emploi et de travail et envisageant que, à la demande des membres de ces professions, de tels accords soient rendus obligatoires par les pouvoirs publics pour tous les membres desdites professions »¹³²⁸. Un tel raisonnement constitue assurément une menace pour l'ensemble des accords conclus avec les représentants de travailleurs indépendants, qu'il concerne leur protection sociale complémentaire ou d'autres éléments de la relation de travail. Il faut rappeler que ces travailleurs sont des entreprises au regard du droit de la concurrence¹³²⁹. Il en va de même s'agissant des agriculteurs.

b) Les accords collectifs agricoles confrontés au droit de la concurrence

442. Les accords collectifs agricoles ont vocation à harmoniser les rapports commerciaux qui se nouent entre producteurs, transformateurs et acheteurs. Or, il n'est pas dit qu'en affichant cette prétention, ils soient toujours conformes au droit de la concurrence. Les logiques qui sous-tendent les branches du droit ici envisagées sont difficiles à concilier. Le droit européen de la concurrence tend pour sa part, à ce que tout opérateur économique puisse « déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché

¹³²⁶ CJCE, 12 septembre 2000, Pavel Pavlov, Aff. C-180/98 à C-184/98, point 68.

¹³²⁷ Les deux conditions d'exonération de l'application du droit des ententes aux conventions collectives sont d'une part la nature des organismes signataires, à savoir des partenaires sociaux, et d'autre part l'objectif poursuivi par ces accords, à savoir l'amélioration des conditions de travail des travailleurs, CJCE, Van der Woude c/ Stichting Beatrixoord, 21 septembre 2000, n° C-222/98 ; *RTDE*, 2002, p. 103, chron. L. Idot.

¹³²⁸ Point 69.

¹³²⁹ D'ailleurs, les règles de concurrence s'appliquent également aux décisions d'extension d'une convention collective. En effet, il appartient au ministre du travail de veiller à ce que l'extension d'un accord collectif de travail n'ait pas pour effet de conduire à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché, notamment en limitant l'accès à ce marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; CE, 30 avril 2003, n° 230804, *AJDA*, 2003, p. 1150.

commun, y compris le choix des destinataires de ses offres et de ses ventes »¹³³⁰. La logique des politiques agricoles est tout autre. En effet, celles-ci cherchent, avant tout, à éviter que les agriculteurs « choisissent de manière autonome »¹³³¹ soulignant de la sorte le poids du corporatisme agricole et de la tutelle des autorités publiques. Or, dans un système de concurrence pure et parfaite, l'offre doit être diversifiée et le marché atomisé. Dans cette configuration, les producteurs négocient individuellement le prix de leur production face à une industrie agroalimentaire puissante économiquement et, pour sa part, fortement concentrée. Il en découlerait de l'aveu même de l'Autorité de la concurrence, un rapport de force déséquilibré entre l'amont et l'aval¹³³². Afin d'y remédier, la concentration de l'offre par des structures adaptées est très vite apparue comme une nécessité. À cette fin, le droit français autorise les exploitants à se regrouper au sein d'OP et d'OI afin d'accroître leur pouvoir sur les marchés agricoles¹³³³. Leur rôle consiste essentiellement à densifier l'offre des producteurs et à sécuriser leurs revenus.

Toutefois, l'action de ces structures est mise à mal par l'interdiction des pratiques concertées en droit de la concurrence. La légalité des accords négociés collectivement paraît douteuse au regard du droit communautaire¹³³⁴. Consultée en 2006 par le ministre de l'agriculture sur un projet de décret relatif aux organismes de producteurs dans le secteur des fruits et des légumes, l'Autorité de la concurrence a souhaité que leur action ne dégénère pas en « accord collectif sur les prix »¹³³⁵. Cependant, il n'est pas certain que la prohibition des pratiques anticoncurrentielles et notamment des ententes s'applique pleinement en matière agricole. Il convient de distinguer à ce titre selon que la concentration de l'offre est organisée par le biais d'une OP ou d'une OI.

L'action des OP est clairement fragilisée par la réglementation relative aux ententes. Une exemption est toutefois accordée au profit des OP reconnues et agissant dans le secteur laitier par le règlement n° 1308/2013 sous certaines conditions tenant aux volumes de lait

¹³³⁰ CJCE, 16 décembre 1975, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres contre Commission des Communautés européennes, point 4.

¹³³¹ L. Lorvellec, « L'application du droit de la concurrence au secteur agricole », in *Ecrits de droit rural et agroalimentaire*, Dalloz, 2002, p. 515.

¹³³² V. notamment, avis n° 08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes.

¹³³³ Loi n°62-933 du 8 août 1962.

¹³³⁴ Avis n° 08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes.

¹³³⁵ Décret n°2006-1716 du 22 décembre 2006.

ainsi concentrés¹³³⁶. La fixation de seuils laisse perplexe en ce qu'ils tendent à restreindre la concentration de l'offre alors même qu'il est constaté dans ce secteur une concentration encore plus massive des opérateurs économiques d'aval.

S'agissant des accords conclus par les OI, celles-ci ne peuvent imposer directement un prix de vente aux producteurs comme aux acheteurs¹³³⁷. La Commission européenne condamne les accords interprofessionnels ayant vocation à fixer des prix minimaux avec pour objectif de les rendre obligatoires à l'ensemble des opérateurs économiques intervenant sur les marchés en cause. Ils restreignent selon elle le libre jeu de la concurrence et ne sauraient remédier à une crise dont l'origine se trouve dans un déséquilibre structurel entre l'offre et la demande¹³³⁸. Pour éviter tout risque d'invalidation postérieure, l'alinéa 8 de l'article L. 632-4 prévoit la possibilité pour l'autorité administrative de solliciter l'avis de l'Autorité de la concurrence sur la conformité des contrats types de cession des produits agricoles prévus dans le cadre d'accords en instance d'extension. L'article 210 du règlement 2013 est très clair au sujet d'éventuels accords interprofessionnels comportant la fixation de quotas et de prix. En principe, l'article 101 du TFUE ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques concertées des organisations interprofessionnelles reconnues, agissant dans les secteurs du lait, de l'huile d'olive et des olives de table et du tabac¹³³⁹. Toutefois, c'est à la condition que ces accords ne contiennent pas la fixation de prix ou de quotas. Le sort réservé à l'ancien article L. 632-14 du Code rural est à ce titre intéressant. Celui-ci autorisait l'interprofession laitière (le CNIEL) à élaborer et diffuser des indices de tendance susceptibles d'entrer dans la composition du prix de cession du lait et d'être pris comme

¹³³⁶ Art. 149 (ancien art. 126 quater du règlement n° 1234/2007 abrogé depuis le 1^{er} janvier 2014). Il faut que le volume de lait cru faisant l'objet de ces négociations n'excède pas 3,5 % de la production totale de l'Union, 33% de la production nationale de l'État membre dans lequel est produit le lait cru et 33 % de la production nationale de l'État membre où est livré le lait cru.

¹³³⁷ Les interprofessions ne sauraient se rendre coupables d'abus de position dominante par le biais des accords conclus en leur sein, en violation de l'article L. 420-1 du Code de commerce. V. notamment, Com., 29 novembre 1994, n° de pourvoi : 93-10.275; Com 6 décembre 2005, n° de pourvoi : 04-19.541.

¹³³⁸ S'agissant d'un accord conclu dans le secteur de la viande bovine, décision 2003/600/CE de la Commission européenne du 2 avril 2003 et TPICE, 13 décembre 2006, aff. jointes T-217/03 et T-245/03, point 85.

¹³³⁹ L'article L. 632-5 du Code rural transpose cette exception en droit interne en prévoyant que les accords étendus dans le cadre des OI agricoles ou sylvicoles reconnues, entrent dans le champ des pratiques anticoncurrentielles exemptées par l'article L. 420-4 du Code de commerce. Toutefois, cette exemption n'est possible que si les conditions de l'article L. 420-4 2° sont remplies. L'accord étendu ne bénéficie ainsi que d'une présomption simple de conformité qu'il est aisée de renverser en matière de fixation de prix. En effet, le droit communautaire prime sur le droit interne. Le Conseil d'Etat a jugé à ce titre qu'il résulte clairement des dispositions de l'article 85 du traité de Rome, qu'un accord professionnel fixant un prix minimal, transmis à l'autorité publique pour le faire entériner, en vue de le rendre obligatoire pour l'ensemble des opérateurs intervenant sur un marché déterminé, a, par sa nature même, pour objet de fausser le libre jeu de la concurrence sur ce marché. Il est donc illégal ; CE, 3/5 SSR, 12 juin 1996, n° 115937.

référence dans les contrats conclus entre les opérateurs de la filière¹³⁴⁰. Il s'agissait d'exonérer ces pratiques des articles du Code de commerce relatifs à la prohibition des pratiques anti-concurrentielles, l'économie agricole ne pouvant « être soumise sans dégât aux règles qui régissent le marché libéralisé »¹³⁴¹. Toutefois, des doutes concernant la validité de ces pratiques au regard du droit de la concurrence ont pu être formulés¹³⁴². Ceux-ci ont manifestement eu raison de cette exception, la loi du 13 octobre 2014 y ayant mis un terme¹³⁴³. La volonté des pouvoirs publics de garantir aux intervenants sur les marchés agricoles de pouvoir fixer librement et individuellement leurs propres prix relègue aux oubliettes toute idée de négociation collective tarifaire dans le cadre des OI. Les accords relatifs aux délais de paiement s'accroissent pour leur part, plus aisément du droit de la concurrence.

c) Les accords relatifs aux délais de paiement confrontés au droit de la concurrence

443. En 2008, le législateur a souhaité que les professionnels d'un secteur puissent convenir par voie d'accord interprofessionnel et sous certaines conditions, de délais de paiement plus longs que les plafonds légaux instaurés la même année¹³⁴⁴. Ces accords qui en principe, ne pouvaient être conclus au-delà du 1^{er} mars 2009, devaient être transmis à la DGCCRF chargée de contrôler si les conditions légales étaient satisfaites. Dans l'affirmative, un projet de décret validant l'accord devait alors être transmis pour avis à l'Autorité de la concurrence qui appréciait son éventuel effet anticoncurrentiel. Ce dernier était alors transmis au ministre de l'Économie qui prenait sa décision. L'intervention de l'Autorité de la concurrence se comprend aisément. Les délais de paiement obtenus par les acheteurs,

¹³⁴⁰ L'infraction au droit de la concurrence est commise dès que les OI élaborent et diffusent des barèmes ou indicateurs de prix à l'adresse de leurs adhérents. V. en ce sens, Cons. conc., 5 mai 1992 déc. 92-D-30 relative à des pratiques du Comité interprofessionnel des fromages produits dans le département du Cantal ; V. également CJCE, 30 janvier 1985, aff 123/83 : « l'article 85§1 du traité doit être interprété en ce sens qu'entre dans son champ d'application un accord interprofessionnel de fixation d'un prix minimal d'un produit comme les eaux de vie de Cognac, conclu par deux groupements d'opérateurs économiques » ; RDR, 1985, p. 155, note D. Denis.

¹³⁴¹ D. Perron, « La production laitière et les ententes : confirmation législative de l'exception agricole aux règles de la concurrence », *RDR*, 2009, n° 370, étude 2.

¹³⁴² Avis 09-1-48 D du 2 octobre 2009 relatif au fonctionnement du secteur laitier.

¹³⁴³ Art. 17 de la loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt.

¹³⁴⁴ Le dépassement du délai légal devait être motivé par des raisons objectives et spécifiques au secteur, l'accord devait prévoir la réduction progressive des délais dérogatoires en vue de leur alignement sur le délai légal, enfin leur durée ne pouvait dépasser le 1^{er} janvier 2012.

spécialement dans la grande distribution, constituaient bien souvent « un volant de trésorerie qu'ils pouvaient placer fructueusement, au détriment des petits fournisseurs »¹³⁴⁵. En cela, ces délais constituent indéniablement un avantage financier au profit de l'entreprise qui ne paye pas, mais revend comptant la marchandise. Les délais ainsi obtenus « de ses fournisseurs par une entreprise et sa capacité à obtenir leur allongement ont un impact direct sur sa compétitivité par rapport à ses concurrents sur le marché, en lui procurant une trésorerie gratuite pour financer son exploitation et son développement »¹³⁴⁶. Ils constituent indéniablement un avantage qui pourrait être à l'origine d'une distorsion de concurrence dès lors que les entreprises non adhérentes à une organisation signataire de l'accord dérogatoire, ne peuvent s'en prévaloir. Pour remédier à ce risque, la loi a prévu qu'un décret puisse étendre le délai dérogatoire à tous les opérateurs dont l'activité relève des organisations professionnelles signataires de l'accord¹³⁴⁷. Cette démarche a été approuvée par l'Autorité de la concurrence pour qui l'extension a « pour effet pratique d'appliquer le dispositif de cet accord à la totalité des entreprises relevant des organisations professionnelles signataires, que ces entreprises soient adhérentes ou non à l'une de ces organisations »¹³⁴⁸. Le Conseil d'État tient un raisonnement similaire et estime que le procédé « a pour effet d'éviter des distorsions de concurrence entre des entreprises partageant le même mode de mise sur le marché des produits »¹³⁴⁹.

Le procédé de l'accord collectif peut ainsi être employé à des fins économiques en vue de corriger les distorsions de concurrence qui pourraient exister sur un marché déterminé. Néanmoins, il est plus souvent fait état de la dimension sociale de l'accord collectif.

¹³⁴⁵ E. Blary-clement et F. Dekeuwer-defossez, *Droit commercial*, 10^{ème} éd., Montchrestien, Domat droit privé, 2010, p. 426.

¹³⁴⁶ Avis n° 09-A-06 du 19 mars 2009 relatif à un accord dérogatoire pour les délais de paiement concernant les fournisseurs de bois, de matériaux, de produits et de services pour le bâtiment et les travaux publics, p. 3.

¹³⁴⁷ Art. 21-III de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

¹³⁴⁸ Avis n° 09-A-06 du 19 mars 2009, p. 4.

¹³⁴⁹ CE, 14 juin 2010, Fédération du commerce et de la distribution, n° 328474. La mise en œuvre de l'extension peut soulever quelques difficultés concernant le périmètre de l'accord. Celui-ci doit être défini par référence à l'activité des organisations professionnelles signataires des accords comme le rappelle le Conseil d'Etat dans cet arrêt. En l'espèce, l'accord conclu le 28 novembre 2008 portant dérogation aux délais de paiement dans le secteur de l'horlogerie, de la bijouterie, de la joaillerie et de l'orfèvrerie, avait été conclu uniquement par des organisations représentant la distribution spécialisée et les fournisseurs de ces produits. Il n'avait donc pas vocation à s'appliquer aux entreprises de la grande distribution généraliste.

B) Un rôle social : des accords collectifs de rééquilibrage

444. Il a déjà été relevé à maintes reprises que selon une croyance bien ancrée chez les juristes, la négociation collective contribuerait à l'amélioration du sort des salariés. Les tendances les plus récentes l'affectant invitent néanmoins à être prudent et à ne pas affirmer sans nuances l'existence d'une telle finalité. Il paraît, en revanche, plus juste de souligner l'importance prise par celle-ci dans le rééquilibrage des rapports interindividuels. En effet, le déplacement des négociations du plan individuel au plan collectif permet, en principe, aux salariés de créer un rapport de force et de peser de tout leur poids, par l'intermédiaire de leurs représentants, dans la détermination du contenu de l'accord¹³⁵⁰. Cependant, la négociation collective n'est pas gage d'amélioration du sort des salariés ni ne garantit l'instauration de rapports égalitaires. Demeure l'espérance que la fixation par voie conventionnelle de normes visant à s'appliquer impérativement aux acteurs qui entrent dans leur champ d'application, contribue à renforcer la partie réputée la plus faible.

445. Cette volonté est clairement perceptible dans d'innombrables accords collectifs signés en dehors du droit du travail. Le rapprochement avec l'accord collectif de travail est systématique, tant il semble que ce dernier incarne pour beaucoup, l'instrument par excellence de rétablissement, c'est selon, d'une égalité ou d'un équilibre entre les parties aux contrats. Sans surprise, le recours au procédé est justifié par de telles raisons à chaque fois que le rapport interindividuel laisse transparaître un rapport de dépendance, bien souvent économique qu'il convient d'atténuer¹³⁵¹. Pour ce faire, les négociateurs procèdent de différentes manières.

La première consiste à standardiser les conditions de formation et d'exécution du contrat interindividuel en adoptant par voie conventionnelle, un contrat type. Cette technique est notamment employée dans le cadre des contrats d'intégration agricoles. Il s'agit de contrats par lesquels des entreprises décident de se placer volontairement sous

¹³⁵⁰ Il est des auteurs qui reconnaissent une fonction sociale au contrat en tant qu'instrument de régulation d'échanges justes. Ceux-ci proposent de fonder, à cette fin, son régime sur les idées d'utilité et de justice. V. notamment, J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.*, 1982, chron. p. 4. Le rééquilibrage opéré par l'accord collectif pourrait ainsi être analysé comme une conséquence de sa nature contractuelle. Ce serait toutefois oublier que le rééquilibrage opéré par la négociation collective est censé lui être inhérent tandis que l'utile et le juste du contrat sont plus sûrement la résultante de la loi et de l'appréciation des juges.

¹³⁵¹ La prise en compte de la dépendance économique tend aujourd'hui à être reconnue au travers du « déséquilibre significatif » prohibée par l'article L.442-6 I du Code de Commerce.

l'autorité d'un agent économique, en contrepartie de biens nécessaires à leur activité et la garantie de débouchés. Il s'est toutefois avéré que le pacte ainsi passé était bien souvent déséquilibré et que certaines firmes commerciales n'hésitaient pas à profiter de leur puissance économique pour imposer de lourdes sujétions aux agriculteurs. Afin d'encadrer le contenu des relations d'intégration, la loi autorise à ce que des contrats types soient mis en place par voie d'accord collectif interprofessionnel. Ils ont vocation à définir une norme à laquelle les membres du réseau d'intégration ne peuvent déroger. Ils déterminent notamment les obligations des parties, le mode de fixation des prix ou bien encore les délais de paiement. Une fois homologué, le contrat type est applicable à toutes les entreprises agricoles, industrielles et commerciales de la branche concernée conformément à l'article L. 326-5 du Code rural¹³⁵². Le lien entre droit rural et droit du travail est ici évident. À ce titre, un auteur s'autorise un rapprochement particulièrement éclairant : « la faible dimension des exploitations agricoles, leur dispersion et la tradition historique du mutualisme en agriculture rapprocheraient en quelque sorte les agriculteurs des salariés »¹³⁵³. De même, il est soutenu que le monde agricole offre aujourd'hui l'image d'un secteur économique construit sur la base d'une organisation du travail « fondée sur des réseaux de production qui placent l'agriculteur dans la dépendance économique d'un donneur d'ordres tout en préservant son indépendance juridique »¹³⁵⁴. Cette dépendance crée nécessairement un déséquilibre entre producteurs et acheteurs qui évoque celui qui se trouve être au cœur des relations de travail entre employeurs et salariés. La négociation collective ambitionne d'y remédier en ce qu'elle « permet un rééquilibrage des forces négociatrices [et] contribue à la détermination d'un contenu contractuel équilibré »¹³⁵⁵. Dans le secteur agricole, cela passe par une massification et une concentration de l'offre des producteurs sur le marché.

La seconde technique consiste plus simplement à fixer une norme conventionnelle qui aura vocation à s'appliquer pleinement à l'ensemble des acteurs qui en relèvent. Il en va ainsi des accords conclus en matière de délais de paiement dans les contrats de vente conclus entre professionnels. Il est établi que ces délais sont bien souvent trop élevés et tendent à transformer les fournisseurs, surtout les PME, en banquiers pour leurs clients qui

¹³⁵² Sur ces accords, cf. L. Lorvellec, « Les contrats types d'intégration homologués », *RDR*, 1984, p. 245.

¹³⁵³ L. Lorvellec, « L'application du droit de la concurrence au secteur agricole », in *Ecrits de droit rural et agroalimentaire*, Dalloz, 2002, p. 515.

¹³⁵⁴ A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Droit social*, p. 138.

¹³⁵⁵ R.-J. Aubin, p. 225.

de par leur pouvoir économique, sont en capacité de leur imposer ces délais. L'avantage ainsi conféré est indu et dégrade la situation comptable des PME qui en viennent à prêter de l'argent à peu de frais. Les accords collectifs conclus en la matière, en vertu de l'article L. 441-6 du Code de commerce, sont censés permettre l'établissement de délais plus courts.

446. Au-delà de la manière de procéder, il est possible d'affirmer que la négociation collective ambitionne de rééquilibrer des rapports interindividuels à chaque fois que se nouent des rapports professionnels, qui ne relèvent pas forcément du salariat, fondés sur un état de dépendance. Nous songeons ici, pour l'essentiel, aux rapports qui se nouent entre travailleurs indépendants et leurs clients. Pareille configuration est observable dans le cadre des contrats individuels conclus entre les entreprises et « leurs gérants de succursales non-salariés ». En effet, l'indépendance dont jouissent ces gérants et qui justifie leur statut hybride à mi-chemin entre le droit commercial et le droit social ne les place pas à l'abri de toute dépendance économique¹³⁵⁶. À ce titre, ces accords déterminent notamment le minimum de la rémunération garantie à ces gérants non-salariés conformément à l'article L. 7322-3 du Code du travail. De manière analogue, la fixation du barème de rémunération et des modalités de versement de la rémunération des artistes interprètes sont établies par des accords conformément à l'article L. 214-3 du Code de la propriété intellectuelle, témoignant de la volonté du législateur de garantir de la sorte, dans le cadre d'un ordre public de protection, « une juste rémunération »¹³⁵⁷ aux producteurs de phonogramme et aux artistes interprètes.

447. En dehors des relations professionnelles, les contrats déséquilibrés pullulent également, offrant de la sorte un terreau propice au développement de « contre-pouvoirs collectifs ». Le droit de la consommation s'y prête particulièrement bien. Comme le droit du travail, il aurait pris forme pour faire face au déséquilibre lié à l'état de faiblesse dans lequel se trouve le consommateur par rapport au professionnel détenteur du savoir et de l'information. Afin d'y remédier, « le législateur entend substituer aux rapports inégalitaires entre personnes isolées, des rapports collectifs entre des groupements dotés d'un réel

¹³⁵⁶ Sur cette question, M. Mauraie-Vignal, *Droit de la distribution*, Dalloz Sirey, 2^e éd. 2012, p. 328.

¹³⁵⁷ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droits d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 2^e éd., Dalloz, 2013, p. 1008.

pouvoir de négociation »¹³⁵⁸. Les accords collectifs de location reconnus depuis 1982 s'inscrivent sans conteste dans une telle démarche.

Les accords collectifs statutaires prennent parfois les atours de l'accord collectif, mais ne conjuguent que rarement le rôle économique et social du modèle. D'autant plus que la vocation collective de la réglementation ainsi élaborée se heurte souvent au droit de la concurrence. Les arrangements pour échapper à la condamnation des ententes poussent souvent à abandonner les effets normatifs contraignants de l'accord collectif. Une dernière spécificité tient aux accords relevant de l'idéaltype libéral.

Paragraphe 3 La spécificité des accords relevant de l'idéaltype libéral

448. Les accords relevant de l'idéaltype libéral, se démarquent par leur extrême diversité et la difficulté de dégager des constantes entre eux. Pour autant, quelques certitudes demeurent. Ces accords se signalent par la grande liberté accordée à leurs négociateurs. Assez logiquement, ils se développent, pour la plupart d'entre eux du moins, en dehors des prévisions légales. Un auteur a pu relever à ce titre le développement « d'accords, ou pseudo-accords, effectivement ou putativement collectifs » en dehors des cadres légaux et dépourvus de *nomen*. Il les qualifie ainsi d'« accords collectifs innommés »¹³⁵⁹. S'il est difficile d'en faire une présentation synthétique tant on en relève dans différentes branches du droit, ils semblent adopter soit le registre de la programmation (**A**) soit celui de l'engagement volontaire (**B**).

A) Des accords programmatiques

449. Programmatique, l'accord collectif se fait le siège des projets et des intentions de ses signataires. Cela implique que ceux-ci n'aient pas encore été réalisés. L'accord permet alors de formaliser et de solenniser la démarche entreprise, ce qui ne signifie pas nécessairement qu'elle soit menée jusqu'au bout. Le lexique employé pour désigner ces accords trahit bien souvent cette visée. Il est en effet, assez souvent question de position commune, de protocole d'accord ou bien encore de déclaration commune. Les termes mêmes de l'accord

¹³⁵⁸ V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, Tome 2, PUAM, 2000, p. 467.

¹³⁵⁹ G. Rouhette, *L'extension à des tiers des effets d'un accord de volonté (les accords collectifs en droit français)*, Société de législation comparée, 1979, Paris, p. 75.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

signalent ce type d'accord qui débute très souvent par des propos très généraux, sorte de préambule, rappelant l'objectif poursuivi. La position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective contient ce genre d'observations liminaires : « les organisations syndicales et patronales signataires souhaitent donner un nouvel élan à la négociation collective au sein d'un système performant de relations sociales, respectueux des personnes, des prérogatives du législateur et de l'ordre public social, et adapté à une économie diversifiée et ouverte sur le monde ». À cette fin, les signataires ont élaboré un plan d'action ou un programme qui se résume en trois objectifs, à savoir « développer la négociation collective, renforcer les moyens du dialogue social, créer une dynamique de complémentarité entre le rôle de la loi et celui de la négociation collective ». Cette manière de procéder est aujourd'hui vantée par le rapport Combrexelle qui propose que la concertation préalable posée par l'article L. 1 du Code du travail puisse prendre la forme « d'une position commune de nature à éclairer les pouvoirs publics sur les principes essentiels auxquels sont attachés les partenaires sociaux eu égard à la réforme envisagée »¹³⁶⁰.

Dans le même ordre d'idées, la déclaration commune signée par les organisations syndicales de pêcheurs CFDT et CGT ainsi que l'association France nature environnement en marge du Grenelle de la mer, le 6 mai 2009, s'apparente à ce genre d'initiative. L'intitulé même du document en indique la teneur programmatique : « pour une pêche écologiquement et socialement responsable »¹³⁶¹. Que ce type d'accord ait été signé en marge d'un « Grenelle » est intéressant. L'influence opérée par le droit du travail est là encore évidente. Les accords de Grenelle de 1968 constituaient bien des accords collectifs de type programmatique. Si ces dernières années, le concept du Grenelle a été repris, c'est dans le dessein de signifier la volonté des pouvoirs publics de réunir de manière solennelle et d'impliquer les acteurs de la société civile tels que des associations, des syndicats, des professionnels dans l'élaboration de normes censées venir à bout d'une « crise » hier sociale, aujourd'hui environnementale.

¹³⁶⁰ J.-D. Combrexelle, rapport précit., p. 82.

¹³⁶¹ Les organisations signataires se disent à ce titre « conscientes de la dégradation de l'environnement marin, de la menace que font peser le dérèglement climatique et les pollutions sur la biodiversité et les milieux littoraux, et des conséquences qui en résultent pour les activités de pêche et [...] souhaitent que soit mis en œuvre un ensemble de mesures afin de pérenniser de façon responsable une activité économique et sociale essentielle sur les littoraux ». Elles proposent notamment la mise en place de plans de gestion à long terme et écosystémiques.

Plus proche du droit du travail, mais dans un registre peu commun bien que remarquable, certaines organisations syndicales et employeurs sont parvenus à la signature d'une « approche commune sur les conditions d'obtention d'autorisation de travail et de séjour correspondant pour les salariés étrangers » en mars 2010. Ses signataires estimaient qu'il convenait « afin de permettre l'effectivité de l'égalité de traitement entre les salariés et afin de combattre les distorsions de concurrence entre les entreprises [...] de formuler des critères objectifs de délivrance d'autorisation de travail et de séjour pour les étrangers qui en sont dépourvus, mais qui d'une façon ou d'une autre s'acquittent et se sont acquittés de leurs cotisations et impôts, de même que leurs employeurs ». Ils formulaient en ce sens différentes propositions à destination du ministre du travail qui leur a néanmoins signalé qu'elles ne relevaient pas de sa compétence, mais de celle du ministre de l'immigration.

450. Ainsi, la pratique des accords programmatiques n'est pas rare. Leurs signataires se veulent force de proposition. Il n'est pas étonnant, aussi, que les textes qu'ils élaborent dépassent bien souvent le cadre légal et soient transmis aux pouvoirs publics dans l'espoir que leurs propositions soient relayées par voie légale. Ils appellent donc une réforme. En cela, ces accords évoquent les pratiques de loi négociée, à cette précision près qu'ils ne s'inscrivent pas dans un cadre institutionnel prédéfini du même type que celui prévu par la loi du 31 janvier 2007 en droit du travail. Liberté oblige, il appartient aux négociateurs d'entrer en négociations spontanément sans qu'on les y invite en permanence. Pour autant, cela ne veut pas dire que les pouvoirs publics ne jouent aucun rôle dans l'édiction des accords collectifs programmatiques. En effet, leur négociation est parfois placée sous l'égide d'un ministre. Ainsi, l'accord-cadre du 21 mai 2013 signé par le Syndicat National de l'Édition et le Conseil Permanent des Écrivains l'a été en partie, sous l'impulsion de la ministre de la culture et de la communication de l'époque, Mme Filippetti. Cet accord contenait une série de propositions de réforme du Code de la propriété intellectuelle relatives au contrat d'édition dans le secteur du livre ont été formulées, relayées par l'ordonnance du 12 novembre 2014¹³⁶². Dans la même veine, Mme Albanel, alors ministre de la culture, a confié en 2007 à M. Olivennes une mission de réflexion sur la protection des œuvres et des programmes culturels sur les nouveaux réseaux en concertation avec les acteurs de la propriété intellectuelle et de l'Internet. Ses propositions ont été reprises dans les accords

¹³⁶² Ordonnance n° 2014-1348.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

Olivennes, rebaptisés par la suite accords de l'Élysée, signés, en novembre 2007, par des entreprises et organisations représentatives du monde de la culture et de l'Internet. Bien que critiqués après coup par certains de leurs signataires, ces accords ont servi de base à la loi Hadopi, confortant l'idée d'une loi négociée.

451. Toutefois, tous les accords programmatiques n'ambitionnent pas de réformer la loi. Ce type d'accord constitue parfois une simple étape de la négociation collective qui permet aux négociateurs de se mettre d'accord sur certains principes et éléments avant que ne soit signé un autre type d'accord. Il en va notamment ainsi en matière d'assurance chômage. En effet, « avant de constituer le corps de règles qui sera soumis à l'agrément ministériel, l'accord se présente sous une forme dénommée par les partenaires sociaux protocole d'accord ». Celui a vocation à fixer les grandes orientations, les finalités des dispositions nouvelles projetées, les objectifs financiers et la durée des engagements pris. Cet accord « sur la base duquel les négociateurs sont, en quelque sorte, politiquement engagés n'acquiert toute sa portée qu'après avoir été transposé dans une convention, texte qui constitue véritablement l'accord »¹³⁶³. Le protocole ne programme pas ainsi le contenu d'une loi, mais bien d'un accord collectif relevant plus de l'idéaltype dirigiste. En revanche, certains accords relevant de l'idéaltype libéral dépassent le registre de l'intention et portent en eux des engagements volontaires nés de la seule initiative des négociateurs.

B) Des accords volontaires

452. La notion d'accord volontaire s'inscrit dans la catégorie plus large des approches volontaires. Trois éléments caractérisent ces dernières : un engagement volontaire par opposition au caractère contraignant ou imposé des normes étatiques, la définition d'objectifs dépassant les prévisions légales et réglementaires ainsi qu'une meilleure prise en compte des intérêts des agents régulés en permettant la réalisation d'un objectif social à un

¹³⁶³ J.-P. Domergue, « L'assurance chômage : un régime façonnée par les partenaires sociaux », *in Etudes offertes à J. Pélessier*, LGDJ, p. 215. Le Conseil d'Etat précise que la circonstance que les stipulations d'une convention d'assurance chômage diffèrent de celles sur lesquelles les parties avaient réuni auparavant un accord de principe est sans influence sur la validité de cet accord adopté par les mêmes parties et donc sur la légalité de l'arrêté ministériel qui procède à son agrément, CE, 6 octobre 2000, Association de défense des intermittents du spectacle, 209238.

moindre coût ou avec des bénéfiques attractifs¹³⁶⁴. L'expression est fréquemment employée en droit de l'environnement¹³⁶⁵. Ont ainsi été conclu dans le cadre du Grenelle de l'environnement, des conventions d'engagement volontaires fixant des objectifs chiffrés pour améliorer les pratiques des entreprises d'un secteur et diminuer l'impact de leurs activités sur l'environnement. Elles réunissent le ministre compétent et les fédérations d'entreprises autour des grands thèmes liés au développement durable.

Par certains aspects, la notion d'accord volontaire évoque les théories volontaristes qui cherchent à fonder la force obligatoire de la règle juridique en puisant dans la volonté de leurs auteurs. Toutefois, une telle caractéristique n'est pas suffisante pour prendre la mesure de ces accords volontaires. Si de volontarisme il est question, c'est en raison de la démarche spontanée des négociateurs qui décident de s'engager par voie d'accord collectif.¹³⁶⁶ Aucune habilitation spécifique n'est requise, aucune contrainte ne s'exerce sur eux quant à la fixation du contenu de l'accord. Ces accords se développent en dehors des cadres légaux même s'ils peuvent être suscités par les pouvoirs publics, au bon vouloir des négociateurs et de leurs initiatives.

453. La pratique des accords volontaires est également observable en droit de la consommation. La signature d'accords collectifs de consommation permet de convenir, en dehors de la loi, de normes à même d'assainir les rapports qui se nouent entre consommateurs et professionnels. Tel est par exemple le cas dans le domaine des règlements non juridictionnels des litiges susceptibles de naître entre ces acteurs. En la matière, il fut décidé de s'orienter très tôt vers des modes alternatifs de règlement des conflits (MARC), orientation que les pouvoirs publics s'empressèrent d'entériner, persuadés

¹³⁶⁴ M. Sancy, « Quelques réflexions sur l'utilisation des approches volontaires et le droit international de l'environnement », in *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, ss. la dir. de N. Hervé-Fournereau, PUR, l'univers des normes, 2008, p. 74 ; dans le même ouvrage, N. Hervé-Fournereau, « Présentation générale », p. 29. V. également, G. Grolleau, N. Mzoughi et L. Thiébaud, « Les instruments volontaires : un nouveau mode de régulation de l'environnement ? », *RIDE*, 2004, p. 461.

¹³⁶⁵ La Commission européenne y range notamment les « accords volontaires ». Par exemple, COM (1996) 561 du 27 novembre 1996. Sur cette question, v. L. Kramer, « Les approches volontaires et le droit communautaire de l'environnement », in *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, ss. la dir. de N. Hervé-Fournereau, PUR, l'univers des normes, 2008, p. 83. L'OCDE évoque pour sa part « des accords privés » ou bien encore « des accords négociés », OCDE, *Les approches volontaires dans les politiques de l'environnement, analyse et évaluation*, 1999.

¹³⁶⁶ Ce volontarisme est volontiers qualifié de social en ce que la volonté, individuelle ou collective au demeurant, constitue « l'instrument privilégié de la réalisation des besoins sociaux », J. Flour, J.-L. Aubert et E. Saveaux, *Droit civil, Les obligations. L'acte juridique*, Tome 1, 16^{ème} éd., Sirey, 2014, pp. 103 et s.

d'avoir trouvé la panacée aux maux d'un contentieux complexe. Parmi les voies explorées figure notamment la médiation¹³⁶⁷. L'institution des instances de médiation a suivi différentes voies, y compris la négociation collective. Ces instances sont donc le fruit d'une initiative spontanée de la part des acteurs du droit de la consommation et relèvent bien d'une logique volontaire. Toutefois, contractuelle par essence, la médiation n'est pas nécessairement assortie des garanties procédurales contribuant à l'édiction d'une bonne justice. Étonnamment, ces garanties sont, en partie, réintroduites par le biais de la négociation collective. L'existence d'accords collectifs de la consommation visant à instaurer des procédés de médiation s'observe essentiellement dans les entreprises publiques. La RATP, la SNCF, la Banque Postale, EDF ou bien GDF ont ainsi eu recours au procédé¹³⁶⁸. Dans les faits, la médiation conventionnelle connaît un succès mitigé même si les médiateurs relèvent régulièrement un recours de plus en plus fréquent, le nombre de dossiers traités reste modeste¹³⁶⁹.

Bien souvent, ces accords sont dénommés protocole d'accord, appellation qui suggère ici « une déclaration d'intention qui implique un certain volontarisme »¹³⁷⁰. Ils contribuent au mouvement de « procéduralisation » des MARC¹³⁷¹. Outre qu'elle préserve le caractère volontaire de la médiation, la négociation collective aboutit bien souvent à des systèmes plus respectueux des intérêts des consommateurs¹³⁷². Les associations de consommateurs sont, par exemple, associées au processus de médiation. Ainsi, longtemps, les consommateurs ne purent saisir les médiateurs conventionnels que par le biais d'une

¹³⁶⁷ Les avantages de la médiation sont indéniables dans le domaine de la consommation Pour le consommateur qui hésite parfois à saisir le juge, ce dispositif représente une alternative dont on salue la gratuité et la célérité.

¹³⁶⁸ Sur la question, cf. le rapport du CNC du 13 décembre 1994, *La concertation services publics-organisations de consommateurs*. Ces accords collectifs puisent leur origine dans l'échec de l'économie participative.

¹³⁶⁹ 2833 dossiers traités par le médiateur de la Poste en 2007, 821 dossiers traités par le médiateur de la SNCF en 2006, 207 dossiers traités par le médiateur d'EDF en 2007.

¹³⁷⁰ F. Jappont, « L'encadrement juridique de la coopération entre les autorités de régulation », *D.*, 2005, p. 893.

¹³⁷¹ V. en ce sens, E. Camous, « Les modes alternatifs de règlement des conflits constituent-ils une justice de proximité ? », *La Gazette du Palais*, 30 octobre 2003, p. 5.

¹³⁷² Pourtant, certaines dispositions laissaient craindre quelques abus. En effet, la mise en œuvre des médiations internes est toujours subordonnée à l'existence de deux conditions : aucune action en justice ne doit avoir été engagée et les voies de recours internes doivent avoir été épuisées. V. par ex., art. 4.2.1 du protocole d'accord conclu le 6 octobre 2005 entre les associations de consommateurs agréés et la poste relatif au médiateur du groupe. Certains services pourraient être tentés de faire trainer les dossiers de même que des lourdeurs administratives pourraient décourager le recours à la médiation. Toutefois, des délais conventionnels fixent bien souvent le moment à partir duquel les voies de recours internes sont considérées comme épuisées.

association signataire de l'accord instaurant la médiation. Progressivement, cette condition a été abandonnée même si aujourd'hui encore, les consommateurs sont fortement incités à saisir le médiateur par l'intermédiaire des associations¹³⁷³. Le fait est que ces associations fournissent une assistance active¹³⁷⁴. Ce sont elles qui sont chargées de transmettre au médiateur les pièces nécessaires et qui le rappellent à l'ordre lorsque celui-ci dépasse les délais.

454. Les initiatives ici décrites sont essentiellement le fait d'entreprises soucieuses d'améliorer les rapports qu'elles nouent avec leurs clients. Toutefois, les pouvoirs publics ne sont pas en reste. Ils n'hésitent pas à recourir au procédé de l'accord collectif lorsqu'il s'avère plus souhaitable d'opter pour la voie négociée plutôt que la voie imposée.

Ainsi, on se rappellera que les dispositifs de signalement des radars routiers avaient été initialement interdits. Les fabricants de ces avertisseurs avaient alors manifesté leur désapprobation et pointé du doigt une absence de concertation. L'Association française des fournisseurs et utilisateurs de technologies d'aide à la conduite (AFFTAC) fut ainsi créée. Sous la pression de cette dernière, un protocole d'accord fut signé le 28 juillet 2011 avec le ministre de l'intérieur. Celle-ci s'engage notamment à dénommer l'ensemble de ses produits comme des outils d'aide à la conduite et supprimer toute référence aux avertisseurs de radars, à ne pas indiquer la localisation précise des radars fixes ou mobiles en échange de quoi, la commercialisation de ces outils est autorisée. Cet accord ne s'inscrit dans aucun cadre juridique. En ce sens, il est porteur d'un engagement volontaire dont la valeur juridique est incertaine même si le Conseil d'État n'hésite pas à s'y référer, mais simplement pour déceler la finalité des textes légaux qui s'en font le relai¹³⁷⁵.

L'observateur est ainsi pris de vertige face à l'extrême diversité des accords collectifs. Toute entreprise de systématisation se révèle imparfaite, à plus forte raison lorsqu'elle se

¹³⁷³ On peut regretter cette ouverture pour laquelle, paradoxalement, les associations de consommateurs ont milité contre l'avis des entreprises concernées. L'article 2 du protocole d'accord signé le 20 février 2006 avec la RATP stipule que le médiateur peut être saisi par des « particuliers, sachant qu'il est vivement recommandé à ceux-ci de se faire assister par une association de consommateur agréée ».

¹³⁷⁴ Au-delà de la médiation conventionnelle, certains auteurs ont souligné l'importance de l'assistance des associations de consommateurs. « L'aide procurée peut consister dans la simple délivrance d'une information [...] sur une question donnée et aller jusqu'à la livraison d'une consultation sur un cas précis à l'occasion des permanences organisées par l'association [...] les associations guident ensuite l'adhérent dans ses démarches (rédaction de courriers...) ». J. Monnet, « L'accès au droit des consommateurs », *LPA*, 30 mai 2008, p. 20.

¹³⁷⁵ CE, 6 mars 2013, société NAVX, 355815.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

donne pour mission de dégager un droit commun. L'unification recherchée doit faire place à une harmonisation moins rigide et contraignante.

Conclusion du chapitre 1

Parti de l'hypothèse que la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail pourrait entraîner sur le terrain juridique une unification de leur régime, il apparaît à l'analyse que celle-ci est fortement contestable, non pas que l'idée paraisse complètement insensée, mais bien parce que cette unité est pour le moins relative. En effet, si le modèle de l'accord collectif de travail a permis la constitution progressive d'un droit commun, celui-ci ne trouve à s'appliquer que dans un domaine restreint, du moins rapporté à l'ensemble des accords collectifs identifiés dans le cadre de cette étude. La diffusion de ce droit commun peut être envisagée sous forme de cercles concentriques, à l'instar de la transmission, le premier phénomène se calquant logiquement sur le second. Au centre, se trouve le modèle qui se fait siège d'un droit commun des accords collectifs de travail salarié conclus dans le secteur privé. Puis, à mesure qu'il se diffuse, il étend son influence à des secteurs spécifiques jusqu'à atteindre la sphère du droit public, non sans quelques arrangements. Enfin, transcendant les frontières entre salariat et travail indépendant, il se répand pour prétendre au titre de droit des accords collectifs de travail « sans adjectif ». À l'évidence, cette représentation schématique est très discutable. Apparaissent ici et là, quelques failles mettant à mal l'édifice ainsi bâti. Si ce droit commun se dessine, sa généralité est remise en cause par l'existence d'accords à la spécificité très nette, rebelles à toute affiliation. Plus fondamentalement, les accords jusqu'ici évoqués ont pour point commun de porter sur l'activité laborieuse. Au-delà, l'unification du régime des accords collectifs sur la base du modèle de l'accord collectif de travail, est proprement impensable, sauf peut-être en droit social, mais selon des modalités qui restent encore à préciser. En réalité, l'entreprise d'unification se heurte à l'irréductible et insurmontable diversité des accords étudiés. Pour autant, il ne faut pas s'en désoler, car les différences observées dans le cadre d'une étude comparative sont tout autant significatives que les points communs. Néanmoins, un tel constat ne doit pas conduire à faire définitivement le deuil de toute idée de fonds commun. L'influence exercée par le modèle est loin d'être incompatible avec une pensée de la diversité. À ce titre, il convient de réfléchir à l'action du modèle de l'accord collectif de travail, non plus en termes d'unification, mais d'harmonisation.

Chapitre 2 Une harmonisation envisageable

455. L'analyse menée jusqu'ici nous a conduits à faire le deuil d'une unité suffisante dans la variété des accords collectifs pour forger un véritable droit commun des accords collectifs. Le modèle de l'accord collectif est un ensemble de normes. Mais il n'est pas de ceux auquel on doit se plier impérativement sauf dispositions spéciales. Il s'agit plutôt d'un vivier dans lequel les différents domaines du droit viennent puiser des idées, des inspirations, des solutions¹, d'un vivier commun qui génère une certaine *harmonisation*.

La notion d'harmonisation assume l'incomplétude, l'imperfection. Elle permet de penser l'apport d'un modèle sur un mode mineur. Là où l'idée de droit commun exige une conformité, l'harmonisation se contente de compatibilité. Ce qui permet la nuance.

L'harmonisation est essentiellement pensée en droit international². En droit interne, droit sensément marqué par une plus grande unité, son utilisation peut apparaître moins naturelle. Elle peut même apparaître contraire à certaines pensées qui hypostasient la cohérence du droit. Pourtant, même à l'intérieur d'un unique système juridique national, la diversité des matières, des contextes et des normes impose une sorte de comparatisme interne. La référence aux idées et concepts du droit international apparaît alors pertinente.

Les tenants de l'harmonisation en droit international estiment que la norme commune gagnerait à prendre la forme de principes, entendus comme des règles rendues singulières par leur généralité et l'autorité dont on les pare instinctivement et qui occupent une place éminente dans l'architecture globale³. Les principes ainsi conçus demeurent toutefois d'ordre normatif. Et telle n'est pas l'ambition des principes qu'il s'agit ici de dégager. Ceux-ci s'inscrivent plus volontiers dans une logique démonstrative. Ils aspirent à être dégagés par voie de systématisation méthodique⁴. Issus de l'observation des règles participant du modèle, ils constituent une clé de lecture pour dépasser l'hétérogénéité des accords étudiés, sans la nier. On peut alors montrer comment les dispositions détaillées qui régissent les

¹ Sur cette évolution du droit commun et pour une critique de celle-ci, cf. C. Goldie-Génicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, 2009, LGDJ.

² M. Delmas-Marty y perçoit un mode de régulation juridique placé sous le signe d'un pluralisme qualifié d'ordonné *Pour un droit commun*. V. également M. Delmas-Marty et M.-L. Izorche, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *RIDC*, 2000, p. 753.

³ « Ces principes constituent les poutres maîtresses de l'édifice juridique », A. Lyon-Caen et R. Badinter, *Le travail et la loi*, Fayard, 2015, p. 21.

⁴ Sur ce versant de la notion de principe, cf. P. Morvan, « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », Cycle Droit et technique de cassation 2005-2006, disponible sur le site de la Cour de cassation.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

divers accords collectifs s'harmonisent avec quelques grands principes ou exigences simples : l'accord collectif est une norme collective (**Section 1**) produite par des acteurs qui doivent répondre de leur légitimité (**Section 2**).

Section 1

Une norme collective

456. Le recours au procédé de l'accord collectif, dans un domaine considéré, est remarquable pour au moins deux raisons interdépendantes. La première est l'existence d'une source collective. La seconde est l'effet, lui aussi collectif, de cette source. Le caractère collectif de la source vient de la participation des destinataires de l'accord à son élaboration. Cette participation, qui passe par la représentation, permet à la négociation collective de tenter d'apaiser les tensions entre intérêts collectifs antagonistes (§1). Le caractère collectif des effets suppose que les négociateurs de l'accord soient habilités à conclure un acte d'une force juridique suffisante, qu'ils disposent d'un pouvoir normatif (§2).

Paragraphe 1 La participation des intéressés à l'élaboration de l'acte

457. Le principe de participation est d'abord un principe de droit du travail, formulé à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Ce texte est un élément fondamental du droit de la négociation collective en France. Il exprime une idée d'association des destinataires de la norme à son élaboration. Ainsi doté d'une assise textuelle forte en droit du travail, le principe de participation connaît en dehors de ce domaine, des fortunes diverses. Il ne fait pas l'objet d'une reconnaissance générale en droit positif. Mais il n'est pas non plus totalement absent des autres branches du droit, au travers notamment de l'idée, montante, de démocratie participative (A). Le développement de négociations collectives dans de multiples branches du droit s'accompagne de règles qui garantissent l'exercice efficace des droits de négocier (B). Ces règles ne sont, en réalité, que des moyens au service d'une finalité, qui n'est autre que celle décrite par le principe de participation. Ainsi, même lorsque le principe de participation reste évanescent, il est possible de découvrir des règles qui en

permettent l'effectivité. L'application du principe est alors, paradoxalement, plus visible que le principe lui-même.

A) L'étendue incertaine du principe de participation

458. L'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 est la première et la plus évidente des sources du principe de participation (1). Les limites de ce principe constitutionnel obligent toutefois à rechercher d'autres fondements à l'extension actuelle du principe de participation (2).

1. L'alinéa 8 du préambule de 1946

459. D'emblée, il convient d'indiquer qu'il n'est pas question de revenir ici sur le lien existant entre le modèle et le principe de participation tel qu'énoncé à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946⁵. Il s'agit ici de déterminer si ce principe, de par sa valeur constitutionnelle, est en mesure de rayonner au-delà du droit du travail et si sa réception s'accompagne de l'émergence de nouveaux accords collectifs. A ce titre, une lecture attentive de l'alinéa 8 s'avère nécessaire. On pourra remarquer, tout d'abord, ce texte peut être mobilisé au-delà du seul droit du travail au sens strict : un auteur évoque ainsi l'existence d'une forme de participation en droit de la Sécurité sociale⁶.

De plus et surtout, l'usage du terme « travailleur », sans autre précision par le Préambule de 1946 permet de se demander si la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail pourrait suivre une définition extensive de la notion de « travailleur ». Les juridictions françaises ne sont manifestement pas hostiles à une telle démarche, comme l'attestent les nombreuses occurrences du principe.

460. Dans le domaine de la fonction publique, l'application du principe ne prête plus à discussion depuis la décision du Conseil constitutionnel du 20 juillet 1977⁷. La loi du 5 juillet 2010 est d'ailleurs bien souvent, analysée à l'aune de celui-ci. Elle illustrerait un

⁵ Lien qui a déjà été évoqué, cf. supra, Partie 1, Titre 2, chapitre 1, section 2.

⁶ J.-P. Chauchard, « Représentation collective et protection sociale », *RDSS*, 2004, p. 161.

⁷ CC, décision n° 77-83 DC du 20 juillet 1977, considérant n°5.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

« mouvement contemporain d'alignement du droit de la fonction publique sur le droit privé du travail »⁸ ou plus largement d'« homogénéisation des droits fondamentaux de tous les travailleurs » permettant la constitution « d'un socle commun aux droits de la fonction publique et du travail »⁹. L'arrêt du 8 décembre 2009 reconnaît, pour sa part, que le principe de participation peut utilement être invoqué par un gérant non-salarié, autrement dit par un travailleur non subordonné¹⁰. Il atteste des possibilités d'application du principe, en droit privé, au-delà de la notion stricte de salarié.

La notion de travailleur visée par l'alinéa 8 est-elle, pour autant, indéfiniment extensible ? Dans un sens très large, le travailleur pourrait être défini comme toute personne exerçant une activité matérielle ou intellectuelle, autrement dit comme tout « actif ». Cela ouvrirait des perspectives assez inattendues. Par exemple, la charte de Grenoble établie en 1946 par l'UNEF, en écho à la Charte d'Amiens, définit l'étudiant comme un jeune travailleur intellectuel. Celui-ci est d'ailleurs représenté par des organisations que l'on s'empresse parfois de qualifier de syndicales¹¹. Il n'est pas anodin que la loi du 10 juillet 1989 ait fixé, reprenant une terminologie chère au droit du travail, des critères d'appréciation de la représentativité des associations d'étudiants. Et certains acteurs de la vie étudiante revendiquent un droit à la négociation collective, reprenant ainsi le champ sémantique du droit syndical.

Pour autant, l'évolution apparaît pour le moins inachevée. Le principe de participation n'est (toujours) pas invocable directement par des étudiants. Il semble exclu qu'ils puissent prétendre, sur cet argument, à un quelconque droit à la négociation

⁸ F. Melleray, « La loi relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique. Première étape d'une réforme profonde », *AJDA*, 2010, p. 2045.

⁹ J.-M. Sauvé, « Propos introductifs », *Les cahiers de la fonction publique*, 2014, n°340, p. 3. Plus largement, il semblerait que se profile à propos des droits d'exercice collectif reconnus par le préambule de la Constitution de 1946, « une notion commune à l'ensemble des personnes placées dans un rapport de subordination, celle de travailleur » qui dépasserait la distinction entre agent public et salarié, N. Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, 2009, p. 229 ; du même auteur, « La notion de travailleur à l'aune des droits nationaux et internationaux », in *Droits du travail et des fonctions publiques : unité(s) du droit ? - Influences, convergences, harmonisations*, ss. la dir. de M. Sweeney et M. Touzeil-Divina, 2012, p. 45.

¹⁰ Qui plus est, en se fondant sur les dispositions d'une convention collective, pour pouvoir bénéficier du régime protecteur légal prévu en faveur des salariés investis d'un mandat représentatif : Soc. 8 déc. 2009, 08-40.991.

¹¹ « Si la caractérisation de syndical est adoptée ou rejetée par ces acteurs, c'est en fonction de leur positionnement dans l'espace concurrentiel, pour se distinguer de mouvements ayant la même fonction, et selon la représentation qu'ils se font du caractère plus ou moins attractif de la dénomination syndicat ou association, syndical étant assimilé à politique par certains acteurs, et cette confusion de catégories est aussi utilisée dans certains travaux », Rapport pour l'Observatoire de la Vie Etudiante, *Les engagements des étudiants, Formes collectives et organisées d'une identité étudiante*, ss. la dir. de T. Côme et R. Morder, 2009, p. 50.

collective. L'idée de participation dépasse sans doute le seul cadre du droit du travail. Mais l'extension du terme « travailleur » et partant de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 a ses limites¹².

461. Le principe de participation peut toutefois s'affranchir de ce texte et trouver, sinon d'autres sources textuelles aussi fortes, du moins d'autres sources d'inspirations. La représentation et les modes d'expression de collectivités d'intérêts qui ont pris forme ces dernières décennies révèlent l'importance prise par l'idée que chacun doit pouvoir être associé à la conduite des affaires le concernant, comme travailleur, consommateur, ou simplement comme citoyen. Le rôle de la société civile dans la production normative s'en trouve réévalué. Ces idées, généralement rassemblées comme des expressions de la « démocratie participative » pourraient porter le principe de participation bien au-delà du droit social.

2. La démocratie participative

462. Le concept de démocratie participative, entendu comme l'association des citoyens à l'expression et l'exercice du pouvoir politique, a une influence croissante. Le domaine environnemental est un assez bon exemple de l'essor de cette problématique et des effets que cette évolution peut produire sur l'apparition de certaines formes de négociation collective. Issu de la loi du 2 février 1995¹³, l'article L. 200-1 du Code rural définit un principe de participation fort limité, qui n'aurait pour effet que de garantir le droit de chacun d'accéder aux informations relatives à l'environnement. Trop modeste, « fort médiocre »¹⁴ selon certains auteurs, cet article a fortement été critiqué, pour avoir cantonné le principe à un simple droit à l'information. La loi du 27 février 2002 l'a donc enrichi. Désormais, l'article L. 110-1 du Code de l'environnement prévoit que ce principe fonde l'association du public au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement. Plus récemment encore, l'article 7 de la charte de l'environnement a posé que toute

¹² Certaines interrogations demeurent « à l'intérieur [même] de la catégorie des travailleurs de droit privé » : N. Font, *op. cit.*, p. 223.

¹³ Influencée par des textes internationaux, spécialement le 10^{ème} principe de la déclaration de Rio de Janeiro.

¹⁴ J. Morand-Deville, « Commentaire de la loi n°95-201 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement », *AJDA*, 1995, p. 439.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques *et de participer à l'élaboration* des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. Cet article 7 a déjà fait l'objet de nombreuses applications par le Conseil constitutionnel¹⁵. De nombreuses dispositions ont ainsi été censurées car n'assurant pas suffisamment la mise en œuvre du principe de participation du public¹⁶. Le Conseil d'Etat en reconnaît l'effet impératif¹⁷.

Droit jeune, le droit de l'environnement reconnaît ainsi la participation des acteurs privés à l'élaboration et à la mise en œuvre de la règle de droit, dans le but avoué de lui conférer une plus grande efficacité. Et cette affirmation n'est pas sans conséquences. Elle fonde notamment la participation des associations à certains organes consultatifs, le référendum local, le droit de pétition et le mécanisme de l'enquête public. Elles peuvent aussi et surtout, pour ce qui nous intéresse, soutenir l'existence d'un « droit de l'environnement négocié »¹⁸. Celui-ci a des racines anciennes. Dès les années 1970, des « contrats de branche » ont été signés par le ministre de l'environnement et certains représentants de branches professionnelles, organisés sous forme de syndicats professionnels¹⁹. Ces « contrats » contenaient des programmes de réduction de la pollution en contrepartie d'une aide financière en faveur des industriels afin de mener à bien les actions de dépollution. La légalité de ces actes était sujette à caution. Mais d'autres voies ont par la suite été empruntées. Des accords ont ainsi été conclus entre organisations professionnelles représentant à la fois les producteurs, les transformateurs et les distributeurs. Il en va ainsi notamment de l'accord du 17 décembre 1979 conclu dans le domaine de l'emballage des liquides alimentaires. De même, des accords ont été conclus le 7 février 1989 entre l'Etat et plusieurs organisations professionnelles en vue de protéger la couche d'ozone.

¹⁵ Sur ce point cf. A. Van Lang, « Le principe de participation : un succès inattendu », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014, n° 43.

¹⁶ V. par ex., CC, décision n° 2012-269 QPC du 27 juillet 2012 ; décision n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011.

¹⁷ Le Conseil d'Etat estime que « l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, et à l'instar de toutes celles qui procèdent du Préambule de la Constitution, ont valeur constitutionnelle ; qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs », CE, 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, 297931.

¹⁸ P. Lascoumes, *Un droit de l'environnement négocié, volet discret d'une politique publique*, PIREN-CNRS, 1990.

¹⁹ V. par exemple, le contrat de branche de l'Industrie papetière du 12 juillet 1972, de l'industrie sucrière du 19 août 1973 ou bien encore de la mégisserie du 13 décembre 1977.

Ainsi, l'idée de négociation collective, même si elle n'est pas expressément évoquée en tant que telle, n'est pas absente du droit de l'environnement. Et, sous l'égide du principe de participation, elle pourrait devenir beaucoup plus dynamique. Les liens entre ce principe et négociation sont en effet de plus en plus visibles. L'organisation d'un « Grenelle » de l'environnement s'inscrit dans une telle démarche. La référence aux accords de Grenelle, fruits des négociations collectives de mai 1968, était claire. Et ce choix des mots est bien porteur de sens²⁰.

La loi du 27 décembre 2012 a également introduit un nouvel article L. 120-1 au sein du Code de l'environnement qui impose « sauf urgence, aux autorités de l'Etat d'organiser la participation du public pour toute décision ayant une incidence sur l'environnement ». Et cet article, directement inspiré du principe de participation, pourrait selon un auteur, s'interpréter comme l'équivalent, en matière environnementale, de la loi du 31 janvier 2007, laquelle a imposé une saisine des négociateurs collectifs avant toute législation nouvelle en droit du travail²¹.

463. C'est ainsi qu'un principe de participation tiré de l'idée de démocratie participative, soutien l'apparition de véritables éléments de négociation collective en droit de l'environnement. Le droit de l'environnement peut apparaître, à ce titre, exemplaire de l'extension possible du principe de participation, comme fondement de la négociation collective, bien au-delà du droit du travail. Les idées de démocratie participative et de droit à la participation des travailleurs sont d'ailleurs peut-être assez proches l'une de l'autre. En toutes hypothèses, ces deux participations se conjuguent facilement. On en prendra pour preuve les négociations sur la responsabilité sociale et environnementale des entreprises, dont l'essor devrait prochainement être prôné par le législateur.

B) Les implications du principe de participation

²⁰ V. en ce sens, P. Deumier, « Qu'est-ce qu'un Grenelle ? », *RTDciv*, 2008, p. 63.

²¹ J. Dirringer, « Les voies vers une démocratie sociale et environnementale ou l'illusion procédurale ? », *Droit social*, 2015, p. 327.

464. Les implications du principe de participation sont multiples. Il n'est point question ici de toutes les recenser. Parmi elles, il est possible d'en dégager quelques-unes visant à garantir et affirmer le droit de négocier collectivement. Elles relèvent pour la plupart de l'évidence et ont pour point commun, d'être guidées par une exigence de liberté. En effet, l'activité négociatrice peine à se concevoir sous le signe de la contrainte, sans quoi elle viendrait à perdre en substance. Du principe de participation semblent ainsi découler une liberté conventionnelle **(1)** mais aussi la liberté de choisir le niveau de négociation adéquat **(2)**. Loin d'être absolues, ces libertés visent à conférer aux négociateurs un pouvoir normatif dont ils ne sauraient toutefois abuser. Placer la négociation collective sous l'égide de la liberté n'est donc pas synonyme d'un laisser faire sans limites. L'une d'entre elles tend aujourd'hui à s'étoffer même s'il reste délicat de déterminer ce qu'elle recouvre. Elle tient à l'exigence de loyauté censée animer les négociateurs **(3)**.

1 La liberté conventionnelle

465. Si initialement, le Conseil constitutionnel estimait qu'« aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle »²², celui-ci est revenu progressivement sur sa position dans des décisions, il est remarquable de le constater, consacrées à la négociation collective. La tendance s'est inversée à compter d'une décision du 30 décembre 1996 dans laquelle il a été jugé qu'une contribution destinée au financement de la formation en alternance n'avait « pour effet de porter atteinte à la capacité de négociation des partenaires sociaux », ne méconnaissant pas ainsi leur « liberté contractuelle »²³. Le système de financement « qui associe paritairement les partenaires sociaux et ne saurait donc pas faire obstacle au droit des travailleurs à participer à la détermination collective des conditions de travail ». Cette décision a eu pour mérite de souligner les liens étroits unissant principe de participation, liberté contractuelle et négociation collective. Elle a trouvé un écho considérable dans une décision du 13 janvier 2000 dans laquelle le Conseil constitutionnel a jugé, sur le double fondement de l'article 4 de la Déclaration de 1789 et de l'alinéa 8 du préambule de 1946, « qu'il était loisible au

²² CC, 3 août 1994, décision n° 94-348 DC, *D.* 1996, p. 45, obs. X. Prétot ; *ibid.* 1995. 344, obs. F. Mélin-Soucramanien ; *ibid.* 351, obs. P. Gaïa ; *RTD civ.* 1996. 151, obs. J. Mestre.

²³ « La liberté contractuelle rentrerait elle en grâce auprès du CC ? », J. Mestre, *RTDciv*, 1997, p. 416.

législateur de tirer les enseignements des accords collectifs conclus à son instigation » et que « sauf à porter à ces conventions une atteinte contraire aux exigences constitutionnelles sus rappelées, il ne pouvait [...] remettre en cause leur contenu que pour un motif d'intérêt général suffisant »²⁴. Certaines dispositions de la loi Aubry 2 sur les 35 heures se sont ainsi vues censurées. Les décisions ici évoquées sont remarquables en ce qu'elles sollicitent les principes de liberté contractuelle et de participation dans le domaine de la négociation collective²⁵. Plus encore, elles mettent au jour des exigences constitutionnelles qui se rapportent à des rapports de droit privé et suggèrent l'existence d'un principe transversal, particulièrement prometteur dans une étude consacrée à la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail. La quête de l'affirmation d'un principe de liberté conventionnelle transcendant les branches du droit, s'avère toutefois ardue. La reconnaissance par le Conseil constitutionnel d'une liberté contractuelle générale devrait nous en dispenser mais sa teneur invite à plus de prudence. Un regard attentif doit notamment être porté sur la jurisprudence du Conseil d'Etat. En effet, certains auteurs ont pu voir dans l'arrêt du 21 juillet 1970²⁶, une reconnaissance de la liberté conventionnelle comme principe général du droit²⁷. L'enthousiasme doit toutefois être tempéré. Cet arrêt ne concernait toutefois que les rapports entre organismes de Sécurité sociale et leur personnel. De même, une lecture plus poussée révèle que ce n'est pas tant la liberté conventionnelle, à l'époque consacrée par voie décrétole, mais bien la capacité à passer des accords collectifs au niveau de l'établissement, qui était ici en cause.

466. Plus récemment, la liberté contractuelle a été évoquée s'agissant d'accords collectifs conclus dans le domaine de la protection sociale complémentaire. Dans une décision très remarquée du 13 juin 2013, le Conseil constitutionnel a jugé que « si le législateur peut porter atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle dans un but de mutualisation des risques, notamment en prévoyant que soit recommandé au niveau de la branche un seul organisme de prévoyance proposant un contrat de référence y compris à un

²⁴ CC, 13 janv. 2000, décision n° 99-423 DC, D. 2001. 1837, obs. V. Bernaud; *Droit social*, 2000. 257, note X. Prétot.

²⁵ V. en ce sens, X. Prétot, « Le Conseil constitutionnel et les sources du droit du travail : l'articulation de la loi et de la négociation collective » décision du 13 janvier 2003 p. 260.

²⁶ CE, 21 juillet 1970, n°72780 ; *Droit social*, 1971, p. 112, note J.-C. Venezia.

²⁷ V. notamment, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 18^{ème} éd, 2012, ss. la dir. de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Revet, Dalloz, p. 858.

tarif d'assurance donné [...], il ne saurait porter à ces libertés une atteinte d'une nature telle que l'entreprise soit liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini »²⁸. En l'espèce, étaient en jeu les clauses de désignation prévues dans certains accords de branche qui confient à un ou plusieurs organismes déterminés, la gestion des garanties collectives²⁹. Par ce biais, les entreprises devaient obligatoirement s'assurer auprès de l'organisme désigné créant de la sorte, un monopole au profit de ce dernier au sein de la branche.

Sur le terrain de la liberté conventionnelle, cette décision peut être analysée d'au moins deux manières. La première consiste, paradoxalement, à y voir une atteinte aux prévisions des négociateurs de branche et donc à leur liberté de négocier. D'aucuns ont pu considérer à ce titre que le procédé de la clause de désignation aurait très bien pu « se réclamer de l'exercice d'un droit fondamental, celui de la négociation collective » spécialement au regard du droit européen³⁰. La seconde consiste à considérer qu'une telle solution permet, au contraire, de préserver la liberté conventionnelle au niveau de l'entreprise car il ne faut pas omettre, sur ce point, que les contrats collectifs d'assurance peuvent très bien résulter d'accords collectifs conclus à ce niveau. Mais au final, peu importe l'analyse adoptée, le problème reste le même. La décision d'inconstitutionnalité est le fruit d'un raisonnement initial discutable. En effet, le Conseil constitutionnel a, lui-même, admis que les clauses de désignation et de migration relevaient de l'intérêt général³¹. Néanmoins, il a également jugé que l'atteinte qu'elles représentaient à l'égard de la liberté contractuelle, était disproportionnée. Autrement dit, « c'est donc exclusivement sur le terrain de la proportionnalité que s'est jouée l'inconstitutionnalité »³². Or, jauger la proportionnalité d'une atteinte est affaire résolument subjective³³.

²⁸ Décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013 ; *D.*, 2014, p. 1516, obs ; N. Jacquinet et A. Mangiaviillano ; *Droit social*, 2013, p. 673, note J. Barthélémy ; *RDC*, 2013, p. 1285, note C. Pérès.

²⁹ Sur ce mécanisme, J.-J. Dupeyroux, « Les exigences de la solidarité. Observations sur la désignation d'une institution déterminée pour la gestion d'un régime complémentaire de prévoyance », *Droit social*, 1990, p. 746.

³⁰ J.-F. Akandji-Kombé, « Clauses de désignation et de migration en matière de prévoyance et de retraite, droit de négociation collective et liberté économique », *Droit social*, 2013, p. 880. L'auteur se réfère aux positions de J. Barthélémy (« Régime professionnel de prévoyance et libre prestation de services », *SSL*, 2012, n°1553, p. 5) et de F. Kessler, (« Le Droit de négociation collective n'existe, en Europe, que sous condition », *Droit social*, 2010, p. 1223).

³¹ Décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, considérant n°10.

³² J.-F. Akandji-Kombé, *art. précit.*, p. 880.

³³ Cf. les clauses de désignation, ch 1.

467. De l'analyse de ces décisions, il ressort un sentiment mitigé. Si un principe de liberté conventionnelle semble bien exister, on peine à en saisir la teneur. Il n'est pas certain, voire hautement improbable, que la liberté conventionnelle doive s'entendre comme la capacité pour les partenaires sociaux de négocier librement sur les thèmes de leur choix ni même de choisir sans contrainte leurs interlocuteurs. En réalité, celle-ci est bornée en ce qu'elle ne s'exprime que dans le cadre fixé par les pouvoirs publics³⁴. A ce titre, il a pu être jugé que « loin de disposer d'une large liberté contractuelle, les partenaires de la convention médicale négocient dans les strictes limites fixées dans le détail par la loi »³⁵. Le domaine de la négociation ainsi que les acteurs habilités à négocier, restent en effet, pour l'essentiel, fixés par la loi.

Il est d'ailleurs essentiel de souligner que la liberté conventionnelle telle qu'elle est consacrée par le Conseil constitutionnel, semble signifier bien autre chose. Il apparaît en effet, que « priorité a été donnée [...] à la protection des contrats en cours d'exécution »³⁶. C'est donc en termes d'intégrité de l'accord, autrement dit de sécurité juridique, que la liberté conventionnelle est consacrée au regard des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que du huitième alinéa du Préambule de 1946³⁷. La liberté contractuelle vise ainsi à assurer la pérennité des accords³⁸. Ce souci de préserver les accords est particulièrement perceptible dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, à chaque fois qu'est soumis à son appréciation la légalité d'un arrêté d'approbation, d'agrément ou d'extension. Si le principe de liberté conventionnelle n'est pas clairement invoqué dans ce cadre, il est possible d'y voir malgré tout, un prolongement. Ainsi, l'annulation d'un acte administratif implique en principe, que cet acte soit réputé n'être

³⁴ « Nous sommes très loin du mythe libéral laissant la société civile s'auto-organiser dans le cadre d'un État régalien indifférent à la détresse de ses citoyens », V. Bernaud, « Difficultés et solutions dans l'approche constitutionnelle de la liberté contractuelle en droit du travail », *Droit social*, 2015, p. 4.

³⁵ Rapport Evin, n°3524, 9 janvier 2002.

³⁶ V. Bernaud, *Ibid.*

³⁷ CC, décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008, considérant 18. Le Conseil constitutionnel employait antérieurement une autre formulation : « il ne saurait porter à l'économie des contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des DDHC ». La référence à l'économie du contrat a toutefois suscité la perplexité. La notion semble désigner ici la volonté des parties envisagée de manière objective par le juge. Cf. T. Pasquier, *L'économie du contrat de travail*, LGDJ, 2010, pp. 2 et s. Il faut, sans doute, en déduire que le législateur n'est pas admis à porter atteinte aux clauses substantielles des accords légalement conclus.

³⁸ Cela n'en fait pas pour autant des textes intangibles. Un motif d'intérêt général suffit à justifier une atteinte à l'accord. Le Conseil constitutionnel semble également attentif au discours des pouvoirs publics. Ainsi, selon un auteur, « aux exigences constitutionnelles tenant au respect dû aux contrats légalement conclus s'ajoutait le poids de la parole donnée », B. Teyssié, « Loi et contrat collectif de travail: variations à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 17, mars 2005.

jamais intervenu. La haute juridiction administrative admet néanmoins que l'office du juge puisse le conduire exceptionnellement, lorsque les conséquences d'une annulation rétroactive seraient manifestement excessives pour les intérêts publics et privés en présence, à moduler dans le temps les effets de l'annulation qu'il prononce³⁹. Cette solution a été dégagée en matière d'assurance chômage puis étendue par la suite à d'autres domaines. Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 7 mars 2011, les requérants demandaient à ce que soient annulés, d'une part, un arrêté du ministre du travail portant extension d'un ANI sur un régime de retraite supplémentaire et, d'autre part, un arrêté portant extension d'une convention collective de travail agricole⁴⁰. Or, de telles extensions relevaient de la compétence des ministres de la Sécurité sociale et de l'agriculture. Les arrêtés d'extension étaient donc nuls. Néanmoins, le Conseil d'Etat a, là encore, estimé que sous certaines conditions, il pouvait être dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses. La volonté d'aménager les conséquences d'une annulation dans le temps est également perceptible dans le domaine des accords collectifs de protection sociale complémentaire. C'est du moins ce qu'invite à penser la décision du Conseil constitutionnel, déjà mentionnée, relative aux clauses de désignation. En effet, la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 « n'est pas applicable aux contrats pris sur ce fondement, en cours lors de cette publication »⁴¹. La formulation adoptée est néanmoins très énigmatique. Le terme de contrat vise-t-il les conventions collectives contenant la clause de désignation ou bien le contrat de prévoyance conclue entre l'entreprise et l'organisme de prévoyance ? L'enjeu est de taille car le contrat d'assurance peut, selon les conditions de droit commun, être résilié en fin d'année tandis que la convention collective a potentiellement vocation à subsister plus longtemps⁴². Seule la

³⁹ CE, Ass. 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, AJDA, 2004, p. 1183. CE, Ass. 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, Lebon p. 197; AJDA, 2004, p. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica ; *ibid.* 1219, étude F. Berguin; *ibid.* 2014, p. 116, chron. J.-E. Schoettl ; D. 2004, p. 1603, chron. B. Mathieu ; *ibid.*, 2005. 26, obs. P.-L. Frier ; *ibid.*, 2187, obs. C. Willmann, J.-M. Labouz, L. Gamet et V. Antoine-Lemaire ; *Droit social*, 2004, p. 762, étude Ph. Langlois ; *ibid.*, p. 766, note X. Prétot ; RFDA, 2004, p. 438, note J.-H. Stahl et A. Courrèges ; *ibid.*, p. 454, concl. C. Devys.

⁴⁰ CE, 7 mars 2011, n°325657 faisant suite à CE, 12 mai 2010, n°325657.

⁴¹ Considérant 14.

⁴² Une incertitude demeure sur la durée de cette subsistance. Une première option consiste à considérer que l'accord perdure tant qu'il n'a pas été révisé, dénoncé ou mis en cause, autrement dit, jusqu'au terme de l'accord. Dans ce cas, celui-ci peut trouver à s'appliquer pendant de très nombreuses années. Cette solution semble la plus logique au regard du droit commun des accords collectifs de travail. En faveur d'une telle lecture, cf. J. Barthélemy, *Droit social*, 2013, p. 569. Le CE, pour sa part, a estimé dans son avis du 26 septembre 2013, qu'« un réexamen par les partenaires sociaux des modalités d'organisation de la mutualisation des

seconde option serait en mesure de conférer au statut collectif une stabilité toute relative ou à tout le moins une certaine sécurité juridique.

Amenée à interpréter cette décision, la Cour de cassation a estimé qu'il en résultait que « les contrats en cours sont les actes ayant le caractère de conventions ou d'accords collectifs ayant procédé à la désignation d'organismes assureurs pour les besoins du fonctionnement des dispositifs de mutualisation que les partenaires sociaux ont entendu mettre en place, voire les actes contractuels signés par eux avec les organismes assureurs en vue de lier ces derniers et de préciser les stipulations du texte conventionnel de branche »⁴³. Elle se situe ainsi dans la lignée de l'avis rendu par le Conseil d'Etat le 26 septembre 2013⁴⁴.

468. Dans la même lignée mais sur un autre plan, le Conseil d'Etat n'hésite pas, dans le domaine des conventions médicales, à écarter les clauses entachées d'illégalité du reste de l'accord. L'objectif est d'atténuer les effets des annulations récurrentes de certaines stipulations issues des conventions médicales⁴⁵. Il rompt de la sorte, avec la théorie de l'indivisibilité des conventions qui procède au demeurant, d'une lecture très « privatiste » des conventions. Il n'est guère étonnant aussi, que le souci de préserver à tout prix les accords se manifeste essentiellement dans le cadre d'accords collectifs de service public. A chaque fois, l'objectif est de préserver autant que faire se peut, le compromis précieux auquel les négociateurs sont difficilement parvenus.

469. *In fine*, il est un aspect de la liberté conventionnelle qui mérite d'être mis en valeur, surtout dans un contexte de promotion de la négociation collective. Cette liberté implique également que les négociateurs soient en mesure de refuser de conclure un accord collectif. Le Haut Conseil considère à ce titre, que l'alinéa 8 « n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer dans tous les cas que cette détermination soit subordonnée à la conclusion d'accords collectifs »⁴⁶.

risques selon une périodicité ne pouvant excéder cinq ans » étant prescrit, il pourrait être admis qu'il mettrait fin à la période de survie des clauses de désignation. Cette proposition constitue une voie médiane entre disparition brutale des clauses de désignation et survie sur le long terme.

⁴³ Soc. 11 février 2015, n° 14-13.538.

⁴⁴ CE, avis du 26 septembre 2013, n°387895.

⁴⁵ CE, 14 avril 1999, Syndicat des médecins libéraux, *Droit social*, 1999, p. 600, note D. Truchet ; plus récemment v. CE, 22 octobre 2014, Syndicat des médecins d'Aix et région et autres, n° 364384, 365276, 365818, 365822.

⁴⁶ CC, décision n° 96-388 DC du 20 mars 1997.

2 Liberté de choix du niveau de négociation

470. Conformément à la recommandation n°163 de l'OIT, des mesures adaptées doivent être prises pour que la négociation collective soit possible à quelque niveau que ce soit⁴⁷. Dans le même sens, la commission d'experts précise à ce titre que « le choix devrait normalement « être du ressort des partenaires sociaux eux-mêmes puisqu'ils sont les mieux placés pour décider du niveau de négociation le plus approprié »⁴⁸. Cette liberté de choix du niveau de négociation est assurément induite par le principe de participation. En effet, celui-ci prévoit la possibilité pour les salariés d'être associés à la prise de décision, peu importe son niveau de formulation. Cette liberté de choix du niveau de négociation n'est pas à proprement parler, reconnue par le Conseil constitutionnel⁴⁹. Reste à savoir, si une telle liberté est reconnue au-delà des accords collectifs de travail. Une analyse succincte permet de dégager deux tendances. Les négociations centralisées sont nombreuses. Telle est la conséquence d'un état de nécessité. Certaines dispositions conventionnelles n'ont de sens que si elles ont vocation à rayonner le plus largement possible **(a)**. Parallèlement, des formes de négociation décentralisée se développent. Ce mouvement est l'écho de la conviction que plus la norme conventionnelle est édictée à un niveau décentralisée, plus elle est légitime **(b)**.

a) La négociation centralisée : le registre de la nécessité

471. Deux types de négociation centralisée peuvent être distingués, selon qu'elles se déroulent à un niveau de négociation intersectoriel **(i)** ou sectoriel **(ii)**.

⁴⁷ BIT, 1985, paragr. 4, p. 270.

⁴⁸ BIT, 1994 a, paragr. 249. Elle estime également qu'une législation fixant « impérativement le niveau de la négociation collective à un échelon supérieur (secteur, branche d'activité, etc.) pose également des problèmes de compatibilité avec la convention n°98 ».

⁴⁹ Ce dernier indique néanmoins, sur le fondement de l'alinéa 8 du Préambule de 1946, qu'il est loisible au législateur de « laisser les partenaires sociaux déterminer, dans le cadre qu'il a défini, l'articulation entre les différentes conventions ou accords collectifs qu'ils concluent au niveau interprofessionnel, des branches professionnelles et des entreprises » ; CC, décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, considérant 8.

i. Négociations intersectorielles

472. Le niveau national interprofessionnel est un niveau privilégié de négociation des conventions de Sécurité sociale. Rien de surprenant, dès lors que la plupart d'entre eux sont susceptibles d'acquiescer une force juridique digne de celle d'un règlement. Or, il n'y a pas de niveau plus approprié pour conférer une telle portée à ces accords. Il est intéressant de remarquer sur ce point que, même si le droit du travail a connu les premières expériences de négociation à ce niveau comme l'attestent les accords de Matignon de 1936, c'est dans le domaine de la protection sociale que ce type de négociation s'est manifestée avec le plus d'intensité. Il en a été la terre d'élection, bien avant que la loi du 13 juillet 1971 le reconnaisse officiellement en droit du travail. Par ce biais, naquirent l'assurance chômage et les régimes de retraite complémentaires obligatoires. L'absence de reconnaissance avant 1971, d'une identité juridique propre explique d'ailleurs que le Conseil d'Etat ait, dans son arrêt du 2 janvier 1959, refusé de valider l'arrêté d'extension d'un avenant de l'accord AGIRC du 14 mars 1947⁵⁰. Or, à l'époque, seul un accord de branche pouvait faire l'objet d'une telle extension. Les négociateurs sociaux, sous l'impulsion des pouvoirs publics, ambitionnaient de généraliser et de pérenniser les garanties créées en les rendant obligatoires. Pour ce faire, il est apparu nécessaire de mutualiser les risques et les ressources sur un espace géographique et professionnel suffisamment vaste⁵¹. L'importance de cette solidarité est telle que la négociation de l'accord à ce niveau est aujourd'hui posée comme une condition de l'agrément par l'article L. 5422-22 du Code du travail en matière d'assurance chômage. L'article L. 921-4 du Code de la Sécurité sociale prévoit pour sa part, que les régimes de retraite complémentaire sont institués par des ANI étendus et élargis⁵². Cette dernière précision est d'importance car, qu'il soit question d'agrément ou d'extension et

⁵⁰ CE, 2 janvier 1959, *Droit social*, 1960, p.50. Voir sur cet arrêt dans le même numéro, les développements de P. Durand, « Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale », *Droit social*, 1960, pp. 47 et s.

⁵¹ En ce sens, les ANI s'apparentent à des « accords de gestion sociale qui mettent en œuvre des mécanismes de solidarité interentreprises » ; J. Péliissier, G Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 27^{ème} éd., 2012, p. 1350.

⁵² De manière moins explicite mais tout aussi significative, l'article L.921-1 du Code de la Sécurité sociale dispose qu'une « solidarité interprofessionnelle et générale sera organisée » entre les institutions de retraite complémentaires autorisées.

d'élargissement, ces mécanismes ont pour but d'asseoir le régime en généralisant les garanties mises en place⁵³.

473. Les ANI permettent également de manière plus classique, d'orienter les négociations de branche. Il en va ainsi notamment des accords-cadres conclus avec les représentants de certains professionnels de la santé. Ces accords, prévus par l'article L.162-1-13 du Code de la sécurité sociale, sont très rares. Le premier n'a été signé que le 15 mai 2012 entre l'UNCAM et l'Union nationale des professions de santé (UNPS). Celui-ci fixe des principes généraux applicables à l'ensemble des professions de santé concernées qui doivent être relayés dans le cadre des conventions nationales propres à chaque profession⁵⁴. Il a fallu pas moins de dix ans après leur mise en place, pour qu'un tel accord soit signé mais avec un résultat assez médiocre, celui-ci ne contenant que des déclarations d'intentions. Dans la même optique, l'article L.162-14-1 du Code de la Sécurité sociale prévoit que des accords conventionnels interprofessionnels intéressant plusieurs professions de santé et visant à améliorer l'organisation, la coordination et la continuité des soins ou la prise en charge des patients, peuvent être signés. Le peu d'engouement manifesté en faveur de ces négociations interprofessionnelles dénote un véritable échec, celui du « modèle conventionnel bâti sur les fondements de la réforme de 2004 »⁵⁵. Cela s'explique notamment par la crainte de l'assurance maladie à propos de surenchères entre professions et par la volonté des organisations syndicales d'obtenir des avantages spécifiques⁵⁶. Il en résulte un paysage tarifaire fortement éclaté qui en obscurcit la lisibilité et relègue au second plan, certains acteurs qui avaient été pensés comme des acteurs clefs de la politique conventionnelle interprofessionnelle, qu'il s'agisse de l'UNPS ou bien encore de l'UNOCAM.

474. Le droit des baux d'habitation connaît également des formes de négociation centralisée. Il n'est pas question de négociation interprofessionnelle car les échelons de négociation s'articulent autour du patrimoine du ou des bailleurs et non d'une profession. Au niveau national, les accords collectifs de location peuvent être conclus pour un ou

⁵³ Sur cette vocation de l'ANI, lire notamment, Ph. Langlois, « Qu'est-ce que l'interprofession ? » *Droit social*, 2005, p. 640.

⁵⁴ Il contient également les mesures que les négociateurs jugent appropriées pour garantir la qualité des soins dispensés et une meilleure coordination des soins ou pour promouvoir des actions de santé publique.

⁵⁵ Rapport Cour des comptes, septembre 2014, p. 255.

⁵⁶ V. en ce sens, Rapport Cour des comptes, septembre 2014, p. 246.

plusieurs secteurs locatifs⁵⁷. On parle alors de négociation sectorielle ou intersectorielle⁵⁸. A l'inverse des accords collectifs de travail, où la naissance et la délimitation des branches sont le fruit de l'autonomie collective, les secteurs locatifs sont expressément définis par la loi⁵⁹. Le législateur a souhaité qu'ils soient homogènes afin de favoriser la négociation. Ils sont au nombre de quatre⁶⁰. La définition de ces secteurs par la loi est potentiellement lourde de conséquences. Rien n'interdit en effet, au législateur de redéfinir les frontières de ces secteurs et par là même le champ d'application d'un accord, ce qui ne va pas sans poser quelques problèmes de sécurité juridique et de respect de la volonté des négociateurs⁶¹. La conclusion d'un accord au niveau national répond bien entendu, comme en droit du travail, au désir d'appliquer le plus largement possible le contenu de l'accord supposé, si ce n'est plus avantageux pour les locataires, plus équilibré.

ii. Négociations sectorielles

475. Les négociations sectorielles sont également très prisées. Elles n'en portent pas toujours le nom, comme l'attestent les accords conclus dans le domaine agricole qui sont qualifiés d'interprofessionnels par la loi. L'appellation ne saurait masquer que lesdits accords, bien que signés par des représentants de professions différentes, concernent un produit bien défini⁶². Ils constituent en cela, selon nous, des accords sectoriels. De tels accords sont également conclus dans le domaine de la propriété intellectuelle. L'ordonnance

⁵⁷ La faculté de conclure un accord au niveau national a initialement été pensée par la loi Quilliot. La loi Méhaignerie a toutefois mis un terme à ce type de négociation avant que la loi Mermaz ne l'a rétablisse.

⁵⁸ Avant 1986, les accords collectifs nationaux ne pouvaient être conclus que « pour un même secteur locatif ». L'article 3 de la loi n° 2006-685 du 13 juin 2006 a changé la donne.

⁵⁹ Art. 41 ter de la loi du 23 décembre 1986.

⁶⁰ Le secteur 1 regroupe les logements appartenant ou gérés par les organismes d'HLM. Le secteur 2 regroupe les logements des sociétés d'économie mixte, des sociétés immobilières à participation majoritaire de la Caisse des dépôts et consignations, des collectivités publiques, des sociétés filiales d'un organisme collecteur de la contribution des employeurs à l'effort de construction et aux filiales de ces organismes. Le secteur 3 comprend les logements appartenant aux entreprises d'assurance, aux établissements de crédit, aux sociétés de financement, à leurs filiales ainsi qu'à ceux des personnes morales autres que celles qui composent les deux premiers secteurs locatifs. Le dernier secteur regroupe les logements appartenant aux bailleurs personnes physiques et aux SCI constituées exclusivement entre parents et alliés jusqu'au quatrième degré inclus.

⁶¹ En ce sens, la loi « SRU » du 13 décembre 2000 (article 197) a intégré dans le secteur 3 des sociétés qui relevaient auparavant du secteur 4, à savoir les personnes morales autres que les « sociétés civiles de famille ». Or l'accord collectif national du 9 juin 1998 avait fait l'objet d'un décret le 22 juillet 1999 le rendant applicable aux sociétés appartenant aux deuxième et troisième secteurs locatifs. En conséquence, cet accord est devenu applicable à l'ensemble des personnes morales propriétaire autres que les sociétés civiles dites familiales à compter du 14 décembre 2000, date d'entrée en vigueur de la loi SRU.

⁶² Des représentants de producteurs, de transformateurs ou de distributeurs.

du 12 novembre 2014 prévoit ainsi que les organisations professionnelles représentatives des auteurs et des éditeurs du secteur du livre, peuvent conclure un accord qui pourra être rendu obligatoire pour l'ensemble du secteur par arrêté du ministre chargé de la culture⁶³. Le statut négocié des agents généraux d'assurance constitue également un accord de type professionnel.

476. Quelques remarques doivent ici être formulées à propos du cas particulier des accords conclus avec les professionnels de santé. La spécificité des professions engagées dans le service public de la santé implique un traitement différencié. Il s'agit bien souvent d'accords nationaux. Cela n'a pas toujours été le cas. En effet, initialement en 1945, ces conventions devaient être conclues au niveau départemental⁶⁴. Toutefois, le système ne connut pas un franc succès auprès du corps médical. Peu de conventions furent signées. Les tarifs des honoraires étaient alors établis d'autorité par une commission nationale. Toutefois, les dépassements d'honoraires étaient fréquents. Une grande partie des dépenses de santé restaient ainsi à la charge des assurés. Dès lors, d'un département à l'autre, le traitement des assurés différait grandement, suffisamment pour provoquer l'ire d'un auteur pour qui, « rarement discordance fut plus grave entre le fait et le droit ; rarement le principe de l'égalité devant le service public fut plus gravement et plus injustement méconnu »⁶⁵. Finalement, l'idée d'une convention nationale fit son chemin. Craignant sans doute une réforme radicale du système au vu de l'évolution des dépenses de santé, la CSMF lança la première et contre toute attente, l'idée, moyennant la consécration légale des principes fondamentaux de la médecine libérale et notamment de la liberté de fixer les tarifs. Or un

⁶³ Art. L. 132-17-8 du Code de la propriété intellectuelle introduit par l'ordonnance n°2014-1348 du 12 novembre 2014 - art. 8.

⁶⁴ Elles devaient être approuvées par une commission nationale tripartite puis contrôlés par des commissions départementales paritaires Sur l'évolution du régime juridique des conventions médicales, v. Ch. Prieur, « L'évolution historique de l'organisation des relations entre la médecine libérale et les régimes d'assurance maladie : 1930-1976 », *RTDSS*, 1976, p. 306.

⁶⁵ J.-J. Dupeyroux, « La Sécurité sociale et les médecins, analyse d'une réforme », *D.*, 1960, chron. XXX, p. 184. Cette inégalité perdura sous le régime du décret Bacon du 12 mai 1960. Les conventions médicales, toujours conclues au niveau départemental, devaient se conformer à une convention-type dont toutes les clauses étaient obligatoires. Il existait ainsi un semblant de coordination nationale. De plus, la conclusion de ces accords au niveau départemental n'a pas empêché la recherche d'un accord de portée nationale entre la CSMF et la FNOSS, ancêtre de la CNAMTS. Le système eu d'ailleurs un certain succès. Il fonctionna sans anicroches dans pas moins de 82 départements. Cependant, demeurèrent quelques bastions de résistance dans des départements tels que la Seine et les Alpes-Maritimes ou bien encore dans la région Rhône-Alpes où le taux de conventionnement des médecins restait décevant. Sur ces questions, v. C. Michel, « L'évolution du régime des conventions entre les médecins et l'assurance maladie », *Droit social*, 1977, p. 50.

système qui entend concilier de tels principes avec un régime obligatoire de couverture sociale des dépenses de santé, ne pouvait fonctionner que si une grande majorité des assurés se voyaient garantir un remboursement effectif. Pour ce faire, il apparaissait nécessaire qu'une grande part de médecins acceptent de se soumettre à ce régime. La loi du 3 juillet 1971 entérina la proposition en remplaçant les conventions départementales par une convention nationale engageant, à quelques exceptions près, l'ensemble des médecins. Il en va du principe d'égalité des usagers devant le service public. Véritable « pierre angulaire de l'idéologie juridique du service public »⁶⁶, ce principe général du droit qui régit le fonctionnement des services publics⁶⁷, suppose que tous les usagers aient accès aux services nonobstant certaines différences de traitement justifiées par des critères objectifs⁶⁸.

Envisagés ici isolément, les accords ici de négociations centralisées, prennent bien souvent place dans un canevas conventionnel réservant une place à une négociation plus locale.

b) Une négociation décentralisée : le registre de la proximité

477. Si les accords collectifs qui s'inscrivent dans le cadre d'un service public sont essentiellement négociés à un niveau interprofessionnel ou professionnel, il existe toutefois des négociations moins centrales. L'article L. 341-6 du Code de l'action sociale et des familles prévoit ainsi que les conventions applicables aux salariés des établissements et services sociaux et médico-sociaux à but non lucratif, sont des « conventions collective de travail, conventions d'entreprise ou d'établissement ». Le Conseil d'Etat précise à ce titre, que la capacité de négocier et de conclure des accords d'établissements, s'agissant des organismes de Sécurité sociale, constitue un principe général du droit. Pourtant, en dehors du cas particulier des 35 heures, le poids de la négociation d'entreprise a longtemps été réduit à la portion congrue dans le secteur social et médico-social⁶⁹. Depuis, le nombre d'accords d'entreprise soumis à agrément a augmenté grâce à l'instauration d'une obligation de

⁶⁶ G. J. Gugliemi et G. Koubi, *Droit des services publics*, Domat public, Montchrestien, p.555, 2011.

⁶⁷ V. notamment : CE ass, 1^{er} avril 1938, L'Alcool dénaturé de Coubert, Rec. p. 337, *RDJ*, 1939, p. 487 ; CE 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, Rec. p. 151 ; CC, 27 juillet 1982, n°84-141 DC.

⁶⁸ CE, 16 mars 1977, *Association Loisirs et Défense*, Rec. p. 139.

⁶⁹ Cf. P. Gaudier, « Quel avenir pour le régime de l'agrément des accords collectifs et conventions collectives de travail dans le secteur social et médico-social ? », *RDSS*, 2012, p. 911.

négozier sur l'emploi des salariés âgés⁷⁰. En dehors de ces accords spécifiques, l'activité conventionnelle au niveau de l'entreprise reste très modérée. Les tensions suscitées par les contraintes financières spécifiques du secteur n'expliquent pas tout. Ce rejet « est pour partie lié au poids historique et structurant des conventions collectives nationales permettant d'harmoniser les droits des salariés couverts et qui jusqu'à une période récente ont concentré la négociation collective du secteur »⁷¹. La négociation menée au niveau national, est fortement encadrée par le taux d'évolution annuel de la masse salariale. La négociation salariale, lourde d'enjeux dans de telles branches, ne pouvait ainsi qu'y trouver un point d'ancrage. Il serait toutefois bien expéditif de conclure à l'échec de la négociation d'entreprise dans ce secteur. En réalité, des négociations informelles ont bien lieu. Simplement, elles aboutissent à de simples protocoles d'accords, échappant aux yeux de leurs créateurs à la procédure d'agrément légal. De même, certains accords d'entreprise sont volontairement soustraits à cette procédure par les employeurs du secteur au motif qu'ils n'auraient aucune incidence financière.

478. Assez fréquemment, les négociations décentralisées permettent aux négociateurs d'adapter au contexte local, les dispositions prévues par les accords conclus à des niveaux plus centralisés. Pour justifier une telle faculté d'adaptation, il est bien souvent fait état d'une exigence de proximité mais aussi de flexibilité. Cela ne signifie pas pour autant que les accords locaux peuvent nécessairement déroger aux accords dont le champ d'application est le plus large. Le statut des agents généraux d'assurance négocié au niveau fédéral constitue ainsi un cadre dans lequel doivent s'inscrire les accords collectifs conclus entre les syndicats professionnels et entreprises d'assurance qui s'imposeront, pour leur part, aux traités de nomination⁷². L'entreprise est là encore, le niveau local de référence. Cela n'est toutefois pas

⁷⁰ 548 accords conclus en 2010 et 385 accords conclus en 2011. Les accords relatifs aux salariés âgés ont représenté les trois quarts de l'activité de la CNA en 2010, la moitié en 2011 ; *Evaluation de la procédure d'agrément des conventions et accords collectifs d'entreprise et d'établissement du secteur social et médico-social*, P. Sitruk, IGAS, septembre 2012, p. 4.

⁷¹*Loc. cit.* Ce secteur se structure autour de trois branches : celle des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif, celle des établissements et services pour personnes handicapées et inadaptées ainsi que celle de l'aide, de l'accompagnement, des soins et des services à domicile.

⁷² Un système de « poupées russes » est ainsi mis en place. La plus grande se dénomme décret du 15 novembre 1996, elle contient la convention du 16 avril 1996, qui à son tour abrite la troisième qui est l'accord entre la compagnie et ses agents généraux et enfin la quatrième et dernière est le traité entre la compagnie et tel de ses agents » ; B. Beignier, *Droit des assurances*, Domat droit privé, Montchrestien, 2011, p. 126. Le préambule de la convention du 16 avril 1996, précise en ce sens que la convention constitue le cadre impératif dans lequel

systematique. Ainsi, il est admis que les accords interprofessionnels conclus dans le domaine agricole, puissent être mis en œuvre par des conventions de campagne conclues selon l'article L. 631-17 du Code rural, sous certaines conditions, par des organisations régionales ou locales. Dans le domaine des accords collectifs de location, l'entreprise ne constitue pas, là encore, le niveau élémentaire de négociation. L'article 42 de la loi du 23 décembre 1986 dispose, en effet, que les bailleurs appartenant à l'un des quatre secteurs locatifs définis par la loi, peuvent conclure des accords collectifs locaux portant sur tout ou partie de leur patrimoine. Les négociations locales se déroulent ainsi au sein d'un immeuble ou d'un groupe d'immeubles. Celles-ci n'ont pas véritablement vocation à mettre en œuvre ou à adapter les accords conclus à des niveaux plus centralisés mais plutôt de contribuer à l'essor d'un statut collectif local propre au patrimoine concerné.

3. Un « principe » de loyauté

479. Une attention toute particulière est accordée depuis quelque temps au principe de loyauté, dans le domaine des accords collectifs de travail, sans qu'on puisse affirmer, pour autant, qu'elle y joue un rôle décisif⁷³. Sans doute, il n'est apparu véritablement nécessaire d'encadrer le déroulement de la négociation collective que dans certains cas précis, spécialement lorsque sont instituées des obligations de négocier. La démarche, bien qu'encore modeste, n'en demeure pas moins significative en ce qu'elle signale la volonté des acteurs du droit de porter le regard sur le processus de négociation. Le lien avec le principe de participation n'a cependant rien d'évident. La jurisprudence du Conseil constitutionnel est trop évasive pour constituer un véritable point d'ancrage. Le Haut conseil indique néanmoins que « le respect du 8^{ème} alinéa implique que les représentants des salariés bénéficient des informations nécessaires pour que soit assurée la participation du personnel à la détermination collective des conditions de travail »⁷⁴. Le Haut Conseil prévoit néanmoins que le législateur doit garantir l'indépendance des agents de négociation à l'égard de

doivent s'inscrire les accords entre les entreprises d'assurances et les syndicats professionnels de leurs agents généraux, ainsi que les traités de nomination des agents généraux qui en découlent.

⁷³ La doctrine y a consacré de nombreuses études, Y. Chalaron, « La conduite de la négociation », *Droit social*, 1990, p. 584 ; J. Péliissier, « La loyauté dans la négociation collective », *Droit ouvrier*, 1997, p. 496 ; M. Miné, « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », *Travail et emploi*, n°84, octobre 2000, p. 47 ; M.-A. Souriac, « Loyauté dans la négociation collective : une nouvelle étape ? », *RDT*, 2008, p. 188.

⁷⁴ Décision 93-328 DC du 16 décembre 1993.

l'employeur⁷⁵. Ce principe constituerait même, selon le TGI de Paris, l'un des principes généraux de la négociation collective⁷⁶. La jurisprudence de la Cour de cassation est assurément plus conséquente. Celle-ci a patiemment consolidé et généralisé l'obligation de convoquer toutes les organisations syndicales représentatives à la négociation d'un accord collectif, sous peine de nullité⁷⁷. Mieux, elle s'est référée pour cela, aux alinéas 6 et 8 du Préambule de la Constitution de 1946. Plus encore, elle a estimé que cette obligation de négocier avec l'ensemble des organisations syndicales représentatives devait être respectée pendant toute la durée de la négociation⁷⁸.

Le législateur n'est pas en reste. Ponctuellement, il enrichit l'exigence de loyauté. La loi sur le travail de nuit du 9 mai 2001 constitue à ce titre un tournant. En effet, elle affirme pour la première fois qu'il appartient à l'employeur d'engager « sérieusement et loyalement » une négociation en vue de la conclusion d'un accord collectif. Il en résulte notamment que l'employeur doit convoquer toutes les syndicats représentatifs, fixer le lieu et le calendrier des négociations et transmettre aux négociateurs les informations nécessaires pour qu'ils puissent négocier en toute connaissance de cause⁷⁹. Ces exigences sont aujourd'hui applicables aux cas de négociation obligatoire annuelle⁸⁰. Plus fondamentalement, ces exigences « ainsi formalisées par voie législative paraissent destinées à valoir pour toute négociation collective », étant précisé que « le principe de participation pourrait être utilement invoqué au soutien de leur généralisation »⁸¹. Pris au pied de la lettre, cette affirmation pourrait fonder une application de cette exigence aux cas de négociation collective se développant en dehors du droit du travail.

480. Les obligations découlant du principe de loyauté pèsent essentiellement sur l'employeur en droit du travail, spécialement en cas d'obligations de négocier. Or, en dehors

⁷⁵ Décision 96-383 DC du 8 novembre 1996.

⁷⁶ TGI Paris, 1^{re} ch., 1^{re} section, 18 juin 1996 ; *JCP* éd. E., 1996, 894, obs. B. Teyssié.

⁷⁷ A. Mazars, « Le juge qui s'invite à la négociation », *Droit ouvrier*, 2008, p. 282.

⁷⁸ Soc. 10 octobre 2007, n°06-42.721, « la nullité d'une convention ou d'un accord collectif est encourue lorsque toutes les organisations syndicales n'ont pas été convoquées à sa négociation, ou si l'existence de négociations séparées est établie, ou encore si elles n'ont pas été mises en situation de discuter les termes du projet soumis à la signature, en demandant, le cas échéant, la poursuite des négociations jusqu'à la procédure prévue pour celle-ci », *RDT*, 2008, p. 188, note de M.-A. Souriac.

⁷⁹ Sur cette question, cf. M.-A. Souriac, « Actualité et devenir de l'obligation de négocier. Quelques aperçus », in *Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 498.

⁸⁰ Art. L. 2242-1 et s. du Code du travail.

⁸¹ I. Odoul-Asorey, *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches de droit*, LGDJ, 2013, p. 306.

de cette branche, il existe rarement de telles obligations pesant sur un débiteur clairement identifié. Néanmoins, on remarquera qu'en matière d'assurance chômage, le Conseil d'Etat a estimé que le président de l'UNEDIC devait convoquer l'ensemble des organisations syndicales représentatives⁸². Il en va de même en matière de convention médicale où l'ensemble des organisations syndicales représentatives doit, en principe, être appelé à la négociation⁸³. Il convient de préciser néanmoins, que celle-ci n'est pas entachée d'irrégularité lorsqu'une organisation décide d'elle-même d'abandonner les négociations. Très logiquement, la Cour de cassation a également jugé que toutes les organisations syndicales représentatives de l'entreprise devaient être convoquées en cas de négociation d'un accord visant à mettre en place un système de retraite complémentaire⁸⁴. Il n'y a là, somme toute, qu'une application du droit commun des accords collectifs de travail. A vrai dire, à chaque fois qu'une condition de représentativité des signataires de l'accord est posée, il paraît difficile de ne pas inviter les organisations représentatives à sa négociation. C'est ce que semblait vouloir signifier M. Labetouille, commissaire du gouvernement, en affirmant à propos des conventions médicales que « la possibilité de ne signer la convention qu'avec l'une seulement des organisations les plus représentatives trouve sa contrepartie dans l'obligation de toutes les faire participer à la négociation »⁸⁵. Il va sans dire qu'*a fortiori*, il en va de même lorsque l'unanimité des organisations représentatives est posée comme condition. De même, dans d'autres domaines, cette obligation n'a pas véritablement d'intérêt. Il en va ainsi des accords collectifs de location nationaux conclus au sein de la Commission nationale de concertation qui, de fait, comprend des représentants des organisations représentatives de bailleurs, de locataires et de gestionnaires.

481. Les obligations découlant du principe de loyauté ne se résument pas à une simple obligation de convocation. Le Conseil d'Etat estime ainsi, en matière d'assurance chômage, que les négociateurs ne sont pas autorisés par leur comportement à dénaturer la

⁸² CE, 20 avril 2005, *La Gazette du Palais*, n° 284, 11 oct. 2005.

⁸³ Il s'agirait même de l'un des moyens les plus sûrs d'obtenir l'annulation d'un arrêté d'approbation. V. en ce sens, CE, ass., 2 décembre 1983, *Confédération des syndicats médicaux français et a.*, *AJDA*, 1983, p. 667, chron. Lasserre et Delarue ; *Droit social*, 1984, note X. Prétot ; CE, 19 février 1975, Syndicat des médecins du Rhône, Rec., p. 129 ; CE, 25 mai 1979, Fédération des chirurgiens-dentistes de France, CE, 8 mars 1980, Organisation des syndicats infirmiers libéraux, *Droit social*, 1981, p. 349, obs. Arseguel.

⁸⁴ Soc. 2 décembre 1998, *RJS*, 1999, n°78.

⁸⁵ Concl. D. Labetouille, *Droit social*, p. 144, 2 décembre 1983.

négociation même si le grief n'a pas été retenu dans l'espèce considéré⁸⁶. Les requérants soutenaient que la négociation ayant conduit à l'adoption de la convention agréée par l'arrêté attaqué aurait été viciée par l'absence de deux syndicats représentatifs de travailleurs et par l'attitude de l'une des organisations d'employeurs. Or, le Conseil d'Etat a relevé que ces deux syndicats avaient refusé de prendre part aux dernières étapes de la négociation, alors même qu'ils y étaient invités. De même, il a estimé qu'aucun élément ne démontrait que le comportement de l'une des parties à la négociation aurait dénaturé celle-ci. Toutefois, l'exigence de loyauté n'autorise pas le juge de l'excès de pouvoir à s'assurer que la signature de l'accord a bel et bien été précédée d'une négociation sociale réelle et approfondie, même lorsque l'accord conditionne le versement d'une aide étatique. Il n'a pas, ainsi, à apprécier la qualité de la négociation.

Plus délicate est en revanche, la question de l'information préalable des négociateurs. Le Conseil d'Etat a pu relever en ce sens, toujours en matière d'assurance chômage, qu'aucunes dispositions ne fixent de règles quant à la durée ou à la forme de la négociation. Néanmoins, il semble approuver dans la même espèce ayant donné lieu à cette précision, que l'ensemble des syndicats représentatifs aient reçus préalablement à la négociation tout document utile de la part de l'UNEDIC⁸⁷.

482. Au final, il paraît difficile, pour l'heure, de prendre la mesure d'une exigence de loyauté qui peine à s'affirmer, même si elle a pris du relief grâce à l'essor de certaines obligations de négocier et à l'institutionnalisation de la négociation collective dans certains domaines. Il demeure néanmoins essentiel d'affirmer que toute négociation aspirant à l'atteinte d'un équilibre, devrait obéir à certaines règles élémentaires sans quoi l'accord auquel elle aboutit est nécessairement vicié. L'enjeu est de taille car cet accord, une fois signé, est le siège de normes qui dans certains cas ont vocation à s'appliquer y compris à des individus qui n'y ont pas consenti. Ce principe de normativité exige ainsi qu'une attention toute particulière soit portée aux conditions de conclusion de l'accord.

⁸⁶ CE, 11 juillet 2001, Syndicat Sud Travail et a., *Droit social*, 2001, p. 867.

⁸⁷ CE, 20 avril 2005, Syndicat national des entreprises artistiques, *La Gazette du Palais*, n° 284, 11 octobre 2005.

Paragraphe 2 La normativité de l'accord collectif

483. Il a déjà été souligné dans le cadre de cette étude, que l'accord collectif de travail a pour fonction première la production de normes juridiques. Aussi, il paraît important, alors qu'il est question de dégager une série de principes ayant vocation à embrasser l'ensemble des accords s'inspirant peu ou prou de notre modèle, qu'il soit prêté une attention toute particulière à cette caractéristique. Afin de conserver la gangue principielle jusqu'ici adoptée, il sera fait mention d'un « principe de normativité »⁸⁸. Celui-ci désigne l'exigence selon laquelle une loi ne doit pas être dépourvue de portée normative⁸⁹. Transposée à notre étude, elle a vocation à désigner l'exigence selon laquelle un accord collectif doit être le siège de normes juridiques. Reste à déterminer si celle-ci fait sens, rapportée à l'ensemble des accords jusqu'ici étudiés. Cela implique de déterminer comment ils se situent dans leur environnement normatif par rapport aux autres sources du droit (**B**). Toutefois, il est nécessaire avant cela d'identifier leur nature juridique, leur force juridique en étant logiquement tributaire (**A**).

A) La nature juridique des accords collectifs

484. Il est courant de présenter l'accord collectif de travail comme un contrat doué d'effets règlementaires. Toutefois, l'ensemble des accords qui s'en inspirent, ne sont pas nécessairement dotés de la même nature juridique. Une grande diversité est observable sur ce terrain. Pour en prendre la mesure, une typologie peut être proposée. Selon la qualification retenue, la force juridique de l'accord diffère du tout au tout, de la norme règlementaire à la norme privée de force juridique, mettant à mal au passage la généralité du principe de normativité dont il est ici question. Il convient ainsi de distinguer les accords constitutifs de règlements à élaboration concertée (**1**), de contrats doués d'effets règlementaires (**2**), de contrats collectifs (**3**) et d'engagements d'honneur (**4**).

⁸⁸ Cette expression est notamment empruntée à G. Vedel, *Droit constitutionnel*, 1949, p. 118.

⁸⁹ L'expression fait écho à la décision n° 2005-512 DC du 21 avr. 2005. Sur cette décision et « le principe de normativité », cf. V. Champeil-Desplats, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, janvier 2007.

1. Le règlement à élaboration concertée

485. Le domaine des règlements à élaboration concertée est essentiellement l'apanage des accords de service public. Ils s'apparentent en bien des points, à des actes réglementaires. Le Conseil d'Etat juge ainsi à propos des conventions médicales, que leurs stipulations « s'imposent aux tiers comme aux parties »⁹⁰. Le parallèle avec les accords collectifs de travail étendus est évident. Pour autant, il ne faut point trop s'empresser de qualifier les accords ici évoqués, de règlements. En principe, le Conseil d'Etat distingue très clairement le contrat de l'acte réglementaire. Les incidences de cette distinction sont notamment perceptibles en matière contentieuse. En effet, les contrats administratifs, à la différence des actes unilatéraux, ne peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et relèvent du contentieux de pleine juridiction⁹¹. Toutefois, la frontière entre ces actes est relativement poreuse, l'heure étant depuis quelques années déjà à un rapprochement entre contentieux objectif et subjectif. En effet, l'arrêt Cayzeele a admis que des tiers puissent exercer un recours pour excès de pouvoir à l'encontre des clauses réglementaires des contrats administratifs, dès lors qu'elles contribuent à l'organisation et au fonctionnement d'un service public. Ces stipulations se voient de la sorte reconnaître un caractère réglementaire et sont donc divisibles du reste de l'accord⁹². Or, les accords collectifs de service public pourraient très bien être concernés par cette jurisprudence si tant est qu'ils prennent la forme de contrats administratifs et non pas de simples actes de droit privé.

Tel est le cas des conventions médicales auxquelles il n'était pas question de reconnaître une véritable nature réglementaire initialement⁹³. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a toutefois fait évoluer les choses. Dans une décision du 22 janvier 1990, le Conseil constitutionnel a estimé que l'article 21 de la Constitution ne faisait pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité autre que le Premier ministre, le soin de fixer des normes permettant la mise en œuvre des principes posés par la loi. Aussi, il a jugé que

⁹⁰ CE, 9 oct. 1981, *Syndicat des médecins de la Haute-Loire et autres*, Rec. Lebon, p. 360.

⁹¹ CE Ass. 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*, n° 75040, 75087, etc., RFDA 1987, p. 22, note F. Moderne et P. Delvolvé; D. 1987, p. 98, note F. Llorens; AJDA 1986, p. 328 et p. 284, chron. M. Azibert et M. Fornacciarì.

⁹² CE Ass. 10 juillet 1996, Rec. Lebon, p. 274; AJDA 1996, p. 732, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot; RFDA 1997, p. 89, note P. Delvolvé. Sur cette question, cf. les observations générales de J. Petit, « L'acte constitutif d'une agence régionale de l'hospitalisation est une convention relative à l'organisation d'un service public », AJDA, 1999, p. 164.

⁹³ CE, Sect., 18 octobre 1974, *Confédération nationale des auxiliaires médicaux et paramédicaux et autres*.

l'approbation des conventions médicales avait pour effet « de conférer un caractère réglementaire aux stipulations de la convention »⁹⁴. Emboitant le pas, la Cour de cassation a, à son tour, jugé que l'approbation par arrêté interministériel d'une convention nationale de ce type, lui conférait le caractère d'un acte réglementaire⁹⁵. Le Conseil d'Etat semble en avoir fait de même, non sans quelques difficultés. Plusieurs configurations se sont présentées à lui. Certains accords, ayant fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, avaient pour particularité d'être négociés à la fois par le ministre compétent, des organismes nationaux d'assurance-maladie ainsi que des organisations professionnelles. Tel était notamment le cas de certains accords conclus avec les représentants des directeurs de laboratoires d'analyses de biologie médicale⁹⁶. Or, le Conseil d'Etat a admis la recevabilité d'un recours exercé à l'encontre d'un tel accord, bien que provenant d'une organisation non signataire, autrement dit d'un tiers⁹⁷. Il a donc considéré implicitement qu'un tel acte était bien règlementaire⁹⁸. Toutefois, une telle qualification semblait résulter de l'intervention du ministre lors des négociations⁹⁹.

En dehors des accords tripartites, le Conseil d'Etat a admis qu'un arrêté ministériel d'approbation puisse faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Il estimait à l'orée des années 1980, que cette approbation conférait à l'accord « les effets qui s'attachent aux dispositions règlementaires, présentent un caractère obligatoire et s'imposant aux autorités administratives et aux tiers comme aux parties à la convention »¹⁰⁰. Il n'était donc pas question alors, de qualifier l'accord de règlementaire. Il demeurait un contrat doué d'effets règlementaires. Toutefois, à mesure que l'objet des conventions médicales s'est enrichi, leur nature juridique a évolué. Destinées initialement à aménager les rapports entre parties prenantes, ces conventions se sont vues assignées comme tâche de mettre en œuvre sous le contrôle des pouvoirs publics, des principes édictés par le législateur pour l'organisation et le

⁹⁴ Décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, considérant 23.

⁹⁵ Soc., 18 mai 2000, n° de pourvoi: 98-22330.

⁹⁶ Cet accord était régi par l'article L. 162-14-1 du Code de la Sécurité sociale, abrogé en 1999.

⁹⁷ CE, 10 juin 1994, *Confédération française des syndicats de biologistes*, *Rec. Lebon*, tables, p. 1109.

⁹⁸ Un tel raisonnement pourrait aisément être transposé à d'autres accords tripartites. On songe notamment à la convention pluriannuelle conclue conformément à l'article L. 1233-70 du Code du travail et qui prévoit certaines mesures relatives au contrat de sécurisation professionnelle.

⁹⁹ En ce sens, le commissaire du gouvernement Gilles Le Chatelier a fait valoir que l'accord établissait une réglementation applicable à des tiers qui devaient donc être admis à en demander l'annulation et, que, « s'agissant d'un acte réglementaire émanant pour partie d'un ministre », le Conseil d'Etat devait être reconnu compétent en premier ressort, *RFDA*, 1995, p. 649.

¹⁰⁰ CE, 9 octobre 1981, *Syndicat des médecins de la Haute-Loire et autres*, *Rec. Lebon*, p. 360.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

fonctionnement du service public de la santé¹⁰¹. Cette évolution est perceptible au travers du contrôle de légalité exercé par le ministre lors de l'approbation. Le Conseil d'Etat rappelle en ce sens qu'une convention ne peut être approuvée si elle contrevient aux principes fondamentaux de la Sécurité sociale édictés par le législateur conformément à l'article 34 de la Constitution¹⁰². Le Conseil d'Etat précise de même que « l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté approuvant une convention nationale conclue sur le fondement de l'article L. 162-9 du Code de la Sécurité sociale entraîne les mêmes conséquences que le défaut d'approbation d'une telle convention »¹⁰³. *In fine*, il convient d'admettre que « naguère contrat doué d'effets réglementaires, la convention s'est transformée [...] en un acte réglementaire à élaboration contractuelle, sinon simplement concertée »¹⁰⁴. D'autres accords de service public ont toutefois conservé cette qualification.

2. Le contrat doué d'effets réglementaire

486. Parmi les figures ici identifiées, celle du contrat doué d'effets réglementaires est sans aucun doute, celle qui incarne le mieux le modèle de l'accord collectif de travail. Sa diffusion s'accompagne donc nécessairement de la promotion d'une telle figure. Simplement, il faut indiquer qu'un accord collectif acquiert ces effets réglementaires en propre de par la volonté du législateur **(a)** ou par le biais d'un arrêté d'extension **(b)** ou d'un agrément **(c)**.

a) En propre

487. L'article L. 2262-1 du Code du travail prévoit que les accords collectifs de travail obligent tous ceux qui les ont signés ou qui sont membres des organisations ou des groupements signataires. Il en résulte que les salariés liés par voie de contrat à un employeur qui se trouve soumis à un tel accord collectif, ne peuvent s'y soustraire quand bien même ils n'auraient pas adhéré à une organisation syndicale signataire. Il est

¹⁰¹ La convention tend désormais « plus simplement, à la mise en œuvre, sous le contrôle des pouvoirs publics, des principes édictés par le législateur pour l'organisation et le fonctionnement du service public » ; X. Prétot, « L'évolution du régime juridique des conventions médicales », *Droit social*, 1997, p. 845.

¹⁰² CE, Assemblée, 17 décembre 1993, *Organisation nationales des syndicats d'infirmiers libéraux*, 137262 et autres.

¹⁰³ CE, 30 avril 1997, *Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes, Confédération nationale des syndicats dentaires*, n° 178.105 et 178.861.

¹⁰⁴ X. Prétot, *op. cit.*

communément fait état, à ce titre, d'un effet *erga omnes*. Or, pareille configuration semble être à l'œuvre dans le domaine des accords collectifs de location. L'article 41 ter de la loi Méhaignerie prévoit en effet que ceux-ci s'imposent aux organisations signataires et aux adhérents de ces organisations lorsqu'ils sont conclus aux niveaux départemental ou national. De même, ces accords s'appliquent à l'ensemble des locataires liés par un contrat au bailleur assujetti sans qu'il soit nécessaire de s'assurer qu'ils l'aient signé eux-mêmes ou bien qu'ils aient adhéré à un groupement associatif signataire. L'absence de sanction prévue par certains accords collectifs de location en cas de violation a pu, néanmoins, semer le doute. L'un d'entre eux s'est ainsi vu qualifié en doctrine de simple « un code de bonne conduite »¹⁰⁵. Il faut combattre pareille impression pour au moins deux raisons.

D'une part, le législateur est intervenu pour réaffirmer expressément la portée de ces accords. L'article 15 de la loi du 6 juillet 1989¹⁰⁶ prévoit ainsi que le non-respect de l'une des obligations relatives au congé pour vente d'un accord conclu rendu obligatoire par décret, donne lieu à l'annulation du congé. La formulation est discutable. Elle laisse entendre que la nullité n'est possible que lorsque l'accord est rendu obligatoire par décret. Il ne faut toutefois pas se tromper sur la portée de celui-ci. Il joue le même rôle qu'un arrêté d'extension au sein d'un secteur locatif. Les accords ayant fait l'objet de ce type de décret, demeurent donc obligatoires à l'égard de leurs signataires et de leurs adhérents. D'autre part, les juges admettent également que la violation de ces accords appelle une sanction à même de garantir leur effectivité. Dans un arrêt du 9 janvier 2008, la Cour de cassation a ainsi considéré que la violation de l'accord du 9 juin 1998 entraînait la nullité des congés pour vente en cause¹⁰⁷. Il est intéressant de relever sur ce point qu'en l'espèce, la société bailleuse, auteure du pourvoi, avait argué, sans succès, que ni l'accord collectif du 9 juin 1998 ni le décret d'extension du 22 juillet 1999 ne sanctionnaient par la nullité du congé pour vendre, le non-respect de leurs prescriptions¹⁰⁸. Quelques années plus tôt, la Cour de cassation avait déjà admis une telle solution. En effet, dans un arrêt du 5 mai 2004, elle avait refusé de reconnaître la validité du congé délivré au motif que le bailleur n'avait pas

¹⁰⁵ L'accord relatif aux congés pour vente du 9 juin 1998 est ici visé. P. Pelletier, « Deux ou trois réflexions à propos de la vente d'immeubles par lots », *Rev. Loyers*, 2004, p. 565.

¹⁰⁶ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 modifiée par la loi du 13 juin 2006 n° 2006-685 du 13 juin 2006, dite loi Aurillac.

¹⁰⁷ Civ. 3^e, 9 janvier 2008, n° de pourvoi: 06-18.856.

¹⁰⁸ En somme, il était rappelé qu'en principe une nullité ne pouvait être prononcée sans texte.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

appliqué l'accord collectif du 9 juillet 1998¹⁰⁹. La Haute juridiction est même allée plus loin en étendant de manière audacieuse le champ d'application des accords relatifs aux congés vente et par là même de la sanction qui est attachée à leur violation. Elle a ainsi considéré qu'une cour d'appel avait exactement déduit de la violation de dispositions de l'accord du 9 juin 1998, qualifiées au passage d'ordre public, la nullité de congés pour vendre mais aussi d'offres de vente notifiées aux preneurs¹¹⁰. Une telle interprétation n'avait pourtant rien d'évident s'agissant des offres de vente car comme le rappelle l'intitulé de l'accord, celui-ci avait pour vocation première à protéger les locataires qui, à la suite d'un congé-vente, pouvaient être amenés à quitter les lieux à défaut d'acquisition¹¹¹. Plus récemment encore, la Cour de cassation a, à nouveau, franchi un pas dans l'analyse extensive du champ de l'accord. La question se posait de savoir si celui-ci s'appliquait alors que le bailleur n'avait pas notifié de congé pour vendre mais uniquement une offre de vente. La Cour d'appel de Paris l'a admis dans une série d'arrêts ayant provoqué l'incompréhension de certains auteurs pour qui tout concordait, pour que soit écartée l'application des règles spéciales relatives à l'information des locataires en l'absence de congé-vente¹¹². L'esprit et la lettre de l'accord de 1998 ont ainsi été invoqués¹¹³. Au regard de ce dernier, le bailleur est tenu de réaliser des

¹⁰⁹ Civ. 3^{ème}, 5 mai 2004, n° de pourvoi : 03-11.224.

¹¹⁰ Civ. 3^e, 20 février 2008, Bull. n° 30, pourvoi n° 06-21.122. La Cour de cassation se conforme de la sorte à la position adoptée dans plusieurs arrêts, par la cour d'appel de Paris, CA Paris, 3e ch., 17 nov. 2011, n° 10/11589 - CA Paris, 6e ch. C, 15 mars 2005, n° 2003/09207.

¹¹¹ En principe, l'accord collectif du 9 juin 1998 portait sur les congés vente notifiés lors d'opérations de mise en vente par lots de plus de dix logements dans un même immeuble. Il prévoyait que le bailleur, prêt à rendre publique son intention de vendre, devait notamment délivrer une information particulière aux locataires susceptibles de se porter acquéreurs. A l'issue d'un délai de trois mois suivant la délivrance de cette information, le bailleur devait envoyer aux locataires l'offre de vente prévue à l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975 avant de leur adresser un congé pour vendre conforme aux dispositions de l'article 15-II de la loi du 6 juillet 1989 (cf. l'article 1.2 de l'accord collectif du 9 juin 1998). Or, la question s'était posée de savoir si la méconnaissance des exigences de l'accord, en particulier celles concernant la procédure d'information, devait également être sanctionnée par la nullité des offres de vente. A cette question, la haute juridiction a répondu par l'affirmative. Cette solution vise à empêcher qu'un bailleur puisse, alors même qu'il n'aurait pas respecté la procédure d'information, considérer qu'il a valablement purgé le droit de préemption des locataires et s'autoriser à proposer à un tiers, la vente du logement occupé.

¹¹² CA Paris, 6^e ch. C, 15 mars 2005, n° 2003/09207 ; CA Paris, 3e ch., 17 nov. 2011, n° 10/11589 ; CA Paris, pôle 4, ch. 3, 4 novembre 2010, n° 2008/23271 ; V. pour une critique, P. Pelletier et V. Busquet, « Les règles propres à la vente d'immeubles d'habitation par lots s'appliquent-elles en l'absence de congé-vente ? », *Defrénois*, n°5, 2011, p. 433.

¹¹³ Historiquement, cet accord visait à remédier aux difficultés soulevées lors de la délivrance en 1997, de congés-vente massifs de la part de bailleurs institutionnels à Montreuil ainsi qu'à Paris. L'attention du secrétaire d'Etat de l'époque, Éric Besson, avait été retenue par des associations qui déploraient les conséquences de telles pratiques, surtout s'agissant de locataires aux revenus modestes. Un accord fut ainsi négocié en 1998 au sein de la CNC. Les protections prévues par cet accord, comme son intitulé l'indique, « congés pour vente par lots aux locataires dans les ensembles immobiliers d'habitation », ont été pensées à destination des locataires recevant un congé-vente et se trouvant dans l'obligation de quitter leur logement.

diagnostics techniques dont les modalités de réalisation doivent être examinées avec les associations de locataires. Or, tel n'avait pas été le cas en l'espèce. Le bailleur avait désigné lui-même, sans concertation préalable, le bureau chargé d'établir les diagnostics. Le locataire estimait ainsi qu'il y avait violation de l'accord. Dans un arrêt du 5 septembre 2012, la Cour de cassation s'est rallié à ce point de vue et en a conclu que l'offre de vente était nulle¹¹⁴.

488. Au niveau local, la détermination des bailleurs engagés soulève beaucoup moins de problèmes. En effet, le bailleur conclut directement les accords auxquels il est soumis. Du côté des locataires, les juges veillent à ce que l'accord soit conclu selon les modalités spécifiques prévues quant à leur validité pour leur conférer un effet impératif. Tel est particulièrement le cas, lorsque l'accord est proposé directement par le bailleur aux locataires. L'accord approuvé par la majorité s'impose aux locataires hostiles ou qui se sont abstenus de se prononcer. Ainsi dans un arrêt du 17 septembre 2008, la Cour de cassation a considéré qu'un accord collectif, concernant l'installation d'un portier interphone et l'augmentation annuelle des charges était valable et opposable à tous les locataires, dès lors qu'il avait été approuvé par la majorité des locataires de la résidence¹¹⁵. L'accord est ainsi doté en soi d'effets dépassant le seul cadre du contrat. D'autres accords doivent puiser cette force juridique en extension, dans un arrêté ministériel.

b) Par le biais d'un arrêté d'extension

489. Il n'est pas rare que le législateur emprunte au droit du travail le mécanisme de l'extension, afin de conférer aux accords conclus en dehors de cette branche du droit, un rayonnement à même d'assurer une certaine uniformisation du statut collectif applicable. De la sorte, il les autorise à produire des effets au-delà de leurs seuls signataires. Toutefois, cette force juridique n'est pas intrinsèque à l'accord puisque celui-ci ne se la voit conférer qu'à raison du sceau que décide de lui apposer l'autorité détentrice du pouvoir d'extension. Cette vertu d'égalisation de ce mécanisme présente des avantages à la fois économiques et sociaux. En effet, il permet de garantir que des normes réputées socialement plus justes car

¹¹⁴ Civ. 3^{ème}, 5 sept. 2012, n° de pourvoi : 11-17.630. A nouveau, les dispositions de l'article 2.2 de l'accord du 9 juin 1998 sont qualifiées d'ordre public.

¹¹⁵ Civ. 3^{ème}, 17 septembre 2008, n° de pourvoi : 07-15.784.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

négociées collectivement, s'appliqueront à tous les opérateurs d'un secteur, de telle sorte qu'il ne pourra exister en la matière de concurrence dans le domaine concerné. L'intervention de l'autorité administrative permet en outre, de garantir *a minima*, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, la légalité des stipulations conventionnelles.

L'influence du droit du travail apparaît avec évidence dans le domaine des accords liés à l'exercice d'une activité professionnelle. Le statut des agents généraux d'assurance acquiert ainsi, « au même titre que les accords d'entreprise, par l'effet du décret, un effet normatif sur les contrats individuels (les traités de nomination) qui entrent dans son champ d'application »¹¹⁶. De même, l'article L. 132-25 du Code de la propriété intellectuelle prévoit ainsi, que les accords collectifs relatifs à la rémunérations des auteurs dans le domaine de la production audiovisuelle, peuvent être rendus obligatoires à l'ensemble des intéressés du secteur d'activité par arrêté du ministre chargé de la culture¹¹⁷. Selon des auteurs avisés, ce texte permet d'étendre ces accords « suivant une formule que l'on connaît bien en droit du travail »¹¹⁸, c'est-à-dire « sur le modèle de l'extension des conventions collectives de travail »¹¹⁹. Il s'agit d'offrir aux auteurs « la garantie de bénéficier d'accords collectifs qui stabilisent les usages, harmonisent les pratiques d'une profession et définissent avec précision les modalités de rémunération »¹²⁰. L'introduction de cette faculté d'étendre un accord relatif à la rémunération des auteurs est à mettre au compte de la loi du 1^{er} août 2006. Certains auteurs l'ont très largement appelé de leurs vœux. Les arguments avancés à cette fin, révèlent là encore l'attrait exercé par le modèle de l'accord collectif de travail, modèle idéal. Un auteur a pu soutenir, à ce titre, en 2005 qu'il était urgent de « faire entrer la négociation professionnelle dans le droit des contrats d'auteur » et de reconnaître une

¹¹⁶ J. Bigot et D. Langé, « Le nouveau statut des agents généraux d'assurance », *RGDA*, 1996, n°4, p. 853

¹¹⁷ Un mécanisme similaire est prévu par l'article L. 214-3 du Code de la propriété intellectuelle s'agissant des accords collectifs conclus sur le barème de rémunération et les modalités de versement de la rémunération conclus entre organisations représentatives des artistes interprètes, des producteurs de phonogrammes et des personnes utilisant les phonogrammes.

¹¹⁸ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^{ème} éd., Précis Dalloz, 2012, p. 656.

¹¹⁹ P. Kamina, *Droit du cinéma*, Droit et professionnel, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2014, p. 168. Plusieurs accords ont été étendus sur cette base. Un arrêté du 15 février 2007 a ainsi étendu une série d'accords relatifs à la rémunération des auteurs d'œuvres cinématographiques et d'œuvres audiovisuelles dans le cadre d'exploitations de leurs œuvres, *pay-per-view* et *vod*. Un arrêté du 7 février 2011 a pour sa part étendu le protocole d'accord relatif à la transparence dans la filière cinématographique du 16 décembre 2010 conclu entre organisations de producteurs, d'agents et d'auteurs. Enfin, un arrêté du 6 mai 2013 a étendu en partie le protocole d'accord relatif aux pratiques contractuelles entre auteurs scénaristes et producteurs de fiction du 20 décembre 2012.

¹²⁰ Rapp. Thiollière, n°308 (2005-2006) fait au nom de la commission des affaires culturelles, déposé le 12 avril 2006, p. 224.

faculté d'extension au ministre de la culture au risque de voir certaines entreprises échapper à ce type d'accord. Il était d'ailleurs relevé que cette possibilité existait déjà s'agissant de la rémunération des artistes-interprètes et qu'elle avait déjà été proposée « dans des domaines extérieurs au droit du travail, d'ailleurs proches du droit d'auteur, en particulier le droit de la consommation ». Pour achever de convaincre le lecteur, l'auteur soutenait que les auteurs avaient « tout à gagner d'une telle évolution, qui irait vers plus de liberté dans l'aménagement d'une loi rédigée en 1957 sous l'unique angle de l'affrontement entre les partenaires contractuels » et la consécration « de solutions pragmatiques, conçues par les sociétés qui les représentent »¹²¹. Là encore, la dimension idéale de l'accord collectif de travail est largement relayée.

Cependant, cette référence au modèle n'est pas sans soulever quelques difficultés sur le terrain de la qualification et du régime juridique des accords ainsi signés. Ainsi, s'agissant de la rémunération conventionnelle des artistes-interprètes, il a pu être soutenu que ces derniers « sont ouvertement traités [...] comme des salariés et les producteurs comme des employeurs ». Plus encore, il a pu être avancé, s'agissant de l'extension des accords portant sur cette rémunération, que « la difficulté vient de ce que la différence de nature entre les conventions (c'est-à-dire les conventions collectives), et les accords (c'est-à-dire les accords spécifiques) interdit de recourir à la même procédure » d'extension, les premières étant étendues par arrêté du ministre du Travail, les seconds par arrêté du ministre de la Culture¹²². Le propos semble révéler un malentendu sur le régime des accords collectifs et celui des conventions collectives au sens du Code du travail qui est identique en matière d'extension et d'élargissement. Celui-ci est sans doute dû, en partie, aux propos tenus par le ministre de la Culture lors des travaux parlementaires ayant précédé la loi du 3 juillet 1985¹²³. Interrogé sur la nature des accords relatifs à la rémunération des artistes interprètes, celui-ci avait estimé qu'il s'agissait de conventions collectives au sens du Code du travail tout en leur reconnaissant une certaine spécificité. Le projet de loi prévoyait d'ailleurs qu'il appartenait au ministre de la Culture d'étendre un accord ainsi conclu. Le rapport Jolibois en avait conclu que « l'arrêté du ministre de la Culture est donc une

¹²¹ B. Montels, « L'audiovisuel dans la société de l'information », *Communication Commerce électronique*, n° 7, Juillet 2005, alerte 202.

¹²² A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Lexis Nexis, 4^{ème} éd., 2012, p. 1019.

¹²³ Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 sur le droit d'auteur.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

procédure nouvelle tout à fait extérieure au droit du travail » ou même que le projet de loi « innove en créant un type nouveau d'accord collectif »¹²⁴. Manifestement soucieux de rattacher ces accords au droit du travail, le législateur a ôté cette référence du texte final. L'article L. 212-8 du Code de la propriété intellectuelle prévoit désormais que l'extension est prononcée par le « ministre compétent ». Cette manœuvre ne change rien cependant au fait qu'il est dévolu au ministre de la Culture cette tâche comme l'atteste l'extension de l'accord du 11 juillet 2012 par le ministre de la Culture¹²⁵.

490. Les accords collectifs de location conclus au niveau national peuvent également être étendus par décret conformément à l'article 41 ter de la loi du 23 décembre 1986¹²⁶. Il s'agit là encore, d'unifier dans un secteur, le statut collectif applicable. La loi prévoit pour cela que l'accord doit avoir fait l'objet d'une publication d'avis au Journal officiel depuis plus d'un mois. En l'absence d'opposition de la majorité des organisations représentatives des bailleurs et des locataires, l'accord pourra alors être rendu obligatoire par décret, pour tous les logements des secteurs locatifs concernés¹²⁷. La loi Méhaignerie prévoit également que le décret d'extension peut, après avis motivé de la Commission nationale de concertation et sans modifier l'équilibre de l'accord, en distraire certaines clauses. Cette possibilité est en grande partie calquée sur celle prévue par l'article L. 2261-25 du Code du travail qui prévoit que le ministre chargé du travail peut exclure de l'extension, après avis motivé de la Commission nationale de la négociation collective, les clauses pouvant être distraites de la convention sans en modifier l'économie et ne répondant pas à la situation de la branche.

¹²⁴ Ch. Jolibois, Rapport n° 212, tome II (1984-1985) fait au nom de la commission spéciale, déposé le 20 mars 1985, p. 102.

¹²⁵ Accord relatif à la rémunération des artistes interprètes des films français sortis en salle du 1^{er} janvier 1961 au 1^{er} décembre 1990, étendu par arrêté du 27 mars 2013 pris par le ministre de la Culture. L'objet même de ces accords interroge. Les rémunérations qu'ils visent n'ont pas nécessairement le « caractère de salaire », Soc. 25 janvier 2006, n° 03-46.618, *RTDcom*, 2006, p. 378, obs. F. Pollaud-Dulian.

¹²⁶ Ces accords sont conclus au sein de la Commission nationale de concertation. De par sa composition, son rôle de proposition et de consultation, elle n'est pas sans rappeler la Commission nationale de la négociation collective (comparer à ce titre l'article L.2271-1 du Code du travail avec l'article 41 de la loi du 23 décembre 1986). Toutefois, de par la possibilité qui est reconnue à ses membres de négocier et de conclure un accord collectif ayant vocation à être étendu, elle évoque les commissions paritaires au sein desquelles doivent être conclues les conventions faisant l'objet d'un arrêté d'extension ou d'élargissement.

¹²⁷ Cette faculté d'opposition à l'extension est similaire à celle qui est reconnue aux membres de la Commission nationale de la négociation collective en droit du travail par l'article L. 2261-27, à l'exception près que celle-ci n'a pas à être majoritaire.

Dans le même ordre d'idée, l'article L. 632-3 du Code rural prévoit que l'autorité ministérielle compétente peut étendre les accords interprofessionnels à tous les membres d'une filière. A cette fin, celui-ci doit présenter certaines caractéristiques. Outre qu'ils doivent être régulièrement signés, conformes à l'intérêt général et compatibles avec le droit de l'Union européenne¹²⁸, ils doivent être homologués par le ministre de l'agriculture¹²⁹. Ce n'est qu'alors que la procédure d'extension peut être enclenchée. Il faut pour cela, qu'une demande soit formulée par l'ensemble des organisations signataires de l'accord¹³⁰. La référence à l'intérêt général est intéressante. Elle semble justifier que l'on puisse reconnaître à un accord une force juridique plus large que celle qui lui est traditionnellement reconnue¹³¹. L'extension de l'accord interprofessionnel lui permet de produire des effets réglementaires. Pour autant, elle n'est pas censée conditionner la validité de l'acte, ne le transmute pas en véritable règlement, celui-ci conservant sa valeur contractuelle. Pourtant, la Cour de cassation a pu estimer que la majoration de retard suite au non-paiement d'une cotisation par une société, prévue par un accord interprofessionnel agricole étendu, « revêt une nature, non pas contractuelle, mais réglementaire »¹³². De même, dans un arrêt rendu au visa de l'accord étendu du 14 avril 2004 relatif à l'achat et l'enlèvement des gros bovins, elle a jugé que celui-ci « était applicable au vendeur adhérent ou non à une organisation de la profession »¹³³. C'est toute « l'ambivalence propre aux conventions collectives »¹³⁴ de travail qui est ici exprimée. Contrat, cet accord est source d'obligations à l'égard de ceux qui y sont parties, directement ou par représentation. Toutefois, de par leur extension, il produit des effets réglementaires¹³⁵. En réalité, ces arrêts ne reviennent pas, selon nous, sur la

¹²⁸ Art. L. 632-3 du Code rural et de la pêche maritime.

¹²⁹ Art. L. 631-9 du Code rural et de la pêche maritime. Le ministre statue après consultation du ministre chargé de l'économie et du conseil d'administration de FranceAgriMer.

¹³⁰ Une enquête publique est réalisée et l'avis des Chambres d'agriculture, de commerce et d'industrie concernées est recueilli ; art. L. 631-10 du Code rural et de la pêche maritime.

¹³¹ La même exigence est prévue s'agissant des accords collectifs de travail. En application de l'article L. 2261-25 du Code du travail, le ministre dispose d'un pouvoir d'appréciation lui permettant de refuser cette extension, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, pour des motifs d'intérêt général.

¹³² Civ. 1^{re}, 20 mars 2013, n° de pourvoi : 12-11.859.

¹³³ Civ. 1^{re}, 19 novembre 2009, n° de pourvoi : 08-14.136.

¹³⁴ La formule est à mettre au compte de Bigot et Langé, *op. cit.*, p. 353 qui ne l'emploient pas s'agissant d'accords interprofessionnels agricoles mais à propos de la convention fédérale à l'origine du statut général des agents d'assurance. Le propos reste selon nous transposable.

¹³⁵ V. par exemple en ce sens, Civ. 1^{re}, 6 juin 2000, n° de pourvoi : 98-13.806. En l'espèce, un éleveur, considéré comme participant à la filière de la pintade au sens d'un accord interprofessionnel étendu, a été jugé redevable de cotisations, comme membre d'une profession constituant l'organisation interprofessionnelle de la pintade. Le « contrat produit alors des effets proches de ceux d'un acte réglementaire, gouvernant les rapports de tous

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

nature contractuelle intrinsèque de ces accords. De même, même étendus, l'appréciation et la mise en œuvre de leur contenu relèvent manifestement de la compétence des juridictions judiciaires, dès lors que la Cour de cassation s'autorise à en connaître. Il s'agit donc bien d'actes de droit privé.

c) Par le biais d'un agrément

491. L'agrément permet également de conférer à un accord collectif, des effets juridiques similaires à ceux reconnus à un règlement d'application. Les conventions d'assurance chômage l'attestent. La question de leur portée juridique s'était particulièrement posée dans le cadre de l'analyse contentieuse de la convention du 1^{er} janvier 2001. Celle-ci a fait les frais d'une qualification juridique délicate. Succédant à une convention du 29 juin 2000 désavouée par car non agréée, elle a été au cœur d'un véritable feuilleton judiciaire. Le Conseil d'Etat, saisi d'une demande aux fins d'annulation de l'arrêté d'agrément dudit accord, a considéré, qu'eu égard à la nature particulière d'un accord ne produisant d'effets qu'une fois agréée, il appartenait « au juge de l'excès de pouvoir, saisi d'un recours contre l'arrêté d'agrément, de se prononcer sur les moyens mettant en cause la légalité des clauses de l'accord, sauf à renvoyer à l'autorité judiciaire l'examen des questions soulevant une difficulté sérieuse relative aux conditions de conclusion de l'accord ou à l'interprétation de la commune intention de ses auteurs¹³⁶. Pour le Conseil d'Etat, cet acte est ainsi un accord de droit privé¹³⁷. En effet, il ne peut s'agir d'un contrat administratif puisqu'il est conclu exclusivement par des personnes morales de droit privé. Toutefois, eu égard à son objet, la mise en œuvre de principes légaux, et à la suspension de sa validité à l'obtention d'un agrément ministériel, il produit des effets réglementaires. Cela suffit *a priori*, à justifier l'intervention de la juridiction administrative en vue d'apprécier la légalité d'un arrêté d'agrément. Cependant, s'agissant d'accords de droit privé, le soin d'apprécier la validité de son contenu devrait revenir exclusivement aux juges judiciaires. Encore faudrait-il pour cela que le Conseil d'Etat accepte de surseoir à statuer quant aux moyens qui lui sont soumis et

les opérateurs de la chaîne concernés par le produit et les obligeant à s'acquitter des cotisations prévues dans l'accord », *Code rural et de la pêche maritime*, ss. la dir. de H. Bosse-Platière, Lexis-Nexis, 2015, art. L. 632-5.

¹³⁶ CE, 11 juillet 2001, *SUD travail et autres*, voir les conclusions du commissaire du gouvernement, S. Boissard, « Le contentieux relatif à la convention du 1^{er} janvier 2001 », *Droit social*, 2001, p. 857.

¹³⁷ CE, 29 juill. 1994, *Droit Social*, p. 900.

qui se rapportent à la légalité interne de la convention. Or, ce renvoi est loin d'être systématique. Sans doute soucieuse d'accélérer le traitement des requêtes et de conserver la main, la Haute juridiction administrative s'autorise à se prononcer par voie d'exception sur la validité d'une clause lorsque la contestation qui s'élève à son sujet ne soulève pas, de difficulté sérieuse. Elle s'est ainsi permis d'apprécier la validité de la convention du 1^{er} janvier 2001 et de ses stipulations. Cela n'allait pas sans quelques risques. En effet, l'autorité judiciaire n'étant pas moins compétente, elle fut saisie à son tour d'une action en nullité. Le danger était réel que surviennent des divergences entre les deux ordres de juridictions. Le TGI de Paris fut de la sorte amené à se prononcer. Adoptant un jugement au contenu relativement similaire à la décision du Conseil d'Etat, cette juridiction est néanmoins allée plus loin en se prononçant à son tour sur la nature juridique de l'accord d'assurance chômage. Le juge judiciaire a ainsi estimé que cet accord est « un acte de droit privé, conclu par des personnes de droit privé en vue de mettre en place les mesures d'application du régime de droit privé de l'assurance chômage ». L'originalité de la décision est à rechercher dans les motifs retenus par le TGI. Ce dernier indique « que si certes, cet accord et les mesures qui en découlent ne sauraient trouver application qu'après avoir été agréés par l'autorité administrative, elles n'en perdent pas, néanmoins, leur caractère de droit privé, l'acte administratif étant parfaitement distinct de l'accord lui-même ». L'accord doit ainsi être détaché de l'arrêté qui l'a agréé¹³⁸. Le juge judiciaire parachève sa décision en estimant qu'il serait « paradoxal de conférer à la convention signée par les partenaires sociaux dans le cadre de l'article L 351-8 du Code du Travail un caractère administratif au seul motif que son application implique l'intervention d'un agrément ministériel ». La solution du TGI de Paris se démarque ainsi de celle du Conseil d'Etat, en ce qu'elle ne s'arrête pas à la nature des signataires et se livre à une interprétation plus exégétique des textes.

Dépourvu d'effets réglementaires, l'accord n'en demeure pas moins un accord collectif. Toutefois, sa force juridique s'en trouve restreinte. A ce titre, il fait parfois figure de contrat collectif.

¹³⁸ Le TGI relève d'ailleurs qu'à défaut d'accord, le législateur confie au ministre chargé du Travail la mission de procéder par décret, privilégiant explicitement « la nature conventionnelle des dispositions relatives à la gestion de l'assurance chômage au détriment d'une intervention réglementaire », TGI Paris, 1^{re} ch. Sect. Soc., 2 juillet 2002, *Droit social*, 2002, p. 881, obs. X. Prétot ; *RJS* 10/02, n°1161.

3. Le contrat collectif

492. Le contrat collectif « semble faire échec à l'effet relatif des contrats puisque ses stipulations s'imposent ou profitent à des personnes qui n'ont pas donné leur consentement »¹³⁹. S'il s'agit là effectivement d'une caractéristique essentielle de ce contrat, elle ne permet toutefois pas de le particulariser par rapport aux figures jusqu'ici évoquées. En la matière, le principe de la limitation de l'effet normatif de l'accord aux seuls adhérents des groupements signataires, prévaut¹⁴⁰. L'adhésion au groupement signataire serait ainsi l'élément déclencheur. Le législateur avait initialement opté pour cette formule dans la loi du 25 mars 1919, s'agissant de l'accord collectif de travail¹⁴¹. La question des avantages conventionnels réservés aux seuls salariés qui adhèrent à un syndicat, démontre néanmoins que toute réflexion sur le contrat collectif en droit du travail n'a pas disparu¹⁴². Les signataires de la position commune du 9 avril 2008 ont d'ailleurs manifesté un intérêt pour le procédé. Elles le perçoivent comme « une piste à explorer de nature à développer les adhésions syndicales » qui « ne saurait être écartée par principe » malgré son extrême complexité¹⁴³. La Cour de cassation, elle-même, a semblé réactiver l'idée d'un contrat collectif de travail dans le cadre de sa jurisprudence, aujourd'hui abandonnée, des « accords synallagmatiques de droit commun »¹⁴⁴. On a cru également en trouver les traces dans les arrêts rendus à propos des accords intervenus le 5 juillet 1968 entre compagnies pétrolières et fédérations de détaillants¹⁴⁵.

¹³⁹ Les assurances collectives .p. 524, *RGDA*, 1998. .

¹⁴⁰ Dans une perspective de droit comparé, un parallèle peut être fait entre ce type d'accord collectif et le contrat tarifaire allemand. Cf. P. Rémy, *Effet normatif des accords collectifs et représentation des salariés à la lumière des droit français et allemand de la négociation collective*, thèse Université Paris X Nanterre, 1998, pp. 314 et s.

¹⁴¹ A l'égard des organisations patronales et de leurs adhérents, l'accord collectif produit, aujourd'hui encore, les effets d'un contrat collectif. En effet, un accord non étendu ne s'applique qu'aux employeurs signataires ou aux membres des organisations patronales signataires, conformément à l'article L. 2262-1 du Code du travail.

¹⁴² L'article L.1132-1 du Code du travail qui prohibe toute discrimination à raison de l'appartenance syndicale semble menacer ce genre de clauses. Il est néanmoins avancé que rien n'empêche « d'imaginer que pour l'octroi d'un avantage conventionnel, un écart puisse être maintenu entre les salariés syndiqués et ceux qui ne le sont pas pour peu que tout syndiqué bénéficie du dispositif quel que soit son groupement d'appartenance », S. Nadal, « Recherche syndicaliste désespérément ! (ou comment provoquer l'exercice de la liberté syndicale ?) », *RDT*, 2008, p. 341. V. également, N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, 1980, p. 125.

¹⁴³ Art. 12-2 de la position commune du 9 avril 2008.

¹⁴⁴ Soc. 9 mars 1957, *D.* 1958, p. 92, note Brèthe de la Gressaye.

¹⁴⁵ V. en ce sens, Com. 22 octobre 1979, *Bull.* IV, n°262. V. les obs. de L. Boy, (3 arrêts), *JCP* éd. G, 1981, *Juris.*, n° 19607.

Pour que le contrat collectif soit doté d'un véritable rayonnement collectif, il est nécessaire qu'il revête un caractère obligatoire pour un ensemble d'individus. Les assurances collectives constituent sans doute la terre d'élections de ce type de contrat. Ils y prennent forme que si l'assureur s'engage à assurer l'ensemble des membres du groupement sans distinction et que si l'assurance s'applique à un ensemble d'individus¹⁴⁶. Tel est le cas, d'une part, lorsque l'adhésion au contrat d'assurance collective est imposée par la loi. Une telle obligation est prévue s'agissant de certaines professions règlementées tenues de se couvrir contre le risque responsabilité civile. Les avocats ont ainsi l'obligation de souscrire une assurance garantissant la responsabilité civile professionnelle en raison des négligences et fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions¹⁴⁷. La loi prévoit certes, que cette assurance peut être souscrite personnellement mais si le barreau opte pour une assurance collective, l'adhésion à celle-ci devient obligatoire pour les avocats qui en relèvent.

Tel est également le cas, d'autre part, lorsque la soumission à l'assurance collective résulte du lien contractuel unissant le souscripteur à ses adhérents. L'adhésion à une assurance sportive emporte ainsi, parfois, adhésion à une assurance collective. Mieux, parfois il n'est parfois même pas besoin d'adhésion. Ainsi, des salariés peuvent être tenus de souscrire à une assurance collective conformément à l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale, si un accord collectif, un référendum ou bien une décision unilatérale de l'employeur, autrement dit une norme professionnelle, les y contraint. Toutefois, le contrat de travail qui unit salarié et employeur, pourrait très bien être assimilé à un lien d'adhésion¹⁴⁸.

¹⁴⁶ S'il conserve le droit malgré l'accord passé avec le souscripteur, de déterminer les risques qu'il consent à prendre en charge et donc de déterminer parmi les membres du groupe qui sera garanti ou non, l'assurance collective ne peut s'apparenter à un véritable contrat collectif. Un auteur évoque à ce titre de « faux contrats d'assurance collective », le contrat faisant plus volontiers office de « contrat cadre dont la mise en œuvre donne lieu à autant de contrats d'assurance individuels qu'il y a de demandes d'adhésion acceptées par l'assureur » ; J. Kullmann, « Les mécanismes juridiques fondamentaux des assurances collectives », *RGDA*, 1998, p. 524.

¹⁴⁷ Art. 27 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971. V. également la loi n° 94-679 du 8 août 1994 qui prévoit que certaines conséquences pécuniaires de la responsabilité civile encourue par les experts comptables doivent être garanties par un contrat d'assurance souscrit par le conseil supérieur de l'ordre au profit de qu'il appartiendra.

¹⁴⁸ En ce sens, il est intéressant de relever que l'article L. 141-1 du Code des assurances prévoit que peuvent adhérer au contrat d'assurance de groupe, les personnes qui ont un lien de même nature avec le souscripteur. Bien qu'édicté dans le domaine de la loi Bérégovoy et non dans celui de la loi Evin qui concerne la prévoyance, ce critère devrait pouvoir être étendu à toutes les formes d'assurances collectives. Les lois Evin (n° 89-1009) et Bérégovoy (n°89-1014) datent toutes deux du 31 décembre 1989. Elles sont parfois considérées comme des lois jumelles. Toutes deux concernent le droit des assurances collectives. Toutefois, elles n'ont pas le même champ d'application. En effet, la loi Evin a un domaine *ratione personae* plus large (elle ne vise pas uniquement

493. L'adhésion de l'individu au groupement signataire du contrat collectif semble ainsi justifier les effets qu'il produit. Elle exprimerait donc une manifestation de son consentement. On comprend mieux ainsi la logique du contrat collectif. Celle-ci est à l'œuvre dans les accords professionnels définissant des délais de paiement supérieurs à ceux prévus par l'article L. 441-6 du Code de commerce. En effet, s'ils sont homologués, ils sont admis à produire des effets à l'égard des adhérents des organisations professionnelles signataires¹⁴⁹.

Le même raisonnement peut être appliqué aux contrats de commercialisation des produits agricoles négociés par les OP avec transfert de propriété. Les prix négociés par elles, ont vocation à s'appliquer à leurs membres pris individuellement. Il devrait en être de même des accords interprofessionnels agricoles. Non étendus, ils devraient pouvoir s'appliquer, *a minima*, à leurs signataires. Néanmoins, les textes renseignent peu sur la force obligatoire conférée à de tels accords. On fera tout juste remarquer que ceux-ci peuvent, à défaut d'être étendus, au moins être homologués. Or, un auteur a pu estimer que cette homologation n'avait pas à vocation à conférer « à l'accord un caractère obligatoire pour d'autres que les parties »¹⁵⁰. Il est possible d'en déduire, *a contrario*, qu'elle lui confère un caractère obligatoire à l'égard des parties signataires et de leurs adhérents. De manière plus franche, un autre auteur estime que l'accord interprofessionnel non étendu est un contrat qui engage les organisations signataire et dans la limite de leurs statuts, leurs adhérents¹⁵¹. Autrement dit, leur inexécution appelle les sanctions prévues par le droit commun des contrats.

494. L'analyse visant à justifier le caractère obligatoire du contrat collectif par l'adhésion fut un temps, retenue par la Cour de cassation en matière d'assurance collective¹⁵².

les entreprises relevant du Code des assurances mais aussi les mutuelles et les institutions de prévoyance) mais un domaine *ratione materiae* moins étendu (elle ne couvre pas les assurances en cas de vie et donc notamment les opérations d'épargne et les assurances « emprunteurs »). V. en ce sens J. Bigot, P. Baillot, J. Kullmann et L. Mayaux, *Les assurances de personnes*, Traité de droit des assurances, Tome 4, LGDJ, 2007, p. 632. Les lois Evin (n° 89-1009) et Bérégovoy (n°89-1014) datent toutes deux du 31 décembre 1989.

¹⁴⁹ V. en ce sens, l'avis n° 09-06 venant compléter le dispositif de questions-réponses relatif à la mise en œuvre de la LME rendu par le CEPC.

¹⁵⁰ J. Moreaux, « Analyse critique de la loi sur l'économie contractuelle », *Économie rurale*, n°60, 1964. Groupements et contrats de commercialisation, pp. 53-67.

¹⁵¹ R.-J. Aubin-Brouté, *Le contrat en agriculture*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, LGDJ, 2013, p. 391.

¹⁵² Civ. 1^{re}, 16 janvier 2001, n° de pourvoi : 98-17.432 ; Civ. 1^{re}, 12 mars 2002, *Bull. civ.* II, n° 92. La Cour de cassation y a estimé qu'un contrat d'adhésion était bien au fondement de l'assurance collective.

Toutefois, l'idée d'adhésion laissait suggérer qu'il n'existait pas de lien contractuel direct entre l'assureur et le particulier. Pareille analyse s'est donc vue contestée dans ce domaine. En effet, selon certains auteurs, le contrat d'assurance collective reste avant tout « un groupe de contrats individuels »¹⁵³. Cette position a été confortée dans un arrêt du 13 avril 2010 duquel il ressort que « l'adhésion au contrat d'assurance de groupe [...] crée [...] un lien contractuel direct entre l'adhérent et l'assureur, le souscripteur étant alors un tiers par rapport au contrat d'assurance liant l'assureur à l'adhérent assuré »¹⁵⁴.

Une autre manière de justifier la force juridique de l'assurance collective sur le terrain de l'acte d'adhésion, consisterait à y déceler une forme de mandat individuel. Le représentant n'aurait donc pas vocation à souscrire un contrat d'assurance à effet collectif mais jouerait le rôle de mandataire des individus qu'il représente¹⁵⁵. Là encore, l'analyse appelle quelques réserves. Il est en effet difficile de voir dans l'adhésion, la manifestation d'une volonté claire et précise de l'adhérent de voir le groupement conclure en son nom un contrat d'assurance. De même, le contrat collectif produit ses effets indépendamment de la question de savoir si sa conclusion a été précédée d'un mandat en bonne et due forme. Plus fondamentalement, la théorie du mandat ne rend compte que de manière imparfaite, du caractère collectif du contrat. Au final, elle semble vouloir préserver artificiellement l'idée que l'individu ne s'est pas vu imposer un engagement qu'il n'aurait pas explicitement voulu.

Une autre piste conduit à justifier la force juridique du contrat collectif par le biais de la stipulation pour autrui¹⁵⁶. Le lien avec l'accord collectif de travail est ici bien mis en évidence lorsqu'on sait que c'est sur ce terrain, que certains auteurs ont tenté de lui conférer une force juridique au début du XX^{ème} siècle. L'analyse reste discutable¹⁵⁷. C'est

¹⁵³ B. Beignier, *Droit des assurances*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2011, p. 374.

¹⁵⁴ Com. 13 avril 2010, *Bull. civ. IV*, n°76; *RGDA*, 2010, p. 745, note J. Kullmann.

¹⁵⁵ « Chaque nouvelle adhésion à l'assurance de groupe correspond à un nouveau contrat entre l'adhérent et l'assureur, représenté par le souscripteur ». L'adhérent n'est finalement que le « cocontractant de l'assureur » ; D. Veaux, *Juris.-Cl., Resp. civ et ass.*, annexe, assurances terrestres, Fasc. 518 (1996), n° 10.

¹⁵⁶ Jugeant qu'il ne s'agit pas tant en matière d'assurance collective, d'une stipulation de prestation pour autrui, certains auteurs préfèrent parler dans ce cadre de « stipulation de contrat pour autrui ». Cette dernière pourrait s'analyser comme une promesse unilatérale de contrat établie au profit d'un tiers bénéficiaire (D. Martin, « La stipulation de contrat pour autrui », *D.* 1994, chron. p. 145 ; J. Ghestion, Ch. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil : les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001, n° 975).

¹⁵⁷ La qualification de stipulation pour autrui est expressément écartée par la loi dans certains domaines de l'assurance collective. Ces derniers nous intéressent peu toutefois dans le cadre de cette étude car outre qu'ils sont marginaux, ne relèvent pas de l'assurance obligatoire. L'article L.141-6 du Code des assurances prévoit en effet que s'agissant de certaines assurances collectives, le souscripteur est réputé agir à l'égard de l'adhérent, de l'assuré et du bénéficiaire, en tant que mandataire de l'entreprise d'assurance auprès de laquelle le contrat

pourtant pour cette dernière que la Cour de cassation semble avoir opté en dernier lieu, considérant que l'adhésion au contrat d'assurance de groupe est bien la conséquence d'une stipulation pour autrui¹⁵⁸. Saluée par certains, cette qualification est contestée par d'autres¹⁵⁹. Il est rappelé à ce titre que dans le cadre de ce quasi-contrat, il doit exister une volonté de stipuler pour autrui. De plus, le bénéficiaire est censé rester tiers et non partie au contrat. Or, il est difficile de considérer que, dans le cadre d'une assurance collective, le souscripteur stipule pour autrui dès lors qu'il n'est pas animé d'une intention libérale et qu'il ne s'appauvrit pas¹⁶⁰. De plus, comme cela a déjà été relevé, nombreux sont les auteurs qui considèrent que l'assuré n'est pas un simple tiers à l'opération et qu'un contrat se noue entre lui et l'assureur. Au regard de ces éléments, un auteur n'a pas hésité à conclure que toute analyse de l'assurance de groupe se réduisant à une stipulation pour autrui est erronée¹⁶¹. En effet, même si une assurance de groupe peut contenir une stipulation pour autrui, elle ne se résume pas à cette seule institution. Elle reposerait plus sûrement sur un rapport d'obligations triangulaire : deux contrats synallagmatiques et un engagement unilatéral.

Mais considérer qu'une multitude de contrats se forment entre les assurés et l'assureur fait perdre de vue l'unité et la force juridique que produit le contrat collectif. C'est pourtant à cette conclusion que semblent aboutir l'application de la théorie du mandat et de la stipulation pour autrui. Dans cette optique, le contrat collectif unitaire s'efface pour faire place à un faisceau de contrats individuels. Pourtant, dans le cadre des assurances collectives obligatoires, ce n'est pas tant l'existence de contrats individuels liant les assurés à l'assureur qui justifie leur soumission au contrat collectif, mais bien la loi. Il en va de même lorsque la force juridique du contrat collectif résulte, en matière de prévoyance, d'un accord

a été souscrit. V. sur ce point, A. Astegiano-La Rizza, *L'assurance et les tiers. Variations sur le thème de la complexité des relations contractuelles*, Tome 6, Defrénois, 2004, pp. 85 et s.

¹⁵⁸ Civ. 1^{re}, 22 mai 2008, *RGDA*, 2008, p. 708, note J. Bigot; *RDC*, 2008, p. 1135, obs. D. Mazeaud. S'agissant de la qualification de stipulation pour autrui, la Cour de cassation s'était déjà prononcée en ce sens dans un arrêt du 7 juin 1989, Civ. 1^{re}, 7 juin 1989, *Bull. civ.*, I, n° 233.

¹⁵⁹ V. notamment, J. Landel, « L'assurance de groupe à la lumière de la jurisprudence récente », *RGAT*, 1993, p. 9.

¹⁶⁰ Hormis le cas où l'employeur décide d'assumer dans le cadre d'une assurance de groupe destinée aux salariés d'une entreprise, le paiement intégral de leurs primes

¹⁶¹ Sur cette contestation de l'existence systématique d'une stipulation pour autrui dans les assurances de groupe, lire les développements de V. Nicolas, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, LGDJ, 1996, p. 199.

collectif d'entreprise, d'un référendum ou d'une décision unilatérale de l'employeur. Autrement dit, une source externe octroie au contrat collectif son rayonnement collectif.

495. A titre de remarque conclusive, il importe de souligner que l'individu doit logiquement pouvoir se soustraire du pouvoir normatif du groupement auquel il a adhéré, en « démissionnant » simplement de celui-ci. L'individu est donc libre d'échapper à l'application du contrat collectif et de déterminer, *in fine*, si l'accord produira à son égard des effets juridiques. Si la portée de l'accord s'en trouve réduite, elle n'en demeure pas moins réelle comparée à celle produite par les accords qui s'apparentent à de simples engagements d'honneur.

4. L'engagement d'honneur

496. Les accords collectifs porteurs de simples engagements d'honneur s'avèrent hautement problématiques. Ils interrogent la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail qui se caractérise par sa fonction normative. Difficile aussi de considérer que de tels actes attestent de l'existence d'une exigence générale de normativité en matière d'accord collectif. Ce serait toutefois oublier que « dans la langue sociale, la négociation collective est une expression très compréhensive » et que « ses résultats n'ont aucune raison de répondre à des traits déterminés : accord de type politique, décision de l'un des participants enregistrée par les autres..., tout est concevable »¹⁶². Le débat n'est pas nouveau. La normativité de certaines clauses conventionnelles est régulièrement questionnée. Il en va ainsi, tout particulièrement, de certaines clauses contenant des engagements en matière d'emploi dont la formulation allusive invite à douter de la portée juridique¹⁶³. Ce type de clause n'est toutefois pas le propre des accords collectifs de travail. Le Conseil d'Etat a jugé, à ce titre, que l'article 12.3 de la convention médicale du 26 juillet 2011 par lequel les partenaires conventionnels affirment leur attachement à l'application des mesures prévues aux articles L. 162-5-4 et D. 162-1-8 du Code de la sécurité sociale, est dépourvu de portée normative et ne fait donc pas grief¹⁶⁴.

¹⁶² A. Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-Caen, « L'ordonnancement des relations du travail », *D.*, 1998, p. 359.

¹⁶³ Sur cette question, cf. M.-A. Souriac, introduire arrêt récent droit ouvrier perte de chance

¹⁶⁴ CE, 1ère / 6ème SSR, 17 mars 2014, Syndicat des médecins d'Aix et région, n°353154.

Plus radicalement, c'est parfois l'ensemble de l'accord qui se trouve dépourvu de portée juridique. Tel est bien souvent le cas des accords programmatiques ou volontaires, à l'instar des accords conclus dans le domaine de la fonction publique. Ils nous enseignent que la reconnaissance d'un droit de la négociation collective ne s'accompagne pas nécessairement de la reconnaissance d'une force juridique au profit des accords qui en sont issus. Le Conseil d'Etat est à ce sujet très clair puisqu'il affirme de longue date que ces accords ne produisent aucun effet juridique¹⁶⁵. Ce ne sont donc que de simples « déclarations d'intention dépourvues de valeur juridique et de force contraignante »¹⁶⁶, de simples « engagements d'honneur »¹⁶⁷. Ils s'apparentent en ce sens, à des *gentlemen agreements*¹⁶⁸. Ils ne sont pas, si l'on pousse plus loin la comparaison, *self executing* et nécessitent pour pouvoir être appliqués d'être relayés par une norme légale ou bien règlementaire.

Pourtant, la loi du 5 juillet 2010 subordonne la validité de ces accords à certaines conditions. Il serait logique qu'un accord les remplissant, puisse produire des effets juridiques au sein de l'ordre juridique. N'est-ce pas le propre de toute norme juridiquement valide¹⁶⁹ ? Etrange situation qu'est celle de ces accords face à une condition légale de validité qui vise essentiellement à conforter leur autorité politique et morale¹⁷⁰. Un tel malaise est perceptible dans le relevé de conclusions, à l'origine de la loi du 5 juillet 2010, signé en 2008 par le ministre de la fonction publique et six syndicats. Il y est indiqué que les parties conviennent de la nécessité de définir un ou plusieurs critères attestant de la « "validité" » des accords. L'emploi de guillemets ironiques est riche de sens. M. Fournier avait pourtant prévenu dans son livre blanc de 2002, que poser des conditions de validité serait futile aussi longtemps que les accords conclus ne se verront reconnaître aucune

¹⁶⁵ V. sur cette question, CE du 19 juin 2006, concl. Y. Struillou « L'absence de valeur juridique des accords collectifs conclus dans la fonction publique », *Droit social*, 2006, pp. 890 et s.; CE, 19 mars 1997, *RFDA*, 1999, p. 221, note C. Moniolle ; CE, 23 mars 1973, *Rec.* p. 247, *AJDA*, 1973, p. 503 ; CE, 15 octobre 1971, *Rec.*, p. 610.

¹⁶⁶ CE, 27 octobre 1989, Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile, 102990.

¹⁶⁷ A. Plantey, *La fonction publique, Traité général*, 2^{ème} éd, 2001, p. 250.

¹⁶⁸ V. M. Voisset, « Concertation et contractualisation de la fonction publique », *Droit social*, 1970, p. 409.

¹⁶⁹ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, pp. 309 et s.

¹⁷⁰ Pour certains auteurs, « le législateur a réussi un exploit : définir les conditions de validité d'une norme qui reste à ce jour dépourvue...de portée normative », E. Marc et Y. Struillou, « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relations professionnelles », *Droit administratif*, novembre 2010, étude 20. V. également, N. Sauterau, « Vers un dialogue social rénové dans la fonction publique ? », *AJFP*, 2011, p. 93 ; E. Aubin, « De nouveaux droits pour les fonctionnaires ? », *AJDA*, 2011, p. 2406..

portée juridique¹⁷¹. Il a ainsi été jugé récemment qu'un décret pouvait reprendre les termes du protocole d'accord négocié par le ministre de l'intérieur ainsi que la Fédération nationale des sapeurs-pompiers de France et quatre organisations syndicales du 23 septembre 2011, même non valide au regard de la loi du 5 juillet 2010 car celui-ci est de toute façon dépourvu « de portée juridique et de force contraignante »¹⁷². Cela ne suffisait donc pas à entacher d'illégalité les décrets qui en reprenaient le contenu. Ces accords ne sont pas des actes faisant grief susceptibles de recours devant le juge administratif et ne constituent que de simples actes déclaratoires¹⁷³.

Pour autant, il ne faut pas sous-estimer le potentiel de la loi du 5 juillet 2010. Il est tentant d'y déceler les prémises d'une reconnaissance à venir, de l'autorité des accords collectifs de la fonction publique¹⁷⁴. De plus, il faut se garder d'être trop catégorique sur l'absence de force juridique des accords ainsi conclus. A bien y regarder, s'il est indéniable que ceux-ci n'en produisent pas de manière autonome, ils sont dans les faits respectés. Ceux-ci « ont une forte portée morale et politique » et constituent des « outils de bonne gestion »¹⁷⁵. Aussi, « aucun gouvernement n'a pris le risque de ne pas respecter un accord »¹⁷⁶. Le protocole du 31 mars 2011 portant sécurisation des parcours professionnels des agents contractuels, a ainsi été repris par une loi du 12 mars 2012. Pour autant, rien n'oblige légalement les pouvoirs publics, à respecter les accords conclus. Ils demeurent bien, à ce titre, de simples engagements d'honneur. Cela n'est pas sans rappeler les accords de Grenelle de 1968 qui bien que dépourvus de force juridique, exercèrent une « pression sociologique » telle que certains auteurs leur reconnurent la qualité d' « usages commerciaux », en vain¹⁷⁷. Cette qualification, si elle est discutable, a l'avantage de souligner le poids de l'habitude et la pression qui peut s'exercer, par ce biais, sur les professionnels du secteur concerné. L'établissement de contrat type négociés

¹⁷¹ *Rapport préc.*

¹⁷² CE, 1^{er} octobre 2013, n°363288 ; v. également CE, 22 mai 2013, Fédération Interco CFDT et a., n°356903 ; *AJDA*, 2013, p. 1077, note de Montecler ; *AJDA*, 2013, p. 2041, note F. Melleray. Cf. par ailleurs, la réponse du Ministère chargé des collectivités territoriales, JO Sénat du 25/01/2012, p. 420.

¹⁷³ CE, 19 juin 2006, Syndicat national unifié des impôts, *AJDA*, 2006, p. 1304.. Sur la qualification d'acte déclaratoire. Cf. infra § 618.

¹⁷⁴ V. en ce sens, F. Melleray, *Droit de la fonction publique*, Economica, 3^{ème} éd., 2013, p.228.

¹⁷⁵ J.-P. Wauquier, « Les protocoles d'accord, dépourvus de valeur juridique, sont des outils de bonne gestion », *La Gazette des communes*, 1^{er} juillet 2002, p. 60.

¹⁷⁶ Rapport public du Conseil d'Etat, *Perspectives pour la fonction publique*, 2003, pp. 332 et 333.

¹⁷⁷ Sur la question, V. les obs. de L. Boy ss. Com. 22 octobre 1979, *Bull.* IV, n°262, (3 arrêts), *JCP* éd. G, 1981, *Juris.*, n° 19607 ; B. Starck, « A propos des accords de Grenelle, réflexions sur une source informelle du droit », *JCP*, 1970, I, 2363.

collectivement dans le cadre d'accords collectifs du droit de la consommation procède de cette logique. S'ils n'ont que la valeur de recommandations, ils permettent de « roder et d'habituer les parties prenantes à leur existence jusqu'au jour où la loi les rendra obligatoires »¹⁷⁸.

B) La valeur hiérarchique des accords collectifs

497. La force juridique d'une norme s'apprécie dans le cadre d'un ordre juridique hiérarchisé. Elle désigne la position d'une norme dans cette hiérarchie par rapport aux autres normes qui y prennent place. Là se trouve « le problème d'un système conventionnel : trouver sa place au sein de la hiérarchie des normes »¹⁷⁹. S'interroger sur la force juridique des accords collectifs implique donc de les situer par rapport aux autres sources du droit, spécialement par rapport aux règles d'ordre public car cela renseigne sur l'étendue du pouvoir normatif des négociateurs. Une loi d'ordre public est, conformément à l'article 6 du Code civil, une règle à laquelle il ne peut être dérogé par des conventions particulières. Ce schéma est toutefois perturbé par l'existence en droit du travail des accords collectifs qui viennent s'intercaler entre contrat et loi. Ceux-ci invitent à repenser les rapports entre normes et à affiner un concept d'ordre public qui s'est considérablement densifié au contact de cette branche. L'article L. 2251-1 du Code du travail prévoit à ce titre, que les accords collectifs ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public. Cette interdiction est toutefois loin d'être absolue. Ce même article prévoit en effet qu'un accord collectif peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. L'ordre public, qualifié de social, admet donc la dérogation. Toutefois, celle-ci interroge aujourd'hui. En creux, c'est la portée du principe de faveur qui monopolise l'attention. Alors que son devenir est incertain, il est délicat de déterminer s'il constitue une composante de notre modèle. La tentation est grande de conférer à un tel principe une étendue dépassant le seul droit du travail. Cependant, il apparaît à l'étude que ce principe peine à s'exporter. Cela est évident lorsque l'accord n'a que la valeur d'un engagement

¹⁷⁸ Ph. Le Tourneau, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 349. Sur la qualification de recommandation, Paris, 29 octobre 1980, *GP*, 1980, Som. p. 597. Les accords Delmon de 1975 ont également été qualifiés de simple recommandation par le ministre de l'équipement de l'époque.

¹⁷⁹ J. Peigné, « La charte de la visite médicale : un instrument règlementaire qualitatif mais non quantitatif », *RDSS*, 2009, p. 141.

d'honneur¹⁸⁰. En revanche, plus complexe est la situation des accords relevant de l'idéaltype statutaire (1) et de l'idéaltype dirigiste (2).

1. L'ordre public rapporté aux accords relevant de l'idéaltype statutaire

498. Un auteur croit déceler dans le droit social, « la figure matricielle du retournement de la hiérarchie des normes »¹⁸¹. Mieux, partant du constat que la règle du plus favorable est également connue du droit international privé, il est avancé qu'« au-delà de ces deux branches phares du droit, l'idée de la dérogation *in melius* a essaimé et se diffuse par capillarité juridique, dans toutes les matières où, au nom de l'ordre public de protection, il est dérogé à la règle d'ordre public en faveur de la partie vulnérable »¹⁸². Le traitement du principe de faveur par les juridictions invite cependant à être prudent sur sa portée réelle en droit du travail et donc *a fortiori*, au-delà. En effet, la valeur principielle de la règle de faveur ne doit pas amener à en surévaluer la valeur juridique. Si, dans une célèbre décision du 25 juillet 1989, le Conseil constitutionnel a solennellement affirmé qu'elle constituait un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution, il lui a également dénié toute valeur constitutionnelle dans une décision du 20 mars 1997, rappelant qu'il appartient au seul législateur de déterminer le contenu et la portée de cette règle¹⁸³.

Toutefois, le refus des juridictions françaises de conférer au principe de faveur, une valeur telle qu'il pourrait rayonner en deçà et même au-delà du droit du travail, ne doit pas pour autant conduire à lui refuser tout rôle dans l'élévation de l'accord collectif de travail au rang de modèle. A titre d'illustration, on rappellera que la promotion de la Charte du football professionnel au rang d'accord collectif de travail par voie d'assimilation, était principalement motivée par le souci d'appliquer la règle de faveur pour trancher les conflits entre normes distinctes. En effet, la Cour de cassation n'a pas manqué de préciser que ladite

¹⁸⁰ A titre d'illustration, il peut être fait mention des accords conclus dans le domaine de la fonction publique, qui ne peuvent déroger *in melius* comme *in pejus* au statut général des fonctionnaires. TA Grenoble, 22 février 2002, req. n° 9902669, *AJFP*, novembre 2002, p. 16.

¹⁸¹ G. Pignarre, « Et si on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *RDC*, 2013, p. 251.

¹⁸² *Loc. cit.*

¹⁸³ CC, décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997 et n° 2004-494 du 29 avril 2004. PGD selon le Conseil d'Etat (CE, 8 juillet 1994, n°105471), il est qualifié de principe fondamental du droit du travail par la Cour de cassation (Soc. 17 juillet 1996).

charte « qui a valeur de convention collective, ne peut déroger aux dispositions d'ordre public [...] du Code du travail que dans ses dispositions plus favorables au salarié »¹⁸⁴.

499. Cependant, il n'est pas toujours aisé de transposer pareil principe, même dans les branches du droit dans lesquelles un ordre public de protection est à l'œuvre. Pourtant, la diffusion de celui-ci ferait complètement sens à l'appui de la diffusion d'un modèle qui est aujourd'hui encore, non sans nuances, pensé comme une source de progrès social. Elle s'est, en réalité, irrémédiablement heurté à diverses considérations politiques ou économiques. Le droit des baux d'habitation en témoigne. Il semble pourtant animé du même souci que le droit du travail de rééquilibrer un rapport interindividuel potentiellement déséquilibré, en l'occurrence celui qui se noue entre bailleur et locataire¹⁸⁵. De la même manière que les accords collectifs de travail ne peuvent en principe déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public, la Cour de cassation estime « qu'un accord collectif de location ne peut déroger aux dispositions des lois du 23 décembre 1986 et 6 juillet 1989 »¹⁸⁶. La filiation est ici évidente¹⁸⁷. Reste alors à déterminer si l'ordre public à l'œuvre en droit des baux d'habitation présente la même dualité qu'en droit du travail. Cela ne peut être apprécié qu'eu égard à l'objet des accords collectifs de location. Selon l'article 41 *ter* de la loi du 23 décembre 1986, les accords conclus aux niveaux national et départemental « portent notamment sur les suppléments de loyers pour les organismes d'habitations à loyer modéré, la maîtrise de l'évolution des charges récupérables, la grille de vétusté, l'amélioration et l'entretien des logements et des parties communes, les locaux résidentiels à usage commun ». Le domaine ainsi ouvert à la négociation collective est plutôt large. Toutefois, l'article 54 de la loi du 23 décembre 1986 et les articles 40, III, alinéa 4 et 40, VI, alinéa 2 de la loi du 6 juillet 1989 prévoient une série de règles auxquelles ces accords collectifs ne

¹⁸⁴ Soc., 23 mars 1999, pourvoi n° 96-40.181, Bull. 1999, V, n° 136 ; Soc., 1^{er} février 2000, pourvoi n° 97-44.100, Bull. 2000, V, n° 47.

¹⁸⁵ L'argument traditionnellement avancé en faveur d'un rejet du principe de faveur, à savoir que les bailleurs ne disposent pas nécessairement d'un pouvoir justifiant que l'intérêt des locataires soit préféré en cas de conflit de normes impliquant un accord collectif de location, est plus que discutable. Nombreux sont en effet les rapports de travail qui se nouent entre avec des employeurs de petites entreprises qui sont loin de correspondre à la figure fantasmée du patron tout puissant.

¹⁸⁶ Civ. 3^e, 19 janvier 2000, Juris-Data n°000061.

¹⁸⁷ V. en ce sens, C. Bosgiraud, « Une talentueuse énigme : l'accord collectif de location du 9 juin 1998 relatif aux congés vente pour vente par lots », *JCP éd. notariale et immobilière*, 2003, p. 1559.

peuvent déroger¹⁸⁸. Elles touchent à des questions sensibles telles que le montant des loyers dans les HLM. Une telle interdiction semble suggérer que les négociateurs ne peuvent déroger, que ce soit en faveur ou en défaveur des locataires à ces dispositions. Autrement dit, elles relèveraient d'un ordre public absolu. Est-ce à dire qu'en dehors de ce corps de règles, une dérogation *in melius* est envisageable ? Bien que n'offrant pas de réponse franche à cette question, l'arrêt du 19 janvier 2000 contient quelques pistes de réflexion¹⁸⁹. En l'espèce, un accord collectif de location avait été conclu entre une association et une société gestionnaire d'appartements. Celui-ci mettait à la charge des locataires certaines charges locatives ne figurant pas sur la liste annexée au décret du 26 août 1987¹⁹⁰. Aussi, certains locataires décidèrent d'intenter une action en annulation de l'accord et en paiement de trop-perçu de charges. La cour d'appel a rejeté la demande des locataires, considérant qu'il importait peu que la récupération des charges locatives ne figure pas sur la liste prévue par l'article 41 ter, celle-ci n'étant pas limitative en raison de l'emploi de l'adverbe notamment. Elle a également admis que les bénéficiaires d'un ordre public de protection avaient la faculté de renoncer à leurs droits ayant pris naissance¹⁹¹. Cet arrêt a toutefois été cassé par la Cour de cassation au visa de l'article 1134 du Code civil et de l'article 42 de la loi de 1986. Selon elle, un accord collectif de location ne pouvait déroger aux dispositions des lois du 23 décembre 1986 et du 6 juillet 1989. Cette référence à l'ordre public a suscité de nombreuses interrogations. Soit il convient d'y voir une interdiction générale de déroger aux dispositions légales précitées soit, plus audacieusement, une interdiction faite aux négociateurs de prévoir dans leur accord des dispositions moins favorables aux locataires que les lois et règlements en vigueur. On perçoit ici « combien il est difficile de résister à la tentation d'établir des rapprochements avec le droit du travail »¹⁹² et un principe de faveur

¹⁸⁸ Il s'agit des règles applicables aux logements ayant fait l'objet de primes ou de prêts spéciaux du Crédit foncier de France ou de la Caisse centrale de coopération économique, des règles de fixation et d'évolution des loyers prévues à l'article L. 442-1 du Code de la construction et de l'habitation pour les logements gérés par les organismes d'HLM, ainsi que des règles de fixation du loyer propres aux logements régis par le chapitre III de la loi du 1er septembre 1948. Par ailleurs, les loyers négociés pour les logements ayant fait l'objet de conventions passées en application de l'article L. 351-2 du Code de la construction et de l'habitation, ne peuvent excéder les loyers plafonds applicables à ces logements.

¹⁸⁹ Civ. 3^{ème}, 19 janvier 2000, *Bull. civ.* III, n°9, *Loyers et copr.* 2000, p. 84, obs. B. Vial-Pédroletti.

¹⁹⁰ Décret n° 87-713 du 26 août 1987 pris en application de l'article 18 de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.

¹⁹¹ CA Paris, chambre 6, section C, 13 janvier 1998, n° 94/17251, n° JurisData : 1998-020095.

¹⁹² *JCP G* 2001 II 10585, comm. P. Rémy, Cass. Civ. 3e, 19 janvier 2000, n° JurisData : 000061.

qui exerce une véritable « force d'attraction »¹⁹³. La doctrine demeure toutefois partagée quant à la possibilité d'exporter le mécanisme de l'ordre public social. Les sceptiques relèvent que « l'ordre public du droit de la consommation, pourtant ordre public de protection, n'est pas [...] susceptible de dérogations même au profit des consommateurs »¹⁹⁴. De même, un annotateur a cru déceler dans cette décision une volonté « d'interdire toute tentative de pénétration de l'accord collectif (donc de la convention) dans le domaine législatif ou réglementaire »¹⁹⁵. La Cour de cassation avait déjà jugé dans un arrêt du 25 avril 1990, qu'un accord collectif ne pouvait déroger aux dispositions légales relatives aux contrats de location¹⁹⁶. En l'espèce, il était question d'un accord collectif local aux termes duquel un OPAC s'était engagé à vis-à-vis d'une association, à faire poser des volets à des fenêtres suite à la recrudescence de cambriolages. L'accord prévoyait que les travaux seraient à la charge des locataires¹⁹⁷. Toutefois, l'un d'entre eux contestait devoir les sommes qui lui étaient réclamées à ce titre. Pour accueillir cette contestation, le TI de Montpellier avait estimé que l'équilibre économique et juridique du contrat de location n'avait pas été respecté, l'accord collectif conclu mettant à la charge des locataires des dépenses correspondant à l'exécution par le bailleur de son obligation de leur assurer la jouissance paisible de leur logement. Ce jugement a cependant été cassé, au motif que le bailleur n'avait pas l'obligation de poser ces volets au regard de la loi. La Cour rappelle au passage, dans un attendu de principe lapidaire, que si les accords collectifs de location ont pour objet d'améliorer les rapports entre bailleurs et locataires, tout en respectant l'équilibre économique et juridique du contrat de location, ils ne peuvent déroger aux dispositions du titre II de la loi du 22 juin 1982. L'interprétation de cet arrêt est délicate. Deux leçons semblent devoir en être tirées. D'une part, la haute juridiction laisse entendre qu'un accord peut imposer certaines sujétions aux locataires. D'autre part, elle insinue qu'un accord collectif ne peut en aucun cas déroger à la loi même dans un sens plus favorable aux

¹⁹³ *Loc. cit.*

¹⁹⁴ J. Mouly, « Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'homme », *Droit social*, 2002, p. 799.

¹⁹⁵ P. Rémy, *comm. précit.* Une série d'arrêts plus explicites dans leur formulation semble conforter cette analyse même si n'étaient pas en jeu dans ces espèces des accords collectifs mais bien des contrats individuels. A chaque fois, l'idée d'une dérogation in melius en faveur des locataires a été rejetée ; v. notamment, Civ. 3^{ème}, 20 décembre 1995, *JCP* éd. G, 1996, IV, p. 349 ; Civ. 3^{ème}, 2 juin 1999, *D.*, *Juris*, 2000, p. 733, note S. Beaugendre.

¹⁹⁶ Civ. 3^e, 25 avril 1990, n° de pourvoi: 88-19.011.

¹⁹⁷ Difficile de considérer que cet accord était plus favorable que la loi dès lors qu'il mettait à la charge des preneurs le montant des travaux.

locataires. Ce serait admettre en somme, que les accords collectifs de location ne peuvent porter que sur des points laissés en suspens par le législateur.

Toutefois, une autre frange de la doctrine est prête à considérer que l'interdiction de déroger ne vaut que lorsque les négociateurs entendent détériorer la situation des locataires par rapport à la loi. La dérogation *in favorem* serait donc possible¹⁹⁸. Un des commentateurs de l'arrêt du 19 janvier 2000 considère à ce titre que la Cour de cassation s'est simplement efforcée de reconnaître « la faculté d'amender les lois [...] par des stipulations plus favorables aux locataires »¹⁹⁹. La décision très remarquée de la Cour d'appel de Paris rendue le 9 décembre 1994, vient en renfort de cette position doctrinale. La cour y a en effet jugé qu'un bailleur était libre de « consentir à son locataire des conditions de location plus avantageuses que celles qui sont imposées »²⁰⁰ par la loi car « les statuts locatifs [...] relevaient d'un ordre public de protection autorisant une convention en faveur du preneur »²⁰¹. Cependant, la Cour de cassation ne fait aucune référence à un quelconque principe de faveur. Elle a ainsi jugé dans un arrêt très remarqué du 2 juin 1999, que les dispositions de droit transitoire de la loi de 1986 et celles de la loi du 6 juillet 1989, ne pouvaient être conventionnellement écartées car d'ordre public²⁰². Faut-il y voir pour autant un rejet définitif de tout ordre public relatif en droit des baux d'habitation ? Ce serait sans doute aller trop vite en besogne que de conclure de la sorte. Il convient, selon nous, de s'attacher aux finalités des lois et règlements en cause. Un auteur rappelle à ce titre que « si l'on estime que le but premier, sinon unique, de la loi a été de protéger le locataire »²⁰³, la licéité des accords collectifs dérogeant en faveur des preneurs devrait être admise. Or, il ne s'agit pas de la seule finalité attachée au droit des baux d'habitation. Si celui-ci traduit « assurément un objectif de protection du preneur [...] la recherche affichée d'un équilibre

¹⁹⁸ V. notamment, L. Rozès, « Baux d'habitation et mixte (loi du 23 décembre 1986) », *Droit civil, Jurisclasseur*, 1988, n°207 ; *Lamy droit immobilier*, 2002, p. 2001 : « compte tenu du caractère d'ordre public de la loi du 6 juillet 1989, il faut admettre que des dérogations aux règles légales demeurent admissibles par voie d'accords collectifs dans la mesure où elles s'avèrent plus favorables aux locataires ».

¹⁹⁹ *Revue Administrer*, n°326, 2000, comm. B. Gauclère.

²⁰⁰ CA Paris, 9 décembre 1994, *Juris-Data*, n°1994-024658 ; *Loyers et copr.*, 1995, comm. n°256.

²⁰¹ *Arrêt précit.*. Cette logique ne serait d'ailleurs pas exclusive à l'accord collectif. Une doctrine autorisée soutient à propos du contrat de bail, que celui-ci relevant d'un ordre public de protection, il est toujours « possible d'aménager des dérogations plus favorables », J.-L. Aubert et P. Bihr, *La location d'habitation - loi du 6 juillet 1989*, Sirey, 1990, n° 4. V. également G. Couturier, « L'ordre public de protection, heurts et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Mélanges en l'honneur de J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 95.

²⁰² Civ. 3^{ème}, 2 juin 1999, *D.* 2000, p. 733, note S. Beaugendre. La décision n'étonne guère. La Cour de cassation avait déjà retenu une solution similaire à propos de l'article 17 de la loi du 6 juillet 1989 relatif au loyer de renouvellement du bail : Civ. 3^{ème}, 10 juillet 1996, 94-14.790, *Loyers et copropriété*, 1996, comm. n° 380.

²⁰³ J. Lafond, *Les baux d'habitation*, Litec professionnels, 7^{ème} éd., 2007, p. 45.

n'exclut pas des mesures ponctuelles de protection du bailleur »²⁰⁴. Il faudrait ainsi se livrer à une interprétation téléologique des normes peu évidente à mener et complexifiant indéniablement l'office du juge²⁰⁵. La Cour de cassation semble pourtant la mettre en œuvre. En effet, elle a pu estimer que certaines normes d'ordre public ne pouvaient faire l'objet de dérogations car n'étant pas « destinées à assurer la seule protection du preneur »²⁰⁶ ? Au final, il apparaît, comme en droit du travail, que l'ordre public dont est assorti le droit des baux d'habitation est un « ordre public composite »²⁰⁷. Il s'agit là d'une conséquence de l'équilibre des droits et obligations des parties au contrat de bail promu au rang d'objectif par la loi du 6 juillet 1989²⁰⁸. Cet équilibre « interdit purement et simplement de déroger, dans un sens comme dans un autre, à certaines dispositions de [la] loi [et] ce, que ce soit par le biais d'un accord individuel entre le bailleur et le locataire ou dans le cadre d'un accord collectif des associations de bailleurs et de locataires »²⁰⁹. Pour le reste, l'ordre public permet en cas de déséquilibre avéré de protéger, selon le cas, le bailleur ou le preneur. Il ne s'agit donc pas d'un simple ordre public de protection. Mis au service d'une politique du logement, il est également ordre public de direction²¹⁰. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'arrêt rendu le 2 juin 1999²¹¹ dans lequel la haute juridiction a refusé que les parties au contrat de bail puissent conventionnellement écarter l'application de la loi du 23 décembre 1986 au profit de la loi du 1^{er} septembre 1948 qui prévoyait un mode de fixation du loyer plus avantageux pour les locataires.

²⁰⁴ C. Boillot, « Bail d'habitation et protection du bailleur ! », *D.*, 2012, p. 190.

²⁰⁵ En faveur d'une telle interprétation, cf. J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^{ème} éd, LGDJ ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Saveaux, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, Sirey, 16^{ème} éd., 2014, p. 306.

²⁰⁶ Civ. 3^{ème}, 2 juin 1999, *D.* 2000, *Juris.* p. 733, note S. Beaugendre. V. également en ce sens, Civ. 3^{ème}, 20 mars 1996, 94-10.710, *Bull. civ.* III, n° 73 ou plus récemment encore Civ. 3^e, 12 oct. 2011.

²⁰⁷ S. Beaugendre, note ss. Civ. 3^{ème}, 2 juin 1999, *D.*, 2000, p. 733.

²⁰⁸ Art. 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989.

²⁰⁹ C. Boillot, *art. précit*,

²¹⁰ V. en ce sens, F. Collart-Dutilleul, « Diversification de la portée de l'ordre public s'agissant des statuts spéciaux relatifs aux baux d'habitation », *RDI*, 1999, p. 466.

²¹¹ Civ. 3^{ème}, 2 juin 1999, *D.* 2000, *Juris.* p. 733, note S. Beaugendre.

2. L'ordre public rapporté aux accords relevant de l'idéaltype dirigiste

500. De par leur nature plus ou moins règlementaire, les accords collectifs relevant de l'idéaltype dirigiste, se voient bien souvent conférer un caractère d'ordre public²¹². Reste à déterminer si celui-ci est absolu ou relatif. D'emblée, il convient de relever les difficultés d'application d'un principe de faveur peu compatible avec certaines exigences budgétaires propres à ces accords. Il est ainsi avancé que la mise en place d'une procédure d'agrément des accords conclus dans le secteur social et médico-social a initialement été pensée comme un moyen de se prémunir des dangers d'une application pleine et entière de ce principe. En effet, dès lors qu'un tel accord s'avère plus avantageux pour les salariés rapporté à une autre norme, il devient, de fait, plus onéreux et donc plus difficile à agréer²¹³.

Plus radicalement, le principe de faveur est parfois écarté de manière explicite comme en matière d'assurance chômage. En effet, dans un arrêt du 11 juillet 2001, le Conseil d'Etat a clairement posé que celui-ci ne s'appliquait qu'aux accords collectifs de travail²¹⁴. Cette mise à l'écart n'étonne guère au vu de l'objet conféré aux conventions d'assurance chômage. En cas de conflit entre une loi et une telle convention, il est important de garder à l'esprit que cette dernière opère, une fois agréée, à la manière d'un règlement d'application²¹⁵. Dès lors, il existe entre la loi et la convention un rapport hiérarchique difficilement conciliable avec le principe de faveur. De même, ces conventions étant nécessairement conclues au niveau national interprofessionnel, il ne peut y avoir, en principe, de conflit entre accords conclus à des niveaux différents. Néanmoins, la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'accord de retraite complémentaire sème

²¹² V. par ex. s'agissant des conventions médicales, Civ., 2^e, 19 janvier 2006, 04-30.472, *Droit social*, 2011, p. 829, rapp. X. Prétot ; *RDSS*, 2011. 764, obs. T. Tauran. V. également, Civ., 2^e, 12 mai 2011, 10-18.797, *RDSS*, 2011. 764, obs. T. Tauran ; Civ., 2^e, 8 janvier 2009, 07-20.984, *RDSS*, 2009 p.187, obs. T. Tauran ; Soc., 25 novembre 1999, 97-21.158.

²¹³ Etrangement, il apparaît que les avis favorables prononcés par la CNA sont majoritaires. Le taux d'approbation a varié entre 2007 et 2012 entre 55 % à 83 %. Toutefois, il ne faut pas tirer de ce constat des leçons trop hâtives. En effet, « l'analyse des dossiers de l'année 2010 montre que le taux global d'avis favorables rapporté aux accords ayant une incidence financière, diminue nettement pour s'établir à moins de la moitié des avis rendus par la commission ». *Evaluation de la procédure d'agrément des conventions et accords collectifs d'entreprise et d'établissement du secteur social et médico-social*, rapport établi par P. Sitruk, IGAS, septembre 2012, p. 5.

²¹⁴ CE, 11 juillet 2001, Syndicat Sud Travail et autres, n° 228361 228545 228606 229013 229095 229851 229867 229925 229926 229940 229947 229966 229967 ; *RDSS*, 2001 p. 867, note Ch. Willmann. La haute juridiction ne se contente donc pas d'écarter ce principe du domaine de l'assurance chômage. Elle va plus loin en prenant position sur la nature juridique de la convention d'assurance chômage. Elle lui refuse ouvertement la qualification d'accord collectif de travail et affirme donc sa spécificité.

²¹⁵ Cf. l'article L. 5422-20 du Code du travail.

le doute. Comme les accords d'assurance chômage, ils ne peuvent être institués que par des ANI. Pourtant, la Cour de cassation a jugé dans un arrêt du 27 juin 2012, qu'il pouvait y avoir conflit entre accords d'entreprise et de branche concernant le taux et la clé de répartition des cotisations de retraite complémentaire ARRCO. Surtout, elle a jugé que celui-ci devait se régler grâce au principe de faveur²¹⁶. Pourtant, la haute juridiction judiciaire avait estimé un mois auparavant qu'il résultait du fait que les régimes de retraite complémentaire des salariés soient institués par des ANI étendus et élargis et mis en œuvre par des institutions de retraite complémentaire, qu'une convention collective de branche ne pouvait prévoir des dispositions non conformes à celles de l'accord ARRCO²¹⁷. Les salariés, auteurs du pourvoi, faisaient pourtant valoir qu'en cas de concours entre accords d'échelons différents, c'est le plus favorable pour le salarié qui devait recevoir application. Les deux décisions ici évoquées semblent ainsi contradictoires.

En réalité, il n'en est rien si l'on prend soin d'observer que les normes conventionnelles en conflit n'étaient pas exactement les mêmes. Dans le premier arrêt mentionné, un accord d'entreprise était entré en conflit avec un accord de branche. L'application du principe de faveur dans ce cas, ne posait guère de problèmes²¹⁸. En revanche, dans le second arrêt, l'accord de branche était entré directement en conflit avec l'accord ARRCO. Or, lorsqu'un ANI est étendu et élargi conformément à l'article L. 921-4 du Code de la Sécurité sociale, il a vocation à prévaloir sur les autres accords. Cette prévalence s'explique aisément. Les régimes de retraite complémentaire obligatoire reposent, comme l'assurance chômage au demeurant, sur un équilibre financier délicat fondé sur une solidarité interprofessionnelle. Le législateur souhaitant préserver au mieux cet équilibre, a veillé à ce que ces régimes n'éclatent pas en une multitude de régimes de branche, distincts les uns des autres en ce qui concerne leur contenu et autonomes en ce qui concerne leur financement.

²¹⁶ Selon un mode d'appréciation non pas semi-analytique mais global, ce qui n'est pas sans rappeler la jurisprudence Géophysique. Soc., 27 juin 2012, 09-67.402. V. également, Soc. 23 janvier 2013, 11-16.172 et s. V. Roulet, annotateur de l'arrêt, (« Protection sociale et principe de faveur », *Droit social*, 2013, p. 379) estime que « se dessinent des difficultés voisines de celles soulevées par les accords donnant donnant, tandis que s'étend l'opposition des méthodes de comparaison, analytique et semi-globale. Sur ce mode d'appréciation, v. Ch. Radé, « L'appréciation de la disposition la plus favorable », *Droit social*, 2000, p. 381.

²¹⁷ Cf. Soc. 3 mai 2012, 10-15.291 ; Soc. 7 mars 2012, 10-16.156.

²¹⁸ On peut y voir un rappel utile concernant l'objet des accords collectifs de travail qui peuvent contenir des dispositions relatives aux garanties sociales des salariés.

Un raisonnement similaire peut être mené s'agissant des accords collectifs de prévoyance. Le fait « qu'ils mettent en place un régime de couverture des risques fondé sur la solidarité, donc sur l'adhésion obligatoire de tous les membres, s'accommode mal du principe de faveur »²¹⁹. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'un accord professionnel pouvait valablement contraindre les entreprises comprises dans son champ d'application, à adhérer à l'organisme assureur désigné en son sein en s'appuyant sur l'ancien article L. 132-23 du Code du travail. Autrement dit, l'accord de niveau supérieur primait sans qu'il soit nécessaire d'appliquer un quelconque principe de faveur²²⁰. La décision du Conseil constitutionnel invalidant les clauses de désignation vient toutefois mettre à mal cette logique. La difficulté est « réelle car la solidarité au niveau de la branche ne peut s'accommoder du libre départ d'une entreprise »²²¹. Finalement, il est un seul cas où l'application du principe de faveur ne semble pas soulevé trop de problèmes, à savoir lorsque un accord collectif de travail entre en conflit avec un accord collectif de prévoyance. Cette configuration n'est pas purement hypothétique, dès lors qu'un accord collectif de travail peut contenir des dispositions relatives aux garanties sociales des salariés. Elle s'est présentée dans une affaire mettant en présence l'ANI de mensualisation à un accord de prévoyance d'entreprise plus favorable. Dans un arrêt du 17 octobre 1991, la Cour de cassation a appliqué le principe de faveur²²².

501. S'agissant des rapports entre accords conclus à des niveaux différents en matière d'assurance chômage, le Conseil d'Etat a toutefois prévu un léger tempérament. En effet, il a admis dans un arrêt du 24 octobre 1984 que les interlocuteurs sociaux puissent adapter aux branches les dispositions d'une convention d'assurance chômage conclue au niveau national interprofessionnel²²³. Néanmoins, cette adaptation est réalisée par des interlocuteurs sociaux constitués au niveau national et interprofessionnel. Les mesures d'adaptation font donc partie intégrante de la convention nationale interprofessionnelle, qu'elles aient été négociées simultanément ou non.

²¹⁹ A. Fabre, « Accord de prévoyance complémentaire et principe de faveur », *Dalloz Actualité*, 22 octobre 2007, obs. ss. Soc. 10 octobre 2007, 05-15.850.

²²⁰ Soc. 10 octobre 2007, 05-15.850, *Droit social*, 2007, p.1331, note J. Barthélemy.

²²¹ G. Lyon-Caen, *La prévoyance*, Dalloz, Connaissance du droit, 1994, p. 42.

²²² Soc. 17 octobre 1991, *RDSS*, 1992, p. 300, obs. G. Vachet ; *Droit social*, 1992, p. 450, obs. J. Barthélemy.

²²³ CE, 24 octobre 1984, 26398. En l'espèce, l'accord litigieux prévoyait en ce qui concerne l'assiette des contributions, des adaptations à la convention nationale interprofessionnelle du 27 mars 1979, rendues nécessaires par le caractère particulier des rémunérations perçues par les salariés des casinos et cercles qui sont compris dans le champ d'application de la convention nationale.

Peut-il enfin y avoir conflit entre une convention d'assurance chômage et un contrat de travail ? L'article L. 5422-13 dispose qu'en dehors des cas où l'employeur assure lui-même la gestion de l'allocation d'assurance, « tout employeur est tenu d'assurer contre le risque de privation d'emploi tout salarié dont l'engagement résulte d'un contrat de travail » et que « l'adhésion au régime d'assurance ne peut être refusée ». Ce texte rend ainsi obligatoire l'affiliation au régime d'assurance chômage de tous les employeurs qui s'allient les services de personnes liées par un contrat de travail et dont la situation juridique relève du droit privé. L'employeur qui entre dans le champ d'application de l'assurance chômage déterminé par la loi, ne peut donc s'en défaire et se désolidariser du régime quand bien même il proposerait de mettre en place un régime d'assurance plus favorable²²⁴.

Section 2

La légitimité des négociateurs

502. Il est aujourd'hui admis que « les conditions de validité des accords collectifs auxquels est reconnu un effet normatif viennent concrétiser des principes fondamentaux du droit du travail pour lesquels seuls le législateur est compétent »²²⁵. Parmi celles-ci, figurent les exigences de majorité et de représentativité qui constituent des composantes essentielles du modèle légal de l'accord collectif de travail. En premier lieu, la représentativité apparaît comme une condition essentielle d'aptitude à la négociation collective en droit du travail²²⁶. Une exigence de représentativité semble ainsi prendre forme, y compris au-delà du droit du travail (**§1**). En second lieu, se développe également, de manière complémentaire ou concurrente, une exigence majoritaire qui répond au même souci de légitimation des acteurs de la négociation (**§2**).

²²⁴ On peut toutefois penser que rien n'interdit à l'employeur de prévoir des avantages supplémentaires en la matière tant que ceux-ci ne remettent pas en cause le régime conventionnel et qu'il en assure la charge lui-même.

²²⁵ H. Tissandier, « Le sort d'un accord collectif exigeant la signature unanime de tous les syndicats représentatifs », note ss. Soc. 4 février 2014, *RDT*, 2014, p. 350.

²²⁶ Elle en constitue « une condition structurelle », J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, Vol. 2, Traité de droit du travail, Tome V, ss. la dir de G.-H. Camerlynck, 2^e éd, 1987, p. 484. V. également, A. Supiot, « Les syndicats et la négociation collective », *Droit social*, 1983, p. 63.

Paragraphe 1 L'exigence de représentativité

503. La représentativité, véritable « constante du droit social français »²²⁷ en constitue l'un des étendards les plus remarquables. Celle-ci est étroitement liée à la négociation collective. En effet, la représentativité est un outil de sélection permettant l'identification de groupements susceptibles d'assurer, de manière légitime, l'expression et la défense d'intérêts collectifs. Elle est une qualité qui confère certaines prérogatives parmi lesquelles figure bien entendu, la capacité d'engager l'ensemble de la profession par le biais d'un accord collectif.

La représentativité est parfois présentée comme l'occasion pour le droit du travail de prendre « sa revanche sur d'autres branches du droit qui l'empruntent comme corollaire de l'accord collectif, les deux techniques étant utilisées pour organiser les rapports entre Etat et associations légalisées »²²⁸. En ce sens, il est possible d'y voir un outil contribuant à la diffusion du « modèle de l'(auto)organisation juridique de la profession à d'autres fragments de la Société civile »²²⁹. Ce faisant, l'affirmation d'une exigence de représentativité rapportée au modèle de l'accord collectif de travail et à ses déclinaisons, semble essentielle. Elle tend à donner à la représentativité une unité conceptuelle **(1)** sans pourtant qu'il en découle une quelconque unicité dans ses manifestations **(2)**.

A) L'affirmation d'une exigence de représentativité

504. L'existence d'un « principe de représentativité » est aujourd'hui attestée par le Conseil d'Etat²³⁰. Le regard de ce dernier, peu débattu, enrichit sa perception et autorise à le saisir par-delà la *summa divisio* droit privé/droit public. Celui-ci permet également, par le rayonnement ainsi conféré par la qualification de principe, de penser l'exigence de représentativité au-delà du droit du travail et spécialement dans les branches où le modèle de l'accord collectif de travail est accueilli **(a)**. Cela implique également de déterminer quelle est la valeur juridique d'un tel principe **(b)**.

²²⁷ G. Adam, « La représentativité syndicale dans l'entreprise », *Droit social*, 1972, p. 90.

²²⁸ S. Yannakourou, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur*, LGDJ, 1995, p. 110.

²²⁹ *Loc. cit.*

²³⁰ Sur ce principe, cf. J. Dirringer, M. Sweeney et Y. Ferkane, « Le principe de représentativité dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », 2011, unitédudroit.org.

1. La teneur du principe de représentativité

505. Dans une logique professionnelle, la représentativité permet de faire état de la capacité des syndicats à représenter les travailleurs face à leurs employeurs. Dans une logique plus institutionnelle, elle permet de s'assurer de cette capacité face aux autorités publiques, spécialement dans le cadre de négociations tripartites et/ou légiférantes²³¹. Toutefois, si le Conseil d'Etat invoque le principe de représentativité, c'est avant tout pour contrôler la légalité des actes administratifs affectant le pouvoir de représentation des organisations syndicales. L'élévation de l'exigence de représentativité au rang de principe général du droit s'avère particulièrement utile. Le Conseil d'Etat l'utilise « pour ériger en règles de droit positif des principes non écrits découlant de l'ordre institutionnel lui-même, afin de combler les lacunes de statuts ou de régimes juridiques insuffisamment protecteurs des individus »²³².

Le principe de représentativité a été découvert dans un arrêt du 22 mars 1995²³³. Dans les premiers temps, celui-ci était invoqué uniquement lorsqu'était en jeu, la représentation syndicale de fonctionnaires mais aussi des salariés d'entreprises publiques²³⁴. Puis, le Conseil d'Etat s'est efforcé de décroisonner ce principe, notamment dans un arrêt du 11 octobre 2010, en indiquant que celui-ci avait vocation à s'appliquer à l'ensemble des « relations collectives de travail »²³⁵. Or, cette notion englobe, selon les termes de l'article L. 2221-1 du Code du travail, les relations conventionnelles entre salariés et employeurs de droit privé. Voilà de quoi conférer à ce principe, un champ d'application plutôt large. Il se pourrait toutefois que la loi du 5 juillet 2010 ait soustrait la fonction publique à son

²³¹ A titre d'illustration, cf. CE, 30 décembre 2009, n° 310284, *LPA*, 2010, n°24, note M.-Ch. Rouault, p. 3. En l'espèce, était en jeu la capacité d'organisations syndicales de salariés à siéger au sein du CES et des CESR. L'invocation du principe de représentativité permet au Conseil d'Etat d'exiger du Premier ministre qu'il apprécie la représentativité des syndicats siégeant au CES.

²³² F. Zapata, « Le juge administratif et l'application du Code du travail aux personnels du secteur public », *Droit social*, 1996, p. 700.

²³³ CE, 22 mars 1995, Union des syndicats de la Poste et France Télécom, *AJDA*, 1995, p. 658, note S. Salon. En l'espèce, était en jeu la décision du président du conseil d'administration de la Poste de reconnaître aux fédérations syndicales disposant d'un siège au comité technique paritaire et à elles seules, le droit de désigner un représentant aux commissions paritaires spéciales d'intégration qu'il créait. Le Conseil d'Etat a jugé qu'une telle décision qui limitait le droit de désigner ces représentants à seulement certaines fédérations alors même qu'il était établi qu'il existait à leurs côtés d'autres organisations représentatives, allait manifestement à l'encontre d'un « principe général relatif à la représentativité ».

²³⁴ V. notamment, CE, 8 avril 2009, 314997 et à propos des agents d'EDF-GDF, CE, 12 novembre 1997, 182740.

²³⁵ CE, 11 octobre 2010, 327660, 328312, Fédération des syndicats de travailleurs du rail SUD, *Droit social*, 2011, p. 186, concl. M. Vialettes.

influence. En effet, la capacité des syndicats à représenter les fonctionnaires n'implique plus qu'ils soient représentatifs dans le cadre de la négociation d'un accord collectif²³⁶. Il apparaît même que « l'appréciation de la représentativité des syndicats n'est plus indispensable dans un système où la légitimité des acteurs est fondée principalement sur leur audience »²³⁷. Un tel aveu invite à nuancer le degré de généralité du principe de représentativité, voire à s'interroger plus largement sur l'avenir de l'exigence de représentativité du fait de l'essor non contrarié du critère de l'audience. En attendant, cette exigence continue à irriguer d'autres terres.

506. Au-delà du droit social, aucun véritable principe de représentativité rapporté à la négociation collective ne se dégage. Néanmoins, il est des normes qui posent l'exigence sans la qualifier de principe. Le but n'est pas ici de toutes les recenser. Quelques exemples peuvent être donnés. En droit de la consommation tout d'abord, l'exigence de représentativité est apparue par le biais de l'agrément des associations de consommateurs. Aux termes de l'article D. 511-2 du Code de la consommation, des accords peuvent être négociés dans le cadre du Conseil national de la consommation (CNC)²³⁸. Or, l'article D. 511-6 précise que ce conseil est composé notamment d'un collège de consommateurs et usagers dont les membres sont nommés sur proposition des associations de défense des consommateurs agréées au niveau national par arrêté du ministre chargé de la

²³⁶ Une confusion est bien souvent opérée entre exigence de représentativité et exigence majoritaire qui certes, présentent des interactions mais demeurent autonomes. Les débats entourant le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires le révèlent. Son article 20 ter envisage de conditionner la validité d'un accord à l'obtention de la majorité « des suffrages exprimés en faveur des organisations habilitées à négocier ». L'expression suscite des interrogations. Désigne-t-elle les syndicats représentatifs ? Certains observateurs semblent le croire. V. sur ce point, *Liaisons sociales quotidien*, 2 octobre 2015, p. 4. Ils évoquent par exemple le cas du Conseil commun de la fonction publique dans lequel seuls les « syndicats représentatifs » seraient habilités à siéger. Pourtant, ces sièges sont répartis entre les organisations syndicales à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne des voix obtenues par chaque organisation syndicale lors des dernières élections pour la désignation des représentants des personnels aux comités techniques dans les trois fonctions publiques. Il n'est donc pas question de représentativité. Sur cette question, cf. infra, §522.

²³⁷ Exposé des motifs de la loi du 5 juillet 2001. Cette loi est allée jusqu'à exclure toute référence à l'idée même de représentativité de la loi du 13 juillet 1983. En réalité, la loi n° 96-1093 du 17 décembre 1996 avait déjà annoncé l'emprise croissante du critère de l'audience.

²³⁸ La conclusion d'un tel accord est une prérogative attachée à l'agrément, peu médiatisée. Cet agrément fait plus volontiers l'objet de débats lorsqu'il conditionne l'exercice du droit d'ester en justice dans l'intérêt collectif ou individuel des consommateurs. Rien d'étonnant à cela, puisque c'est la loi Royer du 27 décembre 1973 qui a évoqué pour la première fois cette exigence afin que soit réservé le droit d'ester en justice aux seules associations parvenues à établir leur représentativité sur le plan national ou local. Sur ce point, lire J. Calais-Auloy, « Les actions en justice des associations de consommateurs », *D.* 1988, Chron., p. 193.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

consommation. Or, cet agrément n'est accordé qu'aux seules associations remplissant les critères posés par l'article R. 411-1 qui ne sont rien moins d'autre que des critères de représentativité²³⁹. Il est donc possible d'en conclure que seule une association de consommateurs représentative peut signer un accord collectif au sein du CNC²⁴⁰. Un mécanisme similaire est prévu en matière d'accords collectifs de location. L'article 41 ter de la loi Méhaignerie dispose ainsi que des accords collectifs de location peuvent être conclus au sein de la Commission nationale de la concertation²⁴¹. Là encore, seules les organisations représentatives à leur niveau d'action peuvent siéger dans cette commission.

Une exigence de représentativité est également posée en droit rural. Elle est même affirmée, selon des modalités différentes à deux reprises. L'article L. 631-3 du Code rural prévoit d'une part, que les accords interprofessionnels sont conclus entre les acheteurs ou leurs groupements et les organismes les plus représentatifs des producteurs à l'échelon national ou à l'échelon régional. L'article L. 632-4 fait d'autre part de la représentativité, une condition de l'extension de ces mêmes accords fixant au passage des critères pour l'apprécier.

Enfin, il peut être fait mention, sans plus de précisions pour l'heure, des accords conclus avec les professionnels de santé dont les représentants doivent, là encore, remplir certains critères de représentativité.

507. Au final, la représentativité peut être pensée comme une exigence qui traverse une grande majorité des accords collectifs qu'ils soient conclus dans le domaine du droit social ou au-delà. Mais ce caractère transversal l'autorise-t-elle à surplomber le droit des accords collectifs en général ? Il faudrait pour cela que lui soit reconnue une valeur juridique spécifique²⁴².

²³⁹ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, p. 686.

²⁴⁰ C'est là une prérogative peu médiatisée et attachée à l'agrément en droit de la consommation, celui-ci faisant plus volontiers l'objet de débats lorsqu'il conditionne l'exercice du droit ester d'en justice dans l'intérêt collectif ou individuel des consommateurs.

²⁴¹ Loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.

²⁴² Sur ce point, v. L. Pécault-Rivolier et Y. Struillou, « Chronique des jurisprudences sur la représentation des salariés », *SSL*, 2010, n° 1067.

2. La valeur juridique de l'exigence de représentativité

508. Selon le Conseil d'Etat, le principe de représentativité aurait la valeur d'un principe général du droit (PGD), autrement dit une valeur supra-décrétale²⁴³. Toutefois, sa valeur est peut-être plus grande que ne le suggère son titre. En effet, la fonction conférée par le Conseil d'État au principe de représentativité est originale au regard de celle que remplissent habituellement les PGD en droit social. Souvent, la reconnaissance de ces principes permet d'étendre certains droits des salariés aux agents publics. Mais en l'occurrence, le juge administratif ne s'est pas contenté d'effectuer une interprétation amplifiante de règles légales ou jurisprudentielles issues du droit privé du travail²⁴⁴. La reconnaissance du principe de représentativité ne procède pas uniquement de cette logique. D'ailleurs, ni le Code du travail, ni la jurisprudence judiciaire ne le reconnaissent. Celui-ci tend plutôt à généraliser au-delà des frontières entre travailleurs privés et travailleurs publics, l'idée de représentativité comme principe de sélection des organisations syndicales les plus aptes à exercer certaines prérogatives, au premier rang desquelles figure la capacité de conclure un accord collectif.

509. La tentation est grande dans un premier temps, de conférer une valeur constitutionnelle à l'exigence de représentativité²⁴⁵. A ce titre, le principe de participation, principe matriciel, pourrait lui offrir une assise constitutionnelle qui lui permettrait de rayonner plus encore²⁴⁶. D'ailleurs, le lien entre représentés et représentants fonde la capacité des seconds à agir au nom des premiers. Tel est l'essence de l'exigence de représentativité : créer une corrélation entre le pouvoir de représentation reconnu aux

²⁴³ Voir R. Chapus, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966, Chron., pp. 99 et s.

²⁴⁴ Sur cette idée, lire A. Jeammaud, « Les principes dans le droit français du travail », *Droit social* 1982, p. 618 ; « De la polysémie du terme principe dans les langages du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, ss. la dir. de S. Caudal, Economica, Études juridiques, 2008, p. 49.

²⁴⁵ L'exigence de représentativité est compatible avec la Constitution comme le suggère la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 6 novembre 1996 en posant que si « des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité, peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail », c'est à la condition « que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives ». Décision n° 96-383 DC. Sur cette décision, cf. M.-L. Morin, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Droit social*, 1997, p. 25 ; B. Mathieu, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », *D.* 1997, p. 152.

²⁴⁶ D'autant que le juge administratif n'hésite pas à faire une application directe du principe de participation. V. par exemple, CE, 24 février 2011, 335453.

syndicats représentatifs et l'authenticité et la réalité du lien de représentation que garantit la qualité de syndicat représentatif²⁴⁷. Néanmoins, le Conseil d'État dissocie clairement le principe de représentativité du principe de participation²⁴⁸. Cette démarche discutable vise peut-être à ne pas conférer une assise trop forte à l'exigence de représentativité. Plus fondamentalement, il semblerait que dans sa formulation, le principe de représentativité ait davantage été orienté vers les organisations syndicales tandis que le principe de participation apparaît plus comme un droit des salariés. Cela ne nous renseigne pas toutefois sur la valeur juridique du principe. La décision rendue par le Conseil constitutionnel le 6 novembre 1996 pourrait sur ce point nous éclairer. Celle-ci semble élever « l'accès des syndicats à la négociation collective à la hauteur d'une exigence constitutionnelle au titre de l'alinéa 6 du Préambule de 1946 »²⁴⁹. La question de savoir si la technique de la représentativité est comprise dans cette promotion reste entière. Il est intéressant de relever à ce titre que les auteurs de la saisine s'étaient appuyés sur le caractère fondamental du « principe de représentativité »²⁵⁰ pour soutenir la valeur constitutionnelle du monopole syndical en matière de négociation collective. Sans leur donner raison, le Conseil constitutionnel semble avoir été, en partie, sensible aux arguments avancés. Cela se ressent lorsqu'il pose « que les modalités de protection des salariés pouvant être mandatés par des organisations syndicales représentatives afin de conclure des accords collectifs touchent à l'exercice même de leur mission de négociation par ces salariés ». L'indépendance du négociateur est ainsi érigée au rang d'exigence constitutionnelle au titre du principe de participation des travailleurs. Or « cette indépendance trouve être garantie par la technique de la représentativité, dont elle constitue un critère déterminant »²⁵¹. L'exigence de représentativité bénéficie ainsi par des voies détournées d'une assise constitutionnelle, que ce soit au regard de l'alinéa 6 ou de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946.

510. Reste une difficulté majeure concernant l'exigence jusqu'ici mentionnée. Celle-ci ne trouve à s'appliquer que dans un domaine relativement restreint au vu de l'étendue de la

²⁴⁷ Sur ce lien, cf. la décision du CEDS, 4 décembre 2000, publiée le 23 mars 2001 et spécialement l'argumentation avancée par la France pour justifier l'exclusion des militaires du droit de négocier collectivement. Cf. également, *infra*, §652.

²⁴⁸ V. CE, 11 octobre 2010, 327660.

²⁴⁹ I. Odoul-Asorey, *op. cit.*, p. 241 ; B. Mathieu, *art. précit.*, p. 154 ; X. Prétot, « Les bases constitutionnelles de la négociation collective », *TPS*, 1997, p. 5.

²⁵⁰ Désigné tel quel dans le texte de la décision, Décision n° 96-383 DC, considérant n°3.

²⁵¹ I. Odoul-Asorey, *op. cit.*, p. 254.

diffusion du modèle de l'accord collectif, à savoir le droit du travail. Aussi, il reste à se demander si l'exigence de représentativité ne pourrait pas être élevée au rang de principe embrassant l'ensemble des branches du droit où s'observent des négociations collectives. Une piste de réflexion peut ici être dégagée. Elle est soufflée par un auteur qui postule l'existence d'un droit à la représentation, droit fondamental de la personne fondé sur la citoyenneté et indépendant de toute participation effective aux charges publiques²⁵². Il le conçoit principalement dans le domaine de la Sécurité sociale mais l'idée semble pouvoir être exportée en bien des domaines. Cette conception n'est pas sans rappeler la substance d'un principe de participation à cette différence près qu'il est attaché non plus au travailleur mais à la personne²⁵³. Une difficulté réside toutefois dans le choix du mode d'investiture des représentants. Il ne faut pas omettre que la représentation syndicale s'est historiquement structurée en opposition à une représentation politique fondée sur un mode d'investiture de type électoral. Dans un système empreint de liberté et de pluralisme, la technique de la représentativité a permis d'identifier des interlocuteurs légitimes. Le droit à la représentation peut donc être pensé au travers d'une exigence de représentativité²⁵⁴.

La notion de représentativité se révèle ainsi, particulièrement fertile. Cependant, elle ne fait sens que rapportée aux prérogatives qui y sont attachées. La faculté de conclure un accord collectif est l'une d'entre elles. C'est vrai en droit du travail mais aussi dans toutes les branches où se diffusent le modèle de l'accord collectif de travail. Il s'agit d'une exigence unitaire surplombant le droit des accords collectifs. Mais bien qu'unitaire dans son expression, elle ne l'est pas dans son application.

B) Les manifestations de l'exigence de représentativité

511. Longtemps, le droit du travail a connu deux modes d'acquisition de la représentativité, selon que celle-ci était présumée **(a)** ou prouvée **(b)**. La loi du 20 août 2008 est venue bouleverser ce schéma en programmant la disparition progressive de la

²⁵² J.-P. Chauchard, « Représentation collective et protection sociale », *RDSS*, 2004, p.161.

²⁵³ Sur ce passage du droit du travail à un droit des personnes, cf. P. Lokiec, « Le travailleur et l'actif », *Droit social*, 2009, p. 1017.

²⁵⁴ Cette exigence pourrait abriter un droit inattendu, celui pour un groupement collectif de démontrer sa représentativité. C'est du moins ce qui transparaît dans l'arrêt du 30 décembre 2009 (310284) rendu par le Conseil d'Etat, dont il ressort qu'un syndicat même déclaré non représentatif au niveau national, pouvait prétendre à exercer une prérogative à ce niveau en démontrant qu'il satisfait aux critères de représentativité. Du droit à la représentation au droit de représenter, il n'y aurait ainsi qu'un pas,.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

présomption irréfragable de représentativité. L'étude de la diffusion du modèle de l'accord collectif fait apparaître qu'au-delà du droit du travail, ces deux modes d'acquisition connaissent des déclinaisons.

1. Une représentativité présumée en voie de marginalisation

512. Dispensant certains syndicats d'apporter la preuve de leur représentativité, la représentativité présumée a été au cœur de critiques acerbes en droit du travail, spécialement rapportées à la négociation collective. En effet, la présomption autorisait, de fait, les syndicats à engager par voie conventionnelle les salariés alors même qu'ils n'avaient pas passer le filtre de la représentativité prouvée.

L'exigence de représentativité des syndicats de salariés en vue de la conclusion d'un accord collectif de travail a clairement été posée par la loi du 13 juillet 1971. Parmi les syndicats habilités à signer un accord, figuraient les organisations syndicales affiliées à l'une des confédérations déclarées représentatives au niveau national interprofessionnel²⁵⁵. Cette représentativité, parfois qualifiée d'emprunt, avait l'effet d'une présomption irréfragable²⁵⁶. Il est intéressant de noter au passage que l'exigence a pris corps, à chaque fois, au contact de la négociation collective, attestant une fois de plus des liens qui les unissent. Aujourd'hui, cette présomption est vouée à disparaître sous l'effet de la loi du 20 août 2008 mais demeure à titre transitoire dans certains cas²⁵⁷. Cette suppression était attendue de longue date, tant était partagé le sentiment que la liste de l'arrêté du 31 mars 1966 était figée. Là encore, ce sont, en partie, des considérations liées à la négociation collective qui ont achevé de convaincre les signataires de la position commune de 2008 et dans leur sillage le législateur, qu'il était temps d'y mettre fin. Il était, en effet, de plus en plus délicat d'admettre qu'un syndicat minoritaire puisse engager la communauté des salariés en se

²⁵⁵ Art. 2 de la loi du 13 juillet 1971.

²⁵⁶ V. notamment Soc. 28 juin 1978, *Bull. civ. V*, n° 546. La liste des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national interprofessionnel était initialement fixée par une décision du 8 avril 1948, actualisée par un arrêté du 31 mars 1966. Il ne faut pas se méprendre sur la nature de la représentativité de ces organisations. Celles-ci, contrairement aux syndicats qui leur étaient affiliés, ne bénéficiaient pas d'une présomption de représentativité mais étaient déclarées représentatives.

²⁵⁷ Si le terme de cette période transitoire au niveau de l'entreprise ainsi qu'au niveau national interprofessionnel est arrivé à échéance, l'article 11. III alinéa 2 de la loi du 20 août prévoit qu'à compter de la première détermination de l'audience et pendant les quatre années suivantes, autrement dit au plus tard en 2017, une présomption de représentativité est reconnue au niveau de la branche au profit des syndicats affiliés aux organisations syndicales déclarées représentatives au niveau national interprofessionnel. Sur cette loi, cf. G. Borenfreund, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT*, 2008, p. 712.

basant uniquement sur son affiliation à une organisation déclarée représentative au niveau national interprofessionnel, surtout dans un contexte où la négociation n'est plus nécessairement plus favorable pour les salariés.

513. Au-delà du droit du travail, ce mode d'habilitation est très rare. Il n'est pas exagéré, à ce titre, de parler de procédé marginal. Une exception notable peut toutefois être relevée en droit des baux d'habitation où la représentativité présumée connaît encore une certaine actualité. En effet, l'article 44 de la loi du 23 décembre 1986²⁵⁸ prévoit que dans un immeuble ou un groupe d'immeubles, tout groupement de locataires affilié à une organisation siégeant à la Commission nationale de concertation ou toute association affiliée à une organisation siégeant à la Commission nationale de concertation, est réputée représentative²⁵⁹. En l'absence de tout texte disposant le contraire, cette représentativité semble même pouvoir être qualifiée d'irréfragable²⁶⁰. Reste alors à déterminer si celle-ci conditionne le droit des groupements et associations de locataires à signer des accords collectifs de location. Il faut pour trouver pareille disposition se référer à l'article 42 de la loi du 23 décembre 1986²⁶¹. Celui-ci indique notamment qu'un accord est obligatoire sur tout ou partie du patrimoine du bailleur s'il a été conclu par une ou plusieurs associations affiliées à une organisation siégeant à la commission nationale de concertation, présentes dans le patrimoine du bailleur. Le mécanisme n'est bien entendu pas sans rappeler la représentativité présumée²⁶². S'agissant des groupements de locataires, la loi du 13 décembre 2000 semble vouloir leur conférer des prérogatives similaires à celles des

²⁵⁸ Loi n° 86-1290 **modifiée par les lois des 13 et 14 décembre 2000.**

²⁵⁹ La liste des organisations de locataires représentées à la CNC est fixée par un décret du 18 mars 1988. Il s'agit de la Confédération nationale du logement (CNL), la Confédération générale du logement (CGL), la Confédération syndicale des familles (CSF), la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie (CLCV), ainsi que de Force ouvrière consommateurs (AFOC).

²⁶⁰ Il est possible cependant, de douter du caractère véritablement présumé de cette représentativité. L'article 44 précise en effet, s'agissant des seules associations de locataires, que celles-ci doivent œuvrer dans le domaine du logement et être indépendantes de toute organisation politique, philosophique, confessionnelle, ethnique ou raciale. Ainsi, seuls les groupements de locataires bénéficieraient d'une pleine présomption de représentativité. En réalité, une autre interprétation est possible. Les conditions ainsi imposées aux associations ne tiennent pas tant, selon nous, à leur représentativité qu'à leur nature qui se déduit de leur objet. Un parallèle peut d'ailleurs être dressé avec l'arrêt FN police rendu à propos d'un groupement qui ne pouvait prétendre à la qualité de syndicat professionnel en raison notamment des valeurs racistes qu'il véhiculait, Ch. Mixte, 10 avril 1998, 97-17870, A. Jeammaud, « L'échec des "syndicats Front national" devant la Cour de cassation », *D.* 1998, p. 389.

²⁶¹ Modifié par l'article 13 de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009.

²⁶² Il est intéressant de noter ici que la présomption ne vise pas à uniquement à habiliter l'association à signer un accord, elle lui confère surtout un caractère obligatoire.

associations de locataires. Toutefois, si l'on s'en tient à la lettre de l'article 42, il semble que la signature d'un accord collectif n'en fasse pas partie. Leur reconnaître une telle prérogative aurait pour avantage de faciliter la signature d'accords patrimoniaux, la constitution d'un groupement de locataires paraissant plus aisée²⁶³. Toutefois, le risque serait grand de confier une telle mission à des groupements moins bien structurés que les associations de locataires. Cela explique que la représentativité prouvée demeure clairement privilégiée comme mode de reconnaissance des organisations signataires d'un accord collectif.

2. Une représentativité prouvée en voie de généralisation

514. Malgré les similitudes flagrantes qui existent entre les différentes branches du droit où s'observe le développement d'accords collectifs, il est aventureux de vouloir dresser une typologie des critères de représentativité. Il existe, en effet, « suivant les domaines d'intervention, une grande diversité dans les conditions »²⁶⁴. Il en va de même de la méthode employée. En effet, si la représentativité des négociateurs est essentiellement appréciée par les juges lorsque celle-ci est remise en cause, elle peut également être appréciée en amont par les pouvoirs publics. Il n'en demeure pas moins que l'attraction exercée par le modèle de l'accord collectif de travail est évidente, surtout lorsque les négociateurs de l'accord en cause, sont les mêmes qu'en droit du travail. Tel est bien entendu le cas, des accords conclus dans le domaine de la protection sociale complémentaire. Au-delà du droit social, l'influence du modèle de l'accord collectif de travail s'exprime également au travers de la diffusion d'une exigence de représentativité mise en œuvre, selon des modalités très proches de celles qui sont observables en droit du travail. S'il faut renoncer ici à l'exhaustivité, l'impact du modèle sera apprécié en considération de trois domaines exemplaires de par les réformes dont ils ont fait l'objet en matière de représentativité et dont les liens avec le droit du travail sont indéniables. Il s'agit du domaine des accords collectifs de consommation (i), des conventions médicales (ii) ainsi que des accords conclus par les interprofessions agricoles (iii).

²⁶³ L'objectif est d'éviter aux locataires « les formalités imposées par la constitution en association qui, souvent, rebutent et découragent les bonnes volontés », *Rapport au nom de la Commission des Affaires économiques et du Plan, Doc. Sénat*, n° 304, 2009, pp. 343 et 344.

²⁶⁴ P. Didier, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, p. 362.

a) L'appréciation de la représentativité des associations de consommateurs

515. Les accords collectifs conclus dans le cadre de l'article D. 511-2 du Code de la consommation ne peuvent être signés que par des représentants d'associations de défense des consommateurs agréées au niveau national²⁶⁵. Celui-ci est accordé aux associations remplissant une série de critères fixée par le Code de la consommation en son article R. 411-1. Un bref égrainage suffit pour s'apercevoir de l'influence que le droit du travail a pu exercer en la matière. Certains auteurs n'hésitent pas d'ailleurs, à dresser un parallèle entre ces critères et ceux prévus par l'article L. 2121-1 du Code du travail²⁶⁶. L'agrément fait donc office d'équivalent fonctionnel de la représentativité.

Trois critères sont posés. Il est tout d'abord nécessaire que l'association atteste d'une ancienneté d'au moins un an à compter de sa déclaration²⁶⁷. Le Code du travail pose quant à lui une exigence d'ancienneté d'au moins deux ans que ce soit pour les syndicats de salariés que les organisations patronales. L'association doit ensuite justifier d'une activité effective et publique en vue de la défense des intérêts des consommateurs²⁶⁸. Ce critère n'est pas sans rappeler celui de l'influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience en droit du travail. Enfin, l'article R. 411-1 prévoit que l'association doit réunir, à la date de la demande d'agrément, un nombre de membres cotisant individuellement au moins égal à 10.000 s'agissant des associations nationales²⁶⁹. S'agissant du droit du travail, les articles L. 2121-1 et L. 2151-1 du Code du travail prévoient également, mais sans le chiffrer, un critère tenant aux effectifs d'adhérents et des cotisations. Le parallèle ne s'arrête pas là. Bien que ne figurant pas formellement dans la liste prévue à l'article R. 411-1, une autre exigence prévue par l'article L. 412-1 du Code de la consommation peut être analysée comme un

²⁶⁵ Les propos ici développés à propos des associations de consommateurs peuvent être rapprochés de la problématique de l'agrément des associations environnementales qui doivent elles aussi faire l'objet d'un agrément. Mieux, il est intéressant d'observer que le législateur a souhaité voir leur légitimité renforcée au moyen notamment de ce qui fut présenté comme des critères de représentativité, à l'occasion du Grenelle de l'environnement de 2007, autrement dit à l'occasion d'une négociation collective. Sur ce sujet, cf. les développements de J. Diringier, « Les voies vers une démocratie sociale et environnementale ou l'illusion procédurale ? », *Droit social*, 2015, p. 326.

²⁶⁶ Cf. L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, 1997, p. 66.

²⁶⁷ Pour un exemple d'application, v. Civ. 1^{re}, 19 novembre 2009, 08-16132.

²⁶⁸ Cela passe selon l'article R. 411-1 du Code de la consommation par l'exercice d'une activité effective et publique en vue de la défense des intérêts des consommateurs, apprécié notamment en fonction de la réalisation et de la diffusion de publications de la tenue de réunions d'information et de permanences.

²⁶⁹ Cette condition peut ne pas être exigée des associations se livrant à des activités de recherche et d'analyse de caractère scientifique.

critère de représentativité. Cet article dispose que « l'agrément ne peut être accordé qu'aux associations indépendantes de toutes formes d'activités professionnelles ». Il s'agit donc d'un critère d'indépendance dont on connaît l'importance en droit du travail. Il s'agit dans les deux cas d'empêcher que les actions syndicales et associatives ne soient orientées, par le biais notamment de financements occultes, en faveur de l'employeur ou du professionnel²⁷⁰.

516. En 2009, un rapport sur la réforme du mouvement consumériste a pointé du doigt « l'excessive diversité du mouvement consumériste » qui se traduisait alors au niveau du CNC par la représentation d'un nombre conséquent d'associations. En effet, pas moins de 17 d'entre elles y détenaient un siège. Le rapport y voyait un facteur d'alourdissement des séances plénières « alors même qu'il s'agit d'une instance de négociation, dont la vocation est de dégager des accords : il est évident que la négociation est plus difficile avec autant d'interlocuteurs »²⁷¹. Pour y remédier, le rapport proposait de diminuer de manière drastique les associations représentées au CNC afin d'écartier parmi elles celles dont l'action est la moins significative. A cette fin, il était suggéré « de tenir compte de plusieurs paramètres de nature à identifier les associations les plus représentatives et les plus actives »²⁷². Dans cet esprit, le rapport préconisait de renforcer les critères devant être remplis pour siéger au CNC : « associations dont le nombre d'adhérents est suffisamment élevé, [...] autonomie financière importante, [...] action nationale marquante et [...] couverture territoriale significative »²⁷³.

Ce rapport n'est pas resté lettre morte. En effet, un décret en date du 13 juillet 2010 l'a en partie transposé²⁷⁴. Il a notamment modifié, de manière substantielle, l'article D. 511-11 du Code de la consommation qui fixe la composition du bureau du CNC, instance décisionnelle de l'institution. Cet article prévoit désormais que celui-ci est composé de représentants d'associations de défense des consommateurs « bénéficiant de la reconnaissance spécifique prévue à l'article R. 431-1 ». Cette dernière est accordée par

²⁷⁰ Une association montée de toute pièce par un professionnel, pourrait être amenée par exemple de dénigrer ses concurrents afin de porter atteinte à leur image commerciale.

²⁷¹ D. Laurent, *Rapport sur la réforme du mouvement consumériste*, La documentation française, 2009, pp. 15 et 16.

²⁷² *Ibid.*, p. 23.

²⁷³ *Loc. cit.* Une telle proposition visant à renforcer le mouvement consumériste, n'est pas sans évoquer les motifs ayant poussé le législateur à réformer les modalités d'obtention de la qualité représentative s'agissant des syndicats professionnels en 2008 afin notamment de renforcer la légitimité des accords collectifs signés par eux.

²⁷⁴ **Décret n° 2010-801 du 13 juillet 2010.**

arrêté ministériel pour une durée de trois ans, à l'association qui en fait la demande lorsqu'elle remplit certains critères, outre le fait d'être agréée. Il faut d'une part, démontrer avoir une expérience, une organisation et des ressources humaines donnant une capacité effective à renseigner et à défendre les consommateurs dans toute une série de secteurs d'activité²⁷⁵. Cette condition rappelle l'article L. 2122-9 du Code du travail qui énonce que sont représentatives au niveau national interprofessionnel, les organisations syndicales qui font état de leur représentativité à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services. Elle vise à garantir que l'action couvre un grand nombre de secteurs d'activité. Il faut d'autre part, « justifier avoir exercé au cours de la dernière année civile, dans quarante départements, directement ou à travers les associations locales, départementales ou régionales qui leur sont affiliées, une activité d'accueil des consommateurs, d'expertise et de règlement amiable des litiges en matière de consommation dans une ou plusieurs permanences départementales ou locales ouvertes à cet effet à tous publics au moins huit heures par semaine ». Pareille exigence n'est pas sans rappeler le critère de l'influence qui aux dires d'un auteur, n'est pas tant un critère de représentativité mais le « résultat, le fruit d'un ensemble d'éléments (critères) révélant une efficacité dans l'action et une capacité d'entraînement »²⁷⁶. Enfin, il est demandé à l'association d'avoir inscrit à son compte de résultat au cours de la dernière année civile, un produit de cotisations provenant d'adhérents, personnes physiques ou morales, excédant 1,5 fois le montant prévu à l'article D. 612-5 du Code de commerce²⁷⁷.

517. Au final, il apparaît que le décret du 13 juillet 2010 n'avait pas véritablement pour but de refondre les critères de représentativité en droit de la consommation. Il s'est surtout efforcé de préciser et de renforcer des exigences déjà existantes, même s'il est possible de s'interroger sur le caractère véritablement sélectif de ces critères rénovés. L'objectif d'une telle réforme est évident : réserver l'exercice de certaines prérogatives aux associations faisant l'objet de cette reconnaissance spécifique, qualifiée parfois de « super agrément ».

²⁷⁵ Produits alimentaires, habillement, logement, énergie, ameublement et équipement ménager, santé, transports, communications, autres biens et services.

²⁷⁶ J.-M. Verdier, « Critères de la représentativité syndicale, recomposition et contrôle du juge de cassation ? », *Droit social*, 2003, p.300.

²⁷⁷ En 2015, quatre associations en sont titulaires : Afoc, CLCV, La CSF, Familles Rurales.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

L'enjeu d'une telle reconnaissance semble pourtant limité²⁷⁸. A ce titre, il est possible de se demander si les associations qui souhaitent négocier un accord au sein CNC doivent disposer de cette reconnaissance spécifique. Cette dernière conditionne l'accès au bureau du CNC mais pas au collège des consommateurs et usagers ni aux groupes de travail spécialisés. Or, il est difficile de déterminer dans quelle structure du CNC peut être négocié un accord collectif de la consommation. Le doute est de mise et le risque est grand de faire obstacle à la négociation d'accords dont la force juridique est déjà très faible. Pourtant, il ne serait pas illogique, en termes de légitimité, qu'il revienne à l'organe décisionnel de l'instance de signer de tels accords. Fort heureusement, il n'existe pas autant d'incertitudes s'agissant de l'appréciation de la représentativité des syndicats de médecins appelés à conclure des conventions médicales aux enjeux extrêmement importants.

b) L'appréciation de la représentativité des syndicats de médecins

518. A bien des égards, l'appréciation de la représentativité des médecins, aussi bien généralistes que spécialistes, présente des spécificités remarquables²⁷⁹. Elle a pour caractéristique première de faire l'objet d'une enquête étroitement liée à l'activité conventionnelle, attestant encore une fois du lien structurel existant entre représentativité et négociation collective. Cette enquête de représentativité, mise en place par la loi du 10 juillet 1975, est conduite à l'initiative des ministres compétents²⁸⁰. Son importance est telle qu'elle conditionne la validité des conventions médicales selon le Conseil d'Etat²⁸¹. Les dispositions combinées des articles L. 162-33 et R. 162-54 du Code de la sécurité sociale précisent que celle-ci est provoquée périodiquement entre le neuvième et le sixième mois précédant l'échéance, tacite ou expresse, de la dernière convention médicale en vigueur.

²⁷⁸ D'aucuns ont cru que cette reconnaissance conditionnerait l'introduction de l'action de groupe alors en gestation. Il n'en est rien puisque l'article L. 423-1 du Code de la consommation, tel qu'il résulte de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 confère cette prérogative aux associations représentatives au niveau national et agréées.

²⁷⁹ Cette question a fait l'objet de nombreuses études. J.-P. Chauchard, « La représentativité des syndicats de médecins libéraux dans la convention médicale », *RDSS*, 2013, p. 599 ; M. Borgetto, « La représentativité des syndicats en droit de l'assurance maladie », *Les Tribunes de la santé*, n° 18, 2008, p. 39 ; J.-P. Chauchard, « A propos de la convention médicale : observations informelles sur la représentativité des organisations syndicales de médecins libéraux », *TPS*, 2002, p. 7 ; A. Arseguet, « La représentativité syndicale en matière de sécurité sociale », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, tome 30, 1982, p. 275 ; « La représentativité des syndicats dans les conventions médicales », *Droit social*, 1981, p. 349.

²⁸⁰ Selon l'article L.162-33 du Code de la sécurité sociale, les ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale.

²⁸¹ Celui-ci n'hésite pas à sanctionner sa défaillance en prononçant la nullité des arrêtés d'approbation desdites conventions. CE, 25 mai 1979, Fédération des chirurgiens-dentistes de France, 09687.

Mais l'activité conventionnelle étant, depuis de nombreuses années déjà, prise de remous incessants, il est de plus en plus difficile de déterminer le moment propice pour mener une telle enquête. En effet, il arrive que l'arrêté d'approbation de l'accord soit annulé par le Conseil d'Etat ou qu'une nouvelle législation relative à l'assurance maladie contraint les négociateurs à se réunir. Dans ces conditions, la nécessité de procéder à une nouvelle enquête, alors même que la convention médicale qui avait suscité l'enquête précédente n'est toujours pas arrivée à échéance, interroge. L'admettre aurait pour inconvénient majeur d'handicaper une politique conventionnelle déjà fragile. Aussi, le Conseil d'Etat estime que dans les cas évoqués, les ministres peuvent se fonder sur les résultats obtenus lors de la dernière enquête de représentativité, dès lors que celle-ci a été diligentée dans des conditions régulières et que ne s'est pas produit depuis son intervention un changement dans les circonstances de droit ou de fait susceptible de modifier l'appréciation portée sur la représentativité des organisations syndicales en cause²⁸².

519. L'enquête de représentativité a pour but premier de déterminer la qualité d'agent représentatif. Très logiquement, cette désignation précède le processus de négociation. Durant le délai qui leur est imparti par l'article R. 162-54, les autorités ministérielles compétentes sont tenues d'inviter, par une mesure de publicité appropriée, les organisations syndicales intéressées à apporter la preuve de leur représentativité. Reste à déterminer au regard de quels critères, son appréciation est rendue possible. Ils ont été élaborés assez tardivement au niveau national, tant le syndicalisme médical a longtemps été l'apanage d'un seul syndicat, la CSMF. Ce n'est qu'à partir des années 1970 que de nouvelles organisations ont commencé à émerger sur la scène syndicale, rendant nécessaire l'organisation d'un tri parmi les syndicats présents. Ces critères, fortement influencés par le droit du travail sont posés par l'article R. 162-54-1 du Code de la sécurité sociale²⁸³. Il s'agit

²⁸² En cas d'annulation d'un arrêté d'approbation : CE, 14 avril 1999, Syndicat des médecins libéraux et autres, *RDSS*, 1999, p. 511, note L. Dubouis. En cas de changement de législation : CE, 30 novembre 2005, Syndicat des médecins d'Aix et régions et autres, 278291.

²⁸³ Le propos est ici exclusivement consacré aux médecins libéraux mais les critères de représentativité ici exposés s'appliquent également aux représentants des masseurs-kinésithérapeutes (article L.162-12-9), aux infirmiers (article L.162-12-2), aux chirurgiens-dentistes, sages-femmes et auxiliaires médicaux (article L.162-9) ainsi qu'aux directeurs de laboratoires privés d'analyses médicales (article L.162-14). On mentionnera également les centres de santé (article L.162-32-1) mais dont les représentants sont soumis à des critères de représentativité différents prévus par l'article R. 162-54-3.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

des effectifs d'adhérents, de l'indépendance notamment financière²⁸⁴, de l'ancienneté de deux ans et de l'audience. Cette liste qui rappelle sans conteste celle de l'article L.2121-1 du Code du travail, est le fruit d'une mise à jour assurée par le décret du 28 mai 2010²⁸⁵. Le toilettage ainsi opéré, n'est pas sans rappeler celui effectué par la loi du 20 août 2008. Parmi ces critères aussi bien quantitatifs que qualitatifs, il en est un qui comme en droit du travail est aujourd'hui mis en avant²⁸⁶. Il s'agit bien entendu du critère de l'audience à l'origine de nature jurisprudentielle. Depuis 1996, ce sont les élections aux URML qui permettent aux juridictions administratives, de l'évaluer. L'heure est donc à la conquête d'une nouvelle légitimité plus électorale et donc, *a priori*, plus démocratique. L'audience est désormais établie en fonction des résultats aux dernières élections aux unions régionales des professionnels de santé (URPS). L'article R. 162-54-2 du Code de la sécurité sociale précise que seules peuvent être reconnues représentatives les organisations syndicales qui ont recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au niveau national à ces élections.

L'audience est, à n'en pas douter, un indice précieux dans l'appréciation de la représentativité alors que des scissions incessantes bouleversent la physionomie du syndicalisme médical²⁸⁷. Depuis quelques années déjà, des syndicats d'un nouveau genre ont fait leur apparition. L'appréciation de la représentativité tient alors de la gageure. Autrefois unifié, le corps médical se divise désormais en deux groupes distincts, les généralistes et les spécialistes²⁸⁸. Pour satisfaire certains spécialistes avides de reconnaissance, le législateur n'a pas hésité à s'emparer de cette distinction. La loi du 23 janvier 1990 a admis pour la première fois, la possibilité de conclure deux conventions médicales, une pour les

²⁸⁴ Les organisations syndicales de médecins sont d'ailleurs soumises aux obligations du Code du travail relatives à la certification et à la publicité des comptes des organisations syndicales et professionnelles.

²⁸⁵ Décret n°2010-572 du 28 mai 2010.

²⁸⁶ Depuis longtemps, les juges attachent une importance toute particulière au critère des effectifs. Amenée à apprécier la représentativité de certaines organisations, le Conseil d'Etat avait estimé qu'un effectif de 5% de l'ensemble des médecins libéraux constituait un fort indice de représentativité. Ce seuil, relativement faible, prêtait à critique, surtout rapportée à une profession fortement syndiquée. Le propos mérite toutefois d'être nuancé car la profession connaît elle aussi une baisse continue de son taux de syndicalisation depuis les années 1960. Le Conseil d'Etat ne pouvait donc, que tenir compte de ce paramètre dans la fixation de ce seuil. Cf. C. Rollot, « Un syndicalisme qui reste éparpillé et fragile », *Le Monde Economie*, 1^{er} février 2005.

²⁸⁷ Autrefois simplement jurisprudentiel, le critère de l'audience électorale a été intégré dans la liste de l'ancien article L. 162-33 du Code de la sécurité sociale par l'article 102 de la loi de financement de la sécurité sociale de 2007. Déférée au Conseil constitutionnel, celle-ci se voyait reprocher de porter atteinte au « droit des professionnels à s'organiser librement et à conquérir leur représentativité lors des élections ». Le Conseil constitutionnel n'a rien trouvé à redire quant à la constitutionnalité de cet article. Décision n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006, considérants 25 à 28.

²⁸⁸ Le système universitaire est à l'origine de ce schisme qui tend à faire de la médecine générale, une véritable spécialité. Sur ces questions, cf. N. Kerschen, « Le grand tournant de la médecine générale », *Droit social*, 1997, p. 471.

généralistes, l'autre pour les spécialistes. Toutefois, un syndicat « monocatégoriel » ne peut signer une convention ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des médecins que s'il démontre sa représentativité dans toutes les catégories de médecins. A l'inverse, les syndicats « polycatégoriels » ont vocation à représenter aussi bien les intérêts des généralistes que ceux des spécialistes²⁸⁹. L'appréciation de la représentativité des syndicats de médecins est donc fortement encadrée. Difficile de dire que tel est bien le cas s'agissant des interprofessions agricoles.

c) L'appréciation de la représentativité des interprofessions agricoles

520. Le droit rural a récemment fait l'objet d'une réforme ayant fait la lumière sur une difficulté initiée par l'ancienne rédaction de l'article L. 632-1 du Code rural. Celui-ci prévoyait, en effet, que seuls les groupements constitués à leur initiative par les organisations professionnelles les plus représentatives de la production agricole et, selon les cas, de la transformation, de la commercialisation et de la distribution pouvaient faire l'objet d'une reconnaissance en qualité d'organisations interprofessionnelles (OI) par l'autorité administrative compétente. Or, c'est au sein de ces dernières que sont négociés des accords interprofessionnels. Autrement dit, leur validité était bel et bien conditionnée par la représentativité des organisations professionnelles susvisées. Toutefois, aucun texte ne définissait expressément ces critères, « grave lacune qui [laissait] place au doute et à l'arbitraire » et à laquelle certains auteurs proposaient de remédier en s'inspirant des dispositions du Code du travail²⁹⁰. Mais depuis, la loi du 13 octobre 2014 a souhaité remédier à cette lacune. L'article L. 632-1 du Code rural prévoit désormais que les groupements constitués à leur initiative par lesdites organisations professionnelles peuvent, s'ils représentent une part significative de ces secteurs d'activité, faire l'objet d'une reconnaissance en qualité d'OI. Difficile de voir dans cette formulation, un éclaircissement. Elle se signale par l'absence de référence à la notion de représentativité. Il ne faut pas, pour autant, tirer de conclusion hâtive d'une telle rédaction. En réalité, l'exigence de représentativité réapparaît à l'article L. 632-4 dans un cas bien particulier et de manière

²⁸⁹ Ces syndicats souffrent de plus en plus de la concurrence des syndicats « monocatégoriels ». Les résultats aux élections de ces dernières années l'attestent.

²⁹⁰ H. Bosse-Platière, F. Collard, B. Grimonprez, T. Tauran, et B. Travely, *Droit rural*, Lexis Nexis, 2013, p. 677.

inattendue, grâce au droit communautaire. Elle est affirmée lorsqu'il est question d'étendre par arrêté, un accord interprofessionnel.

Conformément à l'article 164 du règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013, la représentativité des OI doit être appréciée en tenant compte de la structuration économique de chaque filière. Il faut, pour ce faire, prendre en compte les volumes produits, transformés ou commercialisés par les opérateurs professionnels auxquels sont susceptibles de s'appliquer les obligations prévues par les accords. Là encore, on peine à déterminer ce que recouvre un tel critère. L'article 164 du règlement précité indique à ce titre, qu'une organisation est représentative lorsqu'elle représente en proportion, au moins deux tiers des produits concernés. Néanmoins, ce critère s'avère délicat à mettre en œuvre²⁹¹. De manière troublante, l'article L. 632-4 prévoit également que pour les seuls professionnels de la production, ces conditions sont présumées respectées lorsque des organisations syndicales d'exploitants agricoles représentant au total au moins 70 % des voix aux élections des chambres d'agriculture, participent à l'organisation interprofessionnelle, directement ou par l'intermédiaire d'associations spécialisées adhérentes à ces organisations. Il suggère, ainsi, l'existence d'une représentativité présumée. C'est sans douter forcer par trop, le trait. En effet, cette présomption ne joue que si l'organisation remplit un critère qui s'apparente à celui de l'audience en droit du travail qui s'inscrit dans le cadre d'une représentativité prouvée.

521. Deux remarques conclusives doivent être formulées. La première tient à l'influence du droit communautaire. La représentativité dont il est ici question n'est pas sans évoquer la représentativité cumulée suffisante exigée par le juge communautaire lorsqu'un accord est conclu dans le cadre fixé par l'article 154 TFUE^{292, 293}.

²⁹¹ Ce volume n'est pas toujours aisé à déterminer. C'est pourquoi, l'article L. 632-4 du Code rural prévoit qu'en cas de difficulté pratique, l'organisation interprofessionnelle est regardée comme représentative si elle représente deux tiers des opérateurs du secteur ou de leur chiffre d'affaires. A nouveau, il n'est pas certain que cette détermination soit une évidence.

²⁹² Le contrôle de la représentativité des signataires de l'accord collectif européen est particulièrement important car il permet de lui « conférer une assise communautaire de nature législative ». Le TPICE exige que la Commission s'assure de la capacité des signataires à représenter l'ensemble des entreprises et des travailleurs visés par l'accord. Le contrôle opéré porte uniquement sur « les catégories représentées formellement par les organisations signataires, directement concernées par la norme sociale qui a fait l'objet de l'accord, sans aucun critère quantitatif quant au nombre d'adhérents », TPICE, 17 juin 1998, UEAPME c/Conseil, aff. T 135/96, point 88.

²⁹³ M.-A. Moreau, « Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », *Droit social*, 1999, p. 53. Selon l'auteur relève, cela revient à dire que « les critères de représentativité cumulée seront donc toujours remplis

La seconde tient à une précision de l'article L. 634-1 du Code rural. Celui-ci prévoit qu'une organisation interprofessionnelle est représentative si elle démontre que l'accord dont l'extension est demandée n'a pas fait l'objet, dans le mois suivant sa publication, de l'opposition d'organisations professionnelles réunissant des opérateurs économiques de son secteur d'activité représentant au total plus du tiers des volumes du secteur d'activité concerné. Cette possibilité est étrange pour deux raisons. D'une part, elle fait découler la représentativité de la signature d'un accord alors que dans un schéma classique, signer un accord suppose d'être représentatif. D'autre part, semble se dessiner ici, une confusion entre l'exigence de représentativité et l'exigence majoritaire qui s'incarne à travers le droit d'opposition aménagé. Il est temps aussi de faire la lumière sur ce principe majoritaire.

Paragraphe 2 L'exigence majoritaire

522. Très en vue en droit du travail depuis 2004, l'exigence majoritaire est devenue en peu de temps l'une des exigences visant à garantir le bon fonctionnement de la négociation collective. Elle constitue aujourd'hui une des composantes du modèle de l'accord collectif de travail. Les raisons de cette ascension sont connues. Dans un contexte économique jugé défavorable à la création ou à la conservation de droits et avantages au profit des salariés, s'est opéré le passage d'une négociation d'acquisition à une négociation de concession²⁹⁴. Or, si l'emprise de l'accord collectif sur les contrats individuels se justifie aisément lorsque le principe de faveur prévaut, la donne change lorsque celui-ci se trouve évincé. L'exigence majoritaire prend alors tout son sens. Son étude laisse apparaître une richesse tant dans ses formes que dans ses déclinaisons en dehors du droit du travail (**A**). Bien que subissant la concurrence de procédés concurrents, elle affirme son autorité de manière remarquable (**B**).

A. L'affirmation d'une exigence majoritaire

si les signataires sont des organisations interprofessionnelles à vocation générale : le but ici du contrôle est de permettre de limiter l'action des organisations catégorielles ou sectorielles de façon à éviter leur multiplication et le blocage des négociations ».

²⁹⁴ Cf. Partie 1, chapitre 2, section 2.

523. La notion d'exigence majoritaire est énigmatique. Il est délicat de déterminer ce qu'elle recouvre (1). Plus difficile encore est la tâche consistant à déterminer sa valeur juridique (2).

1. La teneur de l'exigence majoritaire

524. Conditionner l'entrée en vigueur d'un accord collectif à l'obtention d'une certaine majorité ne revient pas à exiger, à proprement parler, que cet accord soit majoritaire mais plutôt que les acteurs qui l'ont signé le soient²⁹⁵. Cela permet, surtout lorsque l'accord a vocation à s'appliquer au plus grand nombre spécialement à ceux qui n'ont pas directement adhéré à l'un des organismes signataires, de s'assurer de sa légitimité²⁹⁶. L'exigence irrigue l'ensemble du droit, qu'il s'agisse du droit privé ou du droit public²⁹⁷. Une constante intéressante se dégage de ce phénomène. En droit privé, l'exigence majoritaire semble principalement se développer dans le domaine des actes juridiques collectifs. Malgré leur diversité, ces actes ont pour point commun de produire des effets juridiques dépassant le cercle des personnes engagées par un contrat classique. Autrement dit, l'acte collectif échappe à l'article 1165 du Code civil²⁹⁸. Or, cette entorse est plus aisée à justifier si l'on perçoit dans l'acte collectif, le fruit d'une volonté collective et majoritaire qui s'exprimerait essentiellement sous forme de vote. Ainsi, l'exigence devrait pouvoir embrasser l'ensemble des accords collectifs, peu importe leur domaine de conclusion.

L'attention portée à l'exigence de majorité dans le domaine des accords collectifs de travail est ancienne²⁹⁹. En creux, cette exigence est le reflet d'un modèle démocratique de

²⁹⁵ V. en ce sens, G. Lyon-Caen pour qui « un accord lui-même ne saurait être majoritaire (ni minoritaire) » ; « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Droit social*, 2003, p. 419.

²⁹⁶ Bien que récemment généralisée et érigée en véritable condition de validité des accords collectifs de travail, l'exigence majoritaire a été formulée par la doctrine dès le début du XX^{ème} siècle alors même que les débats sur sa nature juridique allaient bon train. L'idée qu'un acte puisse être imposé à un individu non consentant heurtait et heurte toujours autant l'idée selon laquelle la volonté fonderait l'engagement.

²⁹⁷ En droit public, l'exigence majoritaire est envisagée comme l'un des principes fondateurs des régimes démocratiques. En droit privé, on la retrouve spécialement en droit des affaires. A ce sujet, Cf. G. Ripert, « La loi de la majorité dans le droit privé », in *Mélanges dédiés à M. Sugiyama*, Sirey, 1940, p. 351. .

²⁹⁸ G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961, p. 282.

²⁹⁹ Au début du XX^{ème} siècle, certains auteurs accordaient déjà à l'exigence majoritaire un rôle de premier ordre. G. Pirou s'efforçait ainsi, par exemple, de justifier l'emprise de ce qu'ils appelaient alors, le contrat collectif. A cette fin, ils y voyaient le siège d'un mandat collectif. Il estimait que les ouvriers devaient être liés par l'accord signé, dès lors que les groupements auxquels ils appartenaient avaient consenti majoritairement à la convention, peu important qu'ils soient en mesure de prouver dans le cadre d'un vote nominal notamment qu'ils appartenaient à une minorité non consentante. Plus nettement, G. Pirou affirmait que le « nombre seul décidera [et que] la volonté de la majorité s'imposera par contrainte à la minorité dont l'indépendance se

production normative. Toutefois, elle a, selon les époques, pris des formes très différentes. En droit du travail, sa physionomie actuelle résulte, en partie, de la loi du 13 novembre 1982³⁰⁰. Il s'agissait alors d'autoriser des syndicats non signataires majoritaires à faire échec à l'entrée en vigueur d'accords d'entreprise dérogatoires à la loi, en exerçant un droit d'opposition majoritaire³⁰¹. Auparavant, la nécessité d'instaurer l'exigence majoritaire sous cette forme ne s'était pas fait ressentir. En effet, pareille précaution ne semblait pas nécessaire tant que l'exigence de représentativité suffisait à garantir la légitimité des signataires de l'accord et que le principe de faveur demeurait vivace³⁰². Le déclin de ce dernier, amorcé par la loi du 4 mai 2004, a annoncé la généralisation progressive de l'exigence majoritaire en droit des accords collectifs de travail.

Cette généralisation aurait pu entraîner le déclin de l'exigence de représentativité comme en droit de la fonction publique³⁰³. En effet, celle-ci perd un peu de son sens dans un système où la capacité et la légitimité d'un syndicat s'apprécie principalement au regard de son audience électorale. Un illustre auteur résumait très bien ce débat sous forme de question : « représentativité nécessaire ou pas »³⁰⁴ ? Il n'est d'ailleurs pas anodin que l'exigence majoritaire ait été imposée bien avant 2004 dans le cas d'accords signés dans des entreprises dépourvues de représentation syndicale³⁰⁵. Cette dernière venait ainsi, en quelque sorte, palier l'exigence de représentativité lorsque celle-ci ne pouvait être mise en œuvre. Cependant, l'avènement et la généralisation de l'exigence majoritaire dans le domaine des accords collectifs de travail n'ont pas entraîné la disparition de toute exigence de représentativité. Bien au contraire, toutes deux sont parfois pensées comme complémentaires et non concurrentes. Ainsi, depuis la loi du 20 août 2008, l'audience électorale est considérée comme un critère légal de représentativité. Mieux, un accord

trouve sacrifiée à l'utilité sociale » ; *Les conceptions juridiques successives de la convention collective en France*, Rennes, 1909.

³⁰⁰ Art. 4 de la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982.

³⁰¹ Selon, l'ancien article L. 132-26 du Code du travail, cette majorité devait s'apprécier au regard des voix exprimées par les électeurs inscrits lors des dernières élections au CE ou, à défaut, des DP.

³⁰² Pour les mêmes raisons, le mécanisme de la représentativité présumée, l'effet *erga omnes* des accords ou bien encore la distanciation entre représentants et représentés, opérée par le principe d'unicité de signature, ne gênaient guère. Sur cette distanciation, cf. G. Borenfreund, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », in *Mélanges dédiés à M. Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2001, p. 485.

³⁰³ Cf. supra, § 503..

³⁰⁴ G. Lyon-Caen, « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Droit social*, 2003, p. 357.

³⁰⁵ V. sur ces conquêtes de l'exigence majoritaire, A. Lyon-Caen, « Les règles de la représentation syndicale à l'épreuve des changements », *Travail et Emploi*, mars 1988, p. 36.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

collectif n'est valable que s'il est signé par des syndicats représentatifs ayant recueilli un certain pourcentage de suffrages exprimées au premier tour des dernières élections professionnelles³⁰⁶. Exigences majoritaire et de représentativité structurent ainsi le modèle légal de l'accord collectif de travail.

525. L'exigence majoritaire a donc acquis, avec le temps un rôle central. La Cour de cassation veille même à ce qu'un accord collectif ne puisse « subordonner sa validité à des conditions de majorité différentes de celles prévues par la loi » au motif que « les conditions de validité d'un accord collectif sont d'ordre public »³⁰⁷. L'importance ainsi accordée à l'exigence telle qu'elle est définie par la loi, est remarquable. Sous couvert d'ordre public absolu, la Cour de cassation protège « une certaine conception de l'accord collectif », autrement dit « un modèle d'accord collectif dont les effets ne sont pas à la disposition des signataires »³⁰⁸. Pourtant, l'incertitude demeure encore sur la valeur juridique à conférer à une telle exigence.

2. La valeur de l'exigence majoritaire

526. Si le terme d'exigence majoritaire est ici préféré, cela tient notamment à l'incertitude qui entoure sa valeur juridique. Peut-elle prétendre au rang de principe ? A l'évidence, aucun texte juridique ne fait mention de l'existence, à l'instar du principe de représentativité, d'un « principe majoritaire ». C'est donc en dehors du discours législatif et jurisprudentiel qu'il faut rechercher sa formulation. Une analyse rapide laisse apparaître une instabilité terminologique. Il est, tour à tour, question de loi, de règle, d'idée, d'exigence, parfois de principe. Or, il est difficile de ne pas déceler dans ces errances langagières des doutes sur la nature de cette condition. Elles sont également le fruit de l'ample polysémie qui entoure la

³⁰⁶ En réalité, cette vision qui tend à faire de l'exigence majoritaire et de l'exigence de représentativité, des exigences complémentaires était déjà à l'œuvre dans la seconde loi Aubry. Celle-ci prévoyait en effet que pour ouvrir droit à l'allégement, l'accord d'entreprise de réduction du temps de travail devait « être signé par une ou des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel », art. 19 V de la loi du 19 janvier 2001.

³⁰⁷ Soc. 4 février 2014, 12-34.333, *Bull.*, V, n° 47.

³⁰⁸ H. Tissandier, « Le sort d'un accord collectif exigeant la signature unanime de tous les syndicats représentatifs », note ss. Soc. 4 février 2014, *RDT*, 2014, p. 350.

notion de principe³⁰⁹. S'il est aussi difficile, aujourd'hui encore, de s'accorder sur la valeur de l'exigence majoritaire, cela tient à plusieurs facteurs. Le premier est lié à sa généralisation tardive³¹⁰. La seconde tient à sa singularité³¹¹. En effet, dans le modèle démocratique dont elle est issue, l'idée de majorité électorale est une majorité d'engagement et non d'opposition. Or, longtemps, l'exigence majoritaire s'est contentée de fonder un droit d'opposition aux syndicats majoritaires non signataires, ce qui traduisait « une inversion de la règle que diffuse le modèle de la démocratie représentative »³¹². La loi du 20 août 2008 n'a que partiellement rectifié le tir en instaurant une condition supplémentaire de validité de l'accord, à savoir l'obtention par les signataires représentatifs d'au moins 30% des suffrages exprimés. Il ne s'agit donc pas réellement d'une véritable majorité d'engagement. Est-ce à dire que le droit du travail n'abriterait pas en son sein de principe majoritaire ? L'affirmer reviendrait à nier la dynamique qui le parcourt en creux depuis quelques années déjà. Il faut admettre, à tout le moins, que ce principe est encore en gestation. Certains auteurs estiment d'ailleurs qu'il est plus judicieux, pour l'heure, de parler d'exigence plutôt que de principe majoritaire, admettant néanmoins que le droit positif s'oriente progressivement vers une réalisation de ce dernier³¹³. En ce sens, il faut relever que le principe est ponctuellement consacré s'agissant de certains accords spécifiques dont le contenu affecte substantiellement les droits des salariés et nécessite de s'assurer d'un surcroît de légitimité. Deux exemples peuvent être donnés. D'une part, la validité des accords de maintien de l'emploi est suspendue à leur signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 50% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles³¹⁴. Plus récemment, la loi Rebsamen a introduit d'autre part, la possibilité de signer dans certaines entreprises un accord prévoyant le regroupement des institutions de représentation du personnel y compris le CHSCT, au sein

³⁰⁹ A. Jeammaud, « De la polysémie du terme principe dans les langages du droit et des juristes » in *Les principes en droit*, ss. la dir. de S. Caudal, Economica, Etudes juridiques, 2008, p. 53.

³¹⁰ Constatant l'absence d'une telle généralisation, G. Borenfreund s'interrogeait déjà en 2001 sur la nature principielle de l'exigence, *art. précit.*, p. 484.

³¹¹ Sur cette singularité telle qu'elle ressort de la loi du 4 mai 2004, cf. J.-E. Ray, « Les curieux accords dits majoritaires de la loi du 4 mai 2004 », *Droit social*, 2004, p. 590.

³¹² A. Lyon-Caen, *art. précit.*, p. 36.

³¹³ G. Borenfreund et M.-A. Souriac, « La négociation collective entre illusions et désillusions », in *Mélanges J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 181.

³¹⁴ Des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives. Art. L. 2232-12 du Code du travail.

d'une instance unique. Pour cela, l'accord doit être signé par des syndicats représentatifs ayant recueilli, là encore, au moins 50 % des suffrages exprimés³¹⁵.

527. Au final, il est possible de croire en une généralisation à venir de la majorité d'engagement et donc d'un véritable principe majoritaire. A ce titre, le rapport Combrexelle a émis le souhait que tel soit le cas à court terme s'agissant des accords d'entreprise, et qu'à moyen terme, une réflexion soit menée en ce sens pour les accords de branche³¹⁶. La proposition laisse perplexe. En effet, on peine à comprendre cette différenciation selon les niveaux de négociation. Il nous semble que l'exigence majoritaire ne pourra devenir un vrai principe que si elle prend la forme d'un énoncé unique et général y compris dans ses modalités de mise en œuvre, sans quoi elle risque de scléroser la négociation collective³¹⁷. Au début du mois de septembre 2015, le Président de la République a annoncé sa volonté qu'une réforme soit opérée dans les prochains mois afin que les accords « puissent aussi être respectueux d'un principe qui est l'accord majoritaire »³¹⁸. Les modalités de cette consécration restent encore à définir. Les raisons qui président à l'essor du principe sont connues. Un acte doué à la fois d'une force juridique en intensité et en extension, susceptible d'affecter, qui plus est les droits des salariés, ne peut trouver à s'appliquer sans l'assentiment majoritaire, direct ou indirect, de ceux auxquels il a vocation à s'appliquer. Or, cette problématique n'est pas propre aux accords collectifs de travail. L'étendue de l'exigence majoritaire doit ainsi être interrogée.

B. L'empire de l'exigence majoritaire

528. Les manifestations de l'exigence majoritaire sont multiples. Cette diversité constitue assurément un obstacle à la reconnaissance d'un principe unique. Deux objectifs, au premier abord contradictoires, expliquent à notre sens ce constat, à savoir s'assurer de la légitimité de l'accord et promouvoir, pour ne pas dire faciliter, sa conclusion. En effet, si les conditions de validité de l'accord paraissent trop difficiles à satisfaire, elles peuvent être perçues

³¹⁵ La remarque est de taille, quel que soit le nombre de votants... Art. L. 2391-1 du Code du travail.

³¹⁶ J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, France stratégie, 2015, pp. 103 et 104.

³¹⁷ V. en ce sens, G. Lyon-Caen, « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Droit social*, 2003, p. 357.

³¹⁸ Conférence de presse du 7 septembre 2015.

comme un frein à la négociation collective. C'est sans doute ce qui explique que le législateur ait décidé d'opter pour des procédés concurrents de l'exigence majoritaire moins exigeants. A l'inverse, il est des cas, où les conditions légales sont encore plus contraignantes (1). Toutefois, ces procédés semblent voués à disparaître face au triomphe annoncé du principe majoritaire. Ainsi, son empire est réel. Ses innombrables déclinaisons font de lui un principe malléable mais atomisé. On peine, dès lors, à en prendre véritablement la mesure (2).

1. La résistance d'exigences concurrentes

529. Idéalement, il est préférable qu'un accord collectif soit unanime. Toutefois, dans un cadre juridique marqué par une liberté d'association, source de pluralisme de la représentation, il est extrêmement compliqué d'obtenir un tel accord (a). Soucieux de faciliter sa signature, le législateur opte donc parfois, pour une exigence moins contraignante que l'exigence majoritaire. Les accords qui en résultent sont ainsi qualifiés de minoritaires (b).

a) L'exigence d'unanimité

530. Soumettre la validité d'un accord à une approbation unanime n'a rien d'illogique lorsque celui-ci est porteur d'enjeux qui dépassent le seul intérêt des négociateurs. C'est particulièrement vrai s'agissant d'accords dont l'objet intéresse la mise en œuvre d'un droit aussi fondamental que celui, pour les salariés, d'être représentés au sein des entreprises. Aussi, il est peu étonnant que l'exigence d'unanimité ait longtemps fait figure de règle de principe en matière de protocoles d'accords préélectoraux. Aujourd'hui, cette exigence demeure dans certains cas³¹⁹. Elle figure par exemple à l'article L. 2314-10 du Code du travail et s'applique aux accords préélectoraux visant à modifier « le nombre et la composition des collèges électoraux »³²⁰. Toutefois, elle a quelque peu perdu de sa généralité, surtout depuis la loi du 5 mars 2014. L'article L. 2314-3-1 du Code du travail lui a, en effet, substitué une

³¹⁹ V. par exemple l'article L. 2324-20 du Code du travail s'agissant des accords prévoyant que les élections se tiennent en dehors du temps de travail.

³²⁰ On remarquera, non sans intérêt, que cette possibilité n'est pas l'apanage des accords préélectoraux. L'article L. 2314-10 prévoit qu'une convention, un accord collectif de travail, étendus ou non, peuvent en faire de même.

règle de double majorité la reléguant au rang de règle d'exception³²¹. Dans d'autres hypothèses, c'est le recours même à l'accord collectif, unanime en l'occurrence, qui est abandonné. Ainsi, l'ancien article L. 2322-7 du Code du travail disposait initialement que la suppression d'un comité d'entreprise était subordonnée à un accord unanime. Depuis la loi Rebsamen du 17 août 2015, lorsque l'effectif de cinquante salariés n'a pas été atteint pendant 24 mois, consécutifs ou non, au cours des 3 années précédant la date du renouvellement du comité d'entreprise, l'employeur peut unilatéralement supprimer le comité d'entreprise³²².

531. Au vu des enjeux attachés à la conclusion des conventions de Sécurité sociale, il est également tentant de soumettre leur validité à une signature unanime des organisations représentatives dans le domaine considéré. Tel est le cas des conventions médicales³²³ mais aussi des conventions d'assurance chômage³²⁴ qui étaient initialement soumises à une exigence d'unanimité. Néanmoins, l'expérience montre que si cette dernière n'entravait pas toute forme de négociation collective, elle rendait très difficile la signature d'un accord surtout dans un contexte de régression économique. Aussi, l'exigence d'unanimité fut abandonnée par la suite. Dans le domaine des conventions médicales, les dissensions

³²¹ Il est difficile de ne pas voir dans cette évolution une des conséquences de la mise en avant de l'audience électorale que ce soit en matière de représentativité ou de négociation collective.

³²² Avant la loi du 17 août 2015, en l'absence d'accord unanime, il appartenait à la DIRECCTE d'autoriser cette suppression en cas de réduction importante et durable du personnel ramenant l'effectif au-dessous de cinquante salariés. La réforme opérée par la loi Rebsamen surprend peu, concernant le caractère durable de la suppression. Le nouveau délai de 24 mois était déjà mis en œuvre par l'administration. V. par ex. pour le CHSCT, Circ. DRT n° 93-15, 23 mars 1993.

³²³ Les conventions médicales furent très tôt soumises à une exigence d'unanimité par le Conseil d'Etat. Pour ce faire, celui-ci pouvait s'appuyer sur l'ancien article L. 261 du Code de la sécurité sociale tel qu'il résultait de l'article 5 de la loi du 3 juillet 1971, qui imposait que la convention soit conclue par la ou les organisations syndicales nationales les plus représentatives de médecins. Cela sous entendait que lorsque plusieurs organisations syndicales se voyaient reconnaître le statut d'organisations les plus représentatives, celles-ci devaient toutes, être impliquées dans la signature de la convention. Le Conseil d'Etat a ainsi été amené, dans un arrêt du 19 février 1975, à annuler la première convention médicale conclue au niveau national. CE, 19 février 1975, Syndicat des médecins du Rhône et Guy Fradin, *Rec.* p. 129. En effet, l'accord n'avait été conclu que par la CSMF. Or, selon la Haute juridiction, il n'était pas contestable que la FMF constituait l'une des organisations syndicales les plus représentatives à ce niveau. Aussi, l'arrêté d'approbation de l'accord était entaché d'illégalité.

³²⁴ L'unanimité fut posée dès l'origine comme condition de validité des accords ayant pour objet exclusif le versement d'allocations spéciales aux travailleurs sans emploi. En effet, l'article 3 de l'ordonnance du 7 janvier 1959 prévoyait que ne pouvaient être agréés par arrêté du ministre chargé du travail, que les accords conclus entre organisations syndicales les plus représentatives d'employeurs et de travailleurs (ordonnance du 7 janvier 1959 n°59-129). De même, en vertu de l'article 1er de cette même ordonnance, les accords conclus à l'effet de servir des allocations aux travailleurs sans emploi pouvaient également être agréés selon les mêmes modalités, les accords conclus à l'effet de servir des allocations aux travailleurs sans emploi.

existantes entre signataires menaçaient la pérennité du système conventionnel. La loi du 10 juillet 1975 a donc admis que la convention puisse être conclue par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives. Le législateur alignait de la sorte les conventions médicales sur les conventions collectives de travail ordinaires, évitant par là même, avec l'apparition d'organisations syndicales hostiles à la négociation collective, toute paralysie du système conventionnel.

En matière d'assurance chômage, tant que l'activité conventionnelle se limitait à accroître les droits des demandeurs d'emploi ou du moins à ne pas les diminuer, l'exigence d'unanimité interrogeait peu. A mesure que la situation financière du régime ainsi que celle de l'emploi se dégradèrent, la donne changea résolument. L'ordonnance du 21 mars 1984 constitue, à ce titre, un tournant³²⁵. L'agrément devint alors une condition de validité de l'accord conférant de la sorte à l'exigence d'unanimité un caractère décisif. L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 21 octobre 1991 l'atteste³²⁶. En l'espèce, deux arrêtés portant agrément de la convention du 26 février 1988 relative à l'assurance chômage et de la convention du 26 février 1988 relatif à l'assurance conversion, étaient en jeu. Ils furent annulés au motif qu'ils devaient être signés par toutes les organisations syndicales les plus représentatives d'employeurs et de travailleurs pour pouvoir être agréés. Or, la CGT n'avait pas signé ces deux conventions. Conscient de cette difficulté, le législateur avait jugé utile deux ans plus tôt, d'aménager l'exigence d'unanimité en la vidant quelque peu de sa substance, dans une loi du 10 juillet 1989³²⁷. Les débats ayant précédé à l'adoption de cette loi sont, sur ce point, édifiants. Officiellement, cette loi visait à rapprocher « la procédure d'agrément des accords d'assurance-chômage [...] de celle de l'extension des conventions ou accords collectifs de travail »³²⁸. En réalité, derrière le souci affiché de s'inscrire dans la lignée du modèle de l'accord collectif de travail, se cachaient des intentions plus difficiles à avouer. Mme la députée Muguette Jacquaint faisait ainsi remarquer que par cette manœuvre, le Gouvernement reconnaissait « explicitement que l'article L. 352-1 du Code du travail lui [imposait] de n'agréer que des accords signés par toutes les organisations syndicales les plus représentatives »³²⁹. Or, c'était reconnaître par là même, l'illégalité de l'arrêté du 18 avril

³²⁵ Ordonnance n° 84-198 du 21 mars 1984.

³²⁶ CE, 21 octobre 1991, 99577, 99578, mentionné aux tables du recueil Lebon.

³²⁷ Loi n° 89-488 du 10 juillet 1989.

³²⁸ Compte rendu des débats de l'Assemblée nationale, 1^{ère} séance du 21 juin 1989, p. 2333.

³²⁹ *Loc. cit.*

1988 agréant la convention d'assurance chômage du 26 février 1988, laquelle n'avait pas été signée par la CGT.

532. Ainsi, dès lors qu'il devenait de plus en plus difficile de parvenir à un consensus dans des domaines aussi sensible que les dépenses de santé ou l'assurance chômage, il est apparu nécessaire d'abandonner l'exigence d'unanimité. Toutefois, plutôt que d'opter pour une véritable exigence majoritaire, il fut décidé qu'un accord même minoritaire pourrait, s'il respectait les prévisions légales, s'appliquer.

b) L'exigence d'une minorité qualifiée

533. Parler d'exigence minoritaire peut surprendre. Pourtant, il est des cas où l'on a pu craindre que même l'obtention d'une majorité simple fasse défaut. La signature de l'accord collectif par un acteur minoritaire fut donc admise. Toutefois, afin de compenser cette minorité, une attention toute particulière fut prêtée à la représentativité des négociateurs. Dans cette configuration, naquit le principe de l'unicité de signature en droit du travail. Loin d'être propre à cette branche du droit, il s'exporta également dans le domaine des conventions médicales afin de valider les accords douloureusement obtenus³³⁰. Pour des raisons similaires, le régime des conventions d'assurance chômage a été repensé. Bien que l'exigence d'unanimité demeure, la loi du 10 juillet 1989 a introduit une exception décisive. Désormais, le ministre est autorisé, à défaut d'accord unanime, à agréer un accord si l'avis motivé favorable du Conseil national de l'emploi (CNE) est émis sans l'opposition de deux organisations d'employeurs ou de travailleurs représentées à ce conseil. L'opposition ne s'exerce donc pas de la même manière que pour les accords collectifs de travail ordinaires³³¹. Elle est arithmétique et minoritaire. Mieux, le ministre chargé de l'emploi est autorisé à faire fi de cette opposition dès lors qu'il a consulté à nouveau le CNE sur la base d'un rapport qui précise la portée des dispositions en cause ainsi que les conséquences de l'agrément. Cette procédure d'opposition, aujourd'hui prévue par les articles L. 5422-23 et R. 5422-17 du Code du travail, est en tout point calquée, selon les termes mêmes du

³³⁰ Art. 5 de la loi n°75-603 du 10 juillet 1975.

³³¹ Le Conseil d'Etat a rappelé à ce titre que l'ancien article L.132-2-2 du Code du travail ne s'applique pas aux accords collectifs relatifs à l'assurance chômage. V. par ex., CE, 31 janvier 2007, Union nationale de coordination des associations militaires, 292828, *AJDA*, 2007, p. 279.

rapporteur du projet de loi à l'origine de la loi du 10 juillet 1989³³², sur la procédure d'extension d'un accord collectif de travail fixée par l'article L. 2261-27 du Code du travail.

De fait, il est donc possible qu'un accord d'assurance chômage minoritaire soit agréé. Toutefois, à quelle légitimité pourrait-il prétendre ? D'aucuns plaideront pour la mise en place d'un droit d'opposition capable de contrecarrer l'entrée en vigueur d'un accord. Cependant, le risque est grand que les partenaires sociaux ne parviennent pas à aboutir à un accord majoritaire et que le ministre soit amené à reprendre la main par voie de décret. Cette crainte explique, sans doute, que les pouvoirs publics aient souhaité assouplir les conditions de validité des accords.

Des considérations similaires ont poussé le législateur à prévoir des conditions de validité allégées concernant les accords collectifs de location locaux. Ceux-ci sont obligatoires sur tout ou partie du patrimoine même lorsqu'ils sont conclus par une ou plusieurs associations regroupant seulement 20% des locataires concernés³³³. La raison de cette mise à l'écart du principe majoritaire est sans doute à rechercher dans la volonté d'encourager à tout prix la négociation collective dans ce domaine, quitte à fermer quelque peu les yeux sur la légitimité des acteurs ayant engagé la communauté des locataires.

534. La mise à l'écart du principe majoritaire se justifie également, dans certains cas, pour des raisons tenant à l'impossibilité de la mettre en œuvre dans l'immédiat. Tel est le cas d'une part, lorsque le passage à une exigence majoritaire est programmé mais que celui-ci nécessite un temps d'adaptation. La possibilité de signer un accord minoritaire est alors maintenue à titre transitoire comme dans le domaine de la fonction publique. L'article 28 de la loi du 5 juillet 2010 précise ainsi que jusqu'à une date fixée par décret, la validité d'un accord est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueilli au moins 50 % du nombre des voix ou bien par une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueilli au total au moins 20 % du nombre des voix en l'absence

³³² Compte rendu des débats de l'Assemblée nationale, 1^{ère} séance du 21 juin 1989, p. 2334.

³³³ Cette possibilité a été introduite par la loi du 25 mars 2009. Antérieurement, la validité de l'accord était admise en l'absence de majorité dans deux cas. D'une part, lorsque l'association regroupait le tiers des locataires concernés par l'accord. D'autre part, lorsque l'association regroupait 20% des locataires concernés, si la ou les associations étaient affiliées à une organisation siégeant à la commission nationale de la concertation.

d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales « parties prenantes à la négociation » représentant une majorité des voix³³⁴.

D'autre part, le principe de l'unicité de signature demeure parfois pour pallier à l'impossibilité de mettre en place une majorité de type électoral dans un secteur. L'article L. 162-14-1-2 du Code de la Sécurité sociale dispose ainsi que s'agissant des professions de santé pour lesquelles des élections aux unions régionales des professions de santé (URPS) ne sont pas organisées, les conventions conclus avec les professions de santé sont valides dès lors qu'elles sont signées par une organisation syndicale représentative au niveau national. Plus largement, il faut remarquer que le régime juridique des accords conclus avec les professionnels de santé a récemment évolué dans une parfaite synchronisation avec les évolutions du régime des accords collectifs de travail. La loi du 21 juillet 2009 s'est faite quelque peu l'écho de celle du 20 août 2008 prévoyant à ce titre, que la validité des accords de santé pour lesquels des élections sont tenues aux URPS est subordonnée par une ou plusieurs organisations reconnues représentatives et ayant recueilli au moins 30% des suffrages exprimés selon certaines modalités à ces élections³³⁵. L'influence du modèle légal de l'accord collectif de travail est ici flagrante et témoigne du souhait du législateur que l'accord recueille un consensus suffisant³³⁶. L'exigence majoritaire semble ainsi prendre lentement forme dans le domaine des accords collectifs, celle d'un « principe » multiforme.

2. Une exigence majoritaire multiforme

535. La catégorie des accords majoritaires est considérée en droit du travail comme une « catégorie protéiforme » qui donne à voir « une construction brouillonne »³³⁷. Il est vrai que l'exigence majoritaire est susceptible d'être appréciée d'au moins trois manières. Elles ont toutes été employées dans le cadre du modèle de l'accord collectif de travail mais aussi au-delà. La majorité peut tout d'abord s'apprécier de manière arithmétique (**a**). Elle peut également être d'ordre électoral (**b**). Aux côtés de ces modes de validation classiques des

³³⁴ Ce décret n'a jamais été promulgué. La loi du 5 juillet 2010 précisait néanmoins que l'exigence majoritaire qu'elle formulait, devait entrer en vigueur au plus tard le 31 décembre 2013. En conséquence, elle est applicable depuis le 1er janvier 2014.

³³⁵ Art. L. 162-14-1-2 du Code de la Sécurité sociale.

³³⁶ V. en ce sens, I. Vacarie, « Sécurité sociale et démocratie des choix collectifs », in *Mélanges en l'honneur de J.-F. Laborde*, Dalloz, 2015, p. 924

³³⁷ C. Nicod, « La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration », *RDT*, 2015, p. 549

accords collectifs de travail, la voie référendaire est également empruntée. Cette possibilité n'est pas sans arrière-pensée idéologique. En effet, l'instauration d'un dispositif par la voie référendaire lui confère une certaine légitimité démocratique et lui garantit l'adhésion de la part du moins de ceux qui ont voté en faveur d'une telle instauration (c).

a) Une majorité arithmétique

536. La majorité arithmétique a eu, un temps, les faveurs du législateur en matière d'accord collectif de travail. Celle-ci présentait, il est vrai, l'avantage de la simplicité. Pour qu'un accord soit valablement conclu, il doit selon les prévisions de la loi, avoir été signé ou ne pas avoir été dénoncé par une majorité de syndicats représentatifs. Il s'agit ainsi d'une majorité d'opposition ou d'engagement. Chaque syndicat se voit ainsi conférer une voix peu importe ses résultats électoraux. Seule importe leur représentativité.

Ce mode d'appréciation de la majorité est apparu avec la loi du 4 mai 2004³³⁸. Aisé à mettre en œuvre, il n'était toutefois pas exempt de toute critique. L'action intentée en 2004 par l'UNSA a eu pour mérite de le révéler. En l'espèce, par une décision implicite née du silence gardé sur la demande qui lui avait été adressée par l'union syndicale, le ministre du travail avait refusé en 2003 de la reconnaître comme l'une des organisations syndicales de salariés les plus représentatives au niveau national interprofessionnel et de modifier en conséquence l'arrêté du 31 mars 1966. Cette décision avait alors été déférée au Conseil d'Etat sans succès³³⁹. A l'analyse, il apparaît que toute autre décision aurait posé de sérieux problèmes. En effet, cinq confédérations étaient alors déclarées représentatives à ce niveau. Or, s'il est aisé de dégager une majorité à partir d'un nombre impair d'organisations, cela est proprement impossible lorsque ce nombre est pair.

537. L'exigence d'une majorité arithmétique demeure malgré tout dans certains domaines. Il en va ainsi des accords collectifs de location conclus, pour un ou plusieurs secteurs locatifs, au sein de la Commission nationale de concertation ou de chaque commission spécialisée des rapports locatifs. Toutefois, cette exigence ne conditionne pas la

³³⁸ En même temps que la généralisation du droit d'opposition s'agissant des accords collectifs conclus au niveau national interprofessionnel et dans certains cas de la branche. Ancien art. L. 132-2-2 du Code du travail.

³³⁹ CE, 5 novembre 2004, UNSA, 257878, *Revue de droit public*, n°4, 2005, p. 919, note G. Tusseau.

validité de l'acte mais sa capacité à être étendu. En effet, ces accords ne peuvent faire l'objet d'un décret d'extension qu'en l'absence d'« opposition de la majorité des organisations représentatives des bailleurs d'un ou plusieurs secteurs et des organisations représentatives des locataires »³⁴⁰. La majorité arithmétique demeure ainsi assez marginale, la majorité électorale ayant résolument pris le pas sur elle.

b) Une majorité électorale

538. La démocratie sociale est parfois pensée comme l'écho de la démocratie politique. Quoi de plus normal dès lors, que le législateur y puise, tout en les adaptant, certains dispositifs pour les transposer en matière de négociation collective. L'organisation d'élections est la preuve la plus tangible de cette tendance. Avec le temps, celles-ci ont été mobilisées en vue d'apprécier la validité d'un accord collectif.

L'organisation de telles élections n'est pas toujours évidente. En droit des baux d'habitation par exemple, il n'existe pas d'élections similaires aux élections professionnelles par lesquelles les locataires pourraient élire leurs représentants. Toutefois, les secteurs locatifs fixés par la loi sont nombreux et les organismes de bailleurs qui en font partie ont des statuts juridiques très différents. Certains organismes d'habitation à loyer modéré présentent pour particularité notable d'être dirigés par un conseil d'administration ou un conseil de surveillance dans lesquels les locataires sont représentés par des élus. Or, les résultats de ces élections sont utilisés pour apprécier la validité d'un accord collectif de location local. La loi prévoit en effet qu'un tel accord est valide s'il est signé soit par une ou plusieurs associations regroupant au moins 50 % des voix des locataires aux élections au conseil d'administration ou au conseil de surveillance de l'organisme³⁴¹.

539. L'exigence de majorité électorale est bien souvent mise en place en réaction à une légitimité des signataires des accords collectifs jugée insuffisante. Il est aisé de l'observer dans le domaine des conventions conclues avec les professionnels de santé. Longtemps, un principe d'unicité de signature y a prévalu, ce qui permettait de fait, à un syndicat unique, même minoritaire, de signer un accord. La loi 13 août 2004 a donc entendu remédier à cette

³⁴⁰ Art. 41 ter de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, dite loi Méhaignerie.

³⁴¹ Art. 42 de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, dite loi Méhaignerie.

insuffisance en instaurant un pouvoir d'opposition majoritaire. Il n'est pas anodin, au passage, que cette loi ait été votée la même année que la loi Fillon ayant généralisé le droit d'opposition en droit du travail. L'influence du modèle de l'accord collectif de travail est évidente³⁴². L'article L. 162-15 du Code de la Sécurité sociale prévoyait ainsi que l'opposition formée à l'encontre d'un accord par au moins deux syndicats représentant pour les médecins, d'après les résultats des élections aux URML, la majorité absolue des suffrages exprimés, faisait obstacle à sa mise en œuvre. Étonnamment, l'exigence majoritaire électorale était ainsi couplée avec une exigence minoritaire arithmétique qualifiée. La loi du 21 juillet 2009 a toutefois abandonné cette condition arithmétique.

540. Il est possible enfin de mentionner le cas des accords collectifs conclus dans le domaine de la fonction publique. À l'inverse du droit du travail qui n'a pas encore accueilli en son sein de véritable exigence majoritaire électorale, le droit de la fonction publique a d'ores et déjà franchi le pas puisque un accord y est valide s'il est signé par une ou plusieurs organisations syndicales de fonctionnaires ayant recueilli au moins 50 % du nombre des voix lors des dernières élections professionnelles organisées au niveau auquel l'accord est négocié³⁴³. La formulation est remarquable mais l'absence de force juridique attachée à l'accord ainsi conclu vient tempérer l'impression. Elle a pour mérite de rappeler que l'exigence majoritaire n'a de sens que rapporté au modèle de l'accord collectif de travail, autrement dit un accord collectif ayant vocation à produire des effets remarquables à la fois par leur intensité et leur extension. Une dernière voie reste à explorer s'agissant de cette exigence, à savoir la majorité référendaire.

c) Une majorité référendaire

541. Le recours à la majorité référendaire pour valider un accord collectif est particulièrement tentant lorsque la légitimité des négociateurs est douteuse. Le référendum consiste à inviter, dans un champ donné, un ensemble d'individus à s'exprimer par la voie

³⁴² Elle est d'ailleurs clairement assumée dans l'exposé des motifs de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004. En effet, il y est indiqué qu'« à l'instar de la loi [...] du 4 mai 2004, [l'article 28] crée un droit d'opposition majoritaire qui vise à éviter l'adoption de dispositions conventionnelles auxquelles serait opposée la majorité de la profession concernée ».

³⁴³ Art. 1^{er}-IV de la loi n°2010-751 du 5 juillet 2010.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

d'un vote sur un projet relatif à leurs droits et obligations. En l'occurrence, il est question d'élever par cette voie une norme à la qualité d'accord collectif de travail. Jusqu'à peu marginale en droit du travail, la technique connaît un regain d'intérêt qui s'explique, en partie, par le sentiment que les destinataires d'une norme sont moins enclins à en contester la validité s'ils la valident eux-mêmes. La loi du 4 mai 2004 y a eu recours³⁴⁴. Cependant, la complexité et la technicité du texte n'ont pas contribué à sa promotion. Bien avant cette loi, la validité de certains accords collectifs avait déjà été soumise à l'organisation d'un référendum. Il en va spécialement ainsi des accords relatifs à l'épargne salariale³⁴⁵. Que la voie référendaire puisse être empruntée en la matière n'étonne guère, car l'idée d'associer les salariés motive aussi bien le recours au référendum que l'instauration d'un dispositif d'intéressement ou de participation³⁴⁶. Dans les deux cas, c'est un projet d'accord proposé par l'employeur qui est soumis aux salariés. Celui-ci n'est ratifié que s'il est approuvé par la majorité des deux tiers du personnel³⁴⁷. Plus récemment, la loi Rebsamen a généralisé l'exigence d'une approbation des salariés lorsque l'accord est signé dans une entreprise dépourvue de délégués syndicaux³⁴⁸.

542. Le référendum semble connaître meilleure fortune, du moins jusqu'à aujourd'hui, dès lors qu'on franchit les frontières du droit du travail. En droit des baux d'habitation, l'article 46 de la loi du 6 juillet 1989³⁴⁹ prévoit ainsi qu'à défaut d'accord collectif conclu par des associations de locataires, les bailleurs peuvent « proposer directement aux locataires des accords de même nature ». Ces accords doivent être approuvés à la majorité des locataires concernés par l'accord qui se sont exprimés dans un délai de deux mois à compter de la réception de la notification individuelle par le bailleur et à condition qu'au moins 25%

³⁴⁴ Sur cette question, cf. infra, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

³⁴⁵ D'ailleurs, selon le bilan annuel de la négociation collective établi pour l'année 2014, 82 % de l'ensemble des décisions unilatérales et accords ratifiés par référendum portent sur l'épargne salariale, p. 525.

³⁴⁶ Ces dispositifs ont pour objet, l'un « d'associer collectivement les salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise » (art. L. 3312-1 du Code du travail), l'autre « de garantir collectivement aux salariés le droit de participer aux résultats de l'entreprise » (art. L. 3322-1 du Code du travail).

³⁴⁷ Pour s'assurer de cette adhésion, il est possible de faire directement signer le projet par chaque salarié pris individuellement ou bien d'organiser une consultation (art. D. 3345-1 du Code du travail). Une condition est toutefois posée afin que le référendum puisse donner naissance à un dispositif d'intéressement ou de participation. Lorsqu'il existe dans l'entreprise une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ou un comité d'entreprise, la ratification est demandée conjointement par l'employeur et une ou plusieurs de ces organisations ou ce comité. Art. L.3312-5 et L.3322-6 du Code du travail.

³⁴⁸ Cf. infra, § 558.

³⁴⁹ Modifié par la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 dite loi Boutin.

d'entre eux se soient exprimés. Les conditions ainsi posées sont pour le moins contraignantes mais nécessaires dès lors qu'aucune association de locataires n'a pu veiller à l'équilibre du texte, d'autant plus que l'accord est susceptible de mettre à la charge des locataires, des frais supplémentaires. Or l'accord est obligatoire y compris à l'égard de ceux qui s'y opposent³⁵⁰. La Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt du 17 septembre 2008³⁵¹. En l'espèce, un accord collectif concernant l'installation d'un portier interphone et l'augmentation annuelle des charges avait été approuvé par la majorité des locataires d'une résidence. La Cour en a déduit que l'accord était valable et opposable à tous les locataires y compris ceux qui s'y opposaient.

543. Le référendum a également acquis le droit de cité dans le domaine de la protection sociale complémentaire. A vrai dire, le législateur y a eu recours très tôt, dès le lendemain de la seconde guerre mondiale. L'idée de solidarité qui parcourt la matière ne pouvait que prendre corps au travers de dispositifs exprimant au mieux la volonté de la collectivité. Négociation collective et référendum furent ainsi associés pour fonder les régimes de protection sociale et réaliser la démocratie sociale³⁵². La possibilité de procéder par voie référendaire a initialement été prévue par le décret du 8 juin 1946³⁵³. Celui-ci prévoyait que « les obligations et avantages des adhérents et les obligations des employeurs peuvent être révisés soit par accord entre employeurs et la majorité des travailleurs intéressés constaté par un vote à bulletin secret, soit par une convention collective ». Le recours à la technique référendaire n'était ainsi autorisée qu'en vue de la révision et non de l'instauration d'un régime de protections sociale complémentaire. Sous l'impulsion de la Cour de cassation, cette restriction a été supprimée. Elle ne l'a été dans un premier temps que s'agissant des régimes gérés dans le cadre d'une institution de prévoyance³⁵⁴. La loi Évin du 31 décembre 1989 est venue parachever l'évolution en étendant cette possibilité aux régimes gérés par des mutuelles et des sociétés d'assurance³⁵⁵. Aujourd'hui, ces dispositions font l'objet du livre IX du Code de la Sécurité sociale. L'article L. 911-1 prévoit ainsi qu'à

³⁵⁰ Civ. 3^e, 28 juin 2000, n° 97-21.684.

³⁵¹ Civ. 3^e, 17 septembre 2008, n° 07-15.784, *La Revue des Loyers*, 2008, 891, obs. V. Canu.

³⁵² V. à ce sujet, J. Barthélémy, « Solidarité et accord de protection sociale complémentaire », *in Mélanges en l'honneur de J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 27.

³⁵³ Art. 51 du décret n°46-1378 du 8 juin 1946.

³⁵⁴ Soc., 5 janvier 1984, 81-42.112, *Droit social*, 1985, p. 188, note J. Savatier.

³⁵⁵ Art. 1^{er} et 2 de la loi n° **89-1009 du 31 décembre 1989**.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

moins qu'elles ne soient instituées par des dispositions législatives ou réglementaires, les garanties collectives sont déterminées soit par voie de conventions ou d'accords collectifs, soit à la suite de la ratification à la majorité des intéressés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise, soit par une décision unilatérale du chef d'entreprise. Pour pouvoir être validé, le projet d'accord doit donc être approuvé à la majorité des intéressés³⁵⁶. La Cour de cassation précise sur ce point, « que ni un accord collectif ni une décision unilatérale de l'employeur ne peuvent subordonner l'entrée en vigueur d'un régime obligatoire à des exigences moindres »³⁵⁷.

Le référendum permet ainsi de mettre en place un régime de protection sociale complémentaire au même titre qu'un accord collectif classique. Les personnes prenant part au vote sont appelés à se prononcer sur un projet d'accord. Demeure toutefois une incertitude dirimante. Quelle est la nature de l'accord référendaire ? Faut-il y voir une forme d'accord collectif ? La question n'est pas de pure forme. Une réponse positive serait assurément problématique car placer sur le même plan accord référendaire et accord collectif reviendrait inéluctablement à repenser le second, au prix sans doute d'une dénaturation. La diffusion du modèle n'est donc pas sans risques. Elle entraîne sa dilution et sa mutation attestant de la sorte, d'un mouvement de rétroaction à son égard.

³⁵⁶ Cette dernière précision a longtemps suscité de nombreux débats sur l'identité de ces intéressés. S'alignant sur la solution retenue en matière d'intéressement et de participation, la Cour de cassation a jugé que les « garanties collectives en complément de celles de la sécurité sociale ne peuvent être instaurées de manière obligatoire pour les salariés qu'à condition que les propositions de l'employeur aient été ratifiées par référendum à la majorité des intéressés, ce qui s'entend de la majorité des électeurs inscrits » ; Soc. 15 novembre 2011, 10-20.891, *SSL*, n° 1526, obs. M. Hallopeau et P. Klein. V. également, J. Barthélémy, « Le référendum, source de garanties collectives de prévoyance », *Droit social*, 2012, p. 70.

³⁵⁷ Soc. 15 novembre 2011, 10-20.891.

Conclusion de chapitre

544. Ayant définitivement fait le deuil d'un droit commun des accords collectifs et plutôt que de renoncer à la quête d'un fonds commun bâti sur les fondations du modèle de l'accord collectif de travail, des « principes » ont été identifiés. Leur généralité a permis de penser la grande majorité des accords collectifs ici étudiés malgré leur irréductible diversité. C'est là le signe que derrière l'apparent chaos normatif dans lequel ces accords se situent, se dégage un horizon commun. Principes de participation, exigences de représentativité, de normativité et de majorité constituent les piliers sur la base desquels s'appuient, pour l'essentiel, la négociation collective rapportée au modèle de l'accord collectif de travail mais aussi la plupart des accords collectifs existants.

Certains de ces « principes » ont pour caractéristique notable d'encadrer le processus de négociation, pour ne pas dire de contribuer à son « bon » fonctionnement. Ils attestent de l'importance prise par la dimension procédurale de l'accord collectif. Ainsi, des exigences telles que l'exigence majoritaire ou de représentativité tendent à garantir aussi bien la légitimité des acteurs qui mènent les négociations que celle des signataires de l'accord. Cette quête fait sens si l'accord ainsi négocié a vocation à produire des effets juridiques conséquents. C'est en substance ce qu'exprime le « principe » de normativité.

L'harmonisation ainsi réalisée sur les bases du modèle de l'accord collectif de travail n'est en rien parfaite. Elle admet des dissonances, somme toute normales dès lors qu'il n'est pas question de nier la spécificité des domaines dans lesquels le modèle se diffuse et les interactions qui sont susceptibles de naître entre pôles émetteur et récepteur. Toutefois, elles interrogent. En effet, elles révèlent que la diffusion du modèle ne peut se réaliser sans quelques menues adaptations ou saignées ravageuses. Au final, il en va de l'identité même d'un modèle qui en vient à subir les contrecoups de sa propre diffusion que ce soit en droit du travail ou au-delà. Ne serait-ce pas là le prix à payer pour rayonner le plus largement possible, en somme la rançon de la gloire ?

Conclusion de titre

545. Si l'apparition du droit du travail a nécessairement entraîné, comme bien d'autres branches du droit au demeurant mais peut être avec une application remarquable, un morcellement du droit privé, il n'est pas permis de conclure à une déperdition de ce dernier. Elle témoigne en réalité des transformations profondes qui affectent le droit depuis plusieurs décennies. Que le procédé de l'accord collectif ait pris forme en droit du travail, est tout sauf un hasard. Sa naissance est la marque d'un échec, celui d'un Code civil incapable de ramener à lui, les phénomènes collectifs ayant pris leur essor au cours du XIX^{ème} siècle. Il n'est d'ailleurs pas étonnant que le Code civil ne soit pas parvenu à « devenir le droit commun des relations collectives de dépendance »³⁵⁸.

Hier refoulée, la collectivisation des rapports entre individus s'observe désormais dans l'entier droit positif. Par un retour de bâton fameux, le droit social est désormais « le lieu de synthèses nouvelles qui loin de se cantonner aux seules relations de travail, ont imprégné l'ensemble du droit des obligations »³⁵⁹. La fragmentation du droit privé n'est donc pas source de désordre, bien au contraire. Simplement, c'est désormais l'interaction entre les différentes branches du droit qui donnent corps si ce n'est à un droit commun, à des principes généraux partagés. C'est du moins ce que donne à voir la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail.

³⁵⁸ A. Supiot, « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, ss. la dir. de A. Wijffels, Bruylant, 2005, p. 50.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 73.

Titre 2 Rétroaction sur le modèle

546. Toute action s'accompagne d'une rétroaction sur l'entité qui l'exerce. La diffusion dont fait l'objet le modèle de l'accord collectif de travail n'est donc logiquement pas sans effets sur celui-ci. Mais plutôt que de le renforcer, il semblerait que cette diffusion l'affaiblisse. En effet, la réception du modèle n'étant pas passive, elle s'accompagne d'une dilution et d'une réécriture de celui-ci qui porte atteinte à son intégrité même. Cette transfiguration est telle qu'il est même possible de se demander ce qu'il reste du modèle de l'accord collectif tel qu'il a été jusqu'ici identifié. Il s'agit alors de déterminer dans quelle mesure les atteintes apportées au modèle entraînent une dénaturation de celui-ci. Les sceptiques y verront sans doute une atteinte irréversible au procédé de l'accord collectif. Une autre piste est toutefois susceptible d'être empruntée. L'histoire de l'accord collectif de travail nous apprend que le modèle est évolutif. Il est ainsi possible de voir dans les mutations qui l'affectent, une pierre de plus apportée à son édifice et les signes d'une transfiguration plutôt que d'une altération définitive (**Chapitre 1**). Plus encore, le relatif échec que connaît le modèle en dehors de ses bases invite à se demander si les mutations auxquelles il fait face ainsi que la réactivation et l'apparition de modes de production normatifs concurrents, ne mettent pas définitivement à mal son autorité (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 Le modèle transmué

547. Afin qu'un modèle puisse se diffuser efficacement, il est nécessaire que celui-ci s'adapte aux milieux dans lesquels il est implanté. Toutefois, ces arrangements ne sont pas sans conséquences sur l'identité du modèle. Proposé à l'imitation, il se dilue. Les traits qui le caractérisent s'estompent et le modèle se trouve alors dénaturé (**Section 1**). Simplement, ce mouvement n'est pas uniquement le fait d'une tendance naturelle qui voudrait que tout modèle soit appelé à muter une fois diffus. Il ne faut pas oublier qu'il demeure un outil mis à la disposition des acteurs du droit. En tant que tel, il est normal qu'il soit utilisé en vue d'obtenir certains résultats. Pourtant, il apparaît que désormais le procédé de l'accord collectif n'est plus employé pour poursuivre les fins qui lui étaient traditionnellement attachées. En ce sens, il apparaît que le modèle est instrumentalisé (**Section 2**). Cette utilisation orientée vient parfois saper les principes au cœur du modèle de l'accord collectif.

Section 1

Le modèle dénaturé

548. La dénaturation n'est pas un phénomène étranger au droit. On la retrouve au travers du grief de dénaturation des éléments de preuve, cas d'ouverture à cassation, ou bien encore lorsqu'on confère à un bien ou une créance, une nature différente. Dénaturer un objet c'est donc le contrefaire ou modifier ses caractéristiques essentielles, volontairement ou non. Le terme de dénaturation n'exprime rien moins d'autre, appliqué au modèle de l'accord collectif de travail. L'hypothèse défendue ici est que sa diffusion n'est pas sans effets sur lui. Le développement qu'il connaît au-delà mais aussi en deçà de ses bases, implique qu'il soit adapté au contexte dans lequel il est appliqué. Aussi, il apparaît nécessaire de prendre parfois des libertés avec certaines de ses caractéristiques. Ces adaptations ne sont pas toujours sans « effets retour » sur le modèle lui-même. Dans quelle mesure sa diffusion n'altère pas sa nature même, autrement dit ses caractéristiques essentielles ? Des exemples de plus en plus nombreux de dénaturation de l'accord collectif touchent tant sa formation (**§1**) que son application (**§2**).

Paragraphe 1 Une dénaturation du mode de formation de l'accord collectif

549. Que l'accord collectif de travail soit un modèle en raison notamment de son caractère négocié, relève de l'évidence. Pourtant, il se pourrait bien que celle-ci soit lentement mais sûrement remise en cause. La diffusion du modèle laisse apparaître de nouvelles figures que certains apparentent volontiers à des accords collectifs mais qui ne sont pas le fruit d'une véritable négociation collective. En particulier, le référendum est un mode de ratification des accords collectifs dont les hypothèses et les exemples se multiplient **(A)**. Par là même, l'idée de représentation au cœur de la négociation collective est mise à mal. Celle-ci est censée être assurée par des organisations représentatives. Toutefois, le monopole dont elles bénéficiaient n'est plus et nombreux sont les acteurs qui se lancent dans l'activité conventionnelle. Les conséquences sur le modèle sont majeures. Une dégénérescence du modèle de l'accord collectif de travail entendu comme un modèle de représentation, semble ainsi s'opérer **(B)**.

A) La dénaturation d'un modèle de négociation

550. Par la force des choses, l'acteur syndical s'est très vite avéré le mieux placé pour représenter les intérêts des salariés dans le cadre d'une négociation collective. Ils doivent disposer de moyens et d'une certaine expertise pour faire valoir au mieux les intérêts sans qu'il ne résulte de la négociation un trop grand déséquilibre. Négocier implique en effet que les négociateurs soient autant que faire se peut, sur un pied d'égalité. Or, il est évident que le salarié pris individuellement n'est pas toujours en mesure de mener avec son employeur une négociation authentique. Pour cela, les salariés ont ressenti le besoin de se regrouper dans des structures dont l'objet est justement l'étude et la défense de leurs intérêts. Dès lors, c'est naturellement avec suspicion et quelques craintes quant au devenir du modèle de l'accord collectif de travail, qu'il faut accueillir l'apparition et la reconnaissance légale de modes de formation alternatifs de l'accord collectif. Le référendum est rangé dans cette catégorie, non sans empressement **(1)**. L'absence de négociation systématique précédant la ratification d'accords dits référendaires invite à s'en méfier, sauf à accepter que les libertés ainsi prises avec le modèle de l'accord collectif de travail entraînent une dénaturation insidieuse de celui-ci **(2)**.

1. La tentation d'associer l'accord référendaire à un accord collectif

551. Le droit de la protection sociale offre indéniablement un point d'observation privilégié à celui qui tente de prendre la mesure des intrications qui existent entre le référendum et la négociation collective. En effet, la mise en place de garanties collectives au sein d'une entreprise peut résulter aux termes de l'article L. 911-1 du Code de la Sécurité sociale, d'un accord collectif classique mais aussi de la ratification à la majorité des intéressés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise ou d'une décision unilatérale prise par cette même personne. Une séparation nette est *a priori* réalisée entre l'accord collectif, le référendum et la décision unilatérale. Pourtant, il n'est pas rare que certains auteurs évoquent, en s'appuyant sur cet article, l'existence d'« accords référendaires ». Ils laissent entendre par là même que l'accord qui résulte d'un référendum est similaire à un accord collectif classique. Un auteur a pu affirmer à ce titre que « dès lors que la loi autorise ce référendum, elle admet que la collectivité des salariés s'exprimant par un vote puisse se substituer aux organisations syndicales pour la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif »¹. C'est donc affirmer pleinement que les organisations syndicales représentatives ne disposent pas d'un monopole en la matière. Le même auteur va plus loin et considère que « le vote par lequel le personnel accepte une proposition de la direction réalise [...] la rencontre de la volonté patronale et celle de la collectivité des salariés » et donne naissance à « un accord collectif, au plein sens du terme »².

Mettre sur le même plan ces deux modes de production normative que sont la négociation collective et le référendum est pour le moins étonnant. Cette lecture semble pourtant confortée par la formulation ambiguë de l'article L. 911-1 qui vise une ratification par les salariés d'un « projet d'accord ». Le texte ne précise pas pour autant s'il s'agit d'un accord collectif. La Cour de cassation semble l'avoir admis indirectement, pour un temps au moins. Dans une décision rendue le 5 janvier 1984, la haute juridiction n'a pas hésité à qualifier l'accord référendaire « d'accord d'entreprise établi dans l'intérêt de l'ensemble des salariés »³. En l'espèce, la haute juridiction avait admis qu'un tel accord puisse s'imposer à tout salarié peu important leur refus. La proposition de l'employeur approuvée par

¹ Ph. Langlois, « La révision d'un régime de protection sociale complémentaire », *Droit social*, 1999, p. 384.

² *Loc. cit.*

³ Soc. 5 janvier 1984, *Droit social*, 1986, p. 282.

référendum visait à emporter l'adhésion à une institution de prévoyance qui entendait procurer aux salariés la couverture de certains risques en échange d'une prime financée en partie par un prélèvement sur leur salaire mais aussi par une contribution patronale. Il n'en fallait pas plus pour que le doute soit semé quant à la nature de ce fameux accord. Pourtant, l'objet de cet arrêt invitait à la prudence. Un auteur en appelait d'ailleurs au bon sens, relevant que ledit arrêt non publié était sans doute un arrêt d'espèce s'expliquant par les particularités du statut des institutions de prévoyance ou bien encore par la nécessité pour que l'avantage ainsi procuré aux salariés soit viable, que tous soient affiliés. Il en concluait aussi qu' « il ne faudrait donc pas extrapoler la solution qu'il donne à propos d'un type très particulier d'accord d'entreprise »⁴, ce qui malgré tout, laissait entendre que l'accord référendaire pourrait être catalogué comme accord d'entreprise.

552. Plus récemment, la même juridiction a estimé dans une décision rendue le 10 février 1999, qu' « un régime complémentaire de retraite, qu'il ait été créé par voie d'accord collectif ou à la suite de la ratification par la majorité des intéressés d'une proposition de l'employeur, peut indifféremment être modifié ou révisé selon l'une ou l'autre de ces formes »⁵. La Cour de cassation s'était prononcée ainsi en faveur de la reconnaissance d'une valeur juridique similaire en faveur de ces deux actes, rejetant par là même toute idée de parallélisme des formes en cas de révision. Et un auteur d'en déduire que deux formes d'accords collectifs coexistent dans les domaines dans lesquels le référendum est admis et de conclure « s'il en était besoin, qu'un accord collectif est foncièrement conclu entre un employeur ou une collectivité d'employeurs, d'une part, et une collectivité de salariés, d'autre part »⁶. D'un strict point de vue juridique, cette décision ne souffre aucune contestation. En effet, l'ancien article L. 731-1 du Code de la Sécurité sociale, au fondement de la décision, ne posait en matière de révision d'un régime de protection sociale complémentaire, aucune hiérarchie entre l'accord collectif classique et le référendum. On a pu justifier cette entorse manifeste au monopole bien fragile des organisations syndicales, par la nécessité de développer la protection sociale complémentaire dans les entreprises,

⁴ J. Savatier, « Accords d'entreprise atypiques », *Droit social*, 1985, p. 189.

⁵ Soc. 10 févr. 1999, *Droit social*, 1999, p. 388 ; F. Muller, « Régimes français de retraite complémentaire des salariés. Restructuration et modification du régime de retraite complémentaire des salariés non-cadres », *RDSS*, 1999, p. 626.

⁶ Ph. Langlois, *art. précit.*, p. 384.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

notamment dans celles qui sont dépourvues de délégué syndical, et de faciliter dès lors leur mise en place et leur modification.

Il n'est toutefois pas certain qu'il en soit toujours ainsi. En effet, la loi du 8 août 1994 est venue modifier les conditions de révision des régimes de protection sociale complémentaire. Désormais, l'article L. 911-5 du Code de la Sécurité sociale prévoit qu'un décret doit déterminer les conditions dans lesquelles une convention ou un accord collectif d'entreprise peut se substituer à un accord ratifié par référendum. Néanmoins, le décret n'a jamais été pris. Aussi, il est impossible de déterminer si un accord ratifié est en mesure de modifier un accord collectif classique, c'est-à-dire négocié et signé par des organisations syndicales représentatives⁷. Il n'en demeure pas moins que si tel était bien le cas, ce nivellement inviterait à repenser les caractéristiques du modèle.

2. Une association discutable

553. Il est aujourd'hui admis, qu'un accord référendaire puisse être doté des mêmes effets qu'un accord collectif classique. Faut-il pour autant admettre que l'accord ratifié à la suite d'un référendum constitue une forme d'accord collectif ? Une réponse positive n'est possible qu'au prix d'une dénaturation certaine du modèle de l'accord collectif de travail. En effet, ce dernier est avant tout un modèle de droit négocié. Or, il est difficile de considérer que l'accord ratifié par référendum fait vraiment l'objet d'une négociation collective. C'est d'ailleurs bien souvent sur la base d'un projet d'accord proposé par l'employeur, que les salariés sont invités à se prononcer que ce soit en matière de protection sociale ou de droit du travail. L'accord « référendaire » serait une sorte d'accord collectif « d'adhésion », dont l'une des caractéristiques est l'absence d'obligation de négocier préalablement son contenu par les parties elles-mêmes (ou leur représentant). Autrement dit, rien n'oblige l'employeur à discuter le contenu du projet qu'il entend soumettre à l'appréciation de ses salariés. L'accord a dès lors plus des allures de décision unilatérale de l'employeur, même s'il n'a vocation à s'appliquer que s'il est approuvé par la majorité des salariés. Il est toutefois un

⁷ L'article L. 911-5 semble toutefois suggérer une hiérarchisation des modes d'élaboration des garanties collectives. En effet, il est admis qu'un accord collectif puisse modifier un régime mis en place par une décision unilatérale ou par un accord ratifié par référendum. C'est dire que l'accord collectif est hiérarchiquement supérieur. Toutefois, cela ne permet pas de trancher la question de savoir si un régime mis en place par accord collectif peut être modifié par référendum. Il est néanmoins certain qu'une préférence est manifestée pour ce qui relève du bilatéral plutôt que de l'unilatéral. L'ordre de présentation de ces modes d'élaboration des garanties collectives qui figure à l'article L. 911-1 donne peut être sur ce point, un indice.

cas où l'association entre négociation et référendum est concevable : lorsque le second est employé comme mode de ratification du premier. Il n'est pas question dans ce cas de les confondre mais simplement de conditionner l'entrée en vigueur de l'accord à son approbation par référendum (a). En dehors d'une telle situation, il est difficile de ne pas voir dans le référendum autre chose qu'un simple palliatif censé atténuer l'absence d'accord collectif. La technique référendaire est alors employée à escient par le législateur, afin de remédier à la prétendue incurie des négociateurs (b).

a) Le référendum comme mode de ratification d'un accord collectif

554. Une solution existe afin de conférer sans opposition majeure la nature juridique d'accord collectif à un accord référendaire. Il suffirait simplement que le projet d'accord proposé à la ratification soit bel et bien négocié par les représentants des salariés. Ces derniers consentiraient ainsi à ce que la validité de leur accord soit soumise à une condition supplémentaire : l'obtention d'un assentiment majoritaire des salariés. C'est un tel système qui semble avoir été mis en place en matière d'accord d'intéressement ou de participation. En effet, le projet d'accord ne peut être soumis à référendum conjointement par l'employeur et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ou, à défaut, le comité d'entreprise⁸. Ce projet n'est ratifié que s'il est approuvé par la majorité des deux tiers du personnel⁹. Le référendum fait alors figure de véritable alternative aux autres modalités d'instauration prévues par le Code du travail¹⁰. Cependant, l'exigence de demande conjointe n'implique pas nécessairement une négociation entre l'employeur et les représentants du personnel... Quoiqu'il en soit, ces accords s'ils sont véritablement négociés doivent retenir « l'attention car ils ne heurtent ni les règles de négociation et de conclusion des accords collectifs ni les règles classiques d'opposabilité de l'accord au contrat individuel »¹¹.

⁸ Art. L. 3312-5 et L. 3322-6 du Code du travail.

⁹ L'employeur peut préférer faire directement signer le projet par chaque salarié pris individuellement, cf. Art. D. 3345-1 du Code du travail.

¹⁰ Les articles L. 3322-6 et L. 3312-5 prévoient que les accords peuvent également être conclus « par convention ou accord collectif de travail », par « accord entre l'employeur et les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise » ou bien « par accord conclu au sein du comité d'entreprise ». Tel n'était pas le cas avant l'ordonnance du 21 octobre 1986 puisqu'il n'était possible d'opter pour la voie référendaire qu'en l'absence de comité d'entreprise ou de sections syndicales.

¹¹ M.-A. Souriac « Regards sur le référendum », *Liaisons sociales magazine*, n° 84, p. 90.

La loi du 4 mai 2004 avait également accordé une place à la voie référendaire sans pour autant sacrifier le caractère négocié de l'accord ratifié¹². La technique référendaire demeurait toutefois employée de manière très résiduelle¹³. Elle permettait essentiellement de « repêcher » un accord ne remplissant pas les conditions de validité premières posées par la loi. Il s'agissait donc de pallier, de manière très discutable, aux faibles résultats électoraux. Ce n'est donc pas directement les signataires de l'accord qui devaient obtenir l'assentiment des salariés, mais bien l'accord lui-même.

Depuis, la loi Rebsamen du 17 août 2015, il semblerait que le référendum ait enfin trouvé grâce aux yeux du législateur même si les pouvoirs publics se montrent hostiles, pour l'heure, à généraliser le recours à ce « processus atypique de négociation collective en entreprise »¹⁴. En effet, l'article L. 2232-21-1 du Code du travail prévoit désormais que « l'accord signé par un représentant élu du personnel au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel ou, à défaut, par un délégué du personnel mandaté doit avoir été approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions déterminées par décret et dans le respect des principes généraux du droit électoral ». Le recours au référendum devient le mode normal de ratification de l'accord collectif dans les entreprises dépourvues de délégué syndical. Il s'agit à l'évidence de garantir la légitimité d'accords signés par des représentants élus ne disposant pas forcément du même crédit que les délégués syndicaux en la matière.

¹² Cf. nos développements, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

¹³ L'ancien article L.132-2-2 III prévoyait ainsi qu'un accord de branche étendu pouvait dans un premier cas, déterminer les conditions de validité des accords d'entreprise ou d'établissement conclus qui en relèvent, en optant pour l'une de deux modalités prévues par la loi. Dans le premier cas, pour être valable, l'accord devait être signé par une ou des organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles. La loi précisait toutefois que si les organisations syndicales de salariés signataires ne satisfaisaient pas à cette condition, le texte pouvait être soumis à l'approbation, à la majorité des suffrages exprimés, des salariés, à l'initiative des organisations syndicales de salariés signataires. Dans le second cas, pour être valable, la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement était subordonnée à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles. La loi précisait qu'en cas de carence d'élections professionnelles, la validité d'une convention ou d'un accord signé par un délégué syndical, était subordonnée à l'approbation de la majorité des salariés.

¹⁴ Ce pour quoi œuvre le *think tank* ASTREES. V. dans cette lignée, *Note d'analyse sur le processus atypiques de négociation collective en entreprise*, France stratégies, 2014.

b) Le référendum comme palliatif

555. L'altération du modèle d'accord collectif dans ses modalités de formation ne touche pas uniquement le droit de la protection sociale, où l'employeur est libre d'élaborer unilatéralement le projet d'accord soumis à référendum. Le recours, certes subsidiaires, au référendum existe également pour ratifier les accords collectifs de location. L'article 42 de la loi du 23 décembre 1986, modifié par la loi Boutin du 25 mars 2009, prévoit qu'à défaut d'accords collectifs locaux conclus avec des associations de locataires, les bailleurs peuvent « proposer directement aux locataires des accords de même nature ». Ces accords doivent être approuvés à la majorité des locataires concernés par l'accord qui se sont exprimés dans un délai de deux mois à compter de la réception de la notification individuelle par le bailleur et à condition que 25% de ces mêmes locataires se soient exprimés. On peine à croire qu'un accord résultant d'un tel référendum ait vraiment fait l'objet d'une négociation même si certains auteurs n'hésitent pas à le qualifier d' « accord négocié directement »¹⁵.

556. A l'évidence, l'objectif poursuivi n'est pas purement démocratique en ce que la mise en avant de l'accord référendaire ne vise pas à conférer uniquement une légitimité accrue au texte ainsi élaboré. Lorsque la possibilité de passer un accord référendaire est prévue par la loi, c'est avant tout pour faciliter la signature d'un accord. Le référendum fait figure alors de « palliatif »¹⁶ permettant la conclusion d'un accord collectif en cas de « défaillance » des acteurs traditionnels de la négociation collective. Le recours à ce procédé renseigne indéniablement sur les intentions du législateur. Quoiqu'il en soit, il apparaît judicieux de ne pas confondre accord collectif et référendum lorsque ce dernier a vocation à suppléer à l'absence du premier.

Cette fonction de suppléance est parfois assumée plus franchement, le législateur ne laissant pas entendre qu'un accord référendaire aurait la valeur d'un accord collectif. Il pourrait en être ainsi du régime du travail dominical. Par exception au principe d'interdiction qui a cours en la matière, l'article L. 3132-25-3 du Code du travail prévoit que les autorisations préfectorales prévues aux articles L. 3132-20 et L. 3132-25-1 sont accordées au vu d'un accord collectif ou, à défaut, d'une décision unilatérale de l'employeur prise après référendum. C'est dire qu'il n'est pas question de confondre ces deux modes de production

¹⁵ H. des Lyons et Y. Rouquet, *Baux d'habitation*, 2011, 7^{ème} éd., Delmas, p. 249.

¹⁶ C. Fourcade, *L'autonomie collective des partenaires sociaux*, L.G.D.J, p. 230.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

normative. Plus encore, ce même article dispose que lorsqu'un accord collectif est régulièrement négocié postérieurement à une décision unilatérale de l'employeur, cet accord s'applique dès sa signature en lieu et place de ladite décision. Il faut considérer aussi qu'une hiérarchisation est opérée, rappelant encore une fois que le référendum a principalement vocation à suppléer à l'absence d'accord collectif et non pas à s'y substituer. Plus encore, il est employé à des fins de ratification non pas d'un accord collectif dans le cas d'espèce, mais bien d'une décision unilatérale de l'employeur.

557. Au final, ce n'est pas sans méfiance que l'on accueille les tentatives de rapprochement entre référendum et négociation collective. Les placer sur le même plan n'est pas sans risques et met en péril un modèle de négociation. Il s'agit à tout le moins d'un substitut consensuel que certains auteurs qualifient, à juste titre, d'avatar¹⁷ ou de « substitut imparfait de la convention collective »¹⁸. Plus encore, en permettant l'expression directe des salariés sans que ceux-ci n'aient à être représentés, l'assimilation d'un accord référendaire à un accord collectif met à mal le modèle de l'accord collectif de travail entendu comme modèle de représentation.

B) La dénaturation d'un modèle de représentation

558. Initialement, la loi de 1919 accordait au groupement des salariés, incarné par la figure de l'assemblée ouvrière, un rôle similaire à celui des organisations syndicales en matière d'accord collectif. Aujourd'hui, il fait peu de doute que le modèle de l'accord collectif de travail est avant tout un modèle syndical à tel point que selon certains auteurs, celui-ci tirerait « son caractère collectif de ses signataires, les syndicats 'représentatifs' »¹⁹. Ainsi, le débat ne se concentrerait plus vraiment sur la qualité syndicale ou non des signataires mais plutôt sur leur représentativité. Il est inutile de rappeler ici le lien organique qui unit le droit syndical au droit des accords collectifs de travail. Pourtant, ce lien est loin d'être exclusif. Le Conseil constitutionnel l'affirme depuis 1996. La vocation naturelle des

¹⁷ P. Ollier, « L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources de droit dans l'entreprise », *Droit social*, 1982, p. 680. En réalité, dans ce texte, l'auteur vise essentiellement les usages d'entreprise. Le propos est toutefois suffisamment large pour pouvoir être transposé, selon nous, au référendum.

¹⁸ M. Véricel, « Les substituts consensuels à l'accord collectif », *Droit ouvrier*, 1997, p. 512.

¹⁹ C. Didry, « La production juridique de la convention collective. La loi du 4 mars 1919 », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, 2001, p. 1256.

organisations syndicales à négocier des accords collectifs ne leur confère pas de monopole. L'affirmer, c'est irrémédiablement admettre que d'autres acteurs puissent signer ce type d'accord mais cela ne va pas sans quelques réserves. Au mieux, ce sont de nouveaux représentants qui se substituent aux anciens, modifiant au passage les modalités d'habilitation des négociateurs (1). Au pire, c'est l'idée même de représentation, pourtant cardinale en matière de négociation collective, qui disparaît au profit de l'expression directe des destinataires de l'accord collectif (2).

1. L'élection comme mode d'investiture des agents de négociation

559. Si le Conseil constitutionnel n'hésite pas à évoquer l'existence d'une vocation naturelle des organisations syndicales représentatives à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, il admet également que d'autres acteurs puissent exercer cette fonction. Toutefois, l'admission de nouveaux acteurs au rang de négociateurs n'est pas sans poser quelques problèmes. Longtemps, la négociation collective s'est essentiellement appuyée sur une « représentation légale d'intérêts d'un type particulier »²⁰ qui autorise les syndicats représentatifs à engager les salariés qui entrent dans le champ d'application de l'accord conclu, peu important qu'ils y adhèrent ou non. Or, l'apparition d'agents se différenciant des syndicats sur la scène conventionnelle laisse à penser que « le modèle initial connaît [...] un nouvel infléchissement »²¹ voire une « dégénérescence »²². Il faut pour s'en convaincre s'attacher à déterminer la qualité des nouveaux agents de négociation (a). Leur mode d'investiture révèle qu'une représentation de type électorale semble progressivement prendre le dessus (b).

a) De nouveaux agents de négociation

560. En droit du travail, la volonté de permettre le développement de la négociation collective aux entreprises qui étaient dépourvues de représentation syndicale, a conduit les interlocuteurs sociaux dans un premier temps, puis le législateur par la suite, à investir les

²⁰ G. Borenfreund, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Droit social*, 1997, p. 1006.

²¹ *Loc. cit.*

²² *Loc. cit.*

représentants élus du personnel du rôle de négociateurs. Tel était l'objet de la loi du 12 novembre 1996 qui autorisait, dans le sillage de l'ANI du 31 octobre 1995, les interlocuteurs sociaux à déroger à titre expérimental, aux règles traditionnelles de conclusion des accords collectifs notamment les règles de désignation de leurs signataires²³. Cette possibilité offerte aux représentants élus de pallier à l'absence de délégués syndicaux dans les entreprises était ainsi très largement encadrée par les négociateurs de branche. Depuis, le législateur s'est évertué à faciliter le recours à des formules de négociation collective mettant en jeu des représentants élus du personnel en l'absence de représentation syndicale. La loi Rebsamen du 17 août 2015 est la dernière en date. Celle-ci entend libérer comme cela n'a jamais été fait, ce type de négociation dérogatoire, en supprimant les conditions d'effectif jusqu'alors posées²⁴. L'article L. 2232-21 du Code du travail prévoit désormais qu'en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise, les représentants élus du personnel²⁵ peuvent négocier et conclure des accords collectifs de travail s'ils sont expressément mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, au niveau national et interprofessionnel. L'accord devra néanmoins être majoritairement approuvé par les salariés lors d'un référendum²⁶. Ces mêmes élus peuvent également signer un accord collectif même non mandatés. L'article L. 2232-22 du Code du travail prévoit simplement que les accords ainsi signés ne pourront porter que sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif, à l'exception des accords collectifs mentionnés à l'article L. 1233-21. De plus, leur validité est subordonnée, d'une part, à leur signature par des élus représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles et, d'autre part, à l'approbation par la commission paritaire de branche.

561. Les élections professionnelles jouent ainsi un rôle essentiel dans l'investiture des agents de négociation. On cherche de la sorte à resserrer le lien entre les représentants et les représentés. En creux, la légitimité des acteurs est en jeu. Celle des syndicats « vient de l'histoire, d'une vocation à représenter fondée sur une sociologie, de nature essentialiste, le

²³ Art. 6-I de la loi du 12 novembre 1996.

²⁴ La possibilité pour un élu de négocier en lieu et place du DS en l'absence de celui-ci n'était admise jusqu'ici que dans les entreprises de moins de deux cents salariés.

²⁵ C'est-à-dire, les représentants au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel ou à l'instance mentionnée à l'article L. 2391-1 ou, à défaut, les délégués du personnel.

²⁶ Art. L. 2232-21-1 du Code du travail.

syndicat représentant par nature, au-delà de ses membres, les groupes de travailleurs correspondants, auxquels il s'est identifié, [...] celle des délégués du personnel et des membres des comités d'entreprise, procède plutôt d'un mandat, conféré à travers des scrutins, mais légitimant les élus, y compris ceux des syndicats, à engager l'ensemble du groupe de salariés concernés »²⁷. Toutefois, cette présentation a fait son temps. Depuis plusieurs années déjà, la légitimité des syndicats est elle aussi, à présent, appréciée à l'aune des élections professionnelles²⁸. Or, cette évolution qui affecte en profondeur notre système de relations professionnelles ne pouvait être sans conséquences sur le modèle de l'accord collectif de travail. La figure du mandat a pris une nouvelle dimension en matière de négociation collective. Ce mandat est à l'évidence, de nature électorale. Reste à se demander alors, si l'essor de cette figure est à l'origine d'une mutation de la représentation qui est au cœur de la négociation collective.

b) Une représentation de type électorale

562. L'immixtion de la représentation de type électorale dans la négociation collective est déstabilisante dans un domaine tel que celui de la négociation collective où la représentation a historiquement été pensée sur d'autres bases. La reconnaissance de nouveaux agents de négociation investis par voie électorale pourrait constituer un glissement vers une représentation de type politique. Un éminent auteur faisait toutefois remarquer sur ce point, que « l'emprunt des institutions du droit public est parfois critiquable : il en est ainsi pour le recours à la notion de représentation politique »²⁹. Poursuivant son raisonnement, il ajoutait que « cette idée ne pourrait être acceptée que s'il existait dans notre droit une procédure liant l'ensemble des professionnels à l'élaboration de la convention [...] il serait juste alors que la volonté de la majorité puisse s'imposer à la minorité »³⁰. A ce titre que « l'émergence d'une représentativité syndicale conçue comme fondatrice d'une représentation de type politique passerait nécessairement par la valorisation du critère de l'audience, c'est-à-dire par la prise en compte des salariés en tant

²⁷ J.-M. Verdier, « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales », *Droit social*, 1991, p. 5.

²⁸ Sur ce glissement, cf. P. Rosanvallon, *La question syndicale*, éd. Calmann-Lévy, 1988.

²⁹ P. Durand, « Le dualisme de la convention collective de travail », *RTDciv*, 1939, p. 367.

³⁰ *Loc. cit.*

que notion de représentation dans les relations collectives de travail »³¹. Toutefois, à l'époque où était mené ce raisonnement, il n'était pas encore question d'investir les représentants des salariés par voie électorale. En plus de permettre la désignation des délégués du personnel ou de certains membres du comité d'entreprise, les élections professionnelles jouent désormais un rôle de premier plan s'agissant de la détermination des organisations syndicales représentatives. En effet, la loi du 20 août 2008 a élevé l'audience électorale au rang de critère légal et nécessaire de représentativité, voir cardinal³². Plus encore, elle conditionne désormais la validité d'un accord collectif de travail, celui-ci devant être signé par des organisations syndicales ayant recueilli au moins 30% des suffrages exprimés lors du premier tour des dernières élections professionnelles. Toutefois, de là à parler de mise en place d'une représentation de type politique, il n'y a qu'un pas que l'on ne saurait franchir. La prudence invite simplement à souligner l'émergence d'une représentation de type électoral. Cela n'est bien entendu pas sans incidence sur le modèle de l'accord collectif de travail qui de la sorte, est appelé à évoluer.

563. Les raisons de cette promotion de l'audience électorale sont bien connues. La légitimité qu'elle est censée conférer aux négociateurs explique que le législateur y ait recours de plus en plus y compris au-delà des accords collectifs de travail, que ce soit dans le cadre des accords conclus avec les professionnels de santé ou dans le domaine de la fonction publique par exemple. Le recours à l'audience laisse toutefois encore une place à l'idée de représentation, à l'inverse du référendum qui est le cadre d'une expression directe des salariés.

2. L'expression directe des salariés

564. Bien qu'encore marginale en droit du travail, la technique référendaire s'éloigne de l'idée de représentation pourtant cardinale en matière de négociation collective³³. Le référendum est à ce titre « porteur de turbulences juridiques » car il remet en cause

³¹ F. Petit, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000, p. 350.

³² G. Borenfreund, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT*, 2008, p.712.

³³ Il faut néanmoins relever que si 60% des « accords d'entreprise » sont issus de négociations collectives entre directions d'entreprises et représentants du personnel, les autres textes qui se répartissent à parts presque égales entre décisions unilatérales de l'employeur et ratifications par référendum auprès des salariés. Le phénomène n'est donc pas complètement anodin, *Bilan annuel de la négociation collective*, 2014, La documentation française, p. 16.

« l'architecture même de notre système de relations professionnelles »³⁴. En effet, le référendum permet l'expression directe et collective des salariés alors que le droit à la négociation collective a été pensé autour de la distinction entre les titulaires de ce droit, à savoir les salariés, et ses agents d'exercice³⁵. Le référendum consiste à inviter, dans un domaine donné, un ensemble d'individus à s'exprimer par la voie d'un vote sur un projet relatif à leurs droits et obligations. En l'occurrence, il est question d'élever par cette voie une norme à la qualité d'accord collectif de travail. Pareil procédé est rare en droit français. En effet, « de peur d'introduire dans les lieux de travail un modèle de démocratie directe dans la prise des décisions, qui affaiblirait le rôle des syndicats représentatifs »³⁶, le législateur n'a jamais souhaité en généraliser le recours. La technique connaît depuis quelques années déjà un regain d'intérêt qui s'explique d'au moins deux manières.

D'une part, demeure le sentiment que les destinataires d'une norme sont moins enclins à en contester la validité s'ils ont directement participé à son édicition. D'autre part, dans un contexte de remise en cause de la légitimité des organisations syndicales, il n'est guère étonnant que la ratification de l'accord par voie de référendum soit parfois préférée aux modes de passation plus classiques des accords collectifs. En réalité, le recours au référendum est souvent subsidiaire et se justifie par la volonté du législateur d'encourager la signature d'un accord en cas d'absence ou de « défaillance » des négociateurs traditionnels. De plus, la légitimité de ce mode d'élaboration de la norme est discutable. En effet, le salarié pris individuellement ne dispose pas de la même expertise et expérience qu'une organisation syndicale. Il n'est pas anodin, à ce titre, que la loi du 17 août 2015 n'admette le recours au référendum qu'en complément, mieux qu'à des fins de confirmation, d'autres modes de production normative. Ainsi, l'accord signé par des représentants élus mandatés par des organisations syndicales représentatives doit être approuvé par voie référendaire. Sa légitimité découle aussi bien de l'élection des négociateurs, du mandat syndical que du vote. Il en va de même, lorsque l'accord est signé par un salarié mandaté non élu. L'article L. 2232-24 n'admet cette possibilité que si aucun élu n'a manifesté le souhait de négocier ou

³⁴ M.-A. Souriac « Regards sur le référendum », *Liaisons sociales magazine*, n° 84, 1993, p. 88.

³⁵ L'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 est d'ailleurs topique à cet égard en disposant que « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises » (nous soulignons).

³⁶ S. Yannakourou, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur*, LGDJ, 1995, p. 334. Il n'est guère étonnant dès lors que lors des débats précédant l'adoption des lois portant son nom, Jean Auroux affirma, par une phrase restée célèbre, « le référendum, c'est la mort du fait syndical » (JOAN, débats, 2^{ème} séance du 10 juin 1982, p. 3245).

en cas de PV de carence ayant établi l'absence de représentants élus. L'accord doit alors être approuvé par voie de référendum conformément à l'article L. 2232-27³⁷. Ainsi, la légitimité conférée par un référendum n'est pas suffisante en soi.

565. Toutefois, lorsque le référendum est édicté comme modalité de formation de l'accord collectif, il phagocyte alors toute idée de représentation des salariés par les syndicats puisqu'un tel concept rend inutile la recherche d'un quelconque mécanisme de représentation des salariés. Il est certain que « la définition du droit à la négociation comme un droit des salariés et non comme un droit syndical est [...] une des caractéristiques françaises de la négociation collective »³⁸. Néanmoins, « parmi les droits collectifs fondamentaux, le droit à la négociation collective est le seul à être construit autour de la distinction entre les titulaires du droit -les salariés- et les agents d'exercice »³⁹. Admettre que les salariés puissent exercer ce droit directement n'est donc pas sans poser quelques problèmes, du moins cela implique de repenser sérieusement ce qu'est un accord collectif. En effet, il faudrait pour cela reconnaître que la collectivité des salariés dispose de la personnalité juridique, un peu à la manière de feu la masse des créanciers dans les procédures de « faillite »⁴⁰. Or, il est douteux que tel soit bien le cas⁴¹. Bien que titulaires du droit de négocier collectivement, les salariés ont besoin de représentants pour l'exercer. Elever l'accord référendaire au rang d'accord collectif revient donc à doter indirectement la collectivité des salariés de la personnalité morale. Un auteur estime néanmoins que « la notion de personne morale est fonctionnelle, divisible [et que] rien ne s'oppose, en conséquence, à ce que la collectivité du personnel jouisse de la personnalité juridique »⁴². Il précise cependant, que son propos ne concerne que le domaine de la protection sociale. En réalité, on ne voit pas ce qui empêcherait de soutenir pareil argument à chaque fois qu'il serait question d'accord référendaire. Quoiqu'il en soit, celui-ci peine à convaincre. Il est difficile de voir dans l'expression référendaire autre chose que la manifestation d'une

³⁷ L'article L. 2232-23-1 du Code du travail donne à voir une hiérarchie entre négociateurs non syndicaux. Les élus mandatés sont appelés les premiers à pallier à l'absence de DS, puis viennent les salariés mandatés et enfin les salariés élus non mandatés.

³⁸ M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994, p. 261.

³⁹ G. Borenfreund, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Droit social*, 1997, p. 1006.

⁴⁰ V. sur ce point, Com. 17 janvier 1956, *D.* 1956, p. 256, note R. Houin.

⁴¹ Pour une prise de position en ce sens, v. notamment M. Véricel, « Les substituts consensuels à l'accord collectif », *Droit ouvrier*, 1997, p. 510 ; v. également, Soc. 18 février 1970, *Droit social*, 1970, p. 323, obs. J. Savatier ; Soc. 13 mai 1983, *Bull. civ.* V, n° 226.

⁴² J. Barthélemy, « Le référendum en droit social », *Droit social*, 1993, p. 91.

addition de volontés individuelles. Or, si l'on admet que l'intérêt de la collectivité des salariés ne se résume pas à cette simple agrégation⁴³, celui-ci ne peut s'exprimer au travers d'un référendum. En effet, « les groupements ont parfois des intérêts collectifs légitimes distincts des intérêts individuels de leurs membres, donc ont vocation à être sujets de droits, un droit n'étant lui-même qu'un intérêt légitime juridiquement protégé, il convient [dès lors] de reconnaître aux groupements dotés de tels intérêts la personnalité morale »⁴⁴. S'agissant des groupements de salariés, ce sont les organisations syndicales qui se sont vues très tôt confier par le législateur la tâche de défendre l'intérêt collectif de la profession. De plus, la personnalité juridique n'est reconnue que si le groupement est « pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites »⁴⁵. Cela suppose que celui-ci soit parvenu à un degré d'organisation suffisant. Là encore, il est difficile de penser que la collectivité des salariés, à laquelle l'employeur soumettrait très ponctuellement voire à une seule reprise, un projet d'accord, puisse être considérée comme une entité suffisamment organisée. Elle ne dispose pas, par ailleurs, d'un patrimoine propre et ne se voit reconnaître par le législateur aucune attribution générale⁴⁶. Il en va de même de la collectivité des locataires lorsqu'un accord est soumis directement à leur approbation selon les modalités prévues par la loi du 25 mars 2009.

566. Au final, à bien considérer l'enjeu de la qualification juridique des accords référendaires, le débat sur le terrain des effets qu'ils produisent semble bien secondaire. En effet, que l'accord référendaire soit un accord collectif ou non, il en produit les effets à chaque fois que la loi l'admet. Pour autant, on ne saurait trop minorer le questionnement car la notion même d'accord collectif est ici en jeu. Retenir une conception plus lâche de ce dernier n'est pas sans dangers. La Cour de cassation ne s'y méprend pas lorsqu'elle préfère qualifier les « accords atypiques » parfois issus d'un référendum, d'engagements unilatéraux de l'employeur.

La dénaturation du modèle d'accord collectif touche également à ses effets normatifs.

⁴³ V. en ce sens, J. Grimaldi d'Esdra, « Nature et régime juridiques du référendum en droit social », *Droit social*, 1994, p. 404.

⁴⁴ B. Teyssié, *Droit civil, Les personnes*, Lexis Nexis, 2014, 15^{ème} éd., p. 468.

⁴⁵ Civ. 2^e, 28 janvier 1954, *D.* 1954, p. 217, note G. Levasseur.

⁴⁶ Pour des développements plus conséquents sur les raisons s'opposant à la reconnaissance de la personnalité juridique au profit de la communauté des salariés, cf. F. Petit, *op.cit.*, pp. 515 et s.

Paragraphe 2 Une dénaturation des effets de l'accord collectif

567. Il est souvent soutenu que l'originalité de l'accord collectif de travail s'observe avec une acuité toute particulière au stade de son application. Il produirait à ce stade une force juridique telle qu'il prendrait des allures de règlement. Or, la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail ne s'accompagne pas systématiquement de la reconnaissance d'une telle force au profit des accords collectifs qui s'y apparentent. Elle aboutit même parfois à affermir à l'excès, l'impérativité des normes conventionnelles sur les contrats individuels de travail **(A)**. De même, et ce peu important que son autorité soit aujourd'hui plus que jamais discutée, le principe de faveur qui a longtemps structuré les rapports qu'entretenait l'accord collectif avec des normes concurrentes, est mis à mal. En effet, si l'on admet que la force juridique conférée par la loi aux accords collectifs de travail se fondait initialement, en partie du moins, sur le caractère progressiste de la négociation collective, le développement de négociations de concession provoque une dénaturation de ce dernier **(B)**.

A) L'impérativité de l'accord collectif de travail interrogée

568. Interroger l'impérativité de l'accord collectif, c'est avant tout se demander dans quelle mesure celui-ci trouve à s'appliquer aux individus. Au nom de l'effet impératif qu'il produit, il régit les rapports individuels de travail comme une loi le ferait, c'est-à-dire au-delà du cercle de ses signataires et de leurs adhérents. Cet « impérialisme de la volonté collective sur la volonté individuelle »⁴⁷ n'est toutefois pas absolu. A l'analyse, il apparaît même que de nombreux accords sont dotés d'une force juridique limitée, constat qui invite là encore à s'interroger sur la dénaturation du modèle, spécialement de sa vocation normative **(1)**. Paradoxalement, on observe également que l'apparition de nouveaux types d'accords collectifs, preuve de la diffusion de ce même modèle, laisse transparaître une prégnance accrue de l'accord collectif. Or cette affirmation de la supériorité de la volonté collective se fait parfois au détriment des intérêts individuels des salariés qui ne sont plus en mesure de se réfugier derrière leur contrat de travail afin de résister **(2)**.

⁴⁷ J.-E. Ray, « Du collectif à l'individuel. Les oppositions possibles », *Droit social*, 1998, p. 354.

1. Une impérativité atténuée

569. La fonction normative de l'accord collectif de travail est soulignée de longue date. Elle amène les juristes à s'interroger régulièrement sur la place de l'accord collectif dans la hiérarchie des normes du droit du travail. Il est traditionnellement dit qu'il produit à la fois une force juridique en intensité et en extension. Cette place accordée dans le droit étatique à une norme d'origine privée est assurément remarquable. Elle contribue indéniablement à faire de cet acte juridique, une figure originale et un modèle. Pourtant, il apparaît à l'analyse que dans bien des domaines, les déclinaisons de ce modèle sont dépourvues de force juridique et relégués au rang de simples déclarations d'honneur. La diffusion du modèle n'est alors que partielle. Pire, cette transposition imparfaite entraîne sa dénaturation.

L'existence d'accords collectifs dépourvus de force juridique sonne comme un constat d'échec. Une question inquiétante surgit alors. Peut-on encore considérer que ces accords constituent des accords collectifs s'inscrivant dans la lignée du modèle de l'accord collectif de travail ? L'imitateur est libre de s'écarter du modèle dont il s'inspire et ce n'est pas renier toute filiation que de le faire. Il n'en reste pas moins qu'une telle prise de distance entraîne une distorsion dans la perception du modèle. Le risque apparaît alors avec évidence. A trop se diffuser, le modèle tend à se diluer au gré des libertés prises lors de sa transposition. Certains de ces traits, pourtant essentiels, s'estompent. Les accords conclus dans la fonction publique constituent la manifestation la plus tangible de cette tendance, sans doute en raison de la volonté manifeste du législateur de ne pas les doter de force juridique malgré les effets d'annonce. Il ne s'agit pas ici de revenir sur ce rendez-vous manqué qui s'explique aisément⁴⁸. Pour autant, certains regrets demeurent tant les arguments avancés pour justifier l'absence de force juridique de ces accords peuvent être discutés.

Admettre la possibilité pour les interlocuteurs sociaux de négocier sur des éléments relevant traditionnellement du statut impliquerait de se délester d'une conception mystifiante de l'action des fonctionnaires. Certes, leur principale mission est de veiller et de contribuer au respect de l'intérêt général, toutefois c'est exagérer que de considérer que la renonciation même partielle à un droit statutaire absolu reviendrait à déconnecter « le fonctionnaire de l'intérêt général pour le renvoyer vers des intérêts particuliers, le sien, celui

⁴⁸ Cf. Partie 2, Titre 1.

de clients ou d'utilisateurs »⁴⁹. De même, comme l'atteste l'existence d'une négociation collective dans les entreprises publiques à statut, il est possible d'articuler selon différentes modalités droit négocié et droit imposé. La négociation collective pourrait ainsi avoir droit de cité dans les domaines ne relevant pas du statut. Un accord pourrait de la sorte être signé en matière de formation professionnelle par exemple⁵⁰. De même, l'accord collectif, dans le respect des dispositions statutaires, pourrait contribuer à leur mise en œuvre ou plus radicalement le concurrencer. Quoiqu'il en soit, l'octroi d'une force normative à ces accords pourrait présenter de nombreux avantages. Elle permettrait notamment d'adapter les dispositions statutaires selon les régions, les professions et les services. Il ne peut résulter de l'approche actuelle, centralisée, qu'« une lenteur d'adaptation (un décret du Premier ministre ne se prend qu'après avoir été pesé et soupesé) et un frein aux expérimentations »⁵¹.

570. Telle qu'elle est pour l'heure réalisée en droit positif, la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail dans le domaine de la fonction publique laisse donc perplexe. Il est certain que l'accord négocié conformément à la loi du 5 juillet 2010 est doté d'une autorité politique. Toutefois, cette situation n'est pas satisfaisante pour au moins deux raisons. D'une part, il n'est pas possible pour un agent d'invoquer directement devant le juge un accord collectif. D'autre part, la nécessité d'une transposition par un acte réglementaire pour advenir à la vie juridique relègue l'accord collectif au rang de simple déclaration d'intention, que les pouvoirs publics peuvent dédaigner. Cette situation est « bâtarde »⁵² puisque l'absence de réelle force juridique « édulcore inévitablement le dialogue social et prive la fonction publique de la dynamique du contrat »⁵³.

Dans un tout autre domaine, le même raisonnement peut être suivi. Il est inutile de revenir ici sur les grands espoirs que portaient les instigateurs de la transposition du modèle de l'accord collectif de travail dans la sphère du droit de la consommation. Les inquiétudes

⁴⁹ A. Le Pors, *Les cahiers de la fonction publique*, mai 2008.

⁵⁰ Il est intéressant de relever sur ce point que « la transposition de l'accord national interprofessionnel du 14 décembre 2013 sur la formation professionnelle qui institue un compte personnel de formation, ne saurait, de l'avis du Conseil d'Etat, être limitée aux salariés relevant du droit privé compte tenu de la portée que le Gouvernement entend lui donner ». Par conséquent, « sa mise en œuvre législative doit [...] être étendue et adaptée aux fonctionnaires et agents publics », J.-M. Sauvé, introduction du colloque sur le droit du travail et le droit de la fonction publique.

⁵¹ M. Pochard, *Les 100 mots de la fonction publique*, Que sais-je ?, PUF, 2011, p. 119.

⁵² *Ibid.*, p. 46.

⁵³ *Loc. cit.*

liées à la reconnaissance d'accords contraignants pour les professionnels eurent raison de ces belles ambitions. Le Code de la consommation ne consacre en tout et pour tout qu'un seul article aux accords collectifs de consommation et rien n'est prévu quant à la force juridique éventuelle qui pourrait être reconnue à ces accords et encore moins à la possibilité pour les consommateurs ou usagers de s'en prévaloir devant le juge. Les accords collectifs de consommation donnent également à s'interroger sur la place de la volonté individuelle dans la détermination de la force juridique qui leur est attachée. En effet, il s'avère que ceux-ci n'acquièrent une force obligatoire qu'à la faveur de « leur intégration au sein de la convention passée avec le client, et non pas dans la négociation collective elle-même »⁵⁴.

571. Dans une moindre mesure, d'autres accords produisent bien une force juridique mais celle-ci s'avère contrariée. Ainsi, dans le domaine des accords conclus avec les professionnels de santé, la volonté individuelle peut être érigée en rempart contre l'accord collectif. En effet, l'article R. 162-54-9 du Code de la Sécurité sociale prévoit que « les professionnels de santé non adhérents à l'un des accords, conventions ou règlement, qu'ils s'installent pour la première fois en exercice libéral ou qu'ils aient déjà exercé en libéral, qui souhaitent devenir adhérents en font la demande par courrier adressé à la caisse primaire d'assurance maladie dans le ressort de laquelle ils exercent leur activité »⁵⁵. Le procédé est pour le moins étonnant. Il s'explique sans doute par les spécificités de l'activité exercée par les professionnels de santé et qui est avant tout libérale. L'idée d'un conventionnement forcée irait trop à l'encontre notamment des principes fondamentaux de la médecine libérale. Le conventionnement suppose donc une démarche volontaire du professionnel de santé. Autrement dit, pour que le texte négocié puisse produire pleinement ses effets à l'encontre d'un professionnel, celui-ci est suspendu à une manifestation de volonté positive individuelle. Aussi, la force juridique qu'il exerce s'en trouve nécessairement limitée. Dans le même sens, le même article prévoit également que « les professionnels de santé qui souhaitent être placés en dehors d'un de ces accords, conventions ou règlement le font connaitre par courrier adressé à la caisse primaire d'assurance maladie dans le ressort de laquelle ils exercent leur activité ». Cette possibilité n'est pas sans rappeler celle qui était

⁵⁴ C. Lucas de Leyssac et G. Parleani, *Droit du marché*, Thémis Droit, 2002, p. 100.

⁵⁵ Le même article prévoit que cette adhésion est réputée acquise en cas de changement d'accord, de convention ou de règlement arbitral.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

offerte aux salariés par la loi du 25 mars 1919. Il convient cependant de ne pas exagérer le propos car si « l'adhésion à la convention est en principe libre [...], dans les faits ils peuvent difficilement s'en dispenser »⁵⁶. Les conventions conclues avec les professionnels de santé prévoient bien souvent que les honoraires des professionnels non conventionnés sont remboursés sur la base d'un tarif différent de celui applicable aux actes des professionnels conventionnés. L'impérativité de l'accord s'exprime alors par des voies détournées. En droit du travail, cette force juridique s'est même accrue.

2. Une force juridique accentuée

572. L'accord collectif de travail est admis de longue date à exercer une force juridique en intensité sur les contrats individuels de travail. Cette prévalence aurait pu apparaître déplacée au vu du peu de considération qu'il est ainsi donné à la volonté individuelle du salarié, si une règle de faveur ne trouvait pas à s'appliquer et ne garantissait pas la préservation de ses intérêts. Or, ce schéma, qu'on pensait graver dans le marbre, est aujourd'hui battu en brèches sous l'effet notamment, d'un renforcement de l'effet impératif des accords collectifs de travail. Les facultés de résistance individuelle s'en trouvent affaiblies, y compris le socle contractuel lui-même. Cela ne va pas sans interroger la teneur des rapports entre normes conventionnelles et normes contractuelles (a). Une telle question est loin d'être récente. Elle fut posée il y a quelques décennies en même temps que l'essor d'une négociation collective de gestion. Ponctuellement, elle est remise à l'ordre du jour comme l'attestent l'apparition d'accords à l'impérativité renforcée en matière de temps de travail (b) ou dans le cadre de la loi de sécurisation de l'emploi (c).

a) La résistance du salarié face au statut collectif

573. L'histoire des relations entre contrat et accord collectif de travail est loin de tout repos. La promotion de l'un est rarement sans conséquences sur l'autre. Cependant, aujourd'hui encore, contrat et convention demeurent des sources bien autonomes du droit

⁵⁶ L. Derepas, concl. ss. CE, 14 mai 2008, Action pharmaceutique libérale d'union syndicale, 297724, *RDSS*, 2008, p. 904. En l'espèce, la convention nationale du 23 mars 2006 stipulait qu'en l'absence d'adhésion individuelle, les médicaments délivrés par le pharmacien ne sont pas remboursés par l'assurance maladie. Toutefois, en l'absence de disposition permettant à l'accord d'intervenir sur ce point, les stipulations privant de remboursement les patients se fournissant chez un pharmacien non conventionné, ont été jugées illégales.

du travail. La logique conventionnelle n'est donc pas parvenue à miner la figure contractuelle. Bien au contraire, à la faveur d'un mouvement jurisprudentiel amorcé avec l'illustre arrêt Raquin du 8 octobre 1987⁵⁷, certains auteurs observent son renouveau voire plaident depuis quelque temps déjà, pour la redécouverte de ses vertus⁵⁸. En ces temps d'incertitudes et d'inflexions du droit du travail, cette figure a pu paraître rassurante en ce qu'elle est censée offrir aux salariés un semblant de stabilité face aux fluctuations déstabilisantes du statut collectif. Si l'on admet que la supériorité hiérarchique du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur « doit désormais être admise comme l'un des éléments fondamentaux de la structure même du droit du travail »⁵⁹, il n'est toutefois pas garanti que la résistance proposée par celui-ci soit toujours efficace. Elle ne fait véritablement sens, que lorsque la norme conventionnelle vise à modifier un élément essentiel du contrat de travail, autrement dit un élément relevant du « socle contractuel ». Or, en principe, les interlocuteurs sociaux n'ont pas le pouvoir d'altérer l'un de ces éléments⁶⁰. Ainsi, dans ce schéma, l'accord collectif n'a pas vocation à annihiler toute préférence individuelle manifestée par voie de contrat individuel, bien au contraire. Le modèle de l'accord collectif de travail repose sur un équilibre délicat entre volonté individuelle et volonté collective, l'expression de l'un ne devant pas aboutir à l'anéantissement de l'autre. L'existence d'éléments relevant de manière incompressible de la sphère du contrat et que l'accord collectif ne pouvait atteindre, participe de cet équilibre.

574. Cette vigueur du contrat de travail n'est toutefois pas systématiquement saluée en doctrine. Un auteur a pu affirmer ainsi, non sans une pointe de critique, que c'est « à la suite d'une conversion intellectuelle ou, plutôt, d'une radicalisation de sa foi dans le contrat, [que] le juge du droit voue un culte au dogme d'intangibilité contractuelle »⁶¹. Plus fondamentalement, l'existence d'une négociation de gestion interroge sur le devenir des relations entre accord collectif et contrat de travail. Face aux sacrifices consentis par voie

⁵⁷ Soc. 8 octobre 1987, *D.* 1988, jrp, p. 58, note Y. Saint-Jours ; *Droit social*, 1988, p. 140, obs. J. Savatier.

⁵⁸ V. notamment Ph. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », *RJS*, 5/99, p. 394 ; A. Lyon-Caen, « Actualité du contrat de travail. Brefs propos », *Droit social*, 1988, p. 540.

⁵⁹ E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 209.

⁶⁰ V. par exemple, Soc. 27 janvier 1999, n° de pourvoi : 96-43.342.

⁶¹ P. Morvan, « Les clauses relatives aux contreparties financières de l'activité du salarié », in *La négociation du contrat de travail*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2004, p. 52. V. également, en ce sens, F. Favennec, « Pour une nouvelle articulation accord collectif/contrat de travail », *SSL*, 2014, n°1643 ; P.-H. Antonmattéi, « Accord collectif et contrat de travail : réponse du berger à la bergère ! », *Droit social*, 2012, p. 672.

conventionnelle, certains salariés décident d'entrer en résistance et d'invoquer leur contrat de travail pour contrer la volonté collective. L'arbitrage entre les intérêts collectifs et individuels s'avère malaisé même si quelques principes se dégagent de l'activité des juges. Ces derniers aménagent une véritable faculté de résistance au profit des salariés. En témoigne un arrêt Air Littoral du 25 février 2003 dans lequel la Cour de cassation a affirmé « qu'un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié »⁶². Si cette formule lapidaire ne remet pas en cause l'effet impératif des conventions collectives, elle le fragilise dans le cadre des accords de gestion.

Les accords collectifs dits de gestion suscitent aujourd'hui encore, de nombreux débats ayant trait notamment à leur force juridique. En effet, il a pu être avancé que l'équilibre de ces accords résidait dans l'existence d'un échange entre salariés et employeurs. Or, la possibilité qu'un contrat individuel de travail puisse être érigé en rempart contre l'application d'un tel accord, ou du moins contre l'exigence d'une concession de la part du salarié, reviendrait à contester son autorité. Ces accords ont en effet « battu en brèche l'identification automatique et présumée de l'intérêt individuel avec l'intérêt collectif, dont la protection et la satisfaction constituaient la raison première de la mise en place du mécanisme de la force obligatoire de la convention collective ». Aussi, « l'impérativité de la convention collective à l'égard du contrat individuel, si elle continue à répondre à une nécessité de maintenir la cohésion de la collectivité professionnelle, se heurte désormais à des tendances séparatistes des membres de cette collectivité » car « ces derniers doutent de plus en plus que les sacrifices imposés et les compromis négociés protègent efficacement leurs propres intérêts »⁶³. La revitalisation du contrat de travail s'explique donc, en partie, par ce phénomène. Ce rempart qu'est le socle contractuel est cependant bien fragile.

Pour autant, il n'est pas dit que le législateur ait souhaité anéantir toute résistance individuelle. Il a été ainsi rappelé, à propos des accords collectifs dérogatoires, qui constituent somme toute, une variété d'accord collectif de gestion, que l'abandon du caractère impératif de la loi ne confère pas un effet impératif renforcé aux accords collectifs

⁶² Soc. 25 février 2003, *Bull. civ.*, V, 2003, p. 61.

⁶³ Problème soulevé par S. Yannakourou, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur- Etude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, LGDJ, 1995, p. 250.

de gestion vis-à-vis du contrat⁶⁴. Loin d'être désarmé, le salarié peut toujours invoquer le principe de faveur ou soutenir que l'accord affecte un des éléments du socle contractuel. La crainte est grande toutefois que le développement des accords de gestion ne marque une évolution plus profonde, celle d'un droit du travail devenu droit de l'emploi⁶⁵. En effet, les négociateurs des accords collectifs de gestion n'hésitent pas à agiter le spectre du chômage pour conférer à leur accord, une autorité accrue. Se pose alors une question cruciale : « peut-on, avec trois millions de chômeurs [...] restait sur des choix individuels qui sont susceptibles de remettre en cause l'intérêt collectif du personnel de l'entreprise (accord défensif), voire l'intérêt général de la société dans son ensemble (accord offensif) ? »⁶⁶. Demeure néanmoins le sentiment que « la réhabilitation de la force obligatoire du contrat de travail [...] s'oppose à la dilution de l'individualité dans le collectif au nom d'une exigence de solidarité »⁶⁷.

b) La résistance contrariée du salarié face aux accords collectifs relatifs au temps de travail

575. Faces aux modifications conventionnelles du temps de travail des salariés, la nécessité est souvent invoquée. Cet argument, particulièrement puissant, coupe court à toute velléité de résistance individuelle. Il a notamment été employé afin de contrer une jurisprudence audacieuse de la Cour de cassation en matière d'accord de modulation. Ces accords visent à annualiser le temps de travail afin de permettre aux entreprises d'adapter les rythmes de la production aux rythmes de la demande. Ils ont récemment fait l'objet d'un contentieux fourni qui trouve en partie, son origine dans l'ambiguïté de la loi. L'article L. 3122-6 du Code du travail, tel que modifié par la loi du 20 août 2008, laissait à penser qu'il n'était pas nécessaire de recueillir la volonté individuelle des salariés. Certains ont pu en déduire que de tels accords pouvaient atteindre un des éléments essentiels du contrat de travail, à savoir le temps de travail, sans que cela ne constitue une modification de celui-ci.

⁶⁴ G. Borenfreund, « La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogatoires », *Droit social*, 1990, p. 632.

⁶⁵ Droit qui se préoccuperait plus du maintien ou de la création d'emplois et non plus des conditions dans lesquelles l'emploi est exercé, cf. M.-A. Souriac-Rotschild, « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », *Droit social*, 1997, p. 1069.

⁶⁶ J.-E. Ray, « Du collectif à l'individuel. Les oppositions possibles », *Droit social*, 1998, p. 354.

⁶⁷ P. Adam, *op. cit.*, p. 316.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

Contre cette interprétation, la Cour de cassation a tenu à affirmer dans un arrêt de principe du 28 septembre 2010, que « l'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord exprès du salarié »⁶⁸. La critique fut vive malgré une certaine constance dans la jurisprudence de la Cour de cassation concernant les modifications affectant un élément du socle contractuel. Ainsi, pour un auteur, estimer « que la modulation est un élément du contrat de travail, c'est bafouer la règle de primauté de l'horaire collectif... Si l'on prend en considération que les bouleversements des conditions de travail en résultant peuvent ne pas être très importants, on en arrive, au vu de cette jurisprudence, à sacrifier l'intérêt de la collectivité du personnel à l'intérêt (apparent) de chaque salarié »⁶⁹. La référence à un intérêt supérieur justifierait donc l'accroissement de l'effet impératif de l'accord collectif. Afin de contrer cette jurisprudence, l'article 45 de la loi Warsmann du 22 mars 2012 a inséré dans le Code du travail un article L. 3122-6 disposant que « la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail ». Il est intéressant de relever à cet égard, que cette disposition a été déférée au contrôle du Conseil constitutionnel. Selon les requérants, autoriser une entreprise à moduler la répartition du temps de travail sur l'année sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'accord préalable du salarié, revenait à porter atteinte à la liberté contractuelle. Adoptant un raisonnement devenu classique, les juges constitutionnels rappellent dans leur décision du 15 mars 2012, qu'il n'est possible pour le législateur de porter atteinte aux contrats légalement conclus qu'à la condition de justifier d'un motif d'intérêt général suffisant, sous peine de méconnaître les exigences découlant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 et du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946⁷⁰. Or, selon le Conseil constitutionnel, la loi qui était soumise à son appréciation respectait bien cette condition. Le raisonnement suivi est plutôt déstabilisant. Il laisse à penser qu'il y avait bien atteinte aux principes ci-dessus évoqués mais que celle-ci

⁶⁸ Soc. 28 septembre 2010, *SSL*, 2010, p. 1464, note F. Favennec-Héry. Dans le même sens mais concernant uniquement le mécanisme du travail à temps partiel modulé, la Cour de cassation avait déjà établi dans un arrêt que sa mise en œuvre [...] au sens de l'article L. 212-4-6 du code du travail, qui se traduit par une modification de la répartition du travail par semaine ou sur le mois, constitue, pour le salarié déjà titulaire d'un contrat de travail à temps partiel, une modification de son contrat de travail qui nécessite son accord exprès », Soc. 20 février 2008, 06-43.349.

⁶⁹ J. Barthélemy, « Modulation des horaires et contrat de travail », *Droit social*, 2011, p. 153.

⁷⁰ Décision n°2012-649 DC du 15 mars 2012.

était fondée sur un motif d'intérêt général. Deux arguments sont principalement avancés en ce sens.

Le premier tient à ce que le législateur entendait faciliter l'adaptation du temps de travail des salariés aux évolutions des rythmes de production de l'entreprise. Ainsi, ce n'est pas tant l'intérêt général qui semble ici être en jeu mais bien l'intérêt de l'entreprise. L'intérêt des salariés est pour sa part, malmené. Il va de soi que les accords de modulation soulèvent des difficultés majeures concernant leurs rythmes de vie des salariés et perturbe leur vie privée et familiale⁷¹. Une telle évidence aurait pu justifier que l'intérêt des salariés soit privilégié, d'autant que la liberté contractuelle semblait dicter pareil choix. En réalité, le choix est politique et aboutit à une application préférentielle de l'accord collectif, écornant au passage la force obligatoire des contrats individuels de travail. Une seconde raison est avancée par le Conseil constitutionnel. Cette possibilité de répartition des horaires de travail sans obtenir l'accord préalable de chaque salarié est subordonnée à l'existence d'un accord collectif applicable à l'entreprise. L'expression de la volonté collective justifierait ainsi qu'il soit porté atteinte à la liberté contractuelle. Quoiqu'il en soit, la Cour de cassation est parvenue à atténuer les effets dans le temps de cette loi. En effet, dans un arrêt du 25 septembre 2013, elle a jugé « que si l'article 45 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 insère dans le code du travail l'article L. 3122-6, selon lequel la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail, ce texte, qui, modifiant l'état du droit existant, n'a ni caractère interprétatif, ni effet rétroactif, n'est applicable qu'aux décisions de mise en œuvre effective de la modulation du temps de travail prises après publication de ladite loi ». Cette solution a là encore fait l'objet de vives critiques, tant au regard de la qualification de loi non interprétative venant modifier l'état du droit que de l'imprécision entourant la notion de décision de mise en œuvre effective de la modulation du temps de travail⁷².

⁷¹ V. en ce sens, F. Canut, « Modulation du temps de travail et modification du contrat de travail : la Cour de cassation maintient le cap », *RDT*, 2010, p. 725.

⁷² Soc., 25 sept. 2013, n° de pourvoi : 12-17.776, obs. F. Favennec-Héry, *SSL*, 2013, n°1602.

Les critiques ici évoquées peinent à convaincre. Outre le socle contractuel, les droits fondamentaux peuvent être invoqués à l'appui de la résistance du salarié⁷³. L'arrêt du 2 avril 2012 rendu par le Conseil d'Etat est sur ce point emblématique. En l'espèce, un salarié protégé avait été licencié pour avoir refusé la modification de ses horaires de travail du fait d'un accord de modulation. L'autorisation de licencier avait été accordée. Pour le Conseil d'Etat, l'autorité administrative aurait dû « rechercher si, dans les circonstances de l'espèce, le licenciement était justifié compte tenu de la nature du changement envisagé, de ses modalités de mise en œuvre et de ses effets, au regard tant de la situation personnelle de la salariée, que des conditions d'exercice de son mandat »⁷⁴.

576. Il apparaît avec cet épisode que la loi est en mesure d'autoriser ponctuellement l'accord collectif à produire un effet impératif dépassant les limites du socle contractuel. Tel était déjà le cas s'agissant des accords de réduction du temps de travail issus de la loi du 19 janvier 2000. L'article 30 de cette dernière, partiellement codifié à l'article L. 1222-7 du Code du travail, est au cœur des réflexions. Celui-ci dispose que la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, ne constitue pas une modification du contrat de travail lorsqu'elle est opérée par voie conventionnelle. Le second paragraphe de l'article 30, non codifié, précise quant à lui que « lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification en application d'un accord de réduction de la durée de travail, leur licenciement est un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique ». La formulation de ces deux alinéas laisse perplexe. Elle souffre cruellement « d'un manque de transparence et de lisibilité »⁷⁵. En effet, à bien y regarder, si le premier paragraphe rejette l'idée d'une modification du contrat de travail, le second réintroduit pour sa part cette qualification. Une telle contradiction dans les termes est source d'embarras. Elle n'est en réalité qu'apparente. En effet, le premier alinéa ne vise que le cas où l'accord entraîne une diminution des heures de travail sans autre modification du contrat de travail. Dans ce cas, cette diminution est assimilée à une simple modification des conditions de travail et l'éventuel refus opposé par le salarié est fautif. En revanche, selon le second alinéa, si l'accord entraîne toute autre

⁷³ On songe au droit au respect de la vie privée mais aussi le droit à une vie familiale. Cf. les développements de J.-F. Akandji-Kombé, « La modulation du temps de travail, regard sur une validation constitutionnelle », *SSL*, 2012, n° 1534, p. 12.

⁷⁴ CE, 2 avril 2012, n° 344059.

⁷⁵ F. Boquillon, « Que reste-t-il du principe de faveur ? », *Droit social*, 2001, p. 261.

modification, par exemple concernant la rémunération du salarié, donnant lieu à un refus du salarié peut entraîner son licenciement. Toute la difficulté réside dans la nature de ce dernier. Il ne s'agit ni d'un licenciement pour motif économique ni pour motif personnel⁷⁶. Il s'agit donc d'un licenciement *sui generis*. L'arrêt rendu le 15 mars 2006 par la Cour de cassation conforte l'analyse. En l'espèce, la haute juridiction a décidé de casser un arrêt d'appel au motif que celle-ci aurait dû apprécier le caractère réel et sérieux du motif de licenciement consécutif au refus du salarié à l'accord de réduction du temps de travail, au regard des seules dispositions de cet accord⁷⁷. Cette solution semble donc signifier que la conclusion d'un accord collectif constitue en soi une cause valable de licenciement. Lors de la recodification du Code du travail, il a finalement été décidé d'intégrer, non sans quelques retouches, les dispositions de l'article 30 de la loi du 19 janvier 2000. L'article L. 1222-8 du Code du travail prévoit désormais que ce licenciement est soumis aux dispositions relatives à la rupture du contrat de travail pour motif personnel. On pressent bien ici qu'il n'est pas question de qualifier cette rupture de licenciement pour motif personnel mais bien de lui en appliquer simplement le régime. Cette disposition a pour le mérite de dissiper les doutes qui avaient pu naître à ce sujet. Ce n'est toujours pas le cas s'agissant des accords de modulation. L'absence de disposition légale explicite semble suggérer que le refus du salarié devrait pouvoir s'analyser comme une faute justifiant un licenciement pour motif disciplinaire⁷⁸.

577. A la différence des accords de modulation dont la prévalence renforcée a pu être justifiée par un motif d'intérêt général, le rejet de la qualification de modification du contrat de travail dans le cadre d'un accord de réduction du temps de travail, était la conséquence de considérations bien plus pragmatiques. En effet, l'objectif avoué était que les éventuels refus des salariés n'entraînent dans les entreprises l'application de la jurisprudence *Framatome-Majorette*.

Plus globalement, certains auteurs suggèrent d'acter que l'accord collectif puisse produire un effet impératif sur les contrats individuels de travail, y compris s'agissant des

⁷⁶ Bien entendu, cela ne vaut que si la réduction du temps de travail résulte d'un accord collectif car si sa mise en œuvre est actée par décision unilatérale de l'employeur, il s'agit alors d'un licenciement pour motif économique. V. en ce sens, Soc. 15 mars 2006, *RJS*, 5/06, n°581.

⁷⁷ Soc. 15 mars 2006, *RJS*, 5/06, n°578.

⁷⁸ Sur cette analyse, cf. P.-H. Antonmattei, « Accord collectif et contrat de travail : réponse du berger à la bergère », *Droit social*, 2012, p. 672.

éléments relevant du socle contractuel⁷⁹. Il serait sans doute plus franc, de ne pas se réfugier derrière de prétendues considérations d'intérêt général pour justifier cette possibilité. Aux côtés de l'argument de nécessité, s'est développé un argument de rationalité. Michel Despax a pu juger ainsi qu'un accord collectif de gestion devait pouvoir s'imposer sur les contrats individuels de travail sans quoi, celui-ci se trouverait en partie privé de portée juridique⁸⁰. *In fine*, il faut admettre que le « choix de règles législatives spécifiques se comprend, dès lors qu'une recherche de la stipulation la plus favorable n'a plus de sens en présence d'un accord dont la finalité n'est pas de mettre en place un avantage »⁸¹. Toutefois, un tel constat ne permet pas de trancher la délicate question de l'avenir des rapports entre contrat de travail et accord collectif et de déterminer si le premier cédera finalement à l'emprise du second. Il se pourrait bien que la loi de sécurisation de l'emploi donne sur ce point, quelques pistes de réflexion.

c) Le devenir de l'impérativité de l'accord collectif de travail à l'aune de la loi de sécurisation de l'emploi

578. Derniers avatars d'une évolution juridique étonnante, les accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne suscitent bien des réflexions malgré un succès mitigé. Si leur objet diffère, tous deux se particularisent par une volonté de renforcer l'impérativité de l'accord sur les salariés. Celle-ci laisse « augurer d'une évolution de grande ampleur dans la manière de concevoir l'articulation de l'individuel et du collectif »⁸².

579. S'agissant des accords de maintien de l'emploi, l'article L. 5125-2 du Code du travail dispose que « lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord à leur contrat de travail, leur licenciement repose sur un motif économique »⁸³. Il prévoit en outre que pour « les salariés qui l'acceptent, les stipulations de l'accord [...] sont applicables au contrat

⁷⁹ P.-H. Antonmattéi, « Accord collectif et contrat de travail : liaisons dangereuses », *Liaisons sociales magazine*, novembre 1998, p. 56.

⁸⁰ M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Traité de droit du travail, Dalloz, 1989, p. 256.

⁸¹ P.-H. Antonmattei, « Les nouvelles frontières de la négociation collective », *Droit social*, 2013, p. 241.

⁸² G. Borenfreund, « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne », *RDT*, 2013, p. 316.

⁸³ L'ANI du 11 janvier 2013 prévoyait une articulation, qui n'était pas sans susciter la dubitation : « bien que s'imposant au contrat de travail, l'accord de maintien dans l'emploi requiert néanmoins l'accord individuel du salarié, pour l'application de ses dispositions se substituant à celles de son contrat suspendues par ledit accord ».

de travail » et que les clauses contraires de celui-ci sont suspendues pendant la durée de son application. Au contraire, si le salarié refuse de se voir appliquer l'accord, il est licencié « selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique »⁸⁴.

S'agissant des accords de mobilité interne, leur régime juridique est foncièrement similaire. L'article L. 2242-23 du Code du travail prévoit en effet que les stipulations de cet accord sont applicables au contrat de travail et que les clauses de ce dernier qui seraient contraires à l'accord doivent être suspendues. Si un salarié s'oppose à l'application d'un tel accord, leur licenciement repose sur un motif économique et est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique.

580. Au-delà de la similarité du régime de ces accords, c'est l'absence de reconnaissance de l'existence d'une modification des contrats de travail par voie conventionnelle qui frappe⁸⁵. Il n'est plus certain, en effet, au travers de ces accords, que les rapports entre contrat de travail et accord collectif soient pensés de la même manière que s'agissant des accords de modulation ou de réduction du temps de travail. L'idée même de modification du socle contractuel est écartée. Cela est peut-être dû au caractère temporaire de la suspension des clauses contractuelles contraires aux clauses conventionnelles. Il n'en demeure pas moins que la mise à l'écart du contrat de travail est bien réelle. L'impérativité de ces accords est ici affirmée avec, semble-t-il, une force jamais égalée. Cette perte de centralité du contrat de travail est inquiétante. Elle est volontiers justifiée par l'intérêt collectif voire même l'intérêt général que sont censés incarner ces accords vertueux. Si pour l'heure, une modification radicale et générale de l'articulation traditionnelle entre accord collectif et contrat de travail n'est pas prônée, il est proposé ponctuellement, dans certains cas, de revenir dessus. Les accords ici évoqués en sont l'illustration même. Mais le rapport Combrexelle suggère à présent de prendre acte de cette évolution en instituant « une règle faisant prévaloir, dans l'intérêt général et l'intérêt collectif des salariés pour l'emploi, les accords collectifs préservant l'emploi sur les contrats de travail »⁸⁶. La rhétorique employée n'est pas nouvelle. Elle érige la préservation de l'emploi comme finalité de l'activité

⁸⁴ Formulation vidée de sa substance depuis que la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a introduit la précision suivante : « L'employeur n'est [toutefois] pas tenu aux obligations d'adaptation et de reclassement »

⁸⁵ Pour une confortation de l'analyse, cf. G. Borenfreund, « Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne », *RDT*, 2013, p. 316.

⁸⁶ J-D. Combrexelle, *rapport précit.*, p. 103.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

conventionnelle. Dès lors, tout accord de gestion aurait vocation à prévaloir sur les contrats individuels⁸⁷. En réalité, le débat semble ici biaisé. Au-delà des considérations intéressées jusqu'ici évoquées, n'est-ce pas l'initiative patronale qui se voit ainsi valorisée ? Plus encore, « nul ne peut le nier, « l'intérêt collectif » qui s'exprime à travers les accords de la loi de sécurisation de l'emploi se matérialise par une aggravation des conditions de travail, où le sacrifice se change en devoir pour le salarié et quasiment en concession de la part de l'employeur »⁸⁸.

581. Tandis que le principe de faveur est mis à mal, il apparaît nécessaire de garantir que les accords conclus recueillent autant que faire se peut, l'assentiment des salariés. L'essor de l'audience électorale et la mise en avant de l'exigence majoritaire répondent à cet objectif. Toutefois, prôner un renforcement de l'effet impératif de l'accord collectif est risqué lorsque parallèlement, le principe de faveur décline. Or, il ne faudrait pas oublier que la reconnaissance de cet effet impératif était en partie justifiée à l'origine par la garantie que l'accord collectif ne pouvait contenir que des dispositions plus favorables.

B) Le progressisme de l'accord collectif de travail remis en cause

582. Longtemps, la négociation collective a participé d'un certain progrès social. Le principe de faveur aidant, les dispositions conventionnelles ne trouvaient à s'appliquer en cas de conflit avec une autre norme que si elles étaient plus favorables pour le ou les salariés. Cette logique est aujourd'hui, assez largement, mise en cause **(1)**. Le morcellement qui en résulte invite également à s'interroger sur les visées égalisatrices du modèle de l'accord collectif de travail **(2)**. Plus largement, sa diffusion suggère une dilution des protections collectives dont il était porteur **(3)**.

1. La mise à mal d'une logique de faveur

⁸⁷ B. Serizay, « Une reconsidération du droit applicable aux relations entre l'entreprise et le salarié », *SSL*, 2014, n°1644, p. 4.

⁸⁸ H. Cavat, « Les contorsions à l'œuvre dans les accords de maintien de l'emploi et de mobilité interne. A propos du refus du salarié », in *Licenciements pour motifs économiques et restructuration*, G. Borenfreund et E. Peskine (dir.), p. 76 (p. 61).

583. Le Conseil d'Etat affirmait dans un avis du 22 mars 1973 resté célèbre, que « les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine du droit du travail présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent en aucun cas être supprimés ou réduits, mais ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus où à ce que des garanties ou avantages non prévus par des dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle »⁸⁹. Le triple effet reconnu aux accords collectifs de travail, effets impératif, automatique et immédiat se justifierait même, selon certains auteurs, au regard du caractère supposément progressiste de la négociation collective⁹⁰. Si cette dernière ne semble plus tendre nécessairement vers une réalisation du progrès social, il est possible d'admettre, à tout le moins, qu'initialement tel semblait être son rôle⁹¹. D'aucuns ont cru y déceler « l'âme du droit du travail »⁹². Le déclin qu'il connaît a donc nécessairement une incidence sur la physionomie du modèle de l'accord collectif qui s'en trouve de la sorte dénaturé. De même, le développement des habilitations légales à déroger *in pejus* à la loi par voie conventionnelle, conforte l'existence d'une tendance à l'atténuation du caractère progressiste de la négociation collective.

Le système français de négociation collective repose sur un équilibre délicat entre niveaux de négociation centralisés et décentralisés. Autrefois dictée par le principe de faveur, la résolution des conflits entre accords conclus à des niveaux différents est depuis la loi du 4 mai 2004, placée sous l'égide d'un principe de spécialité⁹³ sauf dans les domaines visés par l'article L. 2253-3 du Code du travail. La requête formulée auprès du Conseil constitutionnel à l'encontre de cette loi, reprochait pourtant à cette loi de « renverser l'un des principes fondamentaux du droit du travail » et de « créer les conditions d'une atomisation du droit social et d'une fragmentation du caractère protecteur » de cette

⁸⁹ Avis du 22 mars 1973, n° 310.108, *Droit ouvrier*, 1973, p. 190.

⁹⁰ V. notamment, N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des sources*, LGDJ, 1980, pp. 260 et 261.

⁹¹ Le droit conventionnel « n'a pas pour seule fonction de combler les 'interstices' laissés par une législation sociale envahissante ; son rôle essentiel est bien d'aller au-delà d'une telle législation qui peut être assimilée à une sorte de minimum social garanti, dont la vocation propre est d'être conventionnellement améliorée », M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Traité de droit du travail, Tome 7, 2^{ème} éd., Dalloz, 1989, p. 3.

⁹² Y. Chalaron « L'application de la disposition la plus favorable » in *Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, Paris 1989, p. 243.

⁹³ N. Aliprantis, « Conflits entre conventions collectives de niveaux différents : étude comparative », *RIDC*, 1987, p. 35.

branche du droit⁹⁴. Le Haut Conseil n'a toutefois pas adhéré à ce raisonnement, rappelant sur ce point que le principe de faveur ne constitue pas un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du Préambule de la Constitution de 1946⁹⁵. Cette tendance qui consiste à faire prévaloir la norme réputée être la plus proche des salariés n'est pas simplement conjoncturelle et tend à imprégner le droit des accords collectifs de travail de manière durable. L'idéal de proximité est ici rappelé et difficile à parer. La norme élaborée au plus près du « terrain » serait la plus adaptée⁹⁶, « présomption arbitraire et même dangereuse si elle est irréfragable »⁹⁷. Cette promotion de l'accord d'entreprise ne devrait pas étonner car récurrente mais l'ampleur qu'elle a prise au cours des années ne laisse pas d'interroger⁹⁸.

La même logique est à l'œuvre en droit des baux d'habitation. En effet, qu'un conflit surgisse entre accords collectifs conclus à des niveaux différents est loin d'être simplement hypothétique dans ce domaine. Les accords collectifs de location, conclus au niveau local, départemental ou bien encore national, peuvent, il est vrai, être conclus sur des objets similaires. Ceux-ci peuvent donc logiquement entrer en concours. La loi « Quilliot » du 22 juin 1982 avait d'ailleurs envisagé cette possibilité⁹⁹. Elle prévoyait en effet que préférence devait être donnée aux accords collectifs locaux sur les accords collectifs conclus à un niveau supérieur. Étonnante matérialisation d'un principe de spécialité qui n'avait pas encore cours en droit du travail. Pourtant, il est nécessaire d'avoir à l'esprit les risques qu'implique l'application d'un tel principe que ce soit en droit du travail ou en droit des baux d'habitation. Non raisonné, le recours à un tel principe aboutit ni plus ni moins à l'éviction d'accords qui bien que conclus à des niveaux plus centralisés, sont le fruit d'une négociation

⁹⁴ Décision du 29 avril 2004, DC n°2004-494.

⁹⁵ Sur la valeur juridique du principe de faveur, cf. supra, §497.

⁹⁶ Cf. sur ce point, les développements de N. Aliprantis, « Conflits entre conventions collectives de niveaux différents : étude comparative », *RIDC*, 1987, p. 35. Sur les logiques de décentralisation et de déconcentration à l'œuvre, voir les développements de J. Diringier dans sa thèse, *op. cit.*

⁹⁷ N. Aliprantis, « Conflits entre conventions collectives de niveaux différents : étude comparative », *RIDC*, 1987, p. 7.

⁹⁸ Sur cette question, cf. M.-A. Souriac, « Les réformes de la négociation collective », *RDT*, 2009, p. 14 ; P.-H. Antonmattéi, « Quelques propos sur la promotion de l'accord d'entreprise », *Droit social*, 2009, p. 883. V. également, le rapport Combrexelle pour une illustration de cette promotion croissante.

⁹⁹ La mention de ce principe ne figure plus dans la loi du 23 décembre 1986 telle que modifiée par la loi du 6 juillet 1989. Des auteurs soutiennent néanmoins que cette absence n'est pas significative et qu'elle n'est que le résultat d'un oubli. Le législateur n'aurait pas voulu ainsi rompre avec la règle de conflit exprimée par la loi Quilliot de 1982. En conséquence, aujourd'hui encore, priorité devrait être donnée aux accords locaux sur ceux conclus à un niveau supérieur. V. en ce sens notamment, B. Gros et P. Bihl, *Contrats, ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, Thémis Droit privé, PUF, 2^{ème} éd., p. 467.

et d'une réflexion collectives pas moins légitimes ou pertinentes que celles qui sont menées à des échelons plus locaux. Il faut aussi admettre que si l'on veut que le principe de spécialité soit « expression de la justice, il ne doit être appliqué que lorsqu'il est justifié sur le fond par son objet spécialisé »¹⁰⁰. La prudence devrait guider ainsi le juge dans l'usage du principe de spécialité en guise de règle de conflit. L'atomisation de la négociation collective conséquence de la multiplication des niveaux de négociation met à mal les visées égalisatrices de la négociation collective. Il en résulte une diversification des conditions de travail au sein d'une même branche d'activité.

2. La mise à mal d'une logique égalisatrice

584. L'affirmation d'une mise à mal d'une logique d'égalité peut étonner tant l'accord est généralement présenté comme un puissant levier d'égalisation des conditions de travail des salariés. La mise en œuvre de l'exigence d'égalité par la Cour de cassation atteste néanmoins que l'accord collectif n'est plus nécessairement pourvoyeur d'égalité, surtout entre salariés appartenant à des catégories professionnelles distinctes. Pourtant, la haute juridiction avait jugé en 2009 « que la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence »¹⁰¹. Cependant, cette décision a toutefois été vivement critiquée¹⁰². Un auteur estimait ainsi que les interlocuteurs sociaux évaluent, lors des négociations, l'opportunité d'introduire de telles différences de traitement et qu'il n'était donc pas acceptable que le juge substitue son appréciation à la leur¹⁰³. La critique a manifestement été prise en compte puisque dans une série d'arrêts en date du 27 janvier 2015, la haute juridiction a estimé que « les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs [...] sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature

¹⁰⁰ N. Aliprantis, « Conflits entre conventions collectives de niveaux différents : étude comparative », *RIDC*, 1987, p. 7.

¹⁰¹ Soc. 1^{er} juillet 2009, n° 07-42.675, *Droit social*, 2009, p. 1002, obs. C. Radé.

¹⁰² V. par exemple, G. Auzero et J.-M. Chonnier, « Les conventions et accords collectifs de travail à l'épreuve de l'égalité de traitement », *Droit social*, 2010, p. 53 ; J.-E. Ray, « A travail inégal, salaire inégal », *Droit social*, 2011, p. 42.

¹⁰³ C. Radé, note ss. Soc. 1^{er} juillet 2009, *Lexbase Hebdo*, éd. soc, n°371.

professionnelle »¹⁰⁴. Une telle présomption, même simple, laisse perplexe et fait craindre pour l'avenir car c'est sans doute « prêter trop de vertus à l'autonomie collective et se contenter du seul constat que des syndicats ont signé »¹⁰⁵. Il faut admettre ainsi que « l'égalité de traitement ne s'applique plus avec la même intensité aux avantages catégoriels institués par convention ou accord collectif », pire qu'« après avoir régné sur la négociation collective, le principe d'égalité de traitement est descendu de son trône »¹⁰⁶.

De manière remarquable, ce revirement a sans doute été influencé par une évolution jurisprudentielle intervenue deux ans plus tôt en matière de protection sociale complémentaire. L'influence est ainsi inversée. Là aussi, des signaux inquiétants nous parviennent, le principe d'égalité y connaissant de sérieux infléchissements¹⁰⁷. Plus étonnant encore, cet affaiblissement est la résultante d'un accord collectif. En effet, dans une série d'arrêts très remarquables rendus le 13 mars 2013, la Cour de cassation a admis qu'en la matière, les différences de traitement entre salariés de catégories professionnelles distinctes, sont admises sans avoir à être justifiées¹⁰⁸. Autrement dit, un accord collectif peut instituer un régime de prévoyance au profit d'une seule catégorie de salariés sans que cela ne constitue une atteinte à l'exigence d'égalité. Cette dernière ne s'applique qu'entre salariés relevant d'une même catégorie professionnelle. Le champ d'action de l'exigence d'égalité se voit ainsi considérablement atteint sous l'effet d'un accord collectif. L'argumentation retenue par la Cour de cassation laisse toutefois perplexe. Les éléments avancés pour justifier l'analyse retenue expliquent difficilement un tel dévoiement. Il s'agit de l'évaluation des risques garantis, en fonction des spécificités de chaque catégorie professionnelle¹⁰⁹, de l'objectif de solidarité ainsi que de la nécessité de recourir à un

¹⁰⁴ Soc., 27 janv. 2015, 13-22.179, 13-25.437, 13-14.773, 13-14.908, 14-13.569, 13-23.818 à 13-23.850. Pour une analyse de ces arrêts, cf. C. Radé, « Égalité de traitement et avantages catégoriels conventionnels : la volte-face de la Cour de cassation », *Lexbase hebdo*, 5 févr. 2015 ; L. Pécaut-Rivolier, « L'hommage de la chambre sociale à la négociation collective. Revirement sur la jurisprudence 'égalité de traitement', *SSL*, 2015, n° 1663.

¹⁰⁵ G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 29^e éd., 2015, p. 730.

¹⁰⁶ A. Fabre, « Les négociateurs sociaux, seuls juges du principe d'égalité », *Droit social*, 2015, p. 237.

¹⁰⁷ La Cour de cassation a étendu la portée de l'exigence d'égalité en l'appliquant à des avantages qui ne sont pas la contrepartie directe du travail. V. notamment Soc. 20 février 2008, 05-45.601.

¹⁰⁸ Pour motiver sa décision, la Cour de cassation invoque « les particularités des régimes de prévoyance couvrant les risques maladie, incapacité, invalidité, décès et retraite, qui reposent sur une évaluation des risques garantis, en fonction des spécificités de chaque catégorie professionnelle, prennent en compte un objectif de solidarité et requièrent dans leur mise en œuvre la garantie d'un organisme extérieur à l'entreprise », Soc. 13 mars 2013, 11-23.761, 10-28.022, 11-13.645, 11-20.490.

¹⁰⁹ C'est au regard des spécificités de chaque catégorie professionnelle que le principe d'égalité de traitement peut être écarté entre salariés appartenant à des catégories distinctes. Or, il est difficile de contester que ce n'est pas au regard de la catégorie professionnelle, que le risque couvert par exemple par une complémentaire

organisme extérieur à l'entreprise afin de mettre en œuvre la garantie. L'enjeu est de taille car même si cette jurisprudence n'appelle pas nécessairement une mise en concurrence des salariés par voie conventionnelle, elle lui offre une véritable assise juridique. Pensé comme vecteur d'unité, l'accord collectif s'affirme de plus en plus comme une source de fractionnement.

3. La mise à mal des protections collectives

585. L'évocation d'une logique de protection peut sembler, au premier abord, redondante au vu des développements déjà consacrés à la faveur et l'égalité. En réalité, il est question ici de faire état d'une évolution plus profonde, qui touche l'ensemble droit du travail et par répercussion le modèle de l'accord collectif.

Considéré comme un modèle idéal, le procédé de l'accord collectif s'est progressivement répandu au-delà de ses bases en raison de sa finalité sociale, à savoir le rééquilibrage de rapports interindividuels jugés déséquilibrés. La logique de protection collective est sapée de deux manières : par la transplantation du modèle au bénéfice d'individus qui ne nécessitent pas tant de protection que celle du salarié et par la reconnaissance d'un droit individuel à la négociation collective.

Parallèlement, le droit effectif à la négociation collective et le droit de participation se « fondamentalisent » au fur et à mesure qu'ils sont accordés aux du salarié à celle du dépendant, du dépendant à celle de l'actif puis enfin de l'actif à celle de la personne¹¹⁰. *In fine*, il est tentant de considérer que le droit de négocier collectivement puisse être rattaché à la personne, ce à quoi il est difficile de conclure pour l'heure dès lors que la mise en place d'une négociation collective suppose que certains prérequis soient réunis¹¹¹. Il n'empêche que le simple passage du travailleur à l'actif interroge. En effet, le modèle de l'accord collectif de travail a été pensé dans le domaine du droit privé du travail, arrimé à la catégorie

frais de santé, est évalué. Des auteurs ont pu remarquer à ce titre que l'assureur tiendra plus volontiers compte en la matière de « la démographie de l'entreprise, du nombre de femmes et d'hommes, de l'exposition à des risques professionnelles mais pas des catégories professionnelles », « Légitimation de l'inégalité de traitement dans le champ de la prévoyance », *Lexbase Hebdo*, édition sociale, n° 520 du 21 mars 2013. En outre, il serait inique de faire bénéficier d'un avantage les seuls cadres. Comment « expliquer pourquoi les cadres bénéficient de meilleures prestations, dans un pays où toutes les statistiques montrent que les disparités d'espérance de vie en bonne santé entre les catégories socioprofessionnelles sont parmi les plus importantes en Europe » ?, B. Serizay et J.-F. Cesaro, « L'égalité sans le juge », *SSL*, 18 mars 2013, n° 1576.

¹¹⁰ P. Lokiec, « Le travailleur et l'actif », *Droit social*, 2009, p. 1017.

¹¹¹ Cf. supra, Partie 1, Titre 2, chapitre 1.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

de salarié. Or cette dernière est aujourd'hui encore une catégorie essentiellement protectrice. Elle est le siège d'un statut visant à garantir malgré tout une protection minimale pour les individus. La diffusion du modèle d'accord collectif comme véhicule des protections collectives est mise à mal lorsqu'il est transposé à des individus qui ne sont pas juridiquement reconnus comme subordonnés. En effet, la « dilution supposée de la subordination nourrit [...] un discours redoutable qui débouche, pour les plus radicaux, sur la fin du salariat, pour les autres, sur la diminution du besoin de protection et la mise à l'écart d'un certain nombre de règles phares du droit du travail »¹¹².

Cette généralisation du droit à la négociation collective portée par sa fondamentalisation s'inscrit dans un mouvement global qui affecte l'entier droit social et qui soulève de nombreuses inquiétudes. Il est soutenu que la mise en valeur des droits fondamentaux ne doit pas amener à les « réduire à de simples contraintes argumentatives accompagnant le déclin de l'Etat providence » et justifiant une « contractualisation des relations sociales »¹¹³. Mieux, il est affirmé que « les droits fondamentaux sont indisponibles pour l'autonomie collective [et] incarnent la limite que ne sauraient franchir les normes produites par cette autonomie »¹¹⁴. Toutefois, il faut peut-être reconsidérer ce propos au vu de la fondamentalisation du droit à la négociation collective. Si le droit de négocier collectivement et de conclure des accords collectifs constitue à son tour un droit fondamental, cette reconnaissance ne porte-t-elle pas en elle les ferments, le germe, d'une autonomie collective décomplexée investissant de nouveaux territoires ? Le modèle de l'accord de travail serait ainsi complice de cette tournure inattendue. Le mouvement étonne également au regard des nombreuses analyses qui tendent à voir dans la généralisation, voire l'universalisation, des droits fondamentaux, un facteur d'individualisation du droit¹¹⁵. Or, peut-on concevoir le droit des salariés à la négociation collective ou plus largement des actifs comme un droit individuel ? Plus encore, est-ce vraiment souhaitable ? Un auteur a pu estimer sur ce point que « le droit à la négociation collective prend [...] racine dans le contrat individuel, puisqu'il obvie à l'impossibilité de fait d'une négociation individuelle de ce

¹¹² P. Lokiec, *Il faut sauver le droit du travail !*, Odile Jacob, 2015, pp. 23 et s.

¹¹³ I. Meyrat, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », *Droit ouvrier*, 2002, p. 349. V. sur ce processus de justification, F. Guiomard, *La justification des mesures de gestion du personnel*, Thèse Paris X Nanterre, 1998, p. 133.

¹¹⁴ I. Meyrat, *Droits fondamentaux et droit du travail*, thèse Paris X Nanterre, 1998, p. 154.

¹¹⁵ V. notamment, P. Arellano Ortiz, *Universalisme et individualisme dans le régime des retraites*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2012. V. également *Droits fondamentaux et droit social*, ss. la dir. de A. Lyon-Caen et P. Lokiec, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2004.

contrat »¹¹⁶. Pourtant, il faut admettre que « plus le salarié se conçoit comme un individu [...] plus il y a de chances (de risques) qu'il s'oublie comme membre d'une collectivité de travail »¹¹⁷. Il nous semble donc plus prudent de considérer ce droit comme un droit collectif sauf à « voir dans l'ensemble du personnel une collection de titulaires de contrats individuels »¹¹⁸. C'est du moins en ce sens qu'a été identifié dans cette étude, le modèle de l'accord collectif de travail. Au demeurant, il convient d'insister sur le fait que « le phénomène d'individualisation du droit du travail ne marque aucun reflux du collectif »¹¹⁹. Mieux, l'accord collectif semble contribuer en droit du travail à l'individualisation des relations de travail comme l'atteste par exemple le dépassement de l'horaire collectif dans le cadre des conventions de forfait en jours sur l'année dont le recours est encadré par voie conventionnelle.

586. Ainsi, le modèle de l'accord collectif de travail semble appelé à évoluer. Cette perspective est la seule à pouvoir dépasser le constat de sa dénaturation. Cette mutation n'est pas le fruit d'une évolution naturelle mais bien le résultat de l'action concertée des pouvoirs publics, voire pour une part des interlocuteurs sociaux. Le constat laisse alors à penser que le modèle de l'accord collectif de travail se voit également instrumentalisé.

Section 2 **Le modèle instrumentalisé**

587. Conséquence du caractère idéal conféré au modèle, la tentation est grande pour les acteurs qui le mobilisent d'y déceler un remède à tous leurs maux. Il est inutile de revenir ici sur les vertus qui sont traditionnellement prêtés au procédé de l'accord collectif, à tort ou à raison. En revanche, il importe de dévoiler que les usages de cet accord entraînent un détournement de celui-ci par rapport aux fins qui lui étaient traditionnellement assignées. En effet, à l'origine, l'accord collectif de travail a essentiellement été conçu comme un mode de production de normes privées tendant à régir les rapports qui pouvaient se nouer entre

¹¹⁶ A. Supiot, « Les syndicats et la négociation collective », *Droit social*, 1983, p. 64.

¹¹⁷ P. Adam, *L'individualisation du droit du travail*, LGDJ, 2005, p. 460

¹¹⁸ M.-A. Souriac-Rotschild, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, Thèse Paris I, 1986, pp. 112 et s. L'auteur estime ainsi que « ce sont les travailleurs et non chaque travailleur qui détiennent le droit à la négociation. Plus précisément ce droit suppose une collectivité organisée et dotée de structures syndicales ».

¹¹⁹ P. Adam, *op. cit.*, p. 445.

salariés et employeurs. Or, il apparaît aujourd'hui et pas seulement dans le cadre des rapports de travail, que l'accord collectif est également perçu comme un outil au service de l'action publique et que les intérêts en jeu dépassent ceux des négociateurs. Certains auteurs vont même jusqu'à considérer que les pouvoirs publics se déchargent parfois volontiers, sur les acteurs privés de problématiques relevant de leur responsabilité. En ce sens, il est possible de parler d'instrumentalisation du modèle par les pouvoirs publics (§1). Les acteurs privés ne sont toutefois pas en reste (§2).

Paragraphe 1 Une instrumentalisation du modèle par les pouvoirs publics

588. Il serait sans doute exagéré d'affirmer, que les pouvoirs publics croient déceler dans l'accord collectif de travail une panacée à tous les maux qui affectent la production normative étatique. Néanmoins, le recours croissant à ce procédé témoigne de leur volonté d'en pérenniser l'usage. L'hypothèse ici défendue est l'existence d'un forçage du procédé dans certains domaines. En droit civil, l'expression désigne le phénomène d'hypertrophie du contenu obligatoire du contrat qui le conduit à engendrer des obligations que les parties n'ont pas voulues¹²⁰. Ce n'est toutefois pas dans ce sens que l'on entend ici utiliser le vocable. En biologie, celui-ci désigne un traitement que l'on fait subir à certaines plantes pour les obliger à se développer en dehors de leur saison normale de croissance. Or, *mutatis mutandis*, c'est cette idée de développement forcé que l'on cherche à exprimer s'agissant des accords collectifs. Le forçage du procédé se manifeste essentiellement de deux manières. D'une part, cela passe par une utilisation du procédé, peut-être déraisonnée, en vue de remédier à certaines difficultés dépassant normalement la responsabilité et le domaine de compétence des négociateurs. On observe ainsi une multiplication des objets de la négociation collective voire plus encore, des obligations de négocier. D'autre part, soucieux de parvenir à un compromis négocié, il n'est pas rare que les pouvoirs publics forcent quelque peu la main des négociateurs pour que ceux-ci parviennent à un accord. S'il n'est bien entendu pas question de porter atteinte à leur liberté conventionnelle, la négociation collective perd de la sorte en spontanéité. Elle devient à la fois une fin (**A**) et un levier (**B**) de l'action publique.

¹²⁰ L'identification de ce phénomène est à mettre au compte de Louis Josserand qui employa ce terme pour la première fois dans une célèbre chronique de 1933 intitulée « Le contrat dirigé », *D.*, 1933, p. 89.

A) L'accord collectif comme fin de l'action publique

589. Lorsque l'accord collectif est érigé comme fin de l'action publique, les pouvoirs publics tendent d'une part à garantir d'une part la conclusion d'accords collectifs **(1)** et d'autre part à les sécuriser **(2)**.

1. La conclusion d'accords collectifs comme fin de l'action publique

590. La négociation collective est foncièrement source d'incertitudes. En effet, il n'existe aucune garantie que les interlocuteurs sociaux parviennent à signer un accord. Or, cette perspective ne peut satisfaire les pouvoirs publics lorsque le thème sur lequel cette négociation porte, est jugé essentiel. Le contenu même de l'accord, de par les droits qu'il garantit, apparaît alors comme la finalité même de l'action publique. Cependant, les pouvoirs publics ne disposent pas vraiment de moyens pour contraindre les interlocuteurs sociaux à conclure un accord. Néanmoins, l'apparition d'obligations de négocier en 1982 constitua une rupture dans le droit des accords collectifs de travail. En effet, elle fut perçue comme une perturbation « des habitudes et modes de pensée forgés autour d'un principe de liberté des négociations, lui-même conçu comme le seul moteur de celles-ci »¹²¹. La négociation collective est ainsi passée d'une sphère de liberté à une sphère de nécessité **(a)**. Mieux, l'obligation de négocier semble avoir été dépassé par une obligation de couverture par un accord **(b)**.

a) De la liberté de négocier à l'obligation de négocier

591. Il serait erroné de croire qu'au travers des obligations de négocier, se manifesterait un accroissement du pouvoir des interlocuteurs sociaux. A la vérité, leur multiplication « est ni plus ni moins antinomique à la notion même d'autonomie collective »¹²². Pourtant, celles-ci sont traditionnellement présentées comme la concrétisation du droit des salariés à la

¹²¹ M.-A. Souriac, « Actualité et devenir de l'obligation de négocier. Quelques aperçus », in *Mélanges en l'honneur de J. Pélissier*, Dalloz, p. 489.

¹²² P. Rémy, « L'autonomie collective : une illusion en droit français », in *13 paradoxes du droit du travail*, ss. la dir. de Ph. Waquet, supplément SSL, n°1508, 2011, p. 64.

négociation collective¹²³. Toutefois, cette analyse est « fortement réductrice »¹²⁴. En effet, le développement des obligations de négocier est plus sûrement le signe d'une instrumentalisation croissante de la négociation collective par les pouvoirs publics qui, de la sorte, entendent fortement encourager la signature d'un accord collectif dans les domaines qu'ils ont expressément assignés aux interlocuteurs sociaux.

592. La liberté de ne pas contracter est bien souvent présentée comme le pendant de la liberté de contracter. Très largement préservée dans le domaine des accords collectifs de travail, il semble toutefois que cette liberté soit aujourd'hui légèrement égratignée. Au travers des obligations de négocier, le législateur ne se contente pas de promouvoir la négociation collective en tant que telle, il impose l'objet de celle-ci. La liberté conventionnelle des interlocuteurs sociaux est donc quelque peu illusoire, car ils doivent, selon des échéances établies, reconsidérer de négocier un certain nombre de sujets prédéterminés. Il reste toutefois à apprécier la gravité de l'entorse, autrement dit, si chemin faisant, le droit des accords collectifs de travail ne serait pas voué à accueillir en son sein, à l'instar du droit civil, des conventions obligatoires. D'emblée, il convient de dissiper les doutes, la réponse à cette question est négative. Pourtant, les formulations légales sont, à ce sujet, extrêmement ambiguës. Dans sa rédaction issue de la loi du 17 août 2015, l'article L. 2242-20 du Code du travail évoque en matière d'égalité professionnelle entre hommes et femmes, une « obligation d'accord ou, à défaut, de plan d'action ». L'alternative proposée invite néanmoins à ne pas accorder trop d'importance à cette formulation maladroite.

Le modèle de l'accord collectif de travail n'est donc pas, pour l'heure, un modèle qui contraint, *a priori*, à l'action négociée. Il n'empêche que s'observe en droit positif, une tendance à faire du recours à la négociation collective pour les interlocuteurs sociaux, un choix incontournable. S'il existe bien des cas où le législateur impose de recourir à un accord collectif pour mettre en place certains dispositifs juridiques, cela n'implique pas que négocier et encore moins conclure un accord soit obligatoire¹²⁵. Le droit du travail est peu familier des conventions imposées. Ce serait pourtant la marque certaine d'une

¹²³ V. sur ce sujet, J. Pélissier, « La négociation sur les salaires », *Droit social*, 1984, p. 678 ; R. Soubie, « L'obligation de négocier et sa sanction », *Droit social*, 1983, p. 55 ; A. Supiot, « Les syndicats et la négociation collective », *Droit social*, 1983, p. 63.

¹²⁴ A. Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Droit social*, 2003, p. 59.

¹²⁵ Cf. Partie 1, Titre 2, chapitre 1, lois dispositives.

instrumentalisation de l'accord collectif par les pouvoirs publics. A ce titre, le droit civil connaît bien des contrats imposés qui portent en eux, l'empreinte d'un certain dirigisme économique ou social. S'agissant des accords collectifs de travail, l'état semble, au contraire, se desserrer à mesure que le législateur confère aux interlocuteurs sociaux une plus grande marge de liberté pour fixer le contenu de leurs engagements et leur donner un tour dérogatoire par rapport à la loi. Pour autant, cela ne signifie pas que les pouvoirs publics aient renoncé à toute forme de dirigisme conventionnel¹²⁶.

b) De l'obligation de négocier à l'obligation de couverture par un accord : la « négociation administrée »

593. La négociation dite « administrée » désigne les cas de négociation contrainte sous peine de sanctions pécuniaires¹²⁷. La loi du 9 novembre 2010 sur la réforme des retraites est sur ce point, symptomatique. Sans pour autant être le siège d'une véritable obligation de conclure un accord, elle instaure une obligation à double détente qui dépasse la simple obligation de négocier. En effet, celle-ci oblige dans les cas qu'elle vise, à ce que les entreprises concluent un accord collectif ou élaborent un plan d'action pour prendre en compte et prévenir la pénibilité au travail. Une alternative est ainsi proposée, tempérant l'idée de contrainte. Cependant, une préférence est clairement manifestée à l'égard de la négociation collective puisque l'établissement d'un plan d'action n'est rendu possible qu'en l'absence attestée d'accord¹²⁸. Décrit de la sorte, le dispositif n'a rien d'innovant. Le Code du travail regorge d'obligations de mettre en place un dispositif de préférence par voie négociée ou à défaut par le biais d'une décision unilatérale de l'employeur¹²⁹. On reconnaît ici, l'emploi du mécanisme de la supplétivité. Néanmoins, le dispositif retient l'attention car, en cas de défaillance des interlocuteurs sociaux ou à défaut de l'employeur, l'entreprise

¹²⁶ On pourrait à cet égard se demander si les différentes réformes touchant au temps de travail, facilitant les dérogations aux « 35 heures », ne constituent pas une incitation du législateur aux interlocuteurs sociaux plus qu'appuyée de vider la durée légale de sa substance. Le législateur faisant l'économie d'une remise en cause claire et franche...

¹²⁷ Sur cette notion, cf. J.-D. Combrexelle, *rapport précit.*, p. 27.

¹²⁸ En ce sens mais en matière d'égalité professionnelle entre hommes et femmes, cf. Circulaire DGT n°1 du 18 janvier 2013.

¹²⁹ Par exemple, l'article L. 3121-7 dispose qu'à défaut de conclusion d'un accord collectif, les conditions dans lesquelles sont fixées les compensations financières ou en repos auxquelles les astreintes donnent lieu, sont fixées par l'employeur.

contrevenante est pénalisée financièrement¹³⁰. L'obligation posée par le législateur a donc ses limites. En effet, l'entreprise est libre de refuser de signer un accord collectif ou de mettre en place d'un plan d'action unilatérale si elle est prête à en payer le prix. On passe ainsi d'une obligation de négocier à une « obligation de couverture par un accord ou un plan d'action »¹³¹, d'une obligation procédurale à une obligation « substantielle ». Même s'il n'est pas encore question d'obligation de conclure un accord, d'aucuns voient dans la pénalité financière ainsi prévue, une contrainte sur les négociateurs qui altère leur liberté et qui constitue une « menace » pour les entreprises¹³². Signe que cette configuration a aujourd'hui la préférence du législateur, on la retrouve également en matière de protection sociale complémentaire.

594. Face au désengagement programmé de la Sécurité sociale, les interlocuteurs sociaux ont été amenés à réfléchir sur la généralisation de la couverture santé. L'ANI du 11 janvier 2013 a acté cette nécessité. Mais plutôt que de quérir qu'une telle généralisation soit mise en œuvre par la loi, il a été jugé préférable de confier cette tâche aux négociateurs de branches et d'entreprises. A la suite de cet accord, la loi du 14 juin 2013 a prévu que cette généralisation devait intervenir avant le 1^{er} janvier 2016. Un calendrier et un édifice juridique à trois étages ont été mis en place à cette fin. Dans un premier temps, il revient aux négociateurs de branche de négocier sur cette thématique. Si les négociations n'ont pas abouti avant le 1^{er} juillet 2014, un accord d'entreprise doit être conclu avant le 1^{er} janvier 2016. A défaut, enfin, il appartient alors à l'employeur de faire bénéficier ses salariés, par le biais d'une décision unilatérale, d'une couverture au moins aussi favorable qu'une couverture minimale dont les caractéristiques sont définies par voie réglementaire¹³³. Là encore, il n'est pas question d'une véritable obligation de conclure un accord que ce soit au niveau de la branche ou au niveau de l'entreprise. Néanmoins, les négociateurs sont plus que sollicités à parvenir à un accord. La crainte du vide conventionnel se fait ressentir même si la liberté de conclure ou de ne pas conclure demeure vivace. A trop vouloir se prémunir de l'absence d'accord et à défaut de vouloir franchir le pas de l'obligation d'en conclure un, la

¹³⁰ Cf. art. L. 4163-2 du Code du travail.

¹³¹ F. Canut et P.-Y. Verkindt, « Négocier sous contrainte. Un nouveau visage de la négociation collective en France ? », in *Etudes en hommage à F. Gaudu*, 2014, p. 246.

¹³² B. Teyssié, « La négociation collective, un espace de liberté ? », in *Mélanges en l'honneur de J.-F. Laborde*, Dalloz, 2015, p. 911.

¹³³ Art. L. 911-7 du Code de la Sécurité sociale.

loi opte pour ce qui n'est finalement qu'un pis-aller voire une incitation à ne pas signer. En effet, « l'obligation pour tout employeur, en l'absence de cadre conventionnel, de faire bénéficier ses salariés d'une couverture minimale [...] peut contribuer aux attermolements des négociateurs de branche qui ne sont pas nécessairement désireux de forcer la main aux petites entreprises ni de déstabiliser les dispositifs conventionnels d'entreprise préexistants »¹³⁴.

595. Toutefois, plus que l'accord en lui-même, il semblerait que ce soit sa phase d'élaboration, la négociation, qui soit recherchée par les pouvoirs publics. Les obligations de négocier le suggèrent. La promotion de l'accord collectif ne vise pas toujours à remplir un objectif pré assigné. Celui-ci, dès lors qu'il est négocié collectivement, est alors perçu comme fondamentalement bon, peu important son contenu. Plus que le contenu attendu ou espéré de l'accord, c'est donc son processus d'élaboration qui est vanté.

Dans cette perspective, l'action négociée est largement promue. Elle s'inscrit dans le mouvement de « procéduralisation de la norme », autrement dit « l'émergence d'un nouveau modèle processuel dans la production de la norme législative » auquel le phénomène de loi négociée est largement associé¹³⁵. Cela semble logique s'il est admis que cette « procéduralisation » exprime « les limites des capacités cognitives de l'Etat » et conduit « à renvoyer vers le contrat et la négociation des questions naguère prises en charge par la loi », à « transporter dans la sphère contractuelle les questions concrètes et qualitatives qui étaient auparavant réglées par la loi »¹³⁶. Comment ne pas voir alors dans l'institutionnalisation d'une négociation légiférante par la loi du 31 janvier 2007, une manifestation de ce renvoi ? Il s'agit ici de mettre au jour « un projet d'organisation de la société par un corpus de règles qui ne fixent pas *a priori* un contenu précis mais mettent en place un processus dialogique par lequel vont se construire les préférences et le contenu matériel des règles qui en découlent »¹³⁷. C'est qu'on prête alors à la négociation des vertus qui semblent justifier à elles seules qu'on ne prenne plus vraiment garde à la substance de

¹³⁴ M. Del Sol, « Généralisation de la couverture complémentaire des salariés », *Droit social*, 2014, p. 165.

¹³⁵ L. Boy, « Normes », *RIDE*, 1998, n° 2, p. 129.

¹³⁶ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, éd. Quadrige, 2007, p. 14.

¹³⁷ S. Frossard, « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT*, 2009, p. 90.

ses fruits. Le consensus est alors valorisé comme l'atteste la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'égalité de traitement¹³⁸.

596. Cette tendance s'avère hautement problématique dès lors qu'elle tend à justifier une désertion des pouvoirs publics de la scène normative. Elle porte en germe une conception biaisée du rôle de politiques publiques sommées de s'effacer au profit d'opérateurs juridiques décrétés rationnels. Sans doute, « le droit, de tout temps, a-t-il été plus ou moins instrumentalisé mais en l'espèce, on peut craindre qu'une procéduralisation achevée du droit du travail ne marque avec éclat l'asservissement de celui-ci à une certaine lecture de l'économie de marché »¹³⁹. Pourtant, il n'est pas certain que la promotion du modèle de l'accord collectif de travail passe par un désengagement irrémédiable et total des pouvoirs publics. Les rapports entre loi et accord collectif ont souvent été pensés en termes de complémentarité, plus rarement en termes de concurrence. Néanmoins, le risque est grand qu'au détour de cette valorisation du modèle de l'accord collectif de travail, on assiste à une déresponsabilisation des pouvoirs publics trop heureux de pouvoir se défaire de leur tâche normative. Raison de plus pour eux de veiller à la sécurisation du contenu d'accords collectifs décisifs chèrement acquis.

2. La sécurisation des accords collectifs comme fin de l'action publique

597. Perçu comme un modèle idéal, la conclusion d'un accord collectif est parfois élevée au rang de nécessité pour des pouvoirs publics soucieux de garantir la légitimité des actions qu'ils impulsent et auxquelles les négociateurs sont associés. Toutefois, cette légitimité apparaît dans certains cas, assez artificielle. Le souci de garantir la validité de l'accord, aboutit parfois à une manipulation de son régime juridique (**a**). Sur un autre plan, l'emprise des pouvoirs publics sur le contenu même des accords collectifs se fait parfois ressentir jusque dans leur contenu (**b**).

¹³⁸ Cf. nos développements.

¹³⁹ S. Frossard, *art. précit.*, p. 90.

a) L'accord pérennisé

598. Les pouvoirs publics n'hésitent pas, parfois, à manipuler les règles de validité des accords collectifs pour s'assurer de leur pérennité. Les conventions médicales attestent. A mesure que l'objet de ces accords s'est élargi et que les contraintes budgétaires se sont faites de plus en plus pressantes, garantir la légitimité des négociateurs est apparu essentiel. Les conditions de validité des conventions conclus avec les professionnels de santé ont ainsi été complètement refondues par la loi du 13 août 2004. Celle-ci a introduit un pouvoir d'opposition au profit d'au moins deux syndicats ayant recueilli (ensemble) la majorité absolue des suffrages exprimés aux dernières élections aux URML. Cette disposition s'est, de manière inattendue, retournée contre ses instigateurs. La convention médicale conclue le 12 janvier 2005 est devenu le centre des débats au cours de l'élection professionnelle de 2006 - transformées en véritable plébiscite « conventionnel ». Les signataires perdirent les élections et la majorité. Or, entre la signature de la convention de 2005 et le résultat de ces élections, des avenants avaient été signés par les syndicats signataires de la convention initiale. La menace était grande dès lors, de voir les opposants à l'accord, auréolés de leurs résultats aux dernières élections, de s'opposer à l'entrée en vigueur des avenants nécessaires à l'évolution du texte. Aussi, la loi de financement de la Sécurité sociale de 2007 entreprit de faire évoluer le régime juridique de ces conventions, non sans quelques arrières pensées. Il fut prévu que seuls les syndicats déclarés représentatifs à l'issue de l'enquête de représentativité périodique, pourraient exercer le droit d'opposition instauré en 2004. De fait, cela revenait à empêcher des syndicats non signataires d'exercer leur droit d'opposition car ils n'avaient pas été reconnus représentatifs dans le collège des généralistes lors de la précédente enquête¹⁴⁰. L'opportunité de la mesure est difficile à nier. Il témoigne de la

¹⁴⁰ La volonté de garantir la validité d'un accord est également perceptible lors de l'identification des acteurs de la négociation collective. Rapporté au corps médical, le syndicalisme connaît un phénomène de « catégorisation » des intérêts. Il se divise désormais en deux groupes distincts, les généralistes et les spécialistes. Ce schisme d'origine universitaire est tellement ancré dans la pratique médicale que le législateur a souhaité qu'il emporte certaines conséquences sur le terrain conventionnel. En effet, la loi du 23 janvier 1990 a admis la possibilité pour les négociateurs de conclure, contre l'avis des syndicats pluricatégories et de la CNAM, deux conventions médicales, une pour les médecins généralistes, l'autre pour les médecins spécialistes. De la sorte, le législateur a contribué à la stratégie d'autonomisation du syndicalisme de la médecine générale menée notamment par MGFrance. Cette autorisation semble toutefois être largement motivée par des considérations extra-syndicales. En effet, l'existence d'un cadre conventionnel spécifique permet de fixer des mécanismes de maîtrise des dépenses de santé plus adaptés aux professionnels. La démarche interroge si l'on accepte de voir dans le dualisme conventionnel consacré par l'article L. 162-5 du Code de la Sécurité sociale, un

volonté du législateur de sécuriser la validité des avenants négociés et de légitimer, au moins juridiquement, un accord dont les signataires étaient devenus peu de temps après, minoritaires. Le correctif apporté par la loi a d'ailleurs été soumis à l'appréciation du Conseil constitutionnel par des requérants qui considéraient entre autres, qu'il portait « atteinte au droit des professionnels à s'organiser librement et à conquérir leur représentativité lors des élections »¹⁴¹. Il a toutefois été jugé « qu'en subordonnant à la condition de représentativité la possibilité, pour une organisation syndicale, de former opposition à un accord, le législateur n'a méconnu ni la liberté contractuelle, ni la liberté syndicale, ni aucune autre exigence constitutionnelle »¹⁴².

599. Dans un tout autre domaine et plus récemment, l'accord « parcours professionnels, carrières et rémunérations » (PPCR) commun aux trois fonctions publiques a récemment été l'occasion de constater, encore une fois, la manipulation des règles de validité des accords collectifs par les pouvoirs publics. En effet, ledit accord a été approuvé par six organisations syndicales sur neuf siégeant au Conseil commun de la Fonction publique (CFDT, UNSA, FSU, CFE-CGC, CFTC, FA-FP). En revanche, trois organisations ont indiqué qu'elles ne souhaitent pas le signer (CGT, FO, Solidaires). Or, si les organisations favorables à l'accord totalisent 46,70% des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles pour les comités techniques dans la fonction publique en 2014, celles qui s'y opposent regroupent quant à elles 48,5% de ces mêmes suffrages¹⁴³. Ainsi, conformément à l'article 8 bis IV de la loi du 13 juillet 1983 tel que modifié par la loi du 5 juillet 2010, cet accord n'ayant pas recueilli au moins 50 % du nombre des voix lors des dernières élections professionnelles organisées au niveau auquel il a été négocié, ne devrait pas être considéré comme valide. Toutefois, soucieux d'empêcher que « le résultat d'un an de négociations soit bloqué par le refus de s'engager de certains, de prendre leurs responsabilités », M. le Premier ministre Manuel Valls a annoncé le 30 septembre 2015 que l'accord considéré comme « nécessaire et

moyen de fractionner la profession pour faciliter la signature d'accords, en somme diviser pour mieux négocier, voire conclure.

¹⁴¹ CC, décision n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006, considérant 26.

¹⁴² *Ibid.*, considérant 28.

¹⁴³ Résultats des élections professionnelles pour les comités techniques dans la fonction publique en 2014, DGAFP, décembre 2014, p. 4.

indispensable » s'appliquerait bien à l'ensemble des fonctionnaires¹⁴⁴. L'embarras est manifeste au vu de l'état du droit positif¹⁴⁵. Il convenait ainsi de résoudre ce problème en réformant les conditions de validité de l'accord. En ce sens, le Gouvernement a décidé d'introduire un amendement au sein du projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. Son article 20 ter prévoit de conditionner la validité d'un accord à l'obtention de la majorité « des suffrages exprimés en faveur des organisations habilitées à négocier ». Or, certaines organisations syndicales, regroupant 4,8% des suffrages exprimés, ne siègent pas au Conseil commun. Si une telle disposition était votée, l'accord PPCR s'en trouverait mécaniquement validé. Selon les termes mêmes de ses promoteurs, cet amendement « vise à faciliter la signature d'accords majoritaires ». L'aveu surprend car l'on peut se demander finalement si l'exigence majoritaire n'est pas détournée de sa fonction première. En effet, celle-ci n'a pas vocation à rendre plus aisée la signature d'un accord mais bien à s'assurer de la légitimité de ses signataires. Encore une fois, l'opportunisme de la réforme est difficile à nier. L'intervention des pouvoirs publics risque de s'avérer décisive sur l'avenir de l'accord. Toutefois, elle demeure, toute proportion gardée, moindre que lorsque le contenu de l'accord est suggéré.

b) Le contenu orienté de l'accord

600. Il y a quelque contradiction à promouvoir la libre négociation tout en orientant le contenu des normes qui en sont issues. L'intervention des pouvoirs publics est pourtant bien réelle. Elle se veut subtile, ménageant une certaine marge de liberté aux négociateurs, lorsqu'elle passe en droit du travail par l'imposition de clauses obligatoires dans les accords collectifs de branche postulant à une extension. Leur contenu reste fixé librement même si la liste des thèmes devant être abordés suggère que le législateur souhaite qu'un certain sens soit donné à la négociation.

¹⁴⁴ La Matinale, France Inter, 30 septembre 2015. Les raisons avancées pour justifier une telle entorse sont pour le moins discutables. Il est d'une part indiqué que six des neuf organisations syndicales susvisées sont favorables à l'accord. Pareil argument ne pèse pas bien lourd dans un système fondé sur une majorité électorale et non une majorité arithmétique. Il est d'autre part souligné, que dans la fonction publique de l'Etat, qui représente pratiquement la moitié des fonctionnaires, les signataires représentent 59% des suffrages exprimés. Là encore, l'argument peine à convaincre dès lors que l'accord est commun aux trois fonctions publiques.

¹⁴⁵ J.-C. Mailly, secrétaire général de FO, a déclaré à ce titre que « le gouvernement remet en cause la règle des 50% dans la fonction publique et il veut demain l'appliquer dans le privé [...] ça va être marrant », *Liaisons sociales quotidien*, 2 octobre 2015, p. 5.

L'intervention des pouvoirs publics se veut en revanche plus radicale lorsque l'objet même de l'accord collectif dépasse les seuls intérêts représentés par les négociateurs. Cela a déjà été signalé, le contrôle administratif exercé sur certains accords, notamment par le biais de l'agrément, autorise, sous certaines limites, un contrôle du contenu de l'accord. Cet interventionnisme prend également d'autres formes plus implicites. Tel est le cas, en matière de conventions médicales. L'augmentation croissante des dépenses de santé et l'incapacité manifeste des négociateurs à inverser la tendance, s'est irrémédiablement accompagnée d'un accroissement du rôle des pouvoirs publics en général et du législateur en particulier quant à la fixation du contenu des accords. Ainsi, un auteur a pu se demander ce qu'il restait « encore de réellement et substantiellement conventionnel dans le système du conventionnement médical »¹⁴⁶.

A ce titre, le plan Juppé serait à l'origine, pour certains, de « l'émergence du rôle du Parlement dans les conventions médicales »¹⁴⁷. Pourtant, avant même son élaboration, certains jugeaient que « l'absence de définition claire des responsabilités entre les partenaires sociaux qui sont censés gérer le système, et l'État qui, en réalité, et bien souvent par décrets, décide seul des choix à opérer, condui[sait] à ce que notre système de protection sociale [soit] plus administré que géré dans le cadre d'une démocratie sociale qu'avaient rêvée ses fondateurs »¹⁴⁸.

Initialement, l'article 34 prévoyait qu'il revenait uniquement à la loi de fixer les principes généraux de la Sécurité sociale. Mais depuis la loi constitutionnelle du 22 février 1996, cet article prévoit également que sont votées des lois de financement de la Sécurité sociale visant à déterminer les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, à fixer ses objectifs de dépenses¹⁴⁹. Or, en se prononçant sur l'évolution des dépenses de santé, l'action du législateur ne pouvait être sans conséquences sur le contenu des conventions médicales. La loi organique du 22 juillet 1996, codifiée aux articles LO. 111-3 et LO. 111-7 du Code de la sécurité sociale dispose notamment que, chaque année, la loi de financement de la Sécurité sociale fixe, pour l'ensemble des régimes obligatoires de base, l'objectif national de dépenses de l'assurance

¹⁴⁶ J.-P. Laborde, *Droit de la sécurité sociale*, PUF Droit, Thémis Droit public, 2005, p. 99. V. également sur cette question, O. Pujolar, *Le contrat en droit de la Sécurité sociale*, thèse Bordeaux IV, 2002.

¹⁴⁷ M. Kambakhche, *Les conventions médicales*, Université Paris XII, 2000, p. 180.

¹⁴⁸ J.-M. Spaeth, « Rénover la Sécu pour qu'elle reste elle-même », *Droit social*, 1996, p. 246.

¹⁴⁹ Loi constitutionnelle n°96-138 du 22 février 1996, article 1^{er}.

maladie (ONDAM). Il appartient donc au Parlement « de fixer chaque année un taux d'évolution des dépenses qui constitue un plafond s'imposant aux partenaires sociaux gestionnaires de l'assurance maladie »¹⁵⁰. Cette évolution constitue à n'en pas douter une ingérence dans le jeu conventionnel. Il est toutefois difficile d'en contester la légitimité si l'on admet que « l'extension de la couverture sociale à la quasi-totalité de la population a progressivement sapé la légitimité des représentants des seuls salariés à définir le contenu des avantages sociaux [et que] dès lors que [les principes démocratiques] concernent tous les citoyens, [ceux-ci] exigent que le Parlement intervienne pour fixer les grandes orientations et le rythme des engagements financiers de la nation »¹⁵¹.

En somme, l'ordonnance du 24 avril 1996 a mis en place une nouvelle armature conventionnelle. Elle a redéfini et clarifié les rôles et responsabilités respectifs de l'Etat, des caisses d'assurance maladie ainsi que des syndicats médicaux. Ainsi, s'il appartient aux caisses nationales d'assurance maladie de négocier avec les différentes professions de santé les dispositifs de maîtrise des dépenses de santé, celles-ci doivent être compatibles avec les orientations fixées par le Parlement¹⁵². De la sorte, « la fixation d'objectifs quantifiés est devenue, du fait de l'ordonnance du 24 avril 1996, une responsabilité partagée entre l'Etat et les partenaires conventionnels : caisses et syndicats de praticiens »¹⁵³. A cette fin, des conventions d'objectifs et de gestion sont signées dans le respect des lois de financement de la Sécurité sociale entre l'autorité compétente de l'Etat et la CNAMTS¹⁵⁴.

Toutefois, cette nouvelle configuration n'emporta pas la conviction de tous les négociateurs. La CSMF s'y opposa vivement. Son président de l'époque faisait valoir que toute politique de Sécurité sociale supposait un partenariat dynamique avec les professionnels de santé. Or, selon lui, l'ordonnance ne plaçait « les médecins et les professionnels de santé qu'en aval de tout le dispositif », toutes les décisions étant prises « au niveau du Parlement » tandis qu'au « niveau de la convention caisses-État on ne

¹⁵⁰ F. Stasse, « Les acteurs de la politique de santé », *Pouvoirs*, n° 89, avril 1999, p. 65.

¹⁵¹ *Loc. cit.*

¹⁵² On fera remarquer que le Parlement ne peut fixer d'orientations budgétaires s'agissant de la gestion des régimes de retraites complémentaires. Pensés dès l'origine comme des dispositifs autonomes fruits d'une négociation collective pleine et entière, l'intervention du législateur est difficilement concevable, du moins tant que le système est viable.

¹⁵³ J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto et R. Lafore, *Droit de la Sécurité sociale*, Dalloz, 16^{ème} éd., 2008, p. 500. V. également, A.-M. Brocas, « La convention médicale après les ordonnances », *Droit social*, 1996, p. 814 ; X. Prétot, « L'évolution juridique du régime juridique des conventions médicales », *Droit social*, 1997, p. 845.

¹⁵⁴ Art. L. 227-1 du Code de la Sécurité sociale.

demandera aux médecins que d'appliquer des décisions prises ailleurs »¹⁵⁵. Il n'est pas étonnant dès lors que dix années de tensions suivirent l'adoption de ce plan, qualifiées par la CSMF de « dix années de plomb ».

601. Cet interventionnisme des pouvoirs publics dans le domaine des conventions médicales révèle le souci de garder la main sur un système qui a, au fil des ans, eu de plus en plus partie liée avec des considérations d'intérêt général dépassant les seuls intérêts des salariés ou des médecins. Ceci explique que les pouvoirs publics aient voulu se prémunir de l'absence de convention en cas d'échec des négociations ou en l'absence d'approbation. La pérennité du régime est alors en jeu. Dans ce cas, l'article L. 162-5-9 du Code de la Sécurité sociale prévoyait que le Gouvernement pouvait édicter par décret, un règlement conventionnel minimal et, plus largement, fixer par voie d'arrêté les objectifs annuels de dépenses propres à chaque profession. Un mécanisme similaire est d'ailleurs prévu en matière d'assurance chômage. Ce nouveau rôle assigné au Gouvernement a été jugé comme mettant « en cause la nature conventionnelle des conventions ! »¹⁵⁶. Sans aller jusqu'à dresser un tel constat, il est certain que l'intervention du Gouvernement marquait une rupture profonde avec le principe même d'une régulation négociée et autonome. En réalité, ce règlement conventionnel minimum visait *in fine*, à inciter les partenaires conventionnels à parvenir à un accord car rien ne garantissait que son contenu leur soit favorable. L'usage de cette menace s'observe également en droit du travail même si elle n'est pas institutionnalisée. En effet, les pouvoirs publics n'hésitent pas, dans le cadre de la procédure prévue par l'article L1 du Code du travail, à agiter le spectre d'une intervention légale qui plus est dans un délai fixé, si les interlocuteurs sociaux ne parviennent pas à s'accorder. S'agissant des conventions médicales, la loi du 13 août 2004 a finalement abandonné le mécanisme du règlement conventionnel minimal. Il est désormais prévu qu'en cas de rupture des négociations préalables à l'élaboration d'une convention ou d'opposition, un arbitre indépendant arrête un projet de convention dans le respect du cadre financier pluriannuel des dépenses de santé¹⁵⁷.

¹⁵⁵ C. Maffioli, « Réalités et inquiétudes », *Droit social*, 1996, p. 863.

¹⁵⁶ M. Kambakhche, *op. cit.*, p. 211.

¹⁵⁷ Approuvé par les ministres compétents, il prend alors la forme d'un règlement arbitral qui a vocation à s'appliquer pour une durée de cinq ans mais qui peut cesser de s'appliquer prématurément si une convention

602. L'équilibre entre pouvoirs publics et partenaires conventionnels quant à la détermination du contenu des accords est parfois délicat à atteindre. Il menace de basculer du côté des détenteurs de la force publique à chaque fois qu'est dictée aux négociateurs leur ligne de conduite. La loi de financement de la sécurité sociale pour l'année 2007 est à ce sujet on ne peut plus édifiante. En effet, par cette loi, le législateur s'est autorisé à intervenir dans les discussions alors en cours des négociateurs afin de leur fixer des objectifs. Mieux, cette loi prévoyait que si les partenaires conventionnels ne parvenaient pas à remplir ces objectifs en un temps donné, le pouvoir réglementaire était alors invité à pallier cette défaillance¹⁵⁸. De plus, il était prévu par l'article 103 de cette même loi qu'à défaut d'accord conventionnel avant le 31 janvier 2007 sur « les conditions de convergence du dispositif du médecin référent avec les dispositions relatives au médecin traitant », un arrêté pouvait pallier la carence des partenaires conventionnels. Or, jusqu'à présent les partenaires conventionnels conduisaient les négociations sur la base d'une délégation générale du législateur mais celui-ci n'avait jamais assorti cette délégation d'une obligation de résultat, *a fortiori* d'une obligation de résultat enfermée dans une échéance¹⁵⁹. C'est dire l'atteinte portée à la liberté des partenaires conventionnels de fixer le contenu de leur accord. Sans surprise, un accord a bel et bien été conclu. Cette emprise des pouvoirs publics sur le contenu des conventions conclues avec les professionnels de santé amène à se demander ce qu'il reste de conventionnel dans le système du conventionnement médical. De même, plus qu'une finalité de l'action publique, l'accord collectif semble désormais en constituer un levier.

B) L'accord collectif comme levier de l'action publique

603. Les interlocuteurs sociaux sont aujourd'hui amenés à investir des domaines qui au premier abord, devraient relever de la seule responsabilité des pouvoirs publics. Pour

est négociée entre temps. Un arrêté du 3 mai 2010 a ainsi approuvé un règlement arbitral en l'absence de convention médicale transmise le 19 avril 2010. S'y est substitué une convention signée le 26 juillet 2011.

¹⁵⁸ L'article 47 de cette loi énonçait ainsi qu'à défaut de conclusion d'un avenant permettant aux médecins de certaines spécialités de pratiquer de manière encadrée des dépassements d'honoraires, un arrêté ministériel pourra modifier à cet effet les dispositions de la convention nationale.

¹⁵⁹ I. Vacarie et A. Allouache, A.-S. Ginon, Y. Ferkane et S. Leroy, « Crise de l'Etat providence ou crise de la régulation économique ? », *Droit social*, 2008, p. 1103.

autant, ces derniers ne se sont pas dépossédés contre leur gré de ces thématiques. Bien au contraire, c'est volontiers qu'ils intègrent la négociation collective comme composante et donc comme levier de l'action publique en vue de remplir des objectifs que la loi est jugée incapable de remplir seule. Les obligations de négocier nouvellement mises en place, portent sur des thématiques jugées primordiales par les pouvoirs publics. Elles sont bien souvent le reflet des préoccupations du moment. Les interlocuteurs sociaux sont d'ailleurs parfois contraints à négocier sur des thématiques où affleure l'intérêt général. L'article L. 2241-5 du Code du travail institue ainsi une obligation triennale de négocier sur les mesures tendant à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés. L'impulsion donnée par les pouvoirs publics à la négociation collective, que ce soit en matière d'handicap, de travail des séniors, d'égalité des chances ou d'égalité homme-femme, met très clairement au jour leurs intentions. Il n'est pas contestable que les interlocuteurs sociaux doivent contribuer à la résolution de ces problèmes. Toutefois, il appartient prioritairement aux pouvoirs publics de légiférer dans des domaines qui ont trait à l'intérêt général. Confirmant cette analyse, un auteur estime à ce titre que « l'essentiel, peut-être, est ailleurs : dans le fait que les parties à la négociation ne sont plus de libres contractants, maîtres de l'objet de leur contrat, mais deviennent les agents de mise en œuvre de politiques d'intérêt général (politiques de formation professionnelle, d'égalité entre hommes et femmes, de l'emploi, etc.), les instruments obligés de réalisation d'objectifs qu'ils doivent faire leurs alors qu'ils ont été définis en dehors d'eux »¹⁶⁰.

604. Une dimension essentielle de l'instrumentalisation par les pouvoirs publics du modèle de l'accord collectif de travail doit ici être discutée. Si celui-ci constitue un levier de l'action publique, c'est qu'il permet de légitimer et de faciliter certains projets. En revanche, lorsque les interlocuteurs sociaux décident de s'opposer à la démarche entreprise, les pouvoirs publics n'hésitent pas à contourner la négociation collective. Autrement dit, si le modèle est un levier, ceux-ci sont libres de l'activer ou non. L'actualité est, sur ce point, riche d'enseignements. L'organisation de conférences sociales tripartites censées impulser des négociations en vue de réformes d'ampleur aurait pu laisser espérer que la volonté des interlocuteurs sociaux soit respectée. Toutefois, leur incapacité à s'accorder sur les thèmes suggérés lors de la troisième conférence sociale a mis au jour les limites de l'action négociée.

¹⁶⁰ A. Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Droit social*, 2003, p. 59.

Elle ne peut pas aboutir systématiquement à un résultat et encore plus dans un laps de temps réduit. Aussi, pour mener à bien la réforme qui se fera notamment l'écho du rapport Combrexelle dans des proportions qu'on ignore pour l'heure, il a été décidé de contourner la procédure de l'article L.1 du Code du travail. Autrement dit, il n'y aura pas de négociation légiférante à ce sujet. L'objectif est clair, « renforcer la place des accords collectifs dans le droit du travail » selon « un timing rondement mené pour un projet d'une telle envergure d'où surprise, le dialogue social, si cher au gouvernement, est absent »¹⁶¹. Or, pour que cela soit possible, encore faudrait-il que l'urgence soit déclarée, chose délicate au vu du contexte même si la notion est sujette à interprétation. Le sentiment persistant reste celui d'une négociation à marche forcée et orientée sous la tutelle des pouvoirs publics¹⁶².

605. Cette instrumentalisation de la négociation collective par les pouvoirs publics n'est pas sans conséquences sur la marge de liberté accordée aux interlocuteurs sociaux. Il suffit pour s'en convaincre de dissiper les faux semblants derrière le discours aujourd'hui classique qui consiste à déceler derrière la multiplication des cas de négociations dérogatoires, un accroissement du pouvoir des interlocuteurs sociaux. Il y a là indéniablement une part de vérité. Néanmoins, il faut relativiser le propos car les accords dérogatoires « ne sont pas [...] la manifestation d'une autonomie collective, loin s'en faut »¹⁶³. Un auteur a récemment opiné sur ce sujet à la lumière de la loi Rebsamen du 17 août 2015 et a conforté l'hypothèse d'une « instrumentalisation de la négociation collective, à l'œuvre depuis que se multiplient les possibilités de déroger à la loi ». Celle-ci serait même aujourd'hui « ouvertement assumée »¹⁶⁴. En effet, à bien y réfléchir, l'espace offert à la négociation par les lois aménageant les dérogations est strictement encadré¹⁶⁵. Les conditions définies par le législateur doivent impérativement être respectées, faute de quoi l'accord négocié ne pourra s'appliquer. Le carcan législatif est donc présent y compris en cas de dérogation. S'engouffrer dans cette voie implique pour les interlocuteurs sociaux de suivre le chemin tracé par la loi. Dans cette configuration, la norme conventionnelle est encore servile par

¹⁶¹ « Une feuille de route chargée », *SSL*, Actualités, 2015, n°1695, 26 octobre 2015.

¹⁶² C'est vrai également s'agissant de la négociation des conventions médicales. I. Vacarie parle à ce titre de « négociation finalisée » faisant « partie des instruments de réalisation des prestations en nature dont dispose la direction de l'UNCAM », in *Mélanges en l'honneur de J.-P. Laborde*, Dalloz, 2015, p. 927.

¹⁶³ P. Rémy, *art. précit.*, p. 64.

¹⁶⁴ C. Nicod, « La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration », *RDT*, 2015, p. 549.

¹⁶⁵ V. sur ce point, la position du CC, décision 2008-568 DC du 7 août 2008, considérants 13 et s.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

rapport à la norme légiférée. Elle la complète. Parfois même, elle la précise voire elle permet sa mise en œuvre. On rappellera sur ce point, « si besoin était, que la convention collective n'a pas seulement un effet règlementaire mais également une fonction règlementaire en droit français »¹⁶⁶. L'intérêt de déléguer une telle tâche aux interlocuteurs sociaux est évident. Il va de soi que leur intervention confère à la norme d'application ainsi élaborée une légitimité telle qu'il est difficile de la contester, ce qui en fait un levier non négligeable pour les pouvoirs publics.

Il faut toutefois prendre conscience que l'instrumentalisation de la norme conventionnelle n'est pas le fait uniquement des pouvoirs publics. Les acteurs privés jouent également un rôle en la matière.

Paragraphe 2 Une instrumentalisation du modèle par les acteurs privées

606. Au premier abord, il peut sembler candide de dresser le constat, mieux de s'en étonner, d'une instrumentalisation du procédé de l'accord collectif par les personnes privées. En effet, c'est le propre de l'action des interlocuteurs sociaux que de vouloir s'emparer de ce procédé, de l'instrumentaliser, en vue de satisfaire les intérêts qu'ils se destinent à représenter. Toutefois, l'idée d'instrumentalisation exprime bien plus. Elle évoque également un usage détourné. Autrement dit, signaler l'instrumentalisation d'un modèle, revient à affirmer que celui-ci est employé à des fins qui n'étaient pas nécessairement celles qui lui avaient été initialement assignées. Or, il semblerait, alors même que l'accord collectif se situe dans un rapport d'opposition avec l'unilatéral, que celui-ci, chantre du négocié, devienne le support d'expression d'un pouvoir unilatéral (**A**) mais aussi un mode de légitimation de l'initiative privée (**B**).

A) La négociation comme mode d'expression d'un pouvoir

607. Adopter une vision purement idéale du procédé de l'accord collectif supposerait de le présenter comme la panacée à tous les conflits et les tensions qui peuvent ternir les rapports qu'entretiennent des groupements d'individus. Mener une telle négociation attesterait du désir de ses instigateurs de prendre place au sein d'une aire de volontariat et de bonne

¹⁶⁶ P. Rémy, *art. précit.*, p. 65.

volonté, en l'occurrence celle de pacifier par le consensus. Si cette vision n'est pas complètement erronée, elle n'en est pas moins naïve. La négociation collective, comme toute forme de négociation, suppose un antagonisme. Pareille observation est d'ailleurs très souvent employée pour opposer au sein des actes juridiques collectifs, les accords collectifs des actes juridiques collectifs unilatéraux¹⁶⁷. Cela n'implique pas nécessairement l'existence d'un conflit. Il suffit que les intérêts des négociateurs, sans pour autant être divergents, soient différents. Ainsi, lors de négociations, ce sont de véritables stratégies qui sont mises en place afin d'obtenir le maximum et de concéder le minimum. Pour cela, il est préférable d'être en situation de force et donc disposer d'un pouvoir. Le constat est troublant si l'on considère qu'un accord collectif suppose un bilatéralisme peu compatible avec l'unilatéralisme qu'implique l'exercice d'un pouvoir. Il faut y voir la preuve que la frontière entre contrat et pouvoir, n'est pas toujours aisée à tracer¹⁶⁸. Il n'est donc pas si surprenant que l'accord collectif puisse abriter une décision unilatérale. Une décision rendue par la Cour de cassation permet d'éclairer ce propos. Il s'agit de l'arrêt de principe du 5 mai 1998¹⁶⁹. En l'espèce, les prérogatives du comité d'entreprise étaient en jeu. Un employeur n'avait pas consulté l'institution préalablement à la conclusion d'un accord collectif au sein de l'entreprise. Or, en principe, l'employeur était tenu de l'informer et de le consulter sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise¹⁷⁰. En conséquence, l'employeur aurait dû consulter le comité d'entreprise antérieurement à la conclusion dudit accord. Pourtant, cette institution a essentiellement pour mission d'exercer un contrôle sur l'exercice du pouvoir décisionnel de l'employeur et non pas sur le pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux lorsqu'ils signent des accords collectifs de travail. Toutefois, la Cour de cassation ne s'est pas arrêtée à ce genre de considérations. En effet, elle a estimé qu'« il n'y a pas lieu de distinguer selon que la décision en cause est une décision unilatérale ou prend la forme de la négociation d'un accord collectif d'entreprise portant sur l'un des objets soumis légalement à l'avis du comité d'entreprise ». La formulation de la Cour de cassation a de quoi étonner. Tout d'abord, elle affirme que la décision en vue de laquelle l'employeur doit consulter le comité d'entreprise peut prendre la

¹⁶⁷ V. supra, partie 1, chapitre 1, titre 1.

¹⁶⁸ V. en ce sens, P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, p. 240.

¹⁶⁹ Soc. 5 mai 1998, *Bull. civ.*, V., n° 219.

¹⁷⁰ Art. L. 2323-6 du Code du travail.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

« forme » d'un accord collectif. Au regard des obligations de l'employeur envers le comité, la décision unilatérale et l'accord collectif sont mis sur un même plan. La haute juridiction s'est conformée ainsi à l'avis du Conseiller rapporteur qui faisait remarquer que si le pouvoir de gestion de l'employeur « se matérialise évidemment et le plus souvent par des décisions unilatérales, il peut aussi se matérialiser dans des accords collectifs d'entreprise ». Aussi, c'est avec circonspection qu'il faut accueillir la soustraction des projets d'accord collectif, de leur révision ou de leur dénonciation à l'avis du comité d'entreprise par la loi Rebsamen du 17 août 2015¹⁷¹. La mesure est présentée comme visant à contribuer à rendre le dialogue social plus stratégique. Cependant, « n'était-il pas justifié de préserver les attributions du comité d'entreprise en ce domaine, quand on sait que le champ du négociable, à l'origine calé sur le domaine du contrat, s'est étendu sur des terrains autrefois réservés au pouvoir patronal et tend même aujourd'hui à investir celui des droits fondamentaux »¹⁷²? Mieux, il est possible de voir derrière l'objectif annoncé, un renforcement du pouvoir unilatéral de l'employeur et non de celui des interlocuteurs sociaux. A ce titre, il n'est pas surprenant que de droit au profit des salariés, le droit à la négociation collective se soit progressivement bilatéralisé. Ultime manifestation en date de cette tendance, la loi du 17 août 2015 prévoit que lorsqu'il envisage de négocier avec les représentants élus du personnel, l'employeur « fait connaître son intention de négocier »¹⁷³, comme si la négociation était un instrument à la disposition de l'employeur.

Dans la lignée de cet aveu, il est utile d'évoquer à nouveau le cas des lois dispositives¹⁷⁴. Celles-ci conditionnent l'exercice d'une faculté par l'employeur, bien souvent dérogatoire à la loi, à la conclusion d'un accord collectif. Il en va ainsi notamment en matière de travail de nuit ou bien encore de forfaits en jours ou en heures sur l'année¹⁷⁵. Si, dans les cas ici évoqués, l'accord collectif ne vise pas à exprimer principalement le pouvoir de l'employeur, il permet néanmoins de l'encadrer, de l'accompagner et donc de le libérer. Il fait alors office de norme d'habilitation permettant de s'assurer de la légalité, pour ne pas dire de la légitimité, des décisions prises par l'employeur sur son fondement¹⁷⁶.

¹⁷¹ Art. L. 2323-2 du Code du travail.

¹⁷² C. Nicod, « La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration », *RDT*, 2015, p.549.

¹⁷³ Art. L. 2232-23-1 du Code du travail.

¹⁷⁴ Cf. supra, Partie 1, Titre 2, chapitre 1.

¹⁷⁵ Art. L. 3122-33 et L. 3121-39 du Code du travail.

¹⁷⁶ V. en ce sens, A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2010, n°668.

Pourtant, selon une analyse répandue, le procédé de l'accord collectif de travail est né de la nécessité de compenser l'inégalité inhérente au contrat individuel de travail et de créer un contrepouvoir. En somme, l'« invention du collectif »¹⁷⁷ répondrait au besoin d'encadrer le pouvoir de l'employeur. Toutefois, il apparaît clairement aujourd'hui, que l'accord collectif de travail ne poursuit plus uniquement cet unique but. Pire, il semblerait qu'il puisse « servir d'instrument à une réactivation » de ce même pouvoir¹⁷⁸. Pensé par la loi du 13 juillet 1971 comme un droit des salariés, le droit à la négociation collective est aujourd'hui présenté comme un droit à l'autorégulation, comme l'atteste le regain d'intérêt rencontré par le concept d'autonomie collective. De même, l'évolution des thématiques de négociation et la mise dans la balance conventionnelle de considérations liées notamment à l'emploi des salariés, entraîné un renversement dans la perception de l'activité conventionnelle. Celui-ci « tient sans doute à une prise de conscience patronale tardive mais réelle des avantages de la négociation dans la régulation des relations de travail, surtout dans le cadre de l'entreprise »¹⁷⁹. Au-delà de l'instrument normatif, c'est la légitimité qui est attachée au procédé de l'accord collectif qui attire. En effet, « les conventions collectives, quelles que soient les faiblesses qu'on peut leur reconnaître, et même si elles peuvent parfois être conclues sous la menace, sont des sources du droit dont la légitimité est plus grande que celle accordée à la seule volonté de l'employeur seul »¹⁸⁰. Mais, il est tentant pour la décision unilatérale de faire croire à son caractère négociée et de se parer, de la sorte, de la légitimité du procédé conventionnel.

B) La négociation collective comme mode de légitimation de l'action privée

608. Il ne faut guère se méprendre sur l'intention de ceux qui entendent recourir à un modèle. Si parfois ils l'empruntent dans une visée progressiste afin que la situation du plus grand nombre s'améliore, ils le font également, bien souvent, à des fins promotionnelles afin de se parer de l'aura positive qui peut émaner de lui (1). Plus fondamentalement, cette aura conférée au modèle du fait de son caractère négocié et de l'implication des interlocuteurs

¹⁷⁷ V. sur cette invention, les développements d'A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, pp. 124 et s.

¹⁷⁸ G. Borenfreund et M.-A. Souriac, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Droit social*, 2003, p. 76 ; A. Fabre, *op. cit.*

¹⁷⁹ M.-A. Souriac et G. Borenfreund, « La Négociation collective entre désillusions et illusions », in *Etudes offertes à J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 219.

¹⁸⁰ E. Dockès, « Elargir le champ et la force du contrat », *RDT*, 2007, p. 148.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

sociaux dans sa conception, lui confère un crédit considérable. De manière symptomatique, la légitimité ainsi reconnue à l'accord complique l'office du juge lorsqu'il est appelé à connaître d'un accord collectif (2).

1. Un outil de promotion des entreprises

609. Le recours au modèle de l'accord collectif et le repli derrière son caractère négocié permettent à certains professionnels d'assurer la promotion de leur activité. Ainsi, la paix sociale n'est pas la seule fin de la négociation collective lorsque l'employeur accepte de s'y engager. A l'heure de la responsabilité sociale (sociétale ?) et environnementale portée comme un étendard par certaines entreprises, l'engagement d'un processus conventionnel a parfois des retombées économiques en termes d'image pour l'entreprise qui apparaît progressiste et citoyenne. Cette tendance à faire de l'accord collectif un mode de promotion d'une activité économique est particulièrement présente en droit de la consommation. En effet, les consommateurs sont de plus en plus soucieux de la qualité, tant de produits qu'ils acquièrent que des services qu'ils sollicitent. Ils ne savent toutefois pas toujours, comment apprécier le niveau de qualité qui leur est proposé et faire leur choix. Les producteurs et prestataires de services sont conscients de cette demande au même titre que les pouvoirs publics qui développent les obligations d'information pour permettre aux consommateurs de se décider de manière éclairée. Les initiatives privées ne sont pas en reste. Les acteurs économiques recherchent le moyen de faire connaître leurs efforts, en se distinguant de leurs concurrents. Or, la négociation collective est susceptible de remplir cette fonction. En effet, des contrats pour l'amélioration de la qualité que l'on qualifie également de contrats « Approuvé », peuvent être conclus sous l'égide du ministère de l'Economie et plus précisément sous celle de la DGCCRF¹⁸¹. Par ce contrat, le professionnel s'engage vis-à-vis des associations de consommateurs signataires, à améliorer la qualité du produit, du service ou des conditions de leur fourniture. S'il s'agit d'œuvrer en faveur des consommateurs, l'engagement des professionnels dans ce processus conventionnel n'est pas complètement

¹⁸¹ Anciennement « contrats pour l'amélioration de la qualité ». Ils peuvent être négociés dans le cadre du CNC conformément à l'article D. 511-2 du Code de la consommation. Le procédé a rarement été utilisé : en 2001 pour l'engagement régularité de la SNCF, en 2004 pour la baisse des prix dans la grande distribution et pour la transparence bancaire, en 2005 pour l'amélioration du service rendu par les fournisseurs d'accès à Internet.

désintéressé. L'accord ainsi passé et contrôlé par la DGCCRF, autorise le professionnel à utiliser un signe de qualité matérialisé sous forme du label « Approuvé ».

Désormais, les consommateurs sont érigés en acteurs de nouvelles pratiques de régulation qui mettent aux prises les professionnels aussi bien avec les associations de consommateurs que les associations des droits de l'homme ou bien encore les syndicats. La participation d'acteurs provenant d'horizons aussi différents ne saurait surprendre tant il n'est plus possible aujourd'hui de penser la production de biens et de services sur une base exclusivement consumériste. L'action de l'entreprise se mesure également à l'aune de son impact environnemental ou social. Le consommateur devenu citoyen prête désormais attention à ces éléments pour consommer de manière responsable. Pour ce faire, des indicateurs sont mises en place pour l'orienter dans ce parcours. Se développent ainsi « des labels sociaux, des codes de conduite et des pratiques ciblées d'investissement »¹⁸². Il en va de même s'agissant des accords et des chartes portant sur la responsabilité sociale des entreprises¹⁸³. Dans cette lignée, apparaissent des labels à l'objet étonnant, tel que le label égalité professionnelle délivré par l'AFNOR. Pour son obtention, la signature d'un accord d'entreprise en matière d'égalité professionnelle constitue un critère d'octroi. Plus fondamentalement, ce sont les avantages associés à ce label par l'AFNOR qui renseigne sur le rôle promotionnel que la négociation collective peut être amenée à jouer. Aux entreprises qui postulent pour l'obtention de ce label, il est affirmé : « vous portez l'image d'un organisme socialement engagé : Vous fédérez les salarié(e)s autour d'un projet commun d'organisme. Vous améliorez votre performance économique en motivant votre personnel. Vous fidélisez par les valeurs humaines. Vous développez une culture d'entreprise basée sur l'égalité. Vous attirez des nouvelles recrues. Vous obtenez un accroissement du panel de candidatures notamment dans les secteurs où il est difficile de recruter des femmes. Vous faites reconnaître vos pratiques et vous rejoignez le pool des entreprises exemplaires sur ce thème. Vous pouvez revendiquer l'exemplarité en matière d'égalité professionnelle. Vous obtenez un levier de différenciation et un bon outil d'émulation répondant aux attentes du monde économique »¹⁸⁴. Les retombées positives d'un tel label seraient donc perceptibles

¹⁸² J.-P. Le Crom, « Le label syndical », in *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, ss. la dir. de J.-P. Le Crom, PUR, 2004, p. 297.

¹⁸³ V. sur cette question, A. Sobczak, *Réseaux de sociétés et code de conduite. Un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, LGDJ, 2002.

¹⁸⁴ <http://www.boutique-certification.afnor.org/certification/label-egalite-professionnelle>.

aussi bien dans les relations que l'entreprise noue avec ses clients que dans les rapports qui la lient à ses salariés. On ne peut qu'être vigilant à l'égard de ce genre de discours car derrière le panorama flatteur des avantages de ce label ici dressé, se cache un discours commercial. En effet, l'obtention d'un label ou d'une certification a un coût pour l'entreprise.

Dans le même sens, en matière d'insertion des personnes handicapées, la DGEFP a dans un guide méthodologique entendu assurer la promotion de la négociation collective en soulignant l'amélioration du climat interne de l'entreprise et leurs effets positifs sur la « représentation sociale vis-à-vis de l'extérieur »¹⁸⁵.

610. Le droit du travail n'est donc pas épargné par ce phénomène, « le développement actuel ou attendu de la participation de nouveaux acteurs dans les relations professionnelles se [conjuguant] avec l'idée, développée dans les milieux académiques, de la nécessaire prise en compte par les entreprises de leur rôle sociétal »¹⁸⁶. Encore faut-il déterminer le rôle que le modèle de l'accord collectif de travail est susceptible de jouer en faveur du développement d'outils de promotion des entreprises socialement responsables.

Ces démarches, sous leurs atours louables, ne sont-elles pas de simples engagements d'honneur, autrement dit des normes de droit souple ? On s'éloigne alors un peu plus d'un modèle de l'accord collectif de travail, pensé essentiellement comme un modèle de droit contraignant en ce que les normes qu'il porte ont vocation à s'imposer pleinement aux acteurs qui lui sont assujettis. Là est le risque de ces normes de droit souple. Elles permettent à ceux qui les édictent de définir les bornes de leur action de telle mesure à ce que leurs intérêts privés soient préservés. Il en va ainsi tout particulièrement en droit de la consommation où l'on peut « craindre que les professionnels, qui sont les principaux maîtres d'œuvre des règlements non juridictionnels des litiges, ne soient incités à occulter la règle de droit au profit de normes d'origine privée dont ils se sentent plus proches »¹⁸⁷. Certains signataires, généralement la partie forte, recherchent dans l'accord une certaine sécurité juridique et ce faisant visent à évincer le juge.

¹⁸⁵ DGEFP, *Les accords en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés, guide méthodologique*, juin 2009, p. 14.

¹⁸⁶ J.-P. Le Crom, *art. précit.*, p. 297.

¹⁸⁷ E. Camous, *Règlements non-juridictionnels des litiges de la consommation - Contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlements des conflits*, LGDJ, p. 305.

2. Une mise à l'écart du juge

611. La légitimité de l'accord collectif est instrumentalisée pour écarter ou atténuer le contrôle juridictionnel. Le revirement de jurisprudence en matière d'égalité de traitement est topique. Les arrêts du 27 janvier 2015 parlent d'eux-mêmes. Les différences de traitement qu'un accord collectif de travail contient sont présumées justifiées pour trois raisons. D'une part, ils sont conclus et négociés par des syndicats représentatifs. La légitimité liée à la qualité représentative est ici clairement rappelée. Mais elle ne suffit pour légitimer un accord créant une telle distorsion du principe de faveur. D'autre part, ils sont conclus par des organisations syndicales investies de la défense des droits et intérêts des salariés. La raison ici évoquée ne semble pas décisive dès lors qu'une telle mission relève de l'objet de tout syndicat. C'est donc, en toute logique, la troisième raison qui explique cette nouvelle orientation de la Cour de cassation. En effet, il est précisé que les syndicats signataires sont habilités par les salariés par le biais d'un vote direct. L'audience électorale cumulée des syndicats signataires justifierait ainsi, presque à elle seule, la validité de l'accord et lui, conférerait, aux yeux de la Cour de cassation, un surplus de légitimité autorisant la reconnaissance d'une présomption de justification. Voilà qui restreint considérablement, en la matière, l'office des juges du fond. Il leur suffit de constater, de fait, qu'un accord remplit les conditions de validité prévu par le droit commun des accords collectifs de travail, pour qu'une différence de traitement non préalablement justifiées soit présumée légale.

Un recul du juge est également aménagé dans la nouvelle procédure de grands licenciements collectifs. Les plans de sauvegarde conventionnels sont soumis à un simple contrôle de la légalité par la DIRECCTE - - contrôle excluant toute appréciation sur le contenu même du plan et de l'opportunité des mesures. Toute intervention du juge administratif n'est pas exclue mais celle-ci n'est possible que dans un second temps, retardant et compliquant l'accès au juge pour d'éventuels contestataires.

En creux, le discours tendant à justifier ce retrait suggère que l'intervention du juge constituerait une atteinte à la liberté conventionnelle et plus encore à l'autonomie normative des interlocuteurs sociaux. Le débat est ancien et est souvent réactivé lorsque la sécurité juridique est invoquée, à tort ou à raison, pour entraver le contrôle de légalité et l'interprétation des accords collectifs par le juge. Le rapport Combrexelle résume à lui seul

tous les griefs opposés au juge. Bien qu'il fasse l'apologie des arrêts du 27 janvier 2015, c'est pour aussitôt considérer que « tout s'est passé comme si le reflux législatif opéré au profit de la négociation collective avait été immédiatement compensé par un contrôle accru du juge sur le contenu des stipulations des accords collectifs ». Aussi, il est proposé que « la question de l'interprétation des accords, notamment par le juge, [...] grande source de difficulté et d'insécurité juridique » soit réglée par les accords eux-mêmes en fixant « les modalités d'interprétation [...] et de donner à cette interprétation une valeur identique à celle de l'accord qui s'imposerait au juge sous réserve de l'ordre public »¹⁸⁸. Le contrôle du juge se limiterait ainsi à veiller au respect des dispositions d'ordre public, sans qu'on sache au demeurant s'il est question d'ordre public social ou absolu.

Toutefois, il n'est pas dit que la Cour de cassation soit prête à se délester de son rôle d'interprète des conventions collectives. Dans son rapport annuel de 2014, elle suggère ainsi « d'instituer une procédure de saisine pour avis de la chambre sociale de la Cour de cassation pour les questions de droit nouvelles, sérieuses et se posant dans de nombreux litiges, qui trouvent leur source dans une convention ou un accord collectif de travail »¹⁸⁹. Au vu de sa nature juridique spécifique, comment pourrait-il en être autrement ? Le modèle de l'accord collectif, du moins compris dans son acception statutaire, ne doit-il pas être considéré comme une loi professionnelle dont le contrôle échoit à la seule autorité à même d'en contrôler la légalité de manière indépendante ? Une « séparation des pouvoirs », en l'occurrence ceux du juge et des interlocuteurs sociaux, n'est-elle pas nécessaire ? A moins de considérer que l'autonomie normative que l'on prétend conférer aux interlocuteurs sociaux suffise à justifier la mise à l'écart du juge. Là encore, le rapport Combrexelle s'il ne conclut pas à un retrait pur et simple du juge en matière conventionnelle, suggère néanmoins que le temps judiciaire soit balisé et que le recours au juge soit limité dans le temps, au moins s'agissant des questions touchant à la forme de l'accord¹⁹⁰.

C'est avec précaution qu'il convient d'accueillir ces propositions car, à terme, elles pourraient suggérer bien plus. Les débats récurrents sur le contournement du juge en matière de licenciement économique, appellent à la plus grande vigilance car de là à ce qu'un accord collectif puisse empêcher tout contrôle du juge du fait de la légitimité qui lui

¹⁸⁸ V. les propositions n°14 et 15.

¹⁸⁹ Cour de cassation, Rapport annuel – Le temps, La documentation française, 2014.

¹⁹⁰ J.-D. Combrexelle, *rapport précit.*, p. 73.

est reconnue, il n'y a qu'un pas qu'il serait malheureux de franchir sans réflexion préalable. Il faudrait prendre garde à ne pas voir dans les rapports entre droit négocié et juges, un rapport de concurrence inapproprié.

Conclusion du chapitre 1

612. La surprise est de taille pour celui qui, se fiant aux discours vantant la liberté d'un mode d'expression normative censé incarner l'expression de l'autonomie régulatrice des détenteurs du droit de négocier collectivement, découvre que le procédé de l'accord collectif, spécialement en droit du travail, n'est somme toute qu'un instrument manié au gré des contingences et des intérêts. Le symbole, le modèle idéal, perd alors de sa superbe. Du moins, tout dépend finalement de l'idée qu'on s'en fait car, finalement derrière la dénaturation du modèle ici constatée, il se cache peut être une simple évolution que certains appelleraient de leurs vœux, une évolution nécessaire pour que se matérialise enfin leur conception du modèle. D'ailleurs, la réalisation d'un modèle est elle-même possible ? N'est-ce pas le propre de l'idéal, fantasme par excellence, que de n'être qu'un horizon inatteignable ? Il n'empêche que l'on peut aspirer à s'en rapprocher.

En qualité d'instrument, le modèle est utilisé par les pouvoirs publics qui en organisent le recours. La négociation collective procède ainsi d'une habilitation expresse qui révèle la prégnance du législateur sur l'activité conventionnelle. Celle-ci se manifeste de différentes manières, des plus subtiles aux plus directes. Elle atteste que le renvoi fréquent au modèle de l'accord collectif de travail, s'accompagne d'une instrumentalisation de celui-ci en vue de satisfaire certains objectifs, parfois différents de ceux qui sont traditionnellement assignés aux négociateurs.

A cette tendance, vient s'ajouter un phénomène autrement plus inquiétant, celui de la dénaturation du modèle de l'accord collectif de travail. Le recours intempestif au procédé, son invocation pas toujours indiqué, ont conduit à reconsidérer ses caractéristiques même. Deux de ses composantes sont particulièrement atteintes, à savoir son caractère négocié et plus grave encore, son caractère normatif et par là même, une part de son essence collective. Il faut peut-être y voir là, les conséquences de la concurrence exercé par d'autres modèles.

Chapitre 2 Le modèle concurrence

613. Un modèle n'est jamais unique ou exclusif. Il l'emporte sur d'autres modèles jusqu'à ce qu'un autre se substitue à lui. En ce sens, des rapports de concurrence peuvent naître entre eux. Le modèle de l'accord collectif de travail n'échappe pas à cette règle et subit lui aussi la concurrence d'autres modèles. Encore faut-il déterminer quels sont ces concurrents. Pour ce faire, il convient de rappeler que le modèle de l'accord collectif de travail est avant tout un modèle de production normative. Il se particularise notamment, par la place qu'il accorde à la négociation collective au stade de son élaboration. À ce titre, il peut être également qualifié de modèle de droit négocié. Il s'oppose ainsi à des modes de production normative plus classiques où l'élaboration de la norme n'implique pas de faire participer ses destinataires. Les normes qui en résultent sont parfois regroupées sous l'appellation de droit imposé.

Autre spécificité notable du modèle de l'accord collectif de travail, la norme négociée a vocation à s'appliquer de la même manière qu'une loi le ferait. En cela, elle relève d'un modèle de droit parfois qualifié de dur ou de rigide. Il s'oppose en ce sens à un modèle de droit souple dont le propre est de privilégier l'élaboration de normes non obligatoires et qui fait donc la part belle à la volonté de ses destinataires quant à son application effective.

L'observation de ces modèles et l'analyse des raisons qui poussent les acteurs du droit à opter pour eux plutôt que pour celui de l'accord collectif de travail est riche d'enseignements. Elles révèlent en effet les limites du modèle qui se trouve au cœur de cette étude. Les insuffisances observées laissent à penser qu'il convient parfois d'emprunter d'autres voies en fonction des objectifs poursuivis. La mise à l'écart du modèle de l'accord collectif de travail peut résulter également d'un simple arbitrage d'opportunité. Il faut donc admettre que le modèle de l'accord collectif de travail subit la concurrence d'autres modèles. Ces oppositions sont structurantes. Elles permettent au modèle de l'accord collectif de travail d'affirmer ses spécificités. Toutefois, une tendance qui parcourt le droit français consiste à relativiser ces oppositions voire à les dénoncer. En creux, une confusion des genres s'opère laissant à redouter une crise identitaire. Les propos développés dans cette étude sur la dénaturation du modèle de l'accord collectif de travail s'inscrivent parfaitement dans cette mouvance. C'est donc avec vigilance qu'il convient d'observer

comment ce modèle concurrence et subit la concurrence à la fois du modèle du droit souple (**Section 1**) et de celui du droit imposé (**Section 2**).

Section 1

Le modèle de l'accord collectif de travail concurrencé par le modèle du droit souple

614. Confronter le droit souple au procédé de l'accord collectif de travail implique de voir dans le premier au même titre que le second, un modèle. Pareille qualification semble très largement admise en doctrine. L'idée de modèle est en effet « sollicitée comme définition ou comme fonction de la norme de droit souple »¹. En ce sens, la norme de droit souple est définie comme un étalon de mesure². Ces normes « ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion »³. En ce sens, elles sont semblables aux normes dites de droit dur. La rupture s'opère sur un autre plan. Ces normes ne mobilisent pas les mêmes leviers. Les unes fixent « des bornes à la liberté d'action de [leurs] destinataires »⁴ et expose « ceux qui les franchissent à des conséquences juridiques »⁵, tandis que les autres leur octroie, une marge de liberté plus conséquente. Le droit souple consisterait ainsi en un droit moins autoritaire et moins directif relevant plus volontiers de l'ordre du souhaitable⁶.

Si l'on admet que le droit souple constitue un modèle, il convient de déterminer en quoi il peut être commensurable rapporté à celui que constitue l'accord collectif de travail. Deux approches sont envisageables. La première consiste à les opposer. Il est toutefois malaisé de saisir à quel niveau se situe l'opposition. En effet, l'accord collectif de travail se définit avant tout, comme un modèle de droit négocié. Or, le droit souple n'est pas réfractaire à toute négociation. D'opposition, il ne peut donc être question entre ces deux figures, que si l'on accepte de considérer l'accord collectif de travail comme relevant du droit dur (§1). La seconde approche consiste à réfuter, ou du moins à relativiser, la portée de cette opposition et à démontrer, *in fine*, que droit négocié et droit souple sont parfois

¹ C. Thibierge, « Rapport de synthèse », *in Le droit souple*, Thèmes et commentaires, Dalloz, p. 145.

² M. Mekki, « Propos introductifs sur le droit souple », *in Le droit souple*, Dalloz, Thèmes et commentaires, p. 7.

³ Rapport du Conseil d'Etat, Etude annuelle 2013, *Le droit souple*, La documentation française, p. 61.

⁴ *Loc. cit.*

⁵ *Loc. cit.*

⁶ V. en ce sens, M. Mekki, *art. précit.*, p. 7.

conciliables. Cette approche se révèle périlleuse, car elle pourrait aboutir à nier toute force juridique à l'accord collectif de travail (§2).

Paragraphe 1 L'opposition des modèles

615. Nul ne doute aujourd'hui que l'accord collectif de travail est source de normes juridiques. En revanche, l'incertitude est de mise s'agissant de la normativité des règles de droit souple. Il est important de s'entendre sur cette question sans quoi toute tentative de démarcation avec la normativité qu'incarne l'accord collectif de travail serait vaine. L'entreprise est périlleuse lorsqu'on connaît le flou qui entoure la notion de droit souple. Plusieurs voies peuvent être empruntées afin de tracer la frontière entre celle-ci et le droit rigide. Deux d'entre elles retiendront ici l'attention. La première repose sur le caractère ou non sanctionné de la norme en cas de violation (**A**), tandis que la seconde consiste à déduire la nature de la norme de sa force obligatoire (**B**).

A) L'absence de sanction en cas de violation d'une norme de droit souple

616. Qu'elles relèvent du droit dur ou du droit souple, les normes juridiques poursuivent une finalité commune. Elles ambitionnent, en effet, de façonner et d'orienter le comportement des agents auxquels elles se destinent. Toutefois, les moyens employés à cette fin diffèrent radicalement. Il est très classique d'affirmer à ce titre que la violation d'une norme relevant de la sphère du droit dur expose le contrevenant à des conséquences juridiques peu appréciables. Serait ainsi associé à ce type de norme, une sanction. À l'inverse, l'application d'une norme de droit souple serait conditionnée par le seul bon vouloir de ses destinataires, libres d'y adhérer ou de l'écarter.

La sanction est sans doute l'une des composantes les plus discutées de la norme juridique. Encore faut-il s'entendre sur ce que la notion recouvre. Celle-ci est incertaine⁷. Se donnant pour mission de faire la lumière sur cette « inconnue du droit », un auteur lui reconnaît au moins trois acceptions⁸ : consécration de la règle par l'ordre juridique (**1**), elle

⁷ F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, p. 221.

⁸ Ph. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. p. 197.

renvoie également aux conséquences du non-respect de la règle (2), mais aussi au recours à la force publique (3).

1. La sanction-consécration

617. Prise dans sa première acception, la notion de sanction désigne la consécration de la règle par l'ordre juridique. En effet, sanctionner revient à confirmer par une approbation légale. Celle-ci est sans conteste opératoire s'agissant de bon nombre d'accords collectifs et en premier lieu des accords collectifs de travail. Ces derniers, un temps plongés dans l'anomie, ont fait l'objet d'une reconnaissance légale dès 1919⁹. Ils font donc partie intégrante de l'ordre juridique étatique. À ce titre, un régime juridique imposant a été institué afin d'encadrer leur adoption et conditionner leur validité. Il leur est ainsi conféré, une force juridique remarquable, à la fois en intensité et en extension, alors même qu'il ne s'agit que d'actes juridiques de droit privé. Cette force participe indéniablement de leur identité et plus encore de leur originalité.

À l'inverse, cette acception exclut, au premier abord, les normes de droit souple. En effet, il ne semble pas exister de reconnaissance formelle de ce type de norme dans l'ordre juridique étatique. En ce sens, elles ont été parfois qualifiées d'actes « innommés » de droit privé¹⁰. Il est d'ailleurs intéressant de relever que le recours à des instruments de droit souple est souvent justifié par la volonté de leurs auteurs de pallier les insuffisances légales et donc d'éviter à l'usage de ces règles, qualifiées alors, non sans dédain, de normes de droit rigide¹¹. Elles se développent dans toutes les branches du droit, que ce soit en droit privé ou en droit public, et expriment le besoin de certains acteurs de disposer de normes, littéralement, plus souples, autrement dit moins contraignantes et plus malléables. Plus fondamentalement, le recours aux normes de droit souple s'inscrit de plus en plus, dans la poursuite de stratégies de promotion des entreprises qui par ce biais entendent manifester leur attachement à certaines valeurs qu'elles soient éthiques, sociales, environnementales

⁹ Cf. G. Lyon-Caen, « Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail », in *Mélanges en hommage à P. Horion*, p. 173.

¹⁰ G. Farjat, « Réflexions sur les codes de conduite privée », in *Mélanges B. Goldman*, Litec, 1982, p. 47.

¹¹ Ainsi est-il affirmé que « la réglementation n'est pas toujours la solution la plus adaptée et que l'incitation, les négociations, les engagements partagés constituent une meilleure approche » : B. Collomb entretenu par J. Aloisi de Larderel et al., « Des pratiques autonomes des entreprises aux systèmes de régulation à multiples parties prenantes », *Entreprise et histoire*, 2006, n°45, p. 151.

ou autres¹². C'est dans ce contexte que se sont multipliés les codes de déontologie ou de bonnes conduites, les normes techniques, les chartes éthiques, les directives ou autres recommandations. La production normative relevant du droit souple est donc très hétérogène. Une frange de la doctrine n'hésite pas à parler à ce titre de « droit mou » pour signifier la souplesse de *l'instrumentum*¹³. Toutefois, il convient de ne pas toujours se fier à l'étiquette, car l'acte en jeu est toujours susceptible de se voir reconnaître des effets par les juges¹⁴. À titre d'exemple, il peut être fait état des chartes de la visite médicale, actes négociés collectivement et conclus conformément à l'article L. 162-17-8 du Code de la Sécurité sociale qui malgré leur appellation, « ne sont pas dénués de portée juridique »¹⁵.

618. La sanction semble donc faire défaut aux normes de droit souple, contrairement aux accords collectifs. Toutefois, à l'étude, l'usage de la sanction laisse transparaître une ambiguïté fondamentale. En effet, l'emploi du terme fait « dire tout à la fois a) que le droit consacre et b) qu'il institue une punition ou récompense afin de faire entrer dans les faits ce qu'il vient de consacrer »¹⁶. La sanction supposerait donc que la norme soit à la fois reconnue et mise en œuvre. Pourtant, certaines normes ayant fait l'objet d'une consécration « platonique »¹⁷, ne sont pas, à proprement parler, mises en œuvre. Les normes déclaratoires semblent l'attester. Aussi, rien ne devrait s'opposer à ce qu'une norme de droit souple soit consacrée sans pour autant être mise en œuvre. D'ailleurs, il arrive parfois que le législateur consacre l'existence de normes de droit souple¹⁸. De manière encore plus intrigante, des règles tendant à conditionner la validité de ces normes sont parfois instaurées. Le régime juridique des accords collectifs conclus dans la fonction publique constitue sans doute l'une des illustrations les plus emblématiques de ce genre

¹² G. Besse, « A qui profite la RSE ? », *Droit social*, 2005, p. 992.

¹³ V. notamment, B. Lavergne, *Recherche sur la soft law en droit public français*, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 46. V. aussi, M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Seuil, La couleur des idées, p.182.

¹⁴ Par ex. TGI Nanterre, 19 octobre 2007, obs. I. Desbarats, « Codes de conduite et chartes éthiques sous surveillance », *RDT*, 2008, p. 39. V. aussi, P. Deumier, « La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », *D.*, 2013, p.1564.

¹⁵ J. Peigné, « La charte de la visite médicale : un instrument réglementaire qualitatif mais non quantitatif », *RDSS*, 2009, p. 141. V. également, CE, 31 décembre 2008, 286279 ; CE, 8 octobre 2008, 299043.

¹⁶ Ph. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D. chron.* XXXII, 1986, p. 198.

¹⁷ *Loc. cit.*

¹⁸ V. sur ce point, le rapport du Conseil d'Etat sur le droit souple qui consacre quelques développements à cette hypothèse, p. 72.

d'imbrication¹⁹. Le protocole d'accord conclu le 23 septembre 2011 entre le ministre de l'Intérieur, quatre organisations syndicales et une association sur la réforme de la filière des sapeurs-pompiers professionnels peut d'ailleurs être rangé dans cette catégorie. Amené à se prononcer sur la portée de ce protocole, le Conseil d'État a indiqué qu'il ne s'agissait que d'un « exposé des intentions du Gouvernement et des orientations au sujet de la réforme de la filière des sapeurs-pompiers professionnels »²⁰. Mais là n'est pas l'essentiel. En effet, la nouveauté tient au fait que le juge ait considéré que le refus de prendre en compte l'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales à un tel protocole peut être contesté devant le juge de l'excès de pouvoir au regard de la loi du 5 juillet 2010 relative au dialogue social dans la fonction publique.

Une telle précision est surprenante au vu de la définition traditionnellement retenue de l'acte faisant grief. Cette notion vise l'acte auquel sont attachées des conséquences juridiques sans lesquelles celui-ci « ne modifie pas l'ordonnement juridique [...] quels que soient les effets dommageables qu'il puisse emporter »²¹. Or, les accords collectifs de la fonction publique étant dépourvus « de portée juridique et de force contraignante » selon les termes du Conseil d'État, il est difficile de les considérer comme des actes faisant grief. Cependant, la Haute juridiction admet l'existence d'actes déclaratifs ne faisant que constater des situations ou de fait ou de droit. Simplement, ils embarrassent le juge administratif. Ce malaise se manifeste autant par la « coexistence de solutions difficilement conciliables » que « par de révélateurs revirements de jurisprudence, d'ailleurs favorables à une plus large recevabilité des recours »²². Les conclusions du rapporteur public Vincent Daumas dans cette affaire sont, à ce sujet, très instructives. Outre qu'il qualifie le protocole d'acte déclaratif, il invite le Conseil d'État à contrôler la légalité du protocole bien que ne modifiant pas l'ordonnement juridique, mais ayant des incidences pratiques importantes : « compte tenu des conséquences politiques et pratiques qui s'attachent à la reconnaissance du caractère valide ou pas d'un accord [...], il nous semble que vous devez admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes par lesquels

¹⁹ V. notamment, Y. Struillou, « L'absence de valeur juridique des « accords collectifs » conclus dans la fonction publique », *Droit social*, 2006, p. 890 ; Y. Ferkane, « L'arrivée d'un droit de la négociation dans la fonction publique », in *Droits du travail et des fonctions publiques : Unité(s) du droit ?*, L'épilogue, Lextenso, 2012, p. 129.

²⁰ CE, 1^{er} octobre 2013, 363288.

²¹ J.-M. Auby et R. Drago, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992, n° 140.

²² R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, n° 657.

l'administration prend position - ou refuse de le faire - sur la question de la validité de l'accord, et cela, même si vous devez ne jamais sanctionner son inertie à appliquer un accord valide ou, au contraire, sa décision d'appliquer un accord qui ne l'est pas »²³. La solution ainsi adoptée a le mérite de conférer un semblant de sens aux conditions de validité énoncées par le législateur. Cependant, « la logique même de cet oxymoron législatif aboutira à des situations difficilement explicables aux profanes ». En effet, Il est intrigant que des règles tendant à conditionner la validité de normes de droit souple. Pourtant, un accord dépourvu de toute valeur juridique pourra bel et bien être considéré comme conclu dans des conditions irrégulières par le juge. Mieux, rien n'empêche de fait les pouvoirs publics de reprendre le contenu de ces accords. Ces derniers peuvent indéniablement se réclamer d'un droit souple qui se développerait ainsi, « en complémentarité avec le droit dur, qu'il s'agisse de le préparer ou d'accompagner sa mise en œuvre »²⁴. Cette promotion du droit souple par l'octroi formel d'une habilitation légale²⁵, semble conforter l'hypothèse de l'existence d'une « *soft law* instituée »²⁶.

Pareil phénomène révèle que le critère de la sanction-consécration ne suffit pas toujours à opposer le modèle de l'accord collectif de travail au modèle du droit souple. Pour autant, la reconnaissance légale ponctuelle de normes de droit souple ne suffit pas à leur conférer une véritable force juridique. Il s'agit alors, plus sûrement, d'engagements d'honneur qui ne sont pas sans rappeler les *gentlemen's agreements*. Il est toutefois possible de penser la reconnaissance de la norme de droit souple par le truchement du juge. Certains auteurs font remarquer à ce titre que lorsque certaines normes voient leur « autorité contestée ou douteuse [...] une nouvelle porte peut s'ouvrir, celle de la reconnaissance judiciaire de la règle et des effets juridiques concrets qui en découlent »²⁷. La justiciabilité de la norme de droit souple emporterait ainsi sa consécration dans l'ordre juridique²⁸. En ce

²³ Citées par F. Melleray, *AJDA*, 2013, p. 2041, note ss. CE, 22 mai 2013, 356903.

²⁴ J. Richard et L. Cytermann, « Le droit souple dans la vie de l'entreprise et de la fonction publique : une tension féconde avec le droit dur », *Droit social*, 2014, p. 400.

²⁵ F. Melleray, « La loi relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique », *AJDA*, 2010, p. 2045.

²⁶ B. Lavergne, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 195. D'ailleurs, le législateur consacre parfois l'existence de normes de droit souple. V. sur ce point, le rapport du Conseil d'Etat qui consacre quelques développements à cette hypothèse, p. 72.

²⁷ F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, p. 229.

²⁸ Cette voie de justiciabilité semble plus féconde en droit privé qu'en droit public dans la mesure où le juge administratif dénie encore à l'accord collectif dans la fonction publique la qualité d'acte faisant grief. A l'inverse, en droit privé, une charte éthique ou un code de conduite peuvent comporter des engagements que

sens, un auteur a pu soutenir que la règle de droit est sanctionnée dès lors qu'elle peut servir « en fonction de son applicabilité, d'instrument de mesure à un juge institué par cet ordre, dans le cadre d'une activité de règlement des contestations aménagée à ce même ordre »²⁹. Précisant sa pensée, il souligne plus encore que « la récurrence de l'idée de sanction dès qu'il est question de ce que nos sociétés nomment droit traduit, à l'évidence, l'inhérence à ce mode de régulation sociale de la possibilité de recourir à un tiers appelé à juger pour trancher les contestations »³⁰. Toutefois, on bascule alors subrepticement de la sanction comme consécration, à la sanction comme conséquence du non-respect de la règle.

2. La sanction comme conséquence du non-respect de la règle

619. Une norme serait « assortie de conséquences lorsque l'ordre juridique la reçoit comme pouvant et devant donner lieu à des décisions précises d'application prises par les autorités publiques et/ou par les particuliers »³¹. Indéniablement, le modèle de l'accord collectif de travail s'accommode parfaitement d'une telle définition. Il est aujourd'hui clairement admis que toute violation d'un accord collectif de travail est sanctionnée, en ce sens qu'il est possible d'obtenir l'exécution d'un tel accord en justice. Cette faculté a même contribué historiquement à conférer au modèle toute son originalité. C'est en effet sur ce terrain que s'est affirmée la figure de l'accord collectif à la fin du XIXe siècle. Il était alors question de déterminer dans quelle mesure un salarié, tiers à l'accord, ou un syndicat pouvait demander son exécution. L'évolution jurisprudentielle en la matière a permis d'étendre progressivement cette prérogative aux syndicats non signataires puis aux syndicats non représentatifs. De manière plus remarquable, soulignant un peu plus la nature règlementaire profondément originale de l'accord, un salarié est autorisé, alors même qu'il n'aurait pas adhéré au syndicat signataire, à en réclamer le bénéfice et donc l'application. Le Conseil constitutionnel rappelle à ce titre que, si « aux termes de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant [...] la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle

les salariés sont susceptibles de pouvoir revendiquer à leurs profits. Sur ce dernier point V. notamment, Circ. DGT 2008/22 du 19 nov. 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur. Concernant le droit de la fonction publique, §643.

²⁹ A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *art. précit.*, p. 208.

³⁰ *Loc. cit.*

³¹ Ph. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D. chron.* XXXII, 1986, p. 198.

n'interdit au législateur d'ériger en infractions le manquement à des obligations qui ne résultent pas directement de la loi elle-même ; que la méconnaissance par une personne des obligations résultant d'une convention ayant force obligatoire à son égard peut donc faire l'objet d'une répression pénale »³².

Il ne semble donc pas excessif d'affirmer que la sanction est un élément inhérent au modèle de l'accord collectif de travail. Plus encore, ce caractère sanctionné constitue parfois un frein à sa diffusion ; certains acteurs craignent par trop les effets juridiques qui lui sont attachés. Ainsi, si la mise en place d'accords collectifs présentant ce type d'effets en droit de la consommation a été envisagé un temps, leur ont été préférés des engagements moins lourds, car non sanctionnés et relevant du droit souple³³.

620. Le juge serait ainsi l'acteur principal de la sanction. En effet, la règle juridique est « assortie de conséquences lorsque le juge en déduit des décisions d'application, indépendamment de savoir si ces décisions seront ou non suivies d'effets »³⁴. La sanction se résumerait donc au prix à payer, entendu largement, lorsqu'un justiciable enfreint la norme. Or, il est difficile de considérer qu'il en coûte véritablement de violer une norme de droit souple. Pour autant, dire de la violation d'une norme de droit souple qu'elle est sans conséquence, juridique ou non, ne semble pas tout à fait juste non plus³⁵. Il est même possible de considérer qu'un tel critère de distinction entre droit souple et droit dur est insatisfaisant pour au moins trois raisons.

D'une part, comme cela a déjà été relevé, certaines normes juridiques sont dénuées de véritables conséquences et ne font pas l'objet, en tant que telles, de sanctions par les juridictions françaises. Les normes déclaratoires ont été évoquées pour illustrer le propos³⁶. D'autre part, il n'est pas dit qu'une norme de droit souple ne puisse pas se voir assortir de

³² CC, décision n°82-145 DC, 22 octobre 1982.

³³ Pour une appréhension des accords collectifs en droit de la consommation en termes de droit souple V. notamment, A. Sobczak, « La responsabilité sociale des entreprises : menace ou opportunité pour le droit du travail ? », *Relations industrielles*, vol.59, n°1, 2004, p.3.

³⁴ Ph. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », p. 198.

³⁵ Un auteur, sans évoquer directement le droit souple, a toutefois mis en évidence que les normes sociales de conduite – entretenant de nombreux liens avec les règles de droit souple – sont sanctionnées par ce qu'il nomme la sanction grégaire. V. S. Benisty, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Institut universitaire Varenne, Coll. Des thèses, p.161. Avant lui, V. Ph. Jestaz, *Le droit*, 7^{ème}éd., Dalloz, Connaissances du droit, 2005, p. 33.

³⁶ V. notamment, J. Chevallier, « Présentation », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n°21, (Dossier : La normativité), janvier 2007 ; disponible en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

conséquences juridiques. En effet, elle est parfois mobilisée par les juges, comme « moyen d'interprétation auxiliaire de la règle de droit »³⁷. Plus encore, il ne faut pas omettre que, comme l'accord collectif de travail, le droit souple constitue un modèle. En ce sens, il a pour objet premier d'orienter le comportement des justiciables en un sens déterminé. Il ne peut de la sorte qu'entrer « en contact avec l'ordre juridique, qui exerce la police des comportements »³⁸. Un auteur estime à ce titre que « l'un des outils les plus accueillants pour le droit souple est évidemment l'article 1382 du Code civil »³⁹. Rien n'interdit en effet d'engager la responsabilité délictuelle sur le fondement d'un manquement à ce type de règles⁴⁰. Enfin, dans une autre perspective, la Cour de cassation veille parfois à ce que les textes de droit souple n'aillent pas à l'encontre du droit positif. C'est donc indirectement leur prêter un certain crédit et admettre qu'un recours puisse être légitimement exercé à leur encontre. La chambre sociale a ainsi jugé que le code de bonne conduite d'une entreprise ne pouvait apporter une restriction à un droit fondamental, en l'occurrence la liberté d'expression, non justifiée par la nature de la tâche à accomplir et non proportionnée au but recherché⁴¹.

621. Finalement, il apparaît que le critère de la sanction comme non-respect de la règle ne s'avère pas complètement satisfaisant pour opposer le modèle de l'accord collectif de travail au modèle de droit souple. Il faut de surcroît garder à l'esprit que « considérer que toutes les normes dont la méconnaissance n'est pas punie d'une sanction pénale ou administrative font partie du droit souple donnerait à celui-ci un champ très large »⁴², trop large. Une autre voie consiste à voir dans la sanction l'expression d'une contrainte.

³⁷ Rapport du Conseil d'Etat, Etude annuelle 2013, *Le droit souple*, La documentation française, p. 74. A titre d'exemple, si la Cour de cassation estime que les recommandations de la Commission des clauses abusives « ne sont pas génératrices de règles dont la méconnaissance ouvre la voie de la cassation », elle n'hésite pas pour autant à s'y référer parfois dans la motivation de ses arrêts. Civ. 1^{re}, 13 novembre 1996, *Bull. civ. I*, n° 399 ; Civ. 1^{re}, 10 février 1998, *Bull. civ. I*, n° 53.

³⁸ P. Deumier, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in *Le droit souple*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 113.

³⁹ P. Deumier, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in *Le droit souple*, Association Henri Capitant.

⁴⁰ D'autres pistes sont également explorées telles que l'engagement unilatéral de volonté ou bien encore les quasi-contrats. V. en ce sens, I. Desbarats, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *JCP éd. E*, février 2006, 1214.

⁴¹ Soc. 8 décembre 2009, 08-17.191.

⁴² Rapport du Conseil d'Etat, Etude annuelle 2013, *Le droit souple*, La documentation française, p. 61.

3. La sanction-contrainte

622. Il n'est pas rare de considérer qu'une norme de droit dur est contraignante⁴³. Il faut comprendre par là que son exécution est assurée au moyen d'une force coercitive⁴⁴. Celle-ci sera bien entendue exercée par l'État, et ce par le biais des acteurs qu'il dote à cette fin de la force publique. Or, il est couramment admis que « le droit mou n'est pas, ne peut pas être du droit [car] cela relève de l'évidence : il n'y a de droit que contraignant ! C'est aussi une sécurité et un repère : jusqu'où irait-on admettre que de vagues énoncés sans valeur normative ni force contraignante, participent du juridique ? »⁴⁵. Cet aspect contraignant tiendrait « à la perspective et à la menace tantôt dissuasive, tantôt incitative, de ces sanctions et d'éventuelles mesures de coercition ou autres voies d'exécution »⁴⁶. Il s'avère essentiel, car c'est lui qui confère à la norme, dans un certain schéma de pensée, son effectivité. En ce sens, il a pu être affirmé qu'existerait une idée « selon laquelle c'est la sanction ou même la sanctionnabilité de la règle qui détermine son caractère juridique »⁴⁷, ce qui revient ni plus ni moins « à poser que l'effectivité de ladite règle conditionne directement sa juridicité »⁴⁸.

623. Dans cette perspective, il est peu douteux de considérer l'accord collectif de travail comme une norme sanctionnée. S'agissant des normes de droit souple, elles ne peuvent, fort logiquement, contraindre les justiciables à les respecter et encore moins à les exécuter. Dépourvues de tout mécanisme d'exécution contraignante, leurs effectivités se voient de la sorte résolument contestées. Toutefois, il est aujourd'hui admis par de nombreux auteurs que réduire la norme à la contrainte est pour le moins réducteur⁴⁹. M. le Professeur Jeammaud s'oppose ainsi à une définition de la sanction comme « un mal, ou au moins un désagrément, infligée par l'autorité sociale instituée et comprise comme une réaction à la

⁴³ La sanction-contrainte est couramment évoquée dans la mesure où elle émane d'une analyse kelsénienne classique. Sur ce point, V. notamment : M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Seuil, La couleur des idées, p.182 ; J. Chevallier, « Présentation », Cahier du Conseil constitutionnel, n°21, (Dossier : La normativité), janvier 2007 ; disponible en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

⁴⁴ Ph. Jestaz, *Le droit*, 7ème Ed., Dalloz, Coll. Connaissances du droit, 2005. P.33.

⁴⁵ C. Thibierge, « Le droit souple, réflexions sur les textures du droit », *RTDciv*, 2003, p. 603.

⁴⁶ A. Jeammaud, V° « Contrainte », in *Dictionnaire de la culture juridique*, ss. la dir. de D. Alland et S. Rials, p. 275.

⁴⁷ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 61.

⁴⁸ *Loc. cit.*

⁴⁹ V. notamment en ce sens, M. Miaille qui évoque à ce titre non pas de contrainte mais de répression, *Une introduction critique au droit*, 1976, p. 100.

violation de la règle »⁵⁰. En effet, il existe bien d'autres sanctions que celles prononcées par les autorités juridictionnelles, des sanctions parfois qualifiées de sociales qui n'impliquent pas nécessairement de contraintes⁵¹. Dans le domaine de la consommation par exemple, une société contrevenant à une norme de droit souple peut faire l'objet d'un boycott⁵². La réaction du public peut s'avérer alors beaucoup plus nocive qu'une simple sanction juridique⁵³. Les conséquences prévisibles du non-respect de la règle de droit souple ne peuvent que dissuader de franchir le cap. Cependant, la norme de droit dur est dite sanctionnée de par l'existence d'un tiers habilité à contraindre les justiciables à son exécution. Or, s'agissant des normes de droit souple, il est difficile de dire que le public est institutionnellement habilité à exercer une contrainte de la même nature que celle exercée par l'État. Pour autant, cela a déjà été relevé, des normes non sanctionnées juridiquement, peuvent néanmoins faire l'objet d'une application effective. C'est parfois le cas de certaines normes de droit souple. Il est effet bien des facteurs qui expliquent qu'un individu décide de se conformer ou non à une norme, peu important sa nature. La contrainte exercée par les autorités publiques constitue certainement l'un de ces facteurs, mais il est loin d'être le seul.

624. Il importe de s'accorder sur le fait que « la juridicité ne peut être subordonnée à l'existence d'une sanction coercitive sous peine de se confondre avec la force : il existe des règles non sanctionnées ou ineffectives, en droit international, en droit constitutionnel ou même en droit privé, qui restent néanmoins des règles de droit »⁵⁴. Le critère de la sanction-contrainte permet d'expliquer en partie, mais non pleinement l'opposition entre modèle de l'accord collectif de travail et modèle du droit souple.

625. Finalement, la force contraignante des modèles de droit souple et de droit négocié diffère. Cependant, il ne semble pas pouvoir être affirmé non plus que le droit souple est dénué de toute force contraignante. De nombreuses techniques juridiques permettent de

⁵⁰ A. Jeammaud, V° « Contrainte », in *Dictionnaire de la culture juridique*, ss. la dir. de D. Alland et S. Rials, p. 275. A. Jeammaud.

⁵¹ V. par exemple, I. Desbarats, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *JCP* éd. E, février 2006, p. 1214.

⁵² Sur ce point V. A. Sobczak, « La responsabilité sociale des entreprises : menace ou opportunité pour le droit du travail ? », *Relations industrielles*, vol.59, n°1, 2004, p.3.

⁵³ V. S. Benisty, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Institut universitaire Varenne, Coll. Des thèses, 2014, p.161. Avant lui, V. Ph. Jestaz, *Le droit*, 7ème Ed., Dalloz, Coll. Connaissances du droit, 2005. P.33

⁵⁴ B. Oppetit, « Le droit hors de la loi », *Droits*, 1989, n°10, p. 49.

contraindre ou du moins de baliser les dispositions relevant du modèle du droit souple. Comme l'ont justement affirmé des auteurs, en matière de droit souple, la liberté de s'engager « n'est pas synonyme de liberté de s'engager à n'importe quoi »⁵⁵. S'il y a opposition entre droit souple et droit négocié, la force contraignante ne semble pas être un indicateur très pertinent ou du moins suffisant. Dès lors, un autre critère, sans doute plus porteur, est également envisageable, à savoir le caractère obligatoire de la norme.

B) L'absence de force obligatoire de la norme de droit souple

626. Il est couramment soutenu que les normes de droit souple sont dénuées de force obligatoire, celles-ci ayant « pour effet d'orienter le comportement de ses destinataires sans les obliger juridiquement »⁵⁶. Leur application est ainsi suspendue au bon vouloir de leurs destinataires. Là résiderait l'intérêt d'instruments qui « n'interdisent précisément pas [qui] ne produisent pas d'obligation ou de prohibition inconditionnelle et [qui], pour cette raison [...] ne donnent lieu à aucune possibilité d'évaluation en termes de légalité ou d'illégalité»⁵⁷. Encore faut-il s'entendre sur ce que recouvre la notion de force obligatoire. Dans cette entreprise, deux concepts sont susceptibles d'être mobilisés, ceux d'obligatorité (1) et d'impérativité (2).

1. L'« obligatorité » de la norme comme critère de distinction entre droit souple et droit négocié

627. L'obligatorité d'une norme exprime un devoir être. La notion est employée par Monsieur Amselek⁵⁸ pour signifier que l'énoncé juridique est avant tout, le support d'un « modèle devant être réalisé », autrement dit un modèle obligatoire. La norme correspond « à une visée de commande de l'agir de ceux à qui elles sont destinées, et non à la simple expression d'une opinion par ceux qui les émettent »⁵⁹. Plus précisément, « lorsqu'une

⁵⁵ P. Deumier, « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques », *RTD civ.*, 2009, p. 77.

⁵⁶ A. Flückiger, « Pourquoi respectons-nous la *soft law* ? », *Revue européenne des sciences sociales*, 2009, n° 144, tome XLVII, p. 81.

⁵⁷ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, p. 195.

⁵⁸ P. Amselek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, 1964, p. 275.

⁵⁹ P. Amselek, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridique », in *La force normative*, ss. la dir. de C. Thibierge, *op.cit.*, p. 7. L'auteur précise sur ce point qu'il convient de distinguer « la vocation instrumentale donnée aux normes d'encadrer de manière rigide ou de manière souple la conduite des destinataires » qui est

norme se donne à moi comme juridique, j'assigne au modèle qu'elle constitue une vocation à être obligatoirement réalisé »⁶⁰.

Au premier abord, il est possible de croire que les normes de droit souple ne disposent pas d'une telle obligatorité. Pourtant, M. Amsellek reconnaît cette qualité aussi bien à ce qu'il appelle les normes de commandement, parmi lesquelles on pourrait ranger sans difficulté l'accord collectif de travail, que les normes de recommandation⁶¹. Or, il semblerait que les normes de droit souple puissent être classées dans cette seconde catégorie. Une telle analyse a de quoi surprendre, car prise au pied de la lettre, elle laisse entendre que les normes de droit souple seraient obligatoires. Toutefois, l'auteur définit les commandements comme une « variété de normes directives auxquelles est assignée la vocation spécifique qui est de constituer des mesures à suivre, à reproduire, obligatoirement, impérativement »⁶² tandis que les recommandations n'offriraient que des « lignes de conduite-modèles réputées opportunes à emprunter, mais que les hommes-conducteurs ne sont pas tenus de suivre, qui impliquent dans leur vocation même, la possibilité de s'en détourner »⁶³. C'est dire que la réalisation de ce type de norme est simplement « conçue comme souhaitable, mais non obligatoire et est donc laissée à l'appréciation discrétionnaire des hommes-conducteurs concernés »⁶⁴. Néanmoins, l'ambiguïté s'agissant de l'obligatorité des normes de recommandation demeure. Cette difficulté a été perçue par Monsieur le Professeur Jeammaud pour qui « l'obligatorité des règles juridiques ne permet pas d'éluider les problèmes nés de l'apparition d'instruments recommandatoires »⁶⁵ en ce qu'elle ne rend pas vraiment compte du caractère volontaire de la conformation au modèle véhiculé par la norme de droit souple. C'est pourquoi, il serait sans doute plus juste de dire des normes de droit souple qu'elles relèvent « non pas [du] *sollen* (devoir-être), mais [du] *sollten* (devrait être) »⁶⁶. Ce type de norme n'offre pas aux

commune aux normes de recommandation et de commandement, et leur utilisation qui peut être obligatoire ou non. Il s'agit dans ce dernier cas de placer « les intéressés en situation d'avoir à observer le système d'encadrement de leur conduite fixé par les normes qui leur sont communiquées ».

⁶⁰ P. Amsellek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, 1964, p. 276.

⁶¹ L'auteur parle à ce titre de deux modalités de « direction des conduites humaines », P. Amsellek, « Le droit, technique de direction des conduites humaines », *Droits*, 1989, n°10.

⁶² P. Amsellek, « Norme et loi », *APD*, T 25, 1980, p. 101.

⁶³ P. Amsellek, « La phénoménologie et le droit », *APD*, T 17, 1972, p. 243.

⁶⁴ *Loc. cit.*

⁶⁵ A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *op. cit.*, p. 207.

⁶⁶ A. Flückiger, « Pourquoi respectons-nous la *soft law* ? », *Revue européenne des sciences sociales*, 2009, n° 144, Tome XLVII, p.81.

intéressés un modèle rigide qu'ils sont tenus de suivre, mais bien une simple proposition. Dans le prolongement de cette réflexion, une piste pour opposer le modèle de l'accord collectif de travail au modèle du droit souple, consiste à voir dans la norme juridique une dualité instrumentale. Celle-ci peut servir à la fois de tracé et de mesure. En tant que tracé, elle constitue un modèle pour l'action. En tant que mesure, elle constitue un modèle pour le jugement, autrement dit pour le juge qui va apprécier la conformité de l'action par rapport au modèle initial⁶⁷. Or, si s'agissant des règles de droit dur, ces deux fonctions se superposent, tel n'est pas le cas des normes de droit souple qui constituent « une manifestation de la dissociation fonctionnelle de la norme »⁶⁸. Il est vrai que si la norme de droit souple est le siège d'un modèle pour l'action, il ne constitue pas un modèle pour le jugement dès lors que rien ne contraint concrètement le juge à contrôler, à sa lumière, la conformité de l'action. La norme de droit souple sert de modèle pour l'action, car, pour dépasser le simple effet d'annonce, « de tout temps soupçonnées d'hypocrisie [...] elles doivent de plus en plus se traduire en actions constatées, voire certifiées, et la multiplication des instruments en ce sens exercent une pression croissante »⁶⁹. En revanche, en tant que modèle pour le jugement, le droit souple se distingue franchement du droit négocié, car il n'est à ce titre qu'un instrument de mesure potentiel laissé à la libre disposition du juge.

L'obligatorité constitue ainsi un critère d'opposition satisfaisant. Les doutes qui entourent parfois la notion incitent néanmoins à se tourner vers celle d'impérativité.

2. L'impérativité de la norme comme critère de distinction

628. S'il prolonge et se confond pour une certaine part avec le critère de l'obligatorité, le critère de l'impérativité s'en démarque au moins partiellement par le souci manifesté par ceux qui l'utilisent, de justifier le caractère obligatoire de la norme. L'accord collectif de travail est sans conteste une norme impérative à l'inverse des normes de droit souple qui n'engagent en principe ni ses auteurs ni ses destinataires. Aussi, il est possible de voir dans l'impérativité de la norme un critère d'opposition opérationnel. Encore faut-il le démontrer et s'entendre sur cette notion. D'emblée, il importe de ne pas réduire l'impérativité au seul

⁶⁷ C. Thibierge, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *APD*, T. 51, 2008, p. 343.

⁶⁸ *Loc. cit.*

⁶⁹ P. Deumier, « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques », *RTDciv.*, 2009, p.77.

usage, en conjugaison, du temps qui lui semble dévolu. La norme juridique ne se résume pas nécessairement à un énoncé formulé à l'impératif, à une simple désinence⁷⁰. Bien souvent, la norme est dite impérative lorsqu'elle émane d'un organe habilité disposant d'un pouvoir normatif. Dans cette perspective, le contenu de la norme importe peu. Son impérativité n'est pas intrinsèque, mais tient à l'autorité de son auteur, car « si l'on réfléchit, on s'aperçoit que pour qu'il y ait commandement, il faut nécessairement que la volonté qui commande ait une supériorité de nature sur les volontés auxquelles s'adresse le commandement »⁷¹. Une norme d'habilitation est donc nécessaire⁷².

Une autre approche consiste à se concentrer plus encore sur la formulation des énoncés juridiques. La notion d'impérativité constitue alors la traduction juridique du commandement dans une logique de type déontique⁷³. Cela implique que la norme oscille entre le devoir et le pouvoir, le prescrit et l'interdit⁷⁴. Or, il est difficile de résumer le droit souple à une logique de prescription, de prohibition ou de permission. Réduire les normes juridiques à une telle logique peut s'avérer insatisfaisant si l'on accepte, avec certains auteurs, de considérer que le panel des normes juridiques est suffisamment large pour dépasser le diptyque devoir et pouvoir. Sur la base d'un tel constat, M. le Professeur Jeammaud préfère définir la règle de droit comme une référence « vouée à et permettant de déterminer comment des choses doivent être du point de vue de l'ordre auquel la règle appartient et qui n'admet pas d'autre étalon (sauf renvoi à d'autres ordres de règles) »⁷⁵.

629. La norme de droit dur est traditionnellement présentée comme « la signification d'une proposition indiquant un modèle sur un mode impératif »⁷⁶. Exprimer le commandement, l'impératif se concilie, *a priori*, très mal avec le droit souple qui relève plus volontiers du registre de la recommandation. Toutefois, un auteur a tenté de démontrer

⁷⁰ V. en ce sens, R. Capitant, *Introduction à l'étude de l'illicite - L'impératif juridique*, Dalloz, 1928, p. 63.

⁷¹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, cité par R. Capitant, *Introduction à l'étude de l'illicite - L'impératif juridique*, Dalloz, 1928, p. 10 ; v. également en ce sens, D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, p. 175.

⁷² Sur cette notion, cf. la thèse de G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Dalloz.

⁷³ Sur ce point, v. P. Amselek, « Ontologie du droit et logique déontique », *RDP*, 1992, p. 1017.

⁷⁴ M. Virally, « Le phénomène juridique », p. 19.

⁷⁵ A. Jeammaud, « L'interdisciplinarité épreuve et stimulant pour une théorie des règles juridiques », in *Le droit dans l'action économique*, op.cit., p. 224. Voir également en ce sens, C. Groulier, pour qui la norme juridique a vocation à « fournir référence pour l'organisation des rapports sociaux », « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in *La force normative*, sous la direction de C. Thibierge, p. 200.

⁷⁶ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, p. 174.

qu'une « sorte de commandement sommeille dans la recommandation »⁷⁷. Il proposait, afin de l'établir, de dissocier impératif catégorique et impératif conditionnel. Si l'impératif catégorique est intrinsèquement obligatoire, à l'inverse, l'impératif hypothétique implique « le consentement du destinataire sur la finalité de la proposition : sur l'objectif à atteindre »⁷⁸. L'adhésion du sujet permet alors d'opposer ces deux impératifs.

Cette présentation laisse perplexe. En effet, déduire la force obligatoire de la norme de son application effective par ses sujets a des allures de raccourci car « si le prisme de la réception qu'en ont ses destinataires paraît adapté, en ce qu'il se place sous l'égide de ses effets, on voit mal ici d'où sortirait une quelconque forme d'impératif ou d'obligation »⁷⁹. De même, appliquée au droit souple, cette conception de l'impérativité ne permet pas de mettre suffisamment en valeur la liberté qui est laissée aux destinataires de la norme pour déterminer s'ils s'y conformeront ou non. Cette liberté résulte de l'absence de conséquences liées au manquement observé, en somme de sanctions.

630. De manière plus convaincante, il est soutenu que « le normatif est un genre qui contient deux espèces principales : l'impératif et l'appréciatif »⁸⁰. Prenant appui sur une telle conception, un auteur estime que ce serait le propre du droit souple que de présenter une nature normative appréciative : « le comportement des destinataires de la norme est laissé à leur propre appréciation »⁸¹. La norme appréciative n'implique donc pas nécessairement l'intervention d'un juge pour déterminer s'il y a bien conformation à la norme. Cela ne fait pas pour autant de ce type de norme, une norme non sanctionnée. Simplement, la sanction tiendra plus volontiers de l'approbation ou de la réprobation d'une communauté définie. Une grande latitude est ainsi octroyée au destinataire de la norme appréciative à l'inverse de la norme impérative qui se veut obligatoire et s'impose sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'assentiment de celui auquel elle entend s'appliquer. Qualifier les normes de droit souple de normes appréciatives paraît particulièrement adéquat. C'est là toute leur originalité, « bien que leurs destinataires ne soient pas tenus de les suivre, et puissent donc s'en détourner, les

⁷⁷ D. de Béchillon, *op. cit.*, p. 191.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 192.

⁷⁹ B. Lavergne, *op. cit.*, p. 131.

⁸⁰ A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, « Normatif » PUF, 1926 (1ère édition).

⁸¹ A. Flückiger, « Pourquoi respectons-nous la *soft law* ? », *Revue européenne des sciences sociales*, 2009, n° 144, Tome XLVII, p. 81. Voir aussi André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, v « Appréciation » : « Appréciation s'oppose à description ou explication, comme le droit au fait, ce qui devrait être à ce qui a été réalisé ».

actes non obligatoires ont cependant une portée de fait, dont l'intensité est variable, mais rarement nulle en pratique »⁸². Tant et si bien que, le jugement d'appréciation rattaché à la norme souple conduit à considérer qu'« être libre de s'engager, ce n'est pas non plus être libre de prétendre s'engager »⁸³.

631. Au regard des éléments ici exposés, l'accord collectif entre aisément dans la catégorie des normes impératives à l'opposé des normes de droit souple. Il n'est d'ailleurs pas anodin qu'il soit traditionnellement prêté aux accords collectifs de travail, un effet impératif. Cependant, l'impérativité dont il est ici question est autre. Elle exprime un rapport hiérarchique entre normes. Elle tient donc moins au contenu de la norme qu'à sa place dans une hiérarchie. Et un auteur d'affirmer sur la base d'une telle observation qu'« il est tentant de constater que le législateur de notre époque, quand il qualifie un texte d'ordre public, le fait moins en fonction d'un contenu, qu'ainsi il contribuerait à sacraliser, qu'en fonction d'un but à atteindre, et l'on entre alors dans la confusion entre ordre public et caractère impératif »⁸⁴. Affirmer qu'un accord collectif de travail est doté d'un effet impératif, c'est statuer en substance sur la prévalence de cet acte sur le contrat de travail. Au même titre que l'ordre public, l'impérativité n'exprimerait plus ainsi qu'une gradation du caractère obligatoire de la norme⁸⁵.

Au fond, la dissociation entre le modèle de l'accord collectif de travail et le modèle de droit souple doit bien être maintenue. La force contraignante du droit souple ne se révèle qu'en demi-teinte : modèle pour l'action, il n'est toutefois pas un modèle pour le jugement ; normes appréciatives, elles n'accèdent pas à l'impérativité des normes négociées. Sans doute faut-il voir dans ces différences de force contraignante entre droit négocié et droit souple une irrémédiable opposition, mais surtout les raisons d'un usage différencié.

⁸² A. Flückiger, « Régulation, dérégulation, autorégulation : l'émergence des actes étatiques non obligatoires », *Revue de droit suisse*, 2004/2, p. 246.

⁸³ P. Deumier, « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques », *RTD civ.*, 2009, p.77.

⁸⁴ J. Hauser et J.-J. Lemouland, « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, mars 2004, n°23.

⁸⁵ Un tel détournement de la notion d'impérativité est regrettable comme celle d'ordre public d'ailleurs car cette dernière « devrait être réservée aux dispositions dotées d'une certaine importance sociale [mais] force est de constater singulièrement dans les domaines fortement spécialisés, l'équivalence entre ordre public et impérativité ». Th. Revet, « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, ss. la dir. de Th. Revet, Dalloz, 1996, note 6, p. 44.

Néanmoins, il est édifiant de constater ô combien le droit du travail participe du développement de ces normes de droit souple. Les codes de conduite, chartes d'entreprises, alertes professionnelles, label égalité, label diversité y prolifèrent. Mieux, cette branche de droit constituerait un « véritable laboratoire pour les sources du droit [celui-ci] présentant [...] une spécificité qu'un civiliste pourrait trouver déconcertantes, tant il est vrai que les figures travaillistes ne répondent pas toujours à celles du droit civil »⁸⁶. Un tel constat, s'il ne concerne pas en premier lieu le modèle de l'accord collectif de travail, laisse à penser d'ores et déjà que l'opposition ici exposée entre droit souple et droit rigide pourrait être sujette à caution. Que le droit du travail soit au cœur de ce mouvement n'est guère étonnant si l'on prend le temps de revenir sur les raisons qui poussent les acteurs privés à recourir aux instruments de droit souple. La dérèglementation du droit du travail est l'une d'entre elles⁸⁷. Or, dérèglementer c'est aussi régler autrement en optant en faveur d'une autoréglementation qu'appellent de leurs vœux, les tenants d'un recul de la norme juridique classique⁸⁸. À l'appui de ce projet, il est soutenu que les acteurs privés sont les plus à même à définir les normes auxquelles leur activité doit être soumise. À ce sujet, il faut noter, non sans intérêt, qu'un tel argument pourrait tout aussi bien justifier le recours au modèle de l'accord collectif de travail. Une telle convergence n'est pas anodine et invite à ne pas exagérer l'opposition entre droit souple et notre modèle. Elle se révèle risquée si l'on considère que le développement de ces normes est le signe d'une « dégradation des sources privées du droit »⁸⁹ et donc potentiellement d'une dénaturation du modèle de l'accord collectif de travail. Reste que le recours aux règles de droit souple exprime une volonté d'abjurer un droit rigide et d'opter pour des règles qui « dirigeraient les conduites de façon non autoritaire et exprimeraient le souhaitable plutôt que l'obligatoire »⁹⁰.

⁸⁶ Ph. Jestaz, « La nature juridique des recommandations patronales », *RTDciv*, 2000, p. 200.

⁸⁷ A. Supiot, « Dérèglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Droit social*, 1989, p. 195.

⁸⁸ V. notamment sur cette question, F. Cafaggi, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *RFAP*, 2004, p. 23 ; G. Farjat, « Réflexions sur les codes de conduite privée », in *Mélanges B. Goldman*, Litec, 1982, p. 47.

⁸⁹ F. Osman, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique : réflexions sur la dégradation des sources privées du droit », *RTDciv*, 1995, p. 509.

⁹⁰ P. Malaurie et P. Morvan, *Droit civil, Introduction générale*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2009, n°40.

Paragraphe 2 La conciliation des modèles de droit négocié et de droit souple

632. La frontière entre droit souple et droit négocié n'est pas toujours aisée à tracer. Contrairement à ce que l'on pourrait croire et malgré l'opposition irréductible qui demeure entre ces deux figures, elles sont similaires en bien des aspects. De manière tout à fait remarquable, c'est au niveau des finalités qui leur sont traditionnellement attachées qu'une convergence se fait jour. Fort logiquement, ces deux modèles pourraient être mobilisés non pas concurremment, mais à titre complémentaire **(A)**. Mieux, il apparaît que l'enchevêtrement est tel que le droit souple devient également droit négocié. Dès lors, il devient possible d'observer une intrication de ces modèles. Il reste alors à se demander si ce qui s'apparente à une fusion ne risque pas d'entraîner là encore une évolution du modèle de l'accord collectif de travail qui perdrait alors irrémédiablement en impérativité **(B)**.

A) La complémentarité des modèles

633. Bien qu'associé au droit rigide, le modèle de l'accord collectif de travail ne s'oppose pas systématiquement au modèle de droit souple. Une complémentarité s'observe notamment lorsqu'un accord collectif porte sur des thématiques sensibles telles que la diversité ou l'emploi des seniors et des travailleurs handicapés. En effet, il est difficile pour certaines entreprises de s'engager au-delà de ce que prévoit déjà la loi. Il n'est pas rare alors que le contenu des accords signés dans ces domaines tient plus volontiers de la déclaration d'intention louable que de l'engagement contraignant. De manière plus remarquable, l'accord prévoit parfois la mise en place ou permet l'obtention d'un titre, bien souvent un label. Alors même que la matière est très réglementée, se profile pourtant une forme de cohabitation entre droit négocié et droit souple, cohabitation sous le signe d'un soutien mutuel en vue de réaliser une même fin **(1)**. Dans une perspective plus prospective, il est proposé, par certains observateurs, de réformer la négociation collective de branche et de laisser en la matière une place prépondérante au droit souple **(2)**.

1. La négociation collective comme nouveau bastion du droit souple en matière d'égalité

634. En principe, la seule application du droit positif devrait suffire à éradiquer les pratiques discriminantes observables dans les entreprises. Toutefois, il ne suffit pas de poser

un principe pour le voir nécessairement appliqué. Certaines catégories de travailleurs souffrent ainsi de barrières placées sur le marché du travail qui les empêchent de trouver un emploi. Cela s'avère problématique lorsqu'elles tiennent à des considérations autres que les compétences des individus. Or, le droit positif n'est pas toujours en mesure de remédier à ces pratiques douteuses. Aussi, les pouvoirs publics incitent les interlocuteurs sociaux, lorsque ceux-ci ne s'engagent pas spontanément dans cette voie, à opter pour une démarche plus volontaire de lutte contre les inégalités, notamment par le biais de la négociation collective. La tâche est ardue. Définir des engagements dans un domaine fortement réglementé n'est pas une mince affaire. La modestie ou pire l'évanescence de certaines mesures conventionnelles atteste de cette difficulté. Elles laissent entrevoir par là même une transfiguration de la norme conventionnelle en norme de droit souple. Toutefois, ce n'est pas sur ce plan que se donne à voir la possible complémentarité entre modèle de l'accord collectif de travail et modèle du droit souple. Pour mieux la saisir, il faut faire état, en matière d'égalité, des actions engagées pour lutter contre les discriminations ayant impliqué à la fois des normes de droit négocié et de droit souple.

S'il est difficile de dater le phénomène, l'adoption d'une charte de la diversité en entreprise a sans doute lancé les bases de la réflexion. Comme son titre, mais aussi son contenu le suggère, il s'agit indéniablement d'un instrument de droit souple⁹¹. Engagement d'honneur signé depuis 2004 par de nombreuses entreprises, cette charte fut initiée dans un rapport publié par l'Institut Montaigne la même année. Parallèlement, afin de valoriser l'égalité professionnelle, spécialement entre hommes et femmes, le « label Egalité » a été mis en place à l'instigation du ministère des Affaires sociales⁹². Ce label est décerné à toute entreprise ayant candidaté auprès de l'AFNOR et remplissant une série de conditions sur lesquelles il nous sera donné de revenir. Afin de prolonger ces différentes initiatives, l'État a encouragé les interlocuteurs sociaux à s'emparer de la question dès 2005⁹³. Un accord national professionnel sur la diversité fut de la sorte conclu le 12 octobre 2006. Cet accord prévoit la mise en place de différents dispositifs censés promouvoir la diversité dans l'entreprise dont l'un en particulier retient l'attention. Il s'agit du recensement et de la

⁹¹ G. Koubi, : « Une notion de charte, la fragilisation de la règle de droit ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, J. Clam, G. Martin (dir.), coll. Recherches et Travaux, Droit et Société/MSH, 1998, p.165.

⁹² Arrêté du 2 septembre 2004 modifié par le décret n° 2010-95 du 25 janvier 2010.

⁹³ Le rapport Fauroux soulignait sur ce point, l'importance pour les syndicats de se saisir de cette thématique et de demander « des comptes à l'entreprise sur le respect de ses engagements ».

diffusion des « bonnes pratiques »⁹⁴. L'instrument, mis en place par voie négociée, relève sans aucun doute du droit souple⁹⁵. Il s'agit donc bien de constater ainsi qu'un accord national professionnel, appartenant pleinement au modèle de l'accord collectif de travail, renvoie directement à un dispositif de droit souple. À l'apparente opposition se substitue alors une certaine complémentarité. Cette dernière est également perceptible lors de l'attribution du « label Egalité ». En effet, le cahier des charges conditionnant son attribution, prévoit qu'un accord collectif sur l'égalité professionnelle doit être obligatoirement signé dans les entreprises de 50 salariés et plus⁹⁶.

La cohabitation ici envisagée se veut donc « pacifique », aucune norme n'apparaît devoir supplanter l'autre, toutes deux ayant vocation à poursuivre le même objectif. Plus délicate est l'articulation envisagée de manière prospective par le rapport Poisson et qui a été proposée afin de remédier à la crise censée affecter une négociation collective de branche prétendument moribonde⁹⁷. Le droit souple est appelé à ce titre à la rescousse pour se substituer aux conventions collectives de branche, ce qui laisse présager d'une cohabitation inédite avec les normes conventionnelles conclues à des niveaux différents.

2. La négociation collective de branche comme nouveau bastion du droit souple

635. Face aux difficultés structurelles que connaîtrait la négociation collective de branche, il est préconisé de redéfinir les rapports entre négociation collective et droit souple. En effet, tant l'articulation des niveaux de négociations entre eux que l'architecture de la négociation collective de branche en elle-même seraient susceptibles de conduire à une inéluctable

⁹⁴ Titre III, article 8 de l'accord. La démarche a été relayée dans des conventions collectives conclues à des niveaux plus décentralisés.

⁹⁵ En droit médical par exemple, les recommandations de bonnes pratiques sont ancrées dans le modèle du droit souple car elles « vont traduire l'état de l'art, [...] que le médecin reste libre d'écarter, (et) constituent un instrument de régulation plus adapté » selon J. Richard et L. Cytermann. Cf. *Petites affiches*, 05 novembre 2013 n° 221, P. 4, « Et si le droit souple était l'avenir du droit dur ? ».

⁹⁶ C'est ce qui le distingue du « label diversité » mis en place par décret et qui semble donc être attribué plus facilement. Une autre différence est notable. Elle tient à la composition des commissions de labellisation. S'agissant du label égalité, la commission est tripartite et comprend des représentants à la fois de l'Etat et d'organisations syndicales et patronales. En revanche, la commission relative au label diversité comprend également des représentants de l'association nationale des directeurs de ressources humaines (V. sur ce point, le décret 2014-335 relatif à la commission de labellisation du label diversité). Il n'est donc guère étonnant que les entreprises bénéficiant du label égalité soient moins nombreuses à l'heure actuelle que celles bénéficiant du label diversité. En ce sens, v. H. Garner et M. Recoules, *Egalité, diversité, discrimination, Etude de 80 accords d'entreprise sur la diversité*, Document d'études, DARES, juin 2014, p. 19.

⁹⁷ J.-F. Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, Coll. Des rapports officiels, La Documentation française, 28 avril 2009.

disparition de ces branches⁹⁸. Divers rapports publics invitent donc à les réformer, empruntant pour ce faire au modèle du droit souple. À ce titre, un rapport a récemment proposé de mettre en œuvre un nouveau projet de régulation visant à « répondre aux besoins réels des acteurs des entreprises [et de la] complexité accrue des négociations »⁹⁹. Dans cette perspective, il est avancé que « les nouvelles voies de la négociation collective de branche appellent un changement de modèle »¹⁰⁰. Pour ce faire, il est proposé de délaisser le modèle de la branche reposant sur la coïncidence parfaite entre un marché de services ou de biens et un marché du travail et la « convention collective-statut comme instrument de leurs régulations »¹⁰¹. Le modèle de la branche est d'ailleurs qualifié de rigide, car il ne permettrait pas aux entreprises d'anticiper les mutations socio-économiques. Cela tiendrait « à l'organisation de la régulation de branche elle-même, tel qu'elle résulte de la conception d'une loi de la profession de type exclusivement réglementaire »¹⁰². La négociation de branche devrait alors changer de posture et concentrer son « cœur de métier »¹⁰³ à l'anticipation et l'accompagnement des mutations économiques¹⁰⁴. Un tel glissement est proposé dans ce rapport Poisson au nom de la nécessité pour la branche professionnelle de se « relier à la *soft law* »¹⁰⁵. Le modèle du droit souple sauverait ainsi la branche professionnelle d'une agonie certaine. Le modèle de l'accord collectif de travail comme modèle de droit dur est ainsi clairement dénoncé au niveau de la branche. Pour justifier

⁹⁸ Le rapport Poisson énonçait déjà l'état de faiblesse de la négociation collective de branche. V. J.-F. Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, Coll. Des rapports officiels, La Documentation française, 28 avril 2009, p.17 Le rapport Combrexelle donne encore un coup de massue plus important à la branche professionnelle car elle ne pêche plus seulement eu égard à son articulation avec les autres niveaux de négociation mais aussi en raison de son architecture interne. En l'état, l'architecture des branches, en raison de leurs nombres et de leurs compositions, aurait pour conséquence inéluctable à mener à la disparition des branches professionnelles. Il faut ainsi considérer que « les branches ne redeviendront des lieux de régulation active que si leur nombre est drastiquement réduit ». J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, France Stratégie, septembre 2015. Pour la citation, cf. notamment p.6 du rapport. Rapport disponible en ligne : <http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/liseuse/5179/master/index.htm>

⁹⁹ J.-F. Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, Coll. Des rapports officiels, La Documentation française, 28 avril 2009, p.17..

¹⁰⁰ *Loc. cit.*

¹⁰¹ *Ibid*, p.18.

¹⁰² J.-F. Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, Coll. Des rapports officiels, La Documentation française, 28 avril 2009, p.152

¹⁰³ *Loc. cit.*

¹⁰⁴ De ce rapport Poisson, Madame Sophie Nadal souligne : « dès le début de l'étude, la branche aura donc été disjointe de « loi de la profession » ; elle n'est pas soluble dans l'activité conventionnelle ; elle n'est pas le champ conventionnel ». S. Nadal, « La fabrique des branches : à propos du rapport « Poisson » », *RDT*, 2009, p. 596.

¹⁰⁵ J.-F. Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, Coll. Des rapports officiels, La Documentation française, 28 avril 2009, p.18 et p.153.

cette approche, le rapport s'appuie sur l'analyse de Monsieur le Professeur Javillier selon lequel, « une simple réglementation, dans des sociétés complexes et avec une économie mondialisée, ne saurait apporter de réponse pertinente et suffisante »¹⁰⁶. Il convient donc, selon lui, de « développer des instruments pour une régulation »¹⁰⁷. Cela suppose « que l'on n'oppose plus droit dur pour réglementer *a priori*, en toutes circonstances, et droit progressif ou à réalisation progressive [selon la traduction que donne M. Javillier de la notion anglaise de *soft law*], pour la résolution de problèmes »¹⁰⁸.

Toutefois, il est difficile de déterminer, à la seule lecture du rapport Poisson, comment ses instigateurs entendent réaliser cette conciliation des modèles. Plus fondamentalement encore, une incertitude demeure sur le statut juridique de l'accord de branche nouvellement modélisé, norme impérative ou instrument de droit souple ? S'il devait être opté pour la seconde branche de l'alternative, un rapport hiérarchique très net se mettrait en place entre accords de branches et d'entreprise, résolument en faveur des seconds. Difficile de ne pas voir dans cette configuration, l'instauration d'une concurrence entre eux. Pourtant cette articulation ne semble pas être pensée en termes de conflit. Le lien entre modèle du droit souple et celui de l'accord collectif de travail est pensé aujourd'hui de telle manière qu'il devient possible de douter d'une réelle opposition. Une véritable imbrication des modèles serait ainsi à l'œuvre faisant craindre une évolution telle du modèle de l'accord collectif de travail que celui-ci s'en trouverait dénaturé¹⁰⁹.

636. Les cohabitations entre le droit souple et le droit négocié ne sont pas toutes de nature à inquiéter. Pacifique, la cohabitation peut venir au soutien d'une meilleure effectivité du droit. L'opposition entre droit souple et droit négocié s'estompe alors vertueusement. Mais, poussée dans ces retranchements, la cohabitation peut aussi conduire à des liaisons dangereuses qui appellent alors à se méfier. Le registre de la nécessité, voire de la pérennité de la négociation collective de branche, conduit à ce qu'au jeu de la concurrence entre modèles, le droit souple s'impose et supprime le droit négocié. Mais finalement, sans aller jusqu'à supplanter, ne peut-il pas plutôt être perçu, entre modèle négocié et modèle souple, un rapport d'intrication.

¹⁰⁶ *Loc. cit.*

¹⁰⁷ *Loc. cit.*

¹⁰⁸ *Loc. cit.*

¹⁰⁹ Cf. supra, Partie 2, Titre 2, chapitre 1, section 1.

B) L'intrication des modèles

637. À en croire certains auteurs, « la *soft law*, par définition volontaire et non contraignante, [évincerait] la négociation collective »¹¹⁰. Cette affirmation appelle quelques nuances, car, comme démontré plus haut, entre le modèle du droit négocié et le modèle du droit souple, les rapports ne s'expriment pas seulement en termes d'opposition : l'un pouvant renvoyer à l'autre, l'un servant à la pérennité de l'autre. À l'analyse, s'il apparaît que d'un strict point de vue théorique le droit souple et le procédé de l'accord collectif s'opposent, ces deux modèles partagent également de nombreux points communs. Mieux, il semblerait que l'intrication entre ces deux modèles soit telle, qu'une fusion puisse s'opérer. À cela, deux raisons au moins peuvent être avancées. D'une part, tous deux se développent en réaction à une certaine crise de la production normative. Le constat est connu : le droit positif serait trop touffu, incohérent et inadapté aux besoins des agents économiques et autres. Pire, les organes qui l'édicteraient souffriraient d'un déficit de légitimité. Or, les modèles de droit négocié et de droit souple ont en partie été pensés pour remédier ou, à tout le moins, pour atténuer pareil sentiment. Les raisons de l'intrication méritent ainsi d'être exposées (1). D'autre part, à cela s'ajoute une critique commune à l'égard du droit imposé. Si celle-ci s'inscrit dans le prolongement des réflexions portant sur la légitimité de la production normative, elle va plus loin en tentant de proposer des alternatives à des modes d'édiction de la norme jusqu'ici verticaux. Variété des plus remarquables de droit négocié, l'accord collectif de travail se démarque par le processus qui l'enfante et qui s'inscrit plus justement selon ses tenants, dans une architecture normative plus horizontale. Or, il se pourrait que le modèle du droit souple participe et assoie cette même mouvance (2).

1. La quête d'un droit plus légitime

638. Les modèles de l'accord collectif de travail et du droit souple ne sont pas axiologiquement neutres. Leurs promoteurs leur prêtent en tant que tels des vertus qu'il serait regrettable d'ignorer. À ce titre, il est intéressant d'observer comment deux modèles supposés distincts peuvent être mobilisés en vue de satisfaire des objectifs similaires, c'est-

¹¹⁰ C. Bodet et T. Lamarche, « La responsabilité sociales des entreprises comme innovation institutionnelle. Une lecture régulationniste », *Revue de la régulation*, §48, Juin 2007, n° 1.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

à-dire refonder la norme juridique (1) et renforcer la légitimité des acteurs du droit (2). Assurément, ils ne sont décidément pas inconciliables.

a) Une volonté de refonder la norme juridique

639. Il est des auteurs qui décèlent dans le développement de normes de droit souple une « métamorphose du rapport à l'autorité et de l'expression de l'autorité en général : à une autorité – [...] du chef d'entreprise, des pouvoirs publics...-, jadis fortement caractérisée par la soumission et la contrainte, s'est en partie substituée une autorité soucieuse de légitimer son action, ouverte au dialogue, et en quête de l'adhésion de ses destinataires »¹¹¹. Or, c'est *mutatis mutandis*, la même volonté qui transparaît dans les discours des partisans de la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail. C'est dire encore une fois que la frontière entre ce dernier et le droit souple est loin d'être imperméable.

En cela, ces deux modèles se posent comme une alternative au droit imposé. Ce droit imposé résultant alors de « l'interventionnisme étatique [...] (qui) devait donc, par sa tutelle, rétablir l'égalité entre les parties »¹¹² est mis à mal. Le rapport Combrexelle en témoigne. La négociation collective y est valorisée et en même temps ce rapport dresse le constat selon lequel les différentes réformes législatives en faveur d'une promotion de la négociation collective n'ont « eu [que] des effets très limités et n'avaient pas véritablement changé la donne »¹¹³. Il faut alors signaler que le droit négocié comme le droit souple expriment tous deux, en creux, une critique à l'endroit du droit imposé. La règle de droit imposé, considérée comme une norme impérative et contraignante, se verrait ainsi concurrencée. Ainsi, une critique des normes étatiques se dessine en filigrane. Droit souple et droit négocié auraient comme caractéristique de proposer des normes a-étatiques de droit privé¹¹⁴. Tous deux procèdent dans le domaine économique du moins d'une critique résolument libérale de notre système juridique. Le développement des codes de bonne conduite constitue sans doute une des manifestations les plus emblématiques de ce mouvement. Un auteur relevait

¹¹¹ C. Thibierge, « Le droit souple », *RTDciv*, 2003.

¹¹² B. Géniaut, C. Giraudet, C. Mathieu, « Les ouvrages de droit du travail des années cinquante », *Droit Ouvrier.*, 2003, p.369

¹¹³ J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, France Stratégie, septembre 2015, p. 21.

¹¹⁴ Toutefois, les premières manifestations de droit souple sont apparues en droit international. Le droit public est ainsi, tout aussi intéressé, que le droit privé.

à ce titre que « la révolution libérale et le processus de déréglementation [...] nous permettent de découvrir avec Hayek que les bases mêmes du droit sont le fruit d'ordres spontanés et mûris »¹¹⁵. Droit souple et droit négocié seraient ainsi des déclinaisons de droit spontané. Ils s'imposeraient par la force de la pratique et agiraient là où le droit imposé pêche. Pareille qualification prête à discussion, car tous deux « ne [consacrent] pas un état de fait, mais [tendent] au contraire à en créer un nouveau ». En ce sens, ils résultent d'une prise de décision « totalement réfléchie et délibérée » et donc non spontanée¹¹⁶. Sous couverts donc d'une pratique spontanée, le droit souple comme le droit négocié imposent finalement la nécessité de la pratique. De là, ils placent la focale sur le mode de formation du droit souple comme de l'accord collectif de travail. C'est à une refondation – délibérée – de la norme juridique qu'ils s'attèlent. L'idée de légitimité de la norme effleure ici. Une telle visée participe d'une critique des régimes démocratiques modernes dans lesquels le consentement des citoyens est difficile à « qualifier de volontaire »¹¹⁷. Les faiblesses de la démocratie représentative, « démocratie électorale qui confine à l'illégitimité »¹¹⁸, sont ici dénoncées. Afin de remédier à cette crise – dite de confiance-, le développement de formes de démocratie participative est préconisé¹¹⁹. Comment ne pas faire le lien avec le rapport Combrexelle qui, à la manière d'une pétition de principe, enjoint de sauver la négociation collective par l'introduction d'une plus grande confiance entre les négociateurs. C'est dit, le droit souple comme le droit négocié – ce dernier pris dans sa version modernisée (transmuté) – tendent à une refondation de la norme juridique reposant sur un « principe » de confiance. De là à considérer que, dans un État de droit, la confiance doit gouverner, il n'y a qu'un pas¹²⁰. Difficile néanmoins de déterminer dans quelle mesure le droit souple et le droit négocié s'inscrivent dans un tel projet. Certains émettent à cet égard des réserves quant à la légitimité réelle des instigateurs du droit souple.

¹¹⁵ G. Farjat, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in *Les transformations de la régulation juridique*, sous la direction de G.-J. Martin, collection Droit et société, LGDJ, 1998, p. 151.

¹¹⁶ P. Deumier, *Le droit spontané*, Economica, 2002, 118.

¹¹⁷ H. Arendt, *Du mensonge à la violence*, 1969, Calmann-Lévy, 1994, p. 89.

¹¹⁸ V. Valentin, « Droit et légitimité. L'épreuve du consentement », in *Droit et légitimité*, ss la dir. de L. Fontaine, Droit et justice, Bruylant, 2011, p. 349.

¹¹⁹ Sur ces questions, v. P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique*, Seuil, 2008.

¹²⁰ Pascale Lokiec dénonce clairement l'avènement d'un tel gouvernement par la confiance. Cf. sur ce point son intervention lors de la conférence tenue à l'Association française de droit du travail, le 13 octobre 2015, dans les locaux de la Cour de cassation.

b) Une volonté de renforcer la légitimité des acteurs du droit

640. Contribuer à la légitimité des acteurs résonne aussi bien dans le modèle de droit négocié que de droit souple. Concernant le droit négocié, force est de constater l'intérêt aujourd'hui prégnant accordé à la légitimité des partenaires sociaux. Une certaine lecture des réformes récentes invite à considérer que la légitimité est au cœur des préoccupations. La représentativité élective des organisations syndicales s'inscrit ainsi vers « une refondation démocratique du système »¹²¹ ; la représentativité patronale sert quant à elle à « renforcer la légitimité des partenaires sociaux et donc la démocratie sociale »¹²². Le rapport Combrexelle le confirme : « les lois du 20 août 2008 et 5 mars 2014 visent à renforcer la légitimité des acteurs en réformant les règles de leur représentativité et en renforçant les règles de validité des accords »¹²³. En tant que personnes privées, ils disposent de la capacité à s'engager en vue de régler leurs propres affaires. En revanche, dès lors que la norme se donne pour objectif de s'appliquer au-delà du cercle de ses signataires, la légitimité de ses auteurs est interrogée.

Concernant le droit souple, il a récemment été soutenu que parce qu'il « repose sur l'adhésion volontaire de ses destinataires, sa légitimité dépend étroitement de l'implication des acteurs concernés dans son élaboration »¹²⁴. L'implication des acteurs serait davantage garantie s'ils ont recours à « un processus consenti et négocié par les parties en présence [...] de favoriser les démarches bilatérales, impliquant les employeurs et les travailleurs ou leurs représentants [...] de recourir au dialogue social »¹²⁵. Ce même son de cloche entre droit négocié et droit souple concernant la légitimité des acteurs doit être pris au sérieux d'autant

¹²¹ D. Andolfatto et D. Labbé, *Histoire des syndicats*, Seuil, 2006, p. 351 cité par G. Borenfreund, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008 », *RDT*, 2008, p. 360. L'auteur met en garde eu égard à ce trait d'union trop vite établi entre audience électorale et légitimité des interlocuteurs sociaux car cette forme de légitimité élective des organisations syndicales est une curieuse alchimie « quand on sait l'hostilité originelle de ces derniers à l'égard des « formes bourgeoises » de la démocratie, perçues comme trompeuses. Comment éviter alors d'assimiler les syndicats à des partis politiques et d'édulcorer la légitimité historique du mouvement syndical, qui s'est forgée, en opposition au parlementarisme, dans l'acte d'adhésion et militant ? En bref, n'en vient-on pas à braver l'Histoire et à sacrifier la nature essentialiste du syndicalisme, qui entendait incarner « une forme immédiate de représentation ». ».

¹²² M. Chassaing, « Les entreprises libérales doivent accéder à la représentativité patronale », *Droit social*, 2014, p. 260.

¹²³ J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, France Stratégie, septembre 2015, p.21.

¹²⁴ Rapport du Conseil d'Etat, Etude annuelle 2013, Le droit souple, La documentation française, p. 121.

¹²⁵ B. Rorive, « La responsabilité sociale dans les organisations en réseau : enjeux et contraintes des modes actuels de régulation », *SSL*, 2004, suppl. p.1186.

que la légitimité des acteurs du droit souple nécessiterait les techniques légitimantes du droit négocié. N'est-ce pas ce lien qu'établit déjà le rapport annuel de 2013 du Conseil d'État lorsqu'il estime que la légitimité des acteurs du droit souple est susceptible d'être « fragilisée par le manque de représentativité des acteurs impliqués dans l'élaboration ». Afin d'éviter pareils écueils, ce rapport offre à ses lecteurs, en guise de modèles, des exemples de normes jugées vertueuses. Parmi celles-ci, figurent étonnamment les accords collectifs de la fonction publique. Ce surcroît de légitimité ainsi reconnue tiendrait aux « évolutions du cadre législatif, allant dans le sens d'une meilleure reconnaissance du rôle de la négociation et la définition de conditions de validité des accords en fonction de la représentativité de leurs signataires »¹²⁶. L'observation a de quoi susciter la surprise. En effet, rapporté au modèle de l'accord collectif de travail, l'accord collectif conclu dans le domaine de la fonction publique semble présenter un défaut majeur : l'absence de force juridique. En revanche, dans sa formation, l'accord collectif du droit de la fonction publique comprend des modalités servant à légitimer les acteurs. Le modèle du droit négocié est à ce titre largement inspirant. L'instauration de conditions de validité des accords collectifs en droit de la fonction publique en 2010 pourrait ainsi être très facilement moquée, car, finalement, il s'agit bien d'exiger une légitimité des acteurs à l'élaboration d'un acte qui n'a aucune force juridique. Il n'en demeure pas moins que d'aucuns y verront une avancée remarquable¹²⁷. Et, pour notre étude, cette avancée n'est pas anodine. L'influence du modèle de l'accord collectif de travail y est clairement affichée. En même temps, il est un modèle qui appelle à son propre dépassement, car les accords de la fonction publique ont, dès l'origine, été pensés comme une source du droit non contraignante de la fonction publique. Une légitimité renforcée, associée à une force juridique évincée, il y a là un signe supplémentaire, s'il en fallait un, de l'imbrication possible du droit négocié avec le droit souple.

Cette absence de force juridique n'a toutefois jamais empêché ces accords de produire des effets juridiques dès lors que les autorités publiques consentent à consacrer leur contenu. Un tel relai est plus aisé lorsque la légitimité des signataires est forte. Tel est l'objectif de la loi du 5 juillet 2010. En cela, cette loi est perçue comme une avancée. De plus, il faut admettre que le constat d'une crise du syndicalisme a dépassé le seul cadre du droit

¹²⁶ *Loc. cit.*

¹²⁷ V. en ce sens, E. Marc et Y. Struillou, « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relations professionnelles », *Droit administratif*, 2010.

du travail. C'est ainsi cette problématique commune qui a poussé les interlocuteurs sociaux à négocier concomitamment, à partir de 2008, les voies du renouveau de la démocratie sociale que ce soit dans le secteur privé ou dans la fonction publique. L'intrication des modèles est alors, plus que jamais, perceptible.

641. La quête de légitimité traverse le droit souple et le droit négocié, point de convergence entre ces deux modèles animés finalement du même souci. Cette quête commune suggère alors beaucoup plus que la cohabitation pacifiste entre deux modèles, elle met à jour une intrication possible de deux modèles. C'est au prix sans nul doute d'une refondation balbutiante de la norme juridique et d'une légitimité des acteurs dévoyée. Au demeurant, et de manière inattendue, n'est-il pas possible de déceler dans ces points de convergence la figure d'un droit négocié dont l'empire s'étendrait. Car, parmi les voies empruntées pour conférer au droit souple une légitimité accrue figure la négociation collective. Le droit négocié semble alors transcender l'opposition entre droit souple et droit dur. N'y aurait-il pas finalement de la souplesse dans le droit négocié ; enjoignant ainsi de ne plus circonscrire le droit négocié à la seule sphère du droit dur.

2. L'empire du droit négocié

642. L'opposition entre droit négocié et droit souple est difficile à saisir, car ces deux modèles ne se situent pas vraiment sur le même plan. L'évocation du droit souple renvoie plus volontiers à son absence de force obligatoire, autrement dit à ses effets. À l'inverse, l'évocation du droit négocié renvoie plus sûrement à son mode de formation. Rien ne s'oppose donc à ce que le droit négocié soit indifféremment rattaché au droit souple ou au droit dur. Il a déjà été indiqué à ce titre que le procédé de l'accord collectif était parfois employé pour remplir des objectifs similaires à ceux poursuivis par les normes de droit souple. L'existence de « normes de *soft law* négociées »¹²⁸ est clairement avérée. L'intrication des modèles semble donc acquise. Il est toutefois difficile d'y voir un phénomène uniforme. La fusion opérée entre ces modèles donne à observer deux figures différentes. Dans un cas, c'est le procédé de l'accord collectif qui se pare de droit souple,

¹²⁸ E. Mazuyer, « *Soft law* », in *Dictionnaire critique de la RSE*, sous la direction de N. Psoitel et R. Sobel, PU du septentrion, 2013, p. 421.

donnant lieu à des accords collectifs dépourvus de force juridique (a). Dans l'autre cas, c'est le droit souple qui emprunte au modèle de l'accord collectif son mode de formation pour qu'apparaisse alors un droit souple négocié (b). Du reste, ces deux figures témoignent alors de l'empire du droit négocié, transcendant la dualité entre le droit souple et le droit dur.

a) L'accord collectif comme variété de droit souple

643. Le recours au procédé de l'accord collectif n'est jamais sans risques pour des acteurs qui souhaitent s'engager dans une démarche non contraignante. En effet, la qualification étant indisponible, il est toujours possible pour le juge de requalifier un acte présenté comme dépourvu de valeur juridique en l'érigeant en un véritable accord collectif au sens du Code du travail. Les innombrables appellations utilisées pour désigner des instruments de droit souple et signifier leur absence de force juridique ne suffisent pas à faire barrage à ce pouvoir de requalification.

Certains accords collectifs n'en demeurent pas moins des instruments de droit souple. Les accords-cadres internationaux conclus dans les entreprises transnationales offrent à ce titre une bonne illustration même si leur nature juridique n'est pas clairement identifiée. Au vu de leur niveau de négociation, il est difficile de déterminer à quel ordre juridique ils se rattachent. Il est traditionnellement admis que sa nature et sa portée dépendent du droit du pays dans lequel ledit accord tend à s'appliquer. À ce titre, « la localisation des relations de travail, la localisation du siège social de l'entreprise, la capacité et la compétence de chaque cocontractant selon la législation nationale considérée »¹²⁹ sont autant d'éléments d'incertitude qui pèsent sur le juge lorsqu'il est saisi. Plus globalement, il faut admettre que l'absence d'un cadre juridique clair s'imposant à ces accords constitue un obstacle à la reconnaissance d'une force obligatoire¹³⁰. Cela est flagrant s'agissant des signataires de ces accords dont la capacité n'est pas interrogée. Il peut s'agir aussi bien de fédérations syndicales internationales, de syndicats nationaux ou bien d'organismes consultatifs du type du comité d'entreprise européen. Selon un auteur, cette incertitude

¹²⁹ *Loc. cit.*

¹³⁰ C'est pourquoi, des auteurs plaident en faveur de l'établissement d'un tel cadre que ce soit au niveau communautaire ou dans le cadre de l'OIT. V. notamment, M.-A. Moreau, « Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe Arcelor Mittal », *Droit social*, 2009, p. 93 ; S. Laulom, « Passé, présent, futur de la négociation collective transnationale », *Droit social*, 2007, p. 623.

« heurte les catégories juridiques existantes et rend difficile la reconnaissance d'une valeur juridique »¹³¹. Aussi, il faut admettre que ce type d'accord s'apparente plus aisément à « un engagement unilatéral de l'employeur, un contrat *sui generis*, un *gentleman agreement* ; mais vraisemblablement pas [à] un accord collectif », au sens du Code du travail il s'entend¹³². D'ailleurs les entreprises qui concluent ces accords souhaitent rarement s'engager dans une démarche contraignante¹³³. En conséquence, il apparaît qu'un acte négocié collectivement est susceptible d'être considéré comme dépourvu de force juridique et donc comme relevant plus sûrement du droit souple¹³⁴. Leur application ne rend donc « pas nécessaire un examen de leur nature juridique »¹³⁵.

644. Le risque de recourir au procédé de l'accord collectif lorsqu'on se refuse à lui accorder une réelle portée juridique disparaît lorsque c'est la loi elle-même qui en dispose ainsi. Il s'opère de la sorte un véritable déclasserment normatif de l'accord négocié par rapport au modèle de l'accord collectif de travail dont il s'inspire. Un tel choix ne peut être déraisonné. Il est nécessairement le fruit de considérations propres au domaine dans lequel des négociations collectives sont menées. Le droit de la fonction publique constitue à ce titre un témoin précieux de la « dévalorisation » juridique des accords collectifs. Celle-ci a pour avantage d'autoriser la conciliation d'impératifs *a priori* contradictoires. En effet, la situation statutaire et réglementaire des fonctionnaires s'oppose à ce que les règles régissant leurs conditions de travail puissent résulter d'une négociation collective. Pour autant, cela a déjà été relevé, des négociations collectives sont menées dans ce secteur. Simplement, la loi du 5 juillet 2010 n'a pas souhaité leur conférer de force juridique. Cela n'a rien d'infamant voire d'handicapant. Ces normes se voient dotées d'une autorité morale et politique telle qu'il serait inconvenant pour les gouvernants qui ont promu la négociation de ces accords collectifs de ne pas les prendre en compte. Certains auteurs estiment même « que les syndicats jouent sur certaines questions un rôle plus important dans la fonction publique

¹³¹ A. Sobczak, « Les accords-cadres internationaux : un modèle pour la négociation collective transnationale », p. 4.

¹³² I. Daugareilh, « Accord cadre international », in *Dictionnaire critique de la RSE*, ss la dir de N. Psotel et R. Sobel, Presses universitaires du septentrion, 2013, p. 19. V. également en ce sens, B. Teyssié, « La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe », *Droit social*, 2005, p. 982.

¹³³ En ce sens, cf. COM (2008) 419.

¹³⁴ J. Durringer refuse d'opter pour une telle disqualification. Elle estime à ce titre, que ces accords peuvent être considérés comme des accords *sui generis* devant en tant que tels, être soumis aux principes généraux de la négociation collective, *Les sources de la représentation collective des salariés*, LGDJ, 2015, p. 298.

¹³⁵ B. Teyssié, *art. cit.*, p. 990.

que dans le secteur privé »¹³⁶. Il faut sans doute admettre que « la normativité réside moins dans les origines de la norme que dans sa réception », autrement dit de l'adhésion de ses destinataires¹³⁷.

645. Les accords collectifs de consommation prennent également, dans la majorité des cas, la forme de droit souple. En effet, il n'est pas rare que les professionnels se contentent seulement de s'engager à respecter la loi. L'accord collectif n'a dans ce cas aucun véritable intérêt si ce n'est pédagogique. Même dans le cas où l'accord dépasse les prévisions de la loi, il n'est pas dit que ses dispositions soient suffisamment précises pour engager ses signataires. Autrement dit, « son respect repose, non sur la contrainte, mais sur l'incitation » et relève de la « soft law »¹³⁸.

D'autres exemples peuvent ici être évoqués, qu'il s'agisse des accords de Grenelle de 1968 ou bien encore de certains engagements conventionnels en matière d'emploi parfois qualifié d'engagement d'honneur ou moraux¹³⁹. Plus largement, les positions communes illustrent également le propos. À ce titre, il importe de relever que le rapport Combrexelle estime que « sans remettre en cause le principe même de la concertation préalable posé par l'article L. 1, il pourrait être envisagé que cette concertation prenne deux formes : soit la forme traditionnelle de l'ANI, soit la forme plus souple dans son contenu et son adoption d'une position commune »¹⁴⁰. La proposition a de quoi surprendre. D'une part, elle rappelle les accords collectifs conclus dans le domaine de la fonction publique qui font l'objet d'une reconnaissance légale, mais qui sont dépourvus de force juridique. D'autre part, on peut s'interroger sur l'intérêt de procéder à une telle consécration dès lors que les interlocuteurs sociaux ont signé par le passé ce genre de texte sans que le silence de la loi à ce sujet, ne constitue un handicap, bien au contraire. Enfin et surtout, c'est l'alternative entre ANI et position commune qui étonne. Si elle conforte l'idée d'une imbrication croissante des modèles de droit souple et de droit négocié, l'ANI apparaissant interchangeable avec la position commune, elle apparaît essentiellement comme une tentative de desserrer l'étau des conditions légales de validité des accords collectifs. Car, finalement, la position

¹³⁶ F. Melleray, *Droit de la fonction publique*, Corpus droit public, Economica, 2005, p. 197.

¹³⁷ M. Mekki, « Propos introductifs sur le droit souple » in *Le droit souple*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, p. 10.

¹³⁸ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 2015, p. 38.

¹³⁹ Lire T. Katz, *La négociation collective et l'emploi*, LGDJ, 2007, pp. 142 et s.

¹⁴⁰ J.-D. Combrexelle, *rapport précit.*, p. 82.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

commune - respectant rarement l'exigence majoritaire – pourrait connaître la même consécration légale que l'ANI. Aussi, il y aurait fort à craindre, si la proposition était retenue, que la position commune soit employée à chaque fois que les interlocuteurs sociaux sont dans l'incapacité de respecter les conditions de représentativité ou de majorité. C'est d'ailleurs ce qui s'était produit lors de l'adoption de la position commune de 2008. Le risque est grand alors que le texte soit malgré tout transposé dans la loi même si, en principe, l'acte qui lui a donné naissance est dépourvu de force juridique. La loi du 20 août 2008 a quelque peu suivi ce schéma d'adoption.

646. Aussi, faire de l'accord collectif dénué de force obligatoire une variété de droit souple n'est donc pas, fondamentalement, insensé. Toutefois, cela a déjà été souligné, pareille transmutation n'est pas sans poser quelques problèmes quant à la nature même du modèle de l'accord collectif de travail, pensé avant tout comme un acte doté d'une force juridique en intensité et en extension, et relativement à son devenir.

b) Le droit souple comme variété de droit négocié

647. L'imitateur n'est pas toujours contraint d'adhérer en totalité à un modèle. Les promoteurs des normes de droit souple semblent l'avoir bien compris lorsqu'ils empruntent au modèle de l'accord collectif de travail son mode de formation tout en refusant que les normes qu'ils édictent se voient dotées d'une quelconque force juridique. Le modèle de l'accord collectif de travail est un modèle procédural en ce qu'il accorde une place prépondérante à la négociation collective. Il en découle qu'il est également un modèle organique, car la négociation dont il est le siège suppose l'intervention de représentants habilités dont le syndicat est la figure archétypale.

648. Pour trouver des manifestations de droit souple négocié, il n'est pas nécessaire de quitter le monde de l'entreprise. Les codes de conduite et chartes d'entreprise peuvent en effet faire l'objet d'une négociation collective. Il appert même qu'un tel mode d'édition confère à la norme ainsi négociée, une légitimité telle que les acteurs qui en sont à l'origine

seront prétendument plus prompts à la respecter¹⁴¹. Les juridictions françaises sont parfois amenées à connaître de ce type de texte. Dans un arrêt du 18 février 2003, la Cour de cassation a ainsi été invitée à se prononcer sur la valeur juridique d'une charte conclue au sein de la SNCF¹⁴². Celle-ci portait sur l'utilisation des téléphones portables mis à disposition des salariés et prévoyait en cas de dépassement de forfait, un prélèvement du montant des communications personnelles sur le solde des agents. Au-delà de son contenu et du refus de la Cour de cassation d'autoriser sur cette base une telle retenue, c'est le processus de conclusion de cette charte qui intéresse en premier lieu. En effet, celle-ci avait été négociée et établie par les interlocuteurs sociaux présents dans l'entreprise. Cet élément n'avait bien entendu pas échappé à la direction de l'entreprise qui entendait s'en prévaloir pour exiger son application. Elle faisait notamment valoir que la charte litigieuse venait en application du « statut des relations collectives de la SNCF », en vain.

Les normes de droit souple négociées ne sont toutefois pas toutes destinées à subir le même sort. La jurisprudence de la Cour de cassation donne également à voir des cas remarquables de normes négociées collectivement pensées comme relevant du droit souple et qui, aux termes d'une alchimie étonnante, deviennent de véritables accords collectifs de travail. L'illustration la plus célèbre d'un tel phénomène est très certainement la charte du football professionnel. Comme son appellation le laisse entendre, ce texte n'a pas initialement été pensé comme un accord collectif. À vrai dire, comme cela a déjà été exposé, de nombreux éléments laissent à penser qu'une telle qualification n'était pas envisageable¹⁴³. Pour autant et pour diverses raisons d'opportunité, la Cour de cassation a jugé dans un arrêt du 1^{er} février 2000 que la charte du football professionnel avait la valeur d'une convention collective¹⁴⁴.

Dans le domaine de la consommation, les instruments de droit souple sont également très nombreux. Outre le fait que les accords collectifs qui y sont conclus sont bien souvent de purs instruments de droit souple, il est intéressant de relever que s'y développent des procédés voisins. S'ils sont qualifiés de la sorte, c'est en raison des acteurs qui en sont à l'origine. En effet, ils sont élaborés, à l'instar des accords collectifs, par des

¹⁴¹ De nombreux auteurs précisent qu'il serait préférable que ces codes de conduites ou chartes donnent lieu à une négociation du même type que celle des accords collectifs en droit du travail V. notamment, C. Neau-Leduc, « La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques ? », *Droit social*, 2006, n°11, p. 952.

¹⁴² Soc. 18 février 2003, 00-45931.

¹⁴³ Cf. supra.

¹⁴⁴ Cf. supra, Partie 1, Titre 2, chapitre 2, section 1.

représentants des professionnels et de consommateurs réunis pour l'occasion dans certains organismes. Tel est « le cas, notamment, du Conseil national de la consommation, de la Commission des clauses abusives, de la Commission de la sécurité des consommateurs, de certaines commissions de l'AFNOR » lorsqu'ils élaborent des recommandations, des avis ou bien encore des « normes » qui « ne sont pas, à proprement parler, des accords, mais (qui) n'en sont pas moins le résultat d'une négociation collective » même dépourvu de force obligatoire¹⁴⁵.

649. Il apparaît au final que l'hypothèse d'un croisement voire d'une intrication des modèles du droit négocié et du droit souple n'est pas à prendre à la légère. Si une opposition entre ces deux modèles est bien perceptible, elle doit être relativisée et nuancée. La perspective de voir se développer un droit souple négocié est aujourd'hui prise au sérieux par certains auteurs¹⁴⁶. Elle invite à s'interroger sur le devenir d'un modèle de l'accord collectif de travail qui ne peut que perdre en force juridique ce qu'il gagne en diffusion. Elle manifeste également un désir des opérateurs privés, celui de s'autoréguler et de tourner le dos à des formes de réglementations étatiques jugées trop contraignantes. Est-ce alors la figure d'un droit négocié tout entier libéré de la tutelle de l'État qui s'esquisse ? Un droit négocié qui prendrait alors son émancipation du berceau qui l'a fait naître ? Surtout, et de plus, le recours à la négociation collective pare le droit souple d'une légitimité conséquente. Celle-ci tient aux acteurs impliqués dans un tel processus d'édiction de la norme. Sans cela, ledit instrument risquerait de n'être que la manifestation d'une volonté unique. Si c'est un écueil pour lequel nombre d'auteurs mettent en garde, cela n'est toutefois pas perçu systématiquement comme un problème. La décision unilatérale est en effet parfois préférée au droit négocié. Ce sont alors les rapports entre droit négocié et imposé qui doivent être étudiés.

¹⁴⁵ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 2015, p. 39.

¹⁴⁶ V. notamment, A. Sobczak, « Les codes de conduite négociés et l'avenir du dialogue social dans l'entreprise-réseau », colloque Université européenne du travail, *Les règles sociales européennes et internationales : quelles innovations ?*, Paris, 9-10 octobre 2003.

Section 2

Le modèle de l'accord collectif de travail concurrencé par le modèle du droit imposé

650. Au premier abord, il est tentant de parer le modèle du droit imposé de tous les vices tandis que celui du droit négocié serait doté de nombreuses vertus. En effet, le droit imposé serait la manifestation peu envieuse d'une tendance autoritaire et d'une volonté d'obliger sans chercher à obtenir le consentement des destinataires de la norme. Toutefois, ce tableau est part trop caricatural. D'ailleurs, malgré cet *a priori*, le modèle du droit imposé subsiste farouchement. C'est bien le signe qu'il s'avère parfois, plus adéquat d'y recourir. En réalité, si concurrence il y'a, ce n'est pas tant dans les finalités que dans les moyens de « démocratiser les processus décisionnels »¹⁴⁷. Il reste que nécessaire d'y recourir. Cependant, la notion de droit imposé, multiforme au demeurant, interroge. Elle évoque l'action des pouvoirs publics, autrement dit le droit issu des lois et des règlements. Plus spécifiquement, elle renvoie également aux actes juridiques unilatéraux que sont susceptibles d'édicter les personnes détentrices d'un pouvoir légalement conféré, à l'instar de l'employeur en droit du travail. Le droit imposé peut ainsi être d'origine étatique (§1) ou privée (§2).

Paragraphe 1 Le modèle de l'accord collectif concurrencé par le modèle du droit imposé d'origine étatique

651. L'opposition entre droit négocié et droit imposé d'origine étatique est susceptible de provoquer deux réactions antinomiques. Certains l'approuveront, estimant que le droit étatique est nécessairement imposé sauf à considérer que le citoyen consent à l'application de ce droit dès lors qu'il a participé, par le biais du vote, à l'élection de ceux qui l'édicteront. Cette opposition serait même au cœur d'une mécanique rodée. Plus « l'espace de liberté accordé aux négociateurs de contrats collectifs » est grand plus il réduit « le jeu de la norme publique »¹⁴⁸. D'autres considéreront que le droit négocié s'exerce sous la tutelle de l'État et, par conséquent que l'un n'est que le mode de réalisation de l'autre. D'autres, en revanche, prendront le contre-pied et relèveront l'existence d'un droit étatique négocié,

¹⁴⁷ I. Vacarie, « Sécurité sociale et démocratie des choix collectifs » », in *Mélanges en l'honneur de J.-F. Laborde*, Dalloz, 2015, p. 925.

¹⁴⁸ B. Teyssié, « La négociation collective, un espace de liberté ? », in *Mélanges en l'honneur de J.-F. Laborde*, Dalloz, 2015, p. 907.

d'une « activité gouvernementale conventionnelle »¹⁴⁹. S'il est vrai qu'aujourd'hui que l'action étatique est loin d'être réfractaire à toute forme de négociation, l'opposition ici exposée doit être prise au sérieux, car porteuse de sens dans un système français « fortement centralisé » où « le droit légiféré se présente comme le modèle fondamental d'intervention de l'État »¹⁵⁰. Le modèle du droit étatique serait donc avant tout un modèle de droit légiféré. Toutefois, nombreux sont aujourd'hui les partisans d'une « refondation sociale » tendant « à restreindre l'importance du droit légiféré [...] au bénéfice du droit négocié »¹⁵¹. Mais si le second gagne du terrain sur le premier, il ne l'annihile pas pour autant. Le droit imposé demeure et oppose au modèle de l'accord collectif de travail une véritable résistance que ce soit sous la forme d'un statut **(A)**, de lois **(B)** ou de règlements **(C)**.

A) Le modèle de l'accord collectif concurrencé par le modèle statutaire

652. La situation des agents publics est placée sous l'égide d'un « principe statutaire »¹⁵². Autrement dit, ceux-ci sont exclusivement régis par un ensemble de textes législatifs et réglementaires¹⁵³. Dans sa forme actuelle, le statut général des fonctionnaires est le fruit d'une loi du 13 juillet 1983 qui contient les droits et obligations applicables à tous les fonctionnaires et fixe les grands principes communs aux trois fonctions publiques. Ainsi, le régime des fonctionnaires est fixé unilatéralement par les pouvoirs publics. Cela a pour conséquence d'empêcher le développement dans ce domaine de la technique contractuelle en général et des accords collectifs en particulier. Pour comprendre cette exclusion, il faut cerner le particularisme du régime des fonctionnaires en partant de leur activité même. Fonctionnellement, ils ont vocation à participer à la gestion et à la réalisation d'un service public administratif¹⁵⁴. En conséquence, tout agent recruté en vue de l'exécution d'une

¹⁴⁹ P. Lascoumes, « Négocier le droit, formes et conditions d'une action gouvernementale conventionnelle », *Politiques et management public*, 1993, Volume 11, p. 47.

¹⁵⁰ *Ibid*, p. 48.

¹⁵¹ G. Lyon-Caen, « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Droit social, Droit social*, 2003, p. 355.

¹⁵² E. Ayoub, *La fonction publique en vingt principes*, Frison-Roche, p. 19.

¹⁵³ V. sur cette question, Y. Saint-Jours, *Les relations de travail dans le secteur public*, LGDJ, p. 31.

¹⁵⁴ V. CE, Sect., 4 juin 1954, Vingtain et Affortit, Rec. CE, p. 342, concl. Chardeau ; *AJDA*, 1954, II, p. 6, chron. Gazier et Long. Il n'est guère étonnant dès lors, que le concept de fonction publique soit apparu en droit français au début du XX^{ème} siècle sous la plume d'une doctrine qui le rattachait à la notion de service public «

mission ne relevant pas d'un tel service est nécessairement un salarié de droit privé¹⁵⁵. Cela est compréhensible au vu des activités qui entrent dans la catégorie des services publics administratifs. Il en va ainsi spécialement des services relevant des missions régaliennes de l'État telles que la défense nationale, la sécurité publique ou bien encore la justice. Celles-ci étant particulièrement sensibles, il a été très tôt jugé que les fonctionnaires qui y sont attachés ne peuvent prétendre aux mêmes droits que les salariés, notamment le droit à la négociation collective. Il aurait fallu dans le cas contraire que l'administration revête le costume d'employeur et remise celui d'autorité publique. On craignait néanmoins que pareille pratique n'aboutisse à faire primer des intérêts catégoriels sur l'intérêt général et à lier juridiquement l'administration par voie conventionnelle, d'où l'absence de force juridique reconnue aux accords conclus dans le cadre de la loi du 5 juillet 2010.

Le cas des militaires illustre parfaitement cette problématique. Il est soutenu de longues dates, que « les exigences d'efficacité opérationnelle des forces interdisent que le personnel militaire puisse contester les ordres et se mobiliser pour défendre ses intérêts professionnels dans le cadre d'une action collective » et que « la crise sociale, phénomène naturel pour surmonter une opposition d'intérêts dans la société civile, donne lieu à des affrontements et négociations inconciliables avec le principe de discipline et qui nuiraient gravement à la cohésion et à l'efficacité des armées »¹⁵⁶. De même, le gouvernement soutenait en 2000 devant le Comité européen des droits sociaux que « le droit de négociation collective est avant tout un des aspects du droit syndical » et que « si le personnel militaire est exclu du bénéfice de la liberté syndicale, il est justifié qu'il soit de même exclu du bénéfice du droit de négociation collective »¹⁵⁷. Il se pourrait toutefois que la CEDH soit parvenue à faire évoluer le droit français sur cette question par deux arrêts du 2 octobre 2014¹⁵⁸. La Cour a jugé dans ces arrêts que si « des restrictions, même significatives,

compris comme la puissance publique lorsqu'elle est en mouvement » ; G. Bigot, « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA*, 2000, p. 532.

¹⁵⁵ TC, 18 juin 2001, Lelaidier c./ Ville de Strasbourg, Rec. CE, p. 743 ; *AJFP*, 2001/6, p. 4, note Fortier.

¹⁵⁶ *Rapport de la commission de révision du statut général des militaires*, présidé par R. Denoix de Saint Marc, La Documentation française, 2003, p. 25.

¹⁵⁷ § 21 du Rapport au Comité des ministres, CEDS, 4 décembre 2000, publiée le 23 mars 2001. Sur cette décision, se reporter aux observations de C. Demesy, « La liberté syndicale et le droit de négociation collective des militaires », *RFDA*, 2003, p. 546 ; J.-F. Akandji-Kombé, « La France devant le Comité européen des droits sociaux », *Droit social*, 2001, p. 977. V. également, « L'adhésion à des groupements professionnels est incompatible avec les règles de la discipline militaire », TA de Paris 13 novembre 2003, *AJFP*, 2004, p. 151.

¹⁵⁸ CEDH, 2 octobre 2014, n° 32191/09, Adefdromil c/ France, et n° 10609/10, Matelly c/ France, *AJDA*, 2014, p. 1919 ; *D.* 2014, p. 2560, note G. Poissonnier ; A. Gardin, « L'expression collective des militaires : vers une (r)évolution ? (A propos de CEDH, 2 octobre 2014) », *RDLF*, chron. n°1, 2015.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

peuvent être apportées dans ce cadre aux modes d'action et d'expression d'une association professionnelle et des militaires qui y adhèrent », celles-ci ne doivent pas « priver les militaires et leurs syndicats du droit général d'association pour la défense de leurs intérêts professionnels et moraux ». Dans le sillage de cette jurisprudence et suivant les préconisations du rapport Pêcheur¹⁵⁹, le législateur a admis, dans une loi du 28 juillet 2015, que des associations professionnelles nationales de militaires puissent être constituées¹⁶⁰. Pour autant, il n'est pas possible d'en conclure qu'un droit à la négociation collective se trouve de la sorte affirmé. Certes l'exposé des motifs de la loi mentionnée, prévoit que la reconnaissance de ces associations implique que leur soit garanti « l'exercice effectif de la mission qu'ils se sont assignée, notamment par la reconnaissance d'un droit au dialogue social avec la hiérarchie militaire », mais le contenu de la loi est sur ce point, assez décevant. Le nouvel article L. 4126-9 du Code de la défense prévoit simplement que les associations représentatives ont qualité pour participer au dialogue organisé, au niveau national, par les ministres de la Défense et de l'Intérieur ainsi que par les autorités militaires sur les questions générales intéressant la condition militaire. La formulation est trop ambiguë pour signifier la reconnaissance d'un droit à la négociation collective, signalant au passage la persistance d'une logique statutaire dans un milieu fondé sur la discipline et hautement hiérarchisé.

653. Du souci d'incarner l'intérêt général et de cette capacité présumée « à pourvoir au bonheur commun »¹⁶¹, l'administration tirerait des pouvoirs exorbitants l'autorisant à poser unilatéralement les conditions de travail des fonctionnaires. Le modèle de l'accord collectif de travail n'est donc pas censé avoir cours dans le domaine de la fonction publique, du moins il ne devrait pas être en mesure de primer sur le modèle statutaire. Les choses sont pourtant loin d'être aussi évidentes comme l'atteste la loi du 5 juillet 2010. Si un desserrement de l'étau statutaire s'observe globalement, c'est en raison du développement de considérations managériales¹⁶². Décrit par certains, le statut ne constituerait pas « le vêtement souple et ample permettant à la fonction publique de se mouvoir utilement et

¹⁵⁹ B. Pêcheur, *Rapport sur la fonction publique*, 2014.

¹⁶⁰ Loi n° 2015-917 du 28 juillet 2015. Sur ses implications, cf. L.-M. Le Rouzic, « Vers la fin du « cantonnement juridique » des militaires ? », *AJDA*, 2015, p. 204.

¹⁶¹ G. Bigot, « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA*, 2000, p. 532. Maurice Hauriou affirmait à ce titre que lorsque « l'Administration organise un service public et l'exécute, elle fait l'affaire du public », *Précis de droit administratif et de droit public général*, 11^{ème} éd., 1927, p. 340.

¹⁶² Dans le même sens, cf. Loi du 26 juillet 2005, lois de 2 et 19 février 2007, loi du 3 août 2009, loi du 12 mars 2012 notamment.

efficacement au service des causes dont elle a la charge, mais une armature lourde passablement paralysante »¹⁶³. Afin d'y remédier, le développement de pratiques participatives est proposé. L'objectif est « d'atténuer la rigidité d'un style de commandement à base d'autorité et de contrainte, en encourageant les initiatives individuelles et les formules de négociation et de compromis »¹⁶⁴. Plus encore, il s'agit de favoriser l'implication des fonctionnaires et de les sensibiliser aux risques induits par leur activité.

654. Il n'en demeure pas moins que le modèle de l'accord collectif de travail peine à se développer au vu de la configuration actuelle de la fonction publique française, deux raisons à cela. La première tient à l'objet même de l'accord collectif. En principe, celui-ci porte notamment sur les conditions de travail des salariés. Plus encore, les organisations qui sont amenées à conclure de tels accords tendent par leur action à défendre l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent, ce qui sied mal à la logique de la fonction publique. Certains auteurs estiment à ce titre que la mission première des syndicats « étant de défendre les intérêts des personnels et non ceux du service, ils sont très attachés aux droits acquis conférés par le statut et n'adhèrent pas nécessairement aux réformes notamment managériales qui tendent à les remettre en cause »¹⁶⁵. En effet, le statut demeure à l'heure actuelle le garant des droits des fonctionnaires. La seconde raison tient aux caractéristiques de la fonction publique française. Reposant sur un ordre bureaucratique hiérarchisé, elle offre en principe peu de place à la discussion entre le fonctionnaire et son supérieur¹⁶⁶. L'idée d'une négociation égalitaire est dès lors quelque peu illusoire.

Ainsi, si l'on admet volontiers que « le statut est assoupli, il demeure la ligne d'horizon indépassable au-delà de laquelle l'agent n'est plus placé dans une situation légale et réglementaire »¹⁶⁷. Mieux, certains considèrent même aujourd'hui que le droit statutaire est le plus adapté pour mieux protéger les salariés des aléas des contrats de travail. Il est proposé à ce titre, sur la base du modèle du statut général de la fonction publique, de

¹⁶³ M. Pochard, « Quel avenir pour la fonction publique ? », *AJDA*, 2000, p. 3.

¹⁶⁴ J. Chevallier, « La participation dans l'administration française », *Bulletin de l'IIAP*, n°37, 1976, p. 87.

¹⁶⁵ L. Cluzel-Métayer, *Le service public et l'exigence de qualité*, Nouvelles bibliothèques de thèses, Dalloz, 2006, p. 325.

¹⁶⁶ Il n'est d'ailleurs pas anodin que l'obéissance hiérarchique fasse partie des obligations des fonctionnaires consacrées par le statut de 1946 et la loi du 13 juillet 1983.

¹⁶⁷ E. Aubin, *La fonction publique*, Gualino, Lextenso éd., 4^{ème} éd., 2013, p. 41.

substituer des « statuts professionnels » aux contrats de travail. M. Y. Saint-Jours estime d'ailleurs que l'extension d'une logique statutaire aux entreprises du secteur privé est loin d'être impossible, rappelant que les statuts des entreprises nationalisées ont pu être étendus, dans la foulée des nationalisations, aux EPIC, soumis au droit privé »¹⁶⁸. Plus intéressant, l'auteur souligne les faiblesses des accords collectifs qui octroient certes des avantages aux salariés, mais qui « se rattachent à leur contrat de travail et non à leur personne »¹⁶⁹.

Autrement dit, « la logique statutaire garde sa force »¹⁷⁰ malgré la promotion indéniable du modèle de l'accord collectif de travail dans le champ de la fonction publique¹⁷¹. Au-delà de la fonction publique, le modèle subit plus largement la concurrence du modèle de droit légiféré.

B) Le modèle de l'accord collectif concurrencé par le modèle de droit légiféré

655. Évoquer une possible concurrence de la loi à l'égard du procédé de l'accord collectif peut susciter l'étonnement chez l'observateur attentif aux évolutions plus ou moins récentes du droit du travail. En effet, on s'orienterait plus volontiers vers un accroissement du domaine matériel et une réévaluation hiérarchique de l'accord collectif de travail au détriment de ce mode de production normative classique qu'est la loi. Pourtant, cette évolution n'est pas sans poser quelques problèmes. Face à la promotion tous azimuts dont fait l'objet l'accord collectif, des voix s'élèvent pour appeler à la mesure et ne pas l'ériger en panacée. Les discours vantant le tout négocié font l'objet de critiques qui rappellent qu'il ne faut pas condamner trop vite le droit légiféré bien qu'on lui prête hâtivement sans doute, de nombreux défauts. Il ne faut pourtant pas omettre que d'un strict point de vue constitutionnel, il existe un « domaine d'intervention obligatoire et incompressible »¹⁷² au

¹⁶⁸ Y. Saint-Jours, « L'alternative de la démocratisation des entreprises à leur éclatement endémique », *Droit ouvrier*, 2015, p. 18.

¹⁶⁹ *Loc. cit.* Sur cette idée de droit de la personne, cf.

¹⁷⁰ Y. Struillou, « Le droit du travail, horizon indépassable du droit du travail ? », *AJDA*, 2011, p. 2339.

¹⁷¹ A y regarder de plus près, on s'aperçoit que les prévisions fatalistes et pessimistes sur l'avenir de la logique statutaire ne datent pas d'hier. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, certains auteurs n'avaient pas hésité à évoquer la fin de la fonction publique ; J. Rivero, « Vers la fin du droit de la fin de la fonction publique », *D.* 1946, chron., p. 38 ; P.-M. Gaudemet, « Le déclin de l'autorité hiérarchique », *D.* 1947, chron., p. 35.

¹⁷² I. Odoul-Asorey, *Négociation collective et droit constitutionnel*, LGDJ, p. 347.

profit du législateur dont les interlocuteurs sociaux ne peuvent en aucun cas se saisir (1). Plus encore, la tentation qui pourrait animer certains acteurs de réclamer que soit reconnu au profit des négociateurs un pouvoir normatif supérieur à celui du législateur ou à tout le moins accru, interroge leur légitimité (2). Faut-il admettre *in fine* que la concurrence ici décrite n'est que fictive ? Rien n'est moins sûr (3).

1. La préservation du domaine de la loi

656. Le recours accru au procédé de l'accord collectif de travail n'entame en rien le pouvoir reconnu par la Constitution au profit du législateur. L'article 34 de la Constitution de 1958 prévoit en effet que seul le législateur détermine les principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical. La délégation accordée aux interlocuteurs sociaux ne leur permet d'intervenir que de manière secondaire, pour mettre en œuvre la loi. Plus encore, le Conseil constitutionnel veille à ce que le législateur exerce pleinement la compétence nécessairement législative qui résulte de l'article 34 de la Constitution. Il est question à ce titre de réserve de loi entendue comme « l'existence d'une protection constitutionnelle du domaine assigné à l'exercice de la fonction législative et surtout, l'irréductibilité de ce domaine lui-même qui devient ainsi opposable et donc, contraignant pour le législateur »¹⁷³. Le chef retenu est celui d'inconstitutionnalité de l'incompétence négative. Le Conseil constitutionnel est particulièrement attentif à ce que le législateur exerce ses compétences spécialement à des fins de protection des droits et libertés constitutionnellement garantis¹⁷⁴.

Le prononcé d'une incompétence négative n'est jamais anodin. En effet, une telle sanction « ménage et honore l'éminente dignité de la loi, qui doit répondre à des exigences

¹⁷³ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre O. Pfersmann, O. Roux, A. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis de droit public, 11^{ème} éd., 2008.

¹⁷⁴ Le Conseil admet même que le grief tiré de « l'incompétence négative » puisse être invoqué à l'appui d'un recours dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution et donc d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Le juge constitutionnel précise néanmoins que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Cf. sur ce sujet, P. Rapi, « L'incompétence négative dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 34, janvier 2012. V. également, CC, décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, SNC Kimberly-Clark, *AJDA* 2010. 1230 ; *D.* 2010. 1622 ; 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *RFDA* 2010. 704, J. Boucher ; CC, décision n° 2010-33 QPC du 22 septembre 2010, Société Esso SAF, p. 17292 ; *AJDA* 2010. 1732 ; *ibid.* 2384, note F. Rolin ; *D.* 2011. 136, note E. Carpentier.

particulières, de clarté sur la forme, et de densité sur le fond »¹⁷⁵. Plus encore, elle invite le législateur à être vigilant lorsqu'il autorise les interlocuteurs sociaux à mettre en œuvre les dispositions de la loi, « sauf à ne pas exprimer la volonté générale dans le respect de la Constitution »¹⁷⁶ et à renier la mission qui lui incombe. Le grief a d'ailleurs été avancé à l'encontre de dispositions légales qui accordaient aux interlocuteurs sociaux un pouvoir tel que le législateur se trouvait de fait, selon les requérants, détroussé de l'un de ses domaines d'intervention. L'argument n'est toutefois pas évident à soutenir tandis que les vertus du droit négocié sont vantées tous azimuts. Pareille considération n'est pas, au demeurant, sans conséquence sur le contenu même des décisions du juge constitutionnel comme l'atteste la décision rendue à propos de la loi du 4 mai 2004¹⁷⁷. En l'espèce, les requérants arguaient d'une méconnaissance de l'article 34 de la Constitution, notamment en raison de dispositions entachées selon eux, d'une incompétence négative. Face à une telle argumentation, le juge constitutionnel a pris soin *in limine* de rappeler qu'au titre du principe de participation, « tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Surtout, il a admis que le législateur puisse habiliter les interlocuteurs sociaux à fixer les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte. Sur cette base, le Conseil constitutionnel a jugé que le grief tiré de la violation de l'article 34 de la Constitution devait être rejeté dès lors que le législateur n'avait pas méconnu l'étendue de sa compétence. Celui-ci n'a effectivement pas méconnu sa compétence, car l'article 34 ne s'oppose pas à « laisser les partenaires sociaux déterminer, dans le cadre qu'il a défini, l'articulation entre les différentes conventions ou accords collectifs qu'ils concluent au niveau interprofessionnel, des branches professionnelles et des entreprises »¹⁷⁸ notamment en raison de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946. De plus, le législateur ne méconnaît pas sa compétence non plus lorsqu'il ouvre la possibilité à un accord d'entreprise de déroger à des règles législatives d'ordre public dès lors qu'il a défini « de façon précise l'objet de ces différentes dérogations et a fixé lui-même ou renvoyé au pouvoir

¹⁷⁵ G. Bergougnous « L'incompétence négative vue du Parlement », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 46, janvier 2015, p. 41.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ Décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004.

¹⁷⁸ Décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004.

réglementaire [...] les conditions de leur mise en œuvre »¹⁷⁹. Poussant un peu plus loin son raisonnement, le Conseil va jusqu'à considérer qu'eu égard au principe de clarté de la loi et à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, il revient également au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. C'est dire que la tâche assignée par le juge constitutionnel au législateur est prise très au sérieux. Elle implique en effet pour celui-ci de prêter une attention particulière aussi bien au contenu, mais aussi à la qualité et à la précision des normes qu'il édicte.

Il a pu toutefois être soutenu au regard de la solution adoptée par le Conseil constitutionnel que l'exigence pesant sur le législateur est minimale. En effet, le premier n'entend manifestement pas requérir du second « une réglementation détaillée au titre de la détermination des principes fondamentaux du droit du travail, ce qui permet *in fine* aux interlocuteurs sociaux de disposer d'une grande latitude pour mettre en œuvre la loi »¹⁸⁰. L'autonomie collective se voit ainsi investie d'un pouvoir conséquent, d'autant plus que « rares sont les censures prononcées en raison de l'insuffisance de l'encadrement dans la loi »¹⁸¹. La décision rendue le 4 avril 2014 conforte ce sentiment¹⁸². Amené à examiner les conditions de recours au travail de nuit telles qu'elles sont prévues par le Code du travail, le Conseil a là encore écarté le grief tiré de l'incompétence négative du législateur et a admis de fait que celui-ci pouvait subordonner la mise en place du travail de nuit dans une entreprise à la conclusion préalable d'un accord collectif, autrement dit confier à la négociation collective le soin de préciser les modalités d'application des principes fondamentaux du droit du travail.

657. L'analyse mérite toutefois d'être nuancée. Si le Conseil constitutionnel autorise aujourd'hui le législateur à écartier la compétence du pouvoir réglementaire au profit des négociateurs que ce soit dans le domaine des accords collectifs de travail ou même des conventions médicales, ces textes demeurent hiérarchiquement soumis à la loi¹⁸³. Cela est

¹⁷⁹ Décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004.

¹⁸⁰ V. Ogier-Béraud, « Réforme du dialogue social », *RFDC*, 2004, p. 633.

¹⁸¹ Commentaire de la décision n°2014-373 QPC du 4 avril 2014.

¹⁸² Décision n° 2014-373 QPC du 04 avril 2014.

¹⁸³ Le traitement accordé par le juge constitutionnel au principe de faveur révélerait une telle hiérarchie. Relégué au simple rang de principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution, il peut être écarté par le législateur. Un auteur estime aussi « que l'évolution semble devoir se faire dans le sens d'une emprise progressivement élargie du droit légiféré, lui-même encadré par les exigences constitutionnelles, et que ce qu'il est convenu d'appeler l'ordre public social doit corrélativement voir son

dû à leur nature réglementaire qui entraîne leur nécessaire déférence vis-à-vis de la loi. Il en sera ainsi tant qu'un domaine propre à la négociation collective ne sera pas garanti constitutionnellement comme le suggéraient les signataires de la position commune de 2001¹⁸⁴. Dans cette attente, un accord collectif ne peut contenir de dispositions relevant du domaine exclusif de la loi. À cet égard, le Conseil d'État a estimé dans son avis du 22 mars 1973 qu'une convention collective de travail ne pouvait fixer des règles assorties de sanctions pénales. De même, de l'incapacité pour un acte réglementaire de contenir des dispositions rétroactives¹⁸⁵. Il devrait en être de même s'agissant des accords collectifs de travail, même s'il n'existe aucune certitude en la matière. Toutefois, la Cour de cassation semble avoir appliqué ce principe s'agissant des accords collectifs de retraite complémentaire dans un arrêt du 23 novembre 1999 dans lequel, elle a estimé que les « institutions de retraite complémentaire [...] ne peuvent remettre en cause, quel que soit leur mode d'acquisition, le nombre de points acquis par les participants dont la retraite a été liquidée avant l'entrée en vigueur de l'accord de révision »¹⁸⁶. Indirectement, elle admet ainsi qu'un accord collectif de retraite complémentaire ne peut contenir de dispositions rétroactives¹⁸⁷.

658. Au final, la faculté offerte au juge constitutionnel de censurer la loi sur la base du grief d'incompétence négative reste limitée au vu de l'utilisation parcimonieuse qui en est faite. Elle n'aurait donc qu'une portée relative¹⁸⁸. Cela ne veut toutefois pas dire que le Conseil constitutionnel refuse d'exercer tout contrôle, la décision rendue le 7 août 2008 le rappelle. Il a ainsi jugé qu'en prévoyant une « contrepartie obligatoire en repos pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel » sans encadrer « sa durée

importance diminuer ». Si l'on conçoit aisément que la dérogation suppose une habilitation expresse du législateur et par là même le maintien d'une certaine autorité de celui-ci sur la négociation collective, on peine toutefois à admettre que cette situation est la résultante du déclin de l'ordre public social. Ce dernier peut également être analysé comme l'expression d'une habilitation législative en faveur des interlocuteurs sociaux à déroger en faveur des salariés. Cf. L. Favoreu, « À propos de l'arrêt AGIRC : les limites du pouvoir normatif des partenaires sociaux », *Droit social*, 2000, p. 337.

¹⁸⁴ Le projet de loi constitutionnelle n° 813 du 14 mars 2013 ne reprend pas cette proposition.

¹⁸⁵ Cf. CC, décision n° 69-57 L du 24 octobre 1969 mais aussi CE, 28 février 1947, *Ville de Lisieux*, Rec., p. 83 ; CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du journal l'Aurore*, Rec., p. 289.

¹⁸⁶ Soc. 23 novembre 1999, *Droit ouvrier*, 2000, p. 47, obs. P. Tillie.

¹⁸⁷ En ce sens, v. L. Favoreu, « À propos de l'arrêt AGIRC : les limites du pouvoir normatif des partenaires sociaux », *Droit social*, 2000, p. 337.

¹⁸⁸ V. en ce sens, I. Odoul-Asorey, *Négociation collective et droit constitutionnel*, LGDJ, Bibliothèque de droit social, Tome 59, p. 348.

minimale ou les conditions dans lesquelles elle doit être prise, alors que, par ailleurs, le seuil de déclenchement de cette obligation de repos n'est pas lui-même encadré par la loi », le législateur a méconnu l'étendue de la compétence qui lui confère l'article 34 de la Constitution¹⁸⁹. La prudence est de mise, car il appartient au législateur et non aux négociateurs de défendre l'intérêt général.

2. Une propension naturelle à incarner l'intérêt général

659. Face aux discours qui vantent les bienfaits du droit négocié et qui dénoncent concomitamment les lourdeurs de l'action publique, il est des évidences qui perdent de leur pouvoir de conviction. Il en va ainsi de celle qui fait de la loi l'expression de la volonté générale et donc le siège d'une légitimité qui va bien au-delà de celle dont sont parés les interlocuteurs sociaux. Pourtant, au milieu de cette cacophonie qui tend à promouvoir le droit négocié au détriment du droit légiféré, des voix s'élèvent pour rappeler que la négociation collective n'est pas la panacée. Un illustre auteur s'interrogeait déjà à ce sujet en 2003, bien avant la réforme opérée par loi du 31 janvier 2007, en ces termes : « dès lors qu'une importante réforme est recherchée, d'intérêt général, qui peut le mieux l'imposer (le mot est nécessaire), que ceux qui ont été choisis par le suffrage universel ? »¹⁹⁰. À cette question, l'auteur proposait une réponse sans équivoque. Le dialogue social « ne saurait remplacer l'exercice de la démocratie », car c'est le pouvoir politique qui « est plus apte que la négociation sociale à imaginer, à réformer, à concilier, à dégager une norme acceptable et acceptée »¹⁹¹. Toutefois, il n'est pas certain que les pouvoirs publics aient toujours conscience du danger que peut représenter la mise en retrait du droit légiféré. La loi se voit tour à tour « accompagnée », « façonnée », pire elle est « évincée » par les interlocuteurs sociaux¹⁹² et devient la cible de sceptiques¹⁹³. Pourtant, même si certains auteurs estiment que l'appel au contrat « n'est sans doute pas dépourvu de mérites techniques en ce qu'il permet la construction de dispositifs adaptés aux réalités qu'ils ont vocation à gouverner,

¹⁸⁹ CC, décision n°2008-568 DC du 7 août 2008, considérant 15.

¹⁹⁰ G. Lyon-Caen, « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Droit social*, 2003, p. 355.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² B. Teyssié, « La loi en droit du travail », in *La loi, bilans et perspectives*, ss. la dir. de C. Puigelier, Economica, Etudes juridiques, 2005, p. 161.

¹⁹³ Sur le scepticisme que peut susciter le droit légiféré en général, v. J.-F. Cesaro, « Le scepticisme et la loi », in *La loi, bilans et perspectives*, sous la direction de C. Puigelier, Economica, Etudes juridiques, 2005, p. 285.

politiques en ce qu'il laisse espérer une gestion apaisée de la Cité grâce à une intégration renforcée des partenaires sociaux au processus d'édiction de la norme », c'est pour avertir aussitôt que si le législateur « cède trop aisément aux attraits de la contractualisation de la loi [il] risque d'être privé de ce qui lui reste du rôle éminent qui lui est constitutionnellement reconnu »¹⁹⁴. Or, de cet « abaissement, nul ne saurait se satisfaire »¹⁹⁵. Dans un régime démocratique, la loi est l'incarnation de l'intérêt général à la différence d'un accord collectif qui est essentiellement le reflet d'intérêts catégoriels. La légitimité de la première est donc plus grande¹⁹⁶. Mieux, l'intérêt général dicte parfois de contrer, de manière discutable dans certains cas, le modèle de l'accord collectif de travail et plus largement le droit du travail. Le cas des militaires, déjà abordé, peut ici être mentionné¹⁹⁷. De même, « les restrictions apportées aux conditions du travail en prison semblent commandées par l'intérêt général et les nécessités de l'ordre public carcéral »¹⁹⁸. Le Conseil constitutionnel, s'il admet « qu'il est loisible au législateur de modifier les dispositions relatives au travail des personnes incarcérées afin de renforcer la protection de leurs droits » persiste à considérer que l'exclusion des personnes incarcérées du droit du travail ne porte aucune atteinte aux principes énoncés par le Préambule de 1946¹⁹⁹. Or, parmi ces derniers, figure notamment le principe de participation²⁰⁰. Très contestable, cette exclusion des travailleurs incarcérés du domaine du droit du travail atteste de la possibilité pour le législateur, au nom de considérations dites d'intérêt général, de restreindre la diffusion du droit du travail ainsi que du modèle de l'accord collectif de travail.

660. La loi a donc encore un rôle essentiel à jouer face à la négociation collective. C'est avec pertes et fracas que les négociateurs l'ont appris en matière d'assurance maladie. Si longtemps la négociation collective y a été analysée sous le prisme des rapports entre État et interlocuteurs sociaux, la donne a radicalement changé. À l'origine de cette redistribution

¹⁹⁴ B. Teyssié, art. cit., p. 185.

¹⁹⁵ *Loc. cit.*

¹⁹⁶ Sur l'argumentaire relatif à la légitimité supérieure de la loi par rapport à l'accord collectif, cf. A. Jeammaud et H. Masse-Dessen, « Quel avenir pour la loi face à la négociation collective ? », *SSL*, 2006, 1257.

¹⁹⁷ Cf. supra, section 1.

¹⁹⁸ S. Brimo, « Le droit au travail pénitentiaire : un droit sans droit... et sans travail », *RDSS*, 2013, p. 251.

¹⁹⁹ CC, 14 juin 2013, décision n° 2013-320/321 QPC, *AJDA* 2013, p. 1252 ; *RDSS* 2013, p. 639, note S. Brimo ; *RDT*, 2013, p. 565, C. Wolmark.

²⁰⁰ Le 8^{ème} al. du Préambule de la Constitution de 1946 est clairement visé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2015-485 QPC du 25 septembre 2015 (considérant n°11) qui confirme en substance la décision du 14 juin 2013.

des rôles, l'on trouve le plan Juppé de 1996, mais aussi la loi du 13 août 2004. Elle serait la résultante d'un constat, celui de la confusion des responsabilités entre autorités étatiques et interlocuteurs sociaux, mais aussi et surtout de l'échec de la maîtrise des dépenses de santé. Pour y remédier, il a alors été jugé nécessaire d'accroître l'emprise de l'Etat sur la gestion du régime d'assurance maladie et par là même le rôle du Parlement²⁰¹. L'action de ce dernier avait longtemps été cantonnée à la fixation, conformément à l'article 34 de la Constitution, des principes fondamentaux de la Sécurité sociale. Cette dernière, conçue sur une base professionnelle au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, faisait la part belle aux interlocuteurs sociaux. Toutefois, à mesure que la solidarité à l'origine même des régimes de Sécurité sociale s'est élargie, il est apparu urgent pour le législateur de prendre part à la gestion d'un système au cœur des préoccupations des citoyens et tributaire de l'intérêt général. Avec l'universalisation des prestations de soins, c'est la fiscalisation du financement du régime qui est apparu nécessaire, les cotisations sociales versées ne suffisant plus à faire face aux besoins budgétaires. Avec la révision constitutionnelle du 22 février 1996, le Parlement a enfin pu prendre part au débat sur les choix financiers relatifs à la Sécurité sociale. La loi organique du 2 août 2005 a également permis aux lois de financement de la Sécurité sociale d'être « le support de débats parlementaires riches et stimulants autour des conditions générales »²⁰² de son équilibre financier.

Les négociateurs ont vu ainsi leur rôle redéfini. Ils n'ont plus vocation à assurer la gestion du régime, mais simplement à impulser les orientations stratégiques. Le paritarisme de gestion de l'assurance maladie a ainsi été abandonné. Progressivement, la notion de démocratie sociale a perdu de sa cardinalité au profit d'une démocratie sanitaire dont on peine à tracer les contours. Cela se manifeste principalement par un transfert de pouvoirs avec la création en 2004 de l'UNCAM. Cet organisme a pour mission notable de négocier et de signer les conventions conclues avec les professionnels de santé par l'intermédiaire de son directeur général. Or, celui-ci est désigné par le pouvoir exécutif tandis que les interlocuteurs sociaux voient leur rôle limité au sein du conseil d'administration de l'organisme à un simple pouvoir consultatif. En creux, ce sont les rapports entre le procédé de l'accord collectif et le règlement qui sont ici interrogés.

²⁰¹ Sur cette évolution, on peut se reporter à l'article de P. Hassenteufel, « L'évolution des rapports de pouvoirs dans un système bismarckien : le cas de la France », *Santé, société et solidarité*, 2008, p. 63.

²⁰² A.-C. Dufour, *Les pouvoirs du Parlement sur le financement de la Sécurité sociale*, Dalloz, 2012.

3. Le dépassement difficile d'une opposition

661. L'opposition entre modèle de l'accord collectif de travail modèle de droit légiféré peut se situer au stade de la formation de la norme. De manière simpliste, le premier résulterait d'une négociation tandis que le second résulterait d'une délibération. Cette opposition est néanmoins discutable. La troncature ainsi esquissée se révèle à l'usage parfaitement inadaptée pour décrire la production de l'une ou de l'autre de ces normes. L'idée d'une négociation délibérative fait son chemin, attestant de la porosité des frontières entre droit négocié et droit délibéré²⁰³. L'exemple le plus topique de cette tendance serait donné par l'article L. 1 du Code du travail qui encadre le processus de loi négociée. L'idée de droit concerté effleure ici. En réalité, la pratique est bien antérieure à l'institutionnalisation de la négociation légiférante. Elle témoigne de l'existence d'une imbrication entre négociation et délibération publique²⁰⁴. Plus encore, il apparaît que cette tendance touche en réalité toute forme de négociation collective même si elle transparait plus explicitement dans certaines d'entre elles²⁰⁵. Elle ne s'observe donc pas seulement dans les rapports entre loi et négociation collective.

Mieux, l'imbrication entre négociation et délibération n'est pas l'apanage du droit du travail. Cette branche du droit se serait même imprégnée « des techniques nées dans la sphère environnementale »²⁰⁶. Le phénomène de rétroaction sur le modèle de l'accord collectif de travail opère ici pleinement d'autant qu'initialement l'influence était exercée par ce même modèle. La multiplication des initiatives étatiques de type Grenelle atteste des liens que nouent droit du travail et droit de l'environnement. Aux accords de Grenelle de 1968 qui s'inscrivaient dans la lignée des accords de Matignon de 1936, ont succédé le Grenelle de l'environnement, lui-même suivi du Grenelle de la mer ou même du Grenelle de

²⁰³ Cf. Partie 1, Titre 1, chapitre 2.

²⁰⁴ Sur ce sujet, J. Caillousse, « L'adoption de la loi : négociation et délibération », in *La contractualisation de la production normative*, ss. la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 133 ; P. Idoux, « Dynamique contractuelle et dynamique délibérative dans le renouvellement des méthodes d'action publique », in *Mélanges en l'honneur de M. Guibal*, tome 2, 2009, p. 547.

²⁰⁵ V. par ex., sur la négociation des accords de maintien de l'emploi comme processus délibératif, V. Ilieva, « La motivation des accords collectifs : l'exemple des accords de maintien de l'emploi », in *LME et restructurations : vers une redistribution des rôles*, ss. la dir. de G. Borenfreund et E. Peskine, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2015, p. 40.

²⁰⁶ J. Durringer, « Les voies vers une démocratie sociale et environnementale ou l'illusion procédurale ? », *Droit social*, 2015, p. 327.

l'insertion. Le Grenelle devient ainsi un mot d'ordre, un modèle de production normative intégrant à la fois une part de négociation et une part de délibération. Mais cette mise en valeur est susceptible d'entraîner une distorsion dans la perception du modèle initial qui reste avant tout un modèle de droit négocié. Un auteur a pu remarquer à ce titre qu'aujourd'hui « le baptême de Grenelle pour désigner la figure de négociation implique [...] de recourir à une métaphore qui occulte à la fois la plus grande originalité de la copie (le dialogue à 5 - et plus) et la principale cause de célébrité du modèle (la négociation pour sortie de crise). Original »²⁰⁷. Plus intéressant encore, il apparaît que ce n'est pas tant le symbole de la négociation collective qui est le plus affecté mais celui de l'accord collectif qui se voit entamé. Le Grenelle de l'insertion est à ce titre édifiant. En effet, « dix principes d'action susceptibles de guider les travaux du Grenelle [...] ont été débattus au Parlement » afin que les lieux de décision démocratiques ne soient pas dessaisis de leur pouvoir de décision²⁰⁸. Comment faut-il analyser cette démarche ? Comme l'aveu que la question abordée a trop partie liée avec l'intérêt général pour faire l'objet d'une véritable négociation collective. Mais dans ce cas, l'invocation du Grenelle ne relève que d'une rhétorique justificative douteuse, d'un sophisme qui dénature le modèle de l'accord collectif de travail, car c'est, *in fine*, le législateur qui garde la main. Résolument, « on s'y perd »²⁰⁹. Il n'est pas certain que les rapports entre modèle de droit négocié et modèle de droit réglementaire nous éclairent plus sur le sujet. Définitivement, le droit négocié ne donne pas lieu à une diffusion exponentielle lorsqu'il est mis en rapport avec le droit légiféré. Ce dernier résiste au discours ambiant. La compétence du législateur qu'il tient de l'article 34 de la Constitution est largement préservée par le juge constitutionnel et il apparaît même que, lorsque ce dernier écarte l'incompétence négative, ce n'est pas pour reconnaître un espace plus grand au droit négocié, mais bien pour affirmer que ce droit négocié n'est libre que dans la précision et la clarté par laquelle la loi le balise. Les considérations d'intérêt général contribuent à cette même résistance du droit légiféré face au droit négocié. Parfois est-ce regrettable, mais il n'en demeure pas moins qu'un tel étendard sert aussi, outre à préserver l'équilibre budgétaire, à résister au tout négocié. En revanche, l'analyse diffère lorsque le droit négocié est étudié au côté du droit réglementaire.

²⁰⁷ P. Deumier, « Qu'est-ce qu'un Grenelle ? », *RTDciv*, 2008, p. 63.

²⁰⁸ *Loc. cit.*

²⁰⁹ *Loc. cit.*

C) Le modèle de l'accord collectif de travail concurrencé par le modèle de droit réglementaire

662. Le poids du modèle de droit réglementaire semble bien dérisoire en comparaison avec celui du modèle de l'accord collectif de travail. S'il faut une preuve, il suffit de rappeler que les interlocuteurs sociaux peuvent être autorisés à mettre en œuvre les lois, tâche pourtant traditionnellement dévolue au pouvoir exécutif. Il ne faut toutefois pas minorer l'importance du droit réglementaire rapporté au droit négocié. Dans deux cas au moins, le modèle réglementaire est amené, si ce n'est à l'évincer, à faire de l'ombre au modèle de l'accord collectif. Tel est tout d'abord le cas, lorsque le droit réglementaire a vocation à exercer une fonction de suppléance **(1)**. Il en va ainsi, du moins dans certains domaines, lorsque la négociation collective se solde par un échec. Il revient alors aux titulaires du pouvoir réglementaire de remédier à ce « vide conventionnel ». Pareil mécanisme est particulièrement à l'œuvre lorsque l'enjeu dépasse les intérêts catégoriels des négociateurs et touche à l'intérêt général. Plus encore, c'est lorsque la validité d'un accord collectif est soumise à agrément que le pouvoir réglementaire s'exprime avec force. Bien que ne participant pas, de fait, à l'élaboration de la norme, le contrôle exercé par le ministre compétent est tel qu'il permet de transmuter ce qui était à l'origine un simple acte conventionnel en acte aux allures de règlement **(2)**.

1. Le droit réglementaire comme suppléant du droit conventionnel

663. Confier au pouvoir réglementaire le rôle de suppléant des interlocuteurs sociaux peut, au premier abord, choquer. En effet, il ne faut pas perdre de vue que le premier dispose d'une autorité et d'une légitimité supérieures à celle des négociateurs sociaux. Aussi, il est normal, à tout le moins dans son domaine de compétence, que le pouvoir réglementaire puisse disposer librement de ses compétences. Pour autant, le pouvoir réglementaire, lui-même, n'ignore pas les qualités du modèle de l'accord collectif de travail. Il peut, au même titre que le législateur, être tenté de renvoyer à l'accord collectif la mise en

œuvre de certaines dispositions légales, à la condition bien entendu que la loi elle-même l'y autorise²¹⁰.

664. Aussi, qualifier le droit réglementaire de suppléant par rapport au droit conventionnel est, sur le principe, dérangeant. Une première analyse tend à voir dans le rôle de suppléant du droit réglementaire par rapport au droit conventionnel, une manifestation de la montée en puissance du second par rapport au premier. Il y a là sans doute une vérité difficile à contester. Toutefois, il est possible également d'y voir un aveu, celui de la faillibilité des négociateurs, et une reconnaissance, celle de la fiabilité du pouvoir réglementaire. En effet, cette suppléance est prévue à chaque fois que les négociateurs ne parviennent pas à signer un accord collectif. Pareille issue est parfaitement concevable dans un processus de négociation libre. Or, l'absence de dispositions visant à mettre en œuvre la loi est difficilement acceptable.

665. En matière d'assurance chômage, l'article L. 5422-20 du Code du travail prévoit qu'en l'absence d'accord ou d'agrément de celui-ci, les mesures d'application des dispositions légales sont déterminées par décret en Conseil d'État. Ce n'est donc qu'en l'absence d'agrément ou face à l'incapacité des négociateurs de parvenir à un accord, que le ministre recouvre pleinement son pouvoir réglementaire. Il est toutefois intéressant de noter sur ce point que l'article L. 5422-20 du Code du travail met en place une véritable hiérarchie qui laisse à voir qu'une préférence est accordée aux interlocuteurs sociaux puisque le pouvoir du ministre est résiduel. À l'évidence, son intervention n'est pas particulièrement souhaitée par le législateur. Elle n'est en réalité qu'un pis-aller. Le Conseil d'État le signale lorsqu'il affirme, qu'eu égard à l'objet des dispositions législatives relatives à l'assurance chômage « qui est d'assurer la continuité du régime d'assurance chômage [...] le dernier alinéa de l'article L. 351-8 autorise le premier ministre à prévenir le risque d'un vide conventionnel en signant quelques jours avant l'expiration d'une convention agréée le décret en Conseil d'État prévu par l'article L 351-8 »²¹¹. Transparaît ici l'équilibre délicat imposé par la loi entre la liberté reconnue aux interlocuteurs sociaux de mettre en œuvre les dispositions relatives à

²¹⁰ V. sur ce point, L. Derepas, concl. sur CE, 11 mars 2009, Fédération des syndicats solidaires unitaires et démocratiques et autres, 303396, *SSL*, 2009, n°1411, suppl. du 7 septembre 2009.

²¹¹ CE, 11 juillet 2001, MEDEF et CGPME, n° 224586 et s.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

l'assurance chômage et la nécessité, d'intérêt général, d'assurer la continuité du régime. Il est difficile de reprocher aux négociateurs leur incapacité à parvenir à un accord alors qu'il est de l'essence même de la négociation d'être incertaine. Il est donc logique dans de telles circonstances, de s'assurer que le premier ministre puisse pallier à cette carence en prenant le relai et en sécurisant de la sorte l'avenir du régime.

666. En matière d'assurance maladie, un mécanisme similaire était prévu. L'ordonnance du 21 avril 1996 avait en effet autorisé qu'en l'absence d'accord collectif, les professionnels de la santé soient régis par un règlement conventionnel minimal. Or celui-ci était élaboré par le gouvernement et publié par arrêté ministériel, conférant de la sorte un pouvoir conséquent aux autorités règlementaires. Toutefois, ce dispositif a été supprimé en 2004 à la faveur d'un mécanisme d'arbitrage aujourd'hui décrit à l'article L162-14-2 du Code de la Sécurité sociale. Celui-ci prévoit qu'« en cas de rupture des négociations préalables à l'élaboration d'une convention ou d'un accord conventionnel interprofessionnel [...] ou d'opposition à la nouvelle convention ou à l'accord [...], un arbitre arrête un projet de convention ou d'accord ». Une personnalité extérieure a donc vocation à établir le précieux texte. Cette tierce intervention n'élide toutefois pas le pouvoir règlementaire. En effet, il est prévu que le projet ainsi établi soit soumis aux ministres pour approbation et publication sous la forme d'un règlement arbitral. Là encore, on perçoit la nécessité de dépasser l'absence de consensus entre les négociateurs pour garantir la viabilité d'un régime, au moins à court terme, en l'occurrence celui de l'assurance maladie. La participation d'un arbitre n'enlève rien à la nature règlementaire du texte final.

667. Les esprits chagrins retiendront au final que l'intervention du pouvoir règlementaire demeure secondaire en cas de suppléance. Il révèle néanmoins les qualités d'un droit règlementaire qui par sa promptitude, sa réactivité et sa fiabilité, permet de garantir la mise en œuvre effective des principes édictés par la loi. Son emprise se manifeste néanmoins avec plus de force lorsque la validité d'un accord est suspendue à une autorisation administrative.

2. Le droit conventionnel assimilé par le droit réglementaire

668. Il n’y a pas que dans le domaine du droit du travail que les négociateurs se voient parfois investis par le législateur de la mission délicate de mettre en œuvre les principes qu’il édicte. L’article L. 5422-20 du Code du travail prévoit à ce titre, en matière d’assurance chômage, que « les mesures d’application des dispositions du présent chapitre [...] font l’objet d’accords conclus entre les organisations représentatives d’employeurs et de salariés ». Néanmoins, ces accords doivent être agréés pour être rendus obligatoires. De la sorte, le pouvoir exécutif recouvre quelque peu son pouvoir. Mieux, l’accord ainsi négocié prend des allures de règlement laissant suggérer une absorption du droit conventionnel par le droit réglementaire²¹². La décision du 22 janvier 1990 rendue à propos d’une convention médicale fait irrémédiablement écho à celle, déjà étudiée, du 25 juillet 1989, peut être interprétée en ce sens²¹³.

En l’espèce, le Conseil constitutionnel a rappelé que l’article 21 de la Constitution ne fait pas obstacle « à ce que le législateur confie à une autorité publique autre que le premier ministre le soin de fixer des normes permettant la mise en œuvre des principes posés par la loi »²¹⁴. Toutefois, les organisations représentatives de médecins ne sont pas à proprement parler, des autorités publiques. Il fallait donc trouver une solution pour que le pouvoir ainsi conféré n’entre pas en contradiction avec celui reconnu au premier ministre par l’article 21 de la Constitution. Pour ce faire, le Conseil s’est retranché derrière une des mentions de l’article L. 162-5 du Code de la Sécurité sociale qui subordonne l’entrée en vigueur des conventions médicales à leur approbation par l’autorité ministérielle. Elle a jugé en effet que « cette approbation a pour effet de conférer un caractère réglementaire aux stipulations de la convention »²¹⁵ et, dès lors, les organisations représentatives de médecins sont autorisées à négocier. L’agrément transmuterait ainsi l’accord en véritable règlement. Le raisonnement adopté est pour le moins étonnant, car il est difficile de considérer qu’un accord acquiert de la sorte une véritable nature réglementaire. L’acte conserve en effet sa nature conventionnelle. L’agrément, qui constitue pour sa part un véritable acte réglementaire,

²¹² Il va sans dire que sont mis côte à côte le modèle de l’accord collectif eu égard au droit réglementaire en tant que modèle. Cela doit être distingué de la part réglementaire intrinsèque au modèle de l’accord collectif déjà développée plus avant.

²¹³ Décision n°89-269 DC du 22 janvier 1990 ; Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989.

²¹⁴ Considérant 22, Décision n°89-269 DC du 22 janvier 1990.

²¹⁵ Considérant 23.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

permet simplement de produire pleinement ses effets. De plus, il n'est pas sûr qu'en agréant une convention, l'autorité ministérielle participe vraiment à la définition des conditions d'application des principes édictés par la loi.

669. Le modèle de l'accord collectif de travail, variante du modèle de droit négocié, subit donc la concurrence du modèle de droit imposé. La concurrence peut même être qualifiée de rude, car, finalement, même lorsqu'est en jeu le droit réglementaire, celui-ci conserve un poids non négligeable devant lequel le droit négocié ne peut que s'incliner. Le modèle réglementaire insuffle une pérennité que ne semble pas pouvoir totalement assumer le modèle négocié. Les résistances du droit imposé s'imposent ainsi avec force pour contrer une diffusion tous azimuts du modèle négocié. Toutefois, il a été essentiellement question jusqu'ici de droit imposé d'origine étatique. Or si droit imposé et droit étatique sont bien souvent confondus, il importe de rappeler que le droit imposé est parfois d'origine privée.

Paragraphe 2 Le modèle de l'accord collectif concurrencé par le modèle du droit imposé d'origine privée

670. Lorsqu'il est d'origine privée, le droit imposé recouvre un très large spectre de décisions unilatérales. Celles-ci proviennent bien évidemment du détenteur d'un pouvoir qui ne peut être, dans le cadre de la relation de travail, que l'employeur. Or, c'est en opposition à ce pouvoir que s'est historiquement structuré le procédé de l'accord collectif et qu'il est aujourd'hui promu, même s'il est illusoire de croire que le recours à la négociation collective annihile toute expression du pouvoir, la première masquant parfois la seconde. L'issue de l'arbitrage entre droit négocié et droit imposé laisse donc peu de place au doute. À ce titre, l'exposé des motifs de la loi du 17 août 2015 est très clair. Le recours aux élus en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise pour mener des négociations collectives, vise à « favoriser la possibilité de passer par des accords plutôt que par la décision unilatérale de l'employeur »²¹⁶.

Pourtant, le pouvoir de l'employeur demeure en droit du travail comme une nécessité. Il appartient à l'entrepreneur de définir et d'orienter l'activité de son entreprise, à ses risques et périls. Cette responsabilité n'implique pas cependant que ce pouvoir soit

²¹⁶ Exposé des motifs de la loi du n° 2015-994 du 17 août 2015.

absolu. Dès lors qu'elle a vocation à produire des conséquences sur les salariés, la décision doit apparaître comme raisonnée. En droit du travail, cette rationalisation du pouvoir de l'employeur s'exprime notamment au travers de l'obligation d'information-consultation du comité d'entreprise. Prend forme ici un modèle de droit imposé qu'il est possible de penser en opposition au modèle de l'accord collectif. Par commodité, il sera qualifié de modèle de droit concerté. Cette mise en concurrence entre négociation et concertation, somme toute classique, est clairement identifiée en doctrine même si le terme de concertation est peu usité. À l'étude, il apparaît que si le modèle de droit concerté semble plébiscité, il est sérieusement menacé par l'essor du modèle du droit négocié, au prix d'une dénaturation déjà observée, de ce dernier. Pour s'en rendre compte, il est nécessaire de déterminer préalablement quelles sont les caractéristiques principales du modèle de droit concerté **(A)**. Il est alors possible de démontrer que l'opposition entre ce modèle et celui de droit négocié tend à être dépassée **(B)**.

A) Les caractéristiques du modèle de droit concerté

671. L'évocation d'un modèle de droit concerté peut interroger. La notion est loin d'être répandue. Elle se développe pourtant et est employée pour désigner l'organisation de concertations, visant à associer les citoyens à la prise d'une décision publique. En ce sens, la promotion de la concertation s'inscrit dans les démarches visant à instaurer une démocratie plus participative. En droit du travail, les occurrences sont assez rares²¹⁷. Pourtant, l'information-consultation du comité d'entreprise semble relever conceptuellement de la concertation. Cette affirmation n'a rien d'évident et il n'est pas rare que concertation et consultation soient opposées. Telle ne sera pas l'hypothèse ici défendue. Le droit concerté participe d'un modèle de droit imposé. En ce sens, il s'agit avant tout d'un droit unilatéral. Pour cette raison, le modèle de droit concerté peut être perçu comme un modèle décisionnel dont la caractéristique première est de garantir à celui qui détient un pouvoir de

²¹⁷ L'article L.1 du Code du travail évoque bien l'existence d'une concertation entre les interlocuteurs sociaux lorsque le Gouvernement décide de les saisir à propos d'un projet de réforme. Cette concertation préalable est alors l'occasion pour les négociateurs de décider s'ils souhaitent entrer en négociation. Une telle référence est intéressante en ce qu'elle révèle que concertation et négociation ne peuvent être confondues même si elles peuvent être associées.

décision de le préserver **(1)** tout en garantissant aux destinataires de la norme leur participation à son élaboration **(2)**.

1. Un modèle décisionnel

672. Le modèle de droit concerté est un modèle décisionnel. Il faut comprendre par là que la concertation est une des modalités possibles de la prise de décision. Il en va ainsi en droit du travail où l'intervention du comité d'entreprise a été pensée comme une étape nécessaire à la prise de décision par l'employeur. Le rôle du comité d'entreprise ne doit toutefois pas être exagéré. Bien que conçu comme susceptible d'influencer voire d'infléchir la décision envisagée par l'employeur, l'avis est purement consultatif, autrement dit il ne lie pas **(a)**. Pour autant, la concertation oblige l'auteur de la décision à respecter une procédure visant à garantir l'effet utile de la consultation. De par l'échange de vues qu'elle implique, la décision qui en résulte est alors parée d'une certaine rationalité **(b)**.

a) Le pouvoir préservé

673. Libre à l'employeur de tenir compte ou de faire fi de l'avis formulé par les représentants élus du personnel. La volonté de préserver ce pouvoir de décision explique la reconnaissance tardive par le législateur, pas avant 1968, de l'implantation syndicale au sein de l'entreprise. Conscients toutefois de la nécessité impérieuse de dialoguer avec leurs salariés ou leurs représentants, les employeurs ne se sont pas toujours opposés à la mise en place d'institutions chargées de représenter les intérêts des salariés²¹⁸. Tour à tour, les délégués d'usine, les délégués ouvriers, les délégués du personnel puis enfin le comité d'entreprise furent ainsi mis en place. Au premier abord, l'avantage du droit concerté par rapport au droit négocié paraît donc évident pour les employeurs. En effet, l'avis du comité d'entreprise n'est que purement consultatif et ne lie pas l'employeur. L'intégrité du pouvoir décisionnel est ainsi préservée²¹⁹. Cela ne veut pas dire pour autant que l'instauration du comité d'entreprise et le rôle croissant qui lui est dévolu fassent l'unanimité au sein du

²¹⁸ On apprend dans le livre de M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 11^{ème} éd, 2015, pp. 44 et s., que si le patronat était hostile à toute idée de contrôle ouvrier de la gestion des entreprises, n'était pas en revanche gêné outre mesure par l'information du comité d'entreprise.

²¹⁹ V. en ce sens, F. Petit, « Pour la mise en place d'un « conseil d'entreprise », accompagnée de la fusion des délégués du personnel et des délégués syndicaux », *Controverse, RDT*, 2010, p. 80.

patronat. Toutefois, ce n'est pas tant le principe d'une information-consultation qui a été discuté le plus virulemment, mais bien l'objet de cette procédure. Depuis mai 1946, la loi dispose en effet que le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise. Pareille formule a pu être qualifiée, non sans exagération, de « trilogie fatidique »²²⁰. Il est certain que toute tentative de contrôle de la décision, même formel, est souvent perçue comme une forme de dépossession pour l'employeur, de son pouvoir de gestion de l'entreprise. Il n'en reste pas moins que cette atteinte n'implique pas les mêmes concessions qu'en matière de négociation collective. Si la décision prise après avis du comité d'entreprise reste unilatérale, l'accord qui est signé à l'issue d'une négociation est avant tout un acte conventionnel.

Les craintes ainsi exprimées demeurent. La critique se concentre aujourd'hui sur le domaine d'une obligation d'information-consultation que le législateur, relayé par la jurisprudence, a veillé un temps, à enrichir. Les obligations pesant à ce titre sur l'employeur sont critiquées et jugées comme improductives. Elles sont quoi qu'il en soit révélatrices du refus de toute ingérence excessive des salariés ou de leurs représentants lors de la prise de décision par l'employeur. Pourtant, le comité d'entreprise n'a vocation qu'à assurer l'expression des salariés et à garantir par là même la prise en compte de leurs intérêts. La formule est ainsi modeste et « écarte la soumission patronale aux intérêts exprimés par les représentants des salariés »²²¹, rappelant que le comité d'entreprise est confronté depuis sa création au « maintien sans faille du pouvoir de direction »²²². Indéniablement, le système français de représentation des salariés ne s'est jamais orienté vers la consécration d'une implication plus grande des salariés par la reconnaissance d'un pouvoir de codécision à leur profit. Il n'est d'ailleurs pas anodin que cette institution de représentation du personnel demeure tripartite, accordant de la sorte à l'employeur ou à son représentant, un droit de citer lorsque celle-ci se réunit²²³.

²²⁰ Ch. Freyria, « Problématique des pouvoirs économiques du comité d'entreprise » in *Mélanges Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 209 ; v. également en ce sens, N. Catala, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, p. 819. V *contra.*, R. Vatinet, *Les attributions économiques du comité d'entreprise*, Sirey, 1983.

²²¹ A. Lyon-Caen, « Le comité d'entreprise, institution de représentation du personnel », *Droit ouvrier*, 1986, p. 356.

²²² G. Borenfreund, « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux. Quelques observations à partir de la loi du 14 juin 2013 », *RDT*, 2015, p. 17.

²²³ La même remarque peut être formulée s'agissant de sa participation lors de l'élaboration de l'ordre du jour.

Plus encore, la prévalence accordée au pouvoir de l'employeur s'est manifestée récemment avec force. En effet, la loi du 14 juin 2013 prévoit désormais que si l'information-consultation du comité d'entreprise reste préalable à la décision de l'employeur, l'avis rendu par ce comité d'entreprise est enserré dans un délai déterminé par accord entre l'employeur et les membres du comité ou à défaut, par décret. Ce délai ne peut être inférieur à 15 jours et s'élève à un mois en l'absence d'accord, d'intervention d'un expert ou de saisine du CHSCT ou de l'IC-CHSCT. Plus que la substance de cette disposition qui semble ignorer que le délai nécessaire pour analyser un projet est parfois difficile à évaluer en début de consultation, c'est l'image donnée par le législateur à l'information-consultation du comité d'entreprise qui s'avère particulièrement gênante. En effet, la volonté ainsi manifestée de cantonner dans le temps l'intervention des représentants du personnel témoigne d'une perception péjorative de celle-ci²²⁴. Elle semble constituer à ce titre un frein si ce n'est un obstacle, à l'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction. Le comité d'entreprise veille pourtant à ce que le projet de décision ne produise pas des conséquences néfastes à l'encontre des salariés. Dans le prolongement de ces observations, il est également possible de s'étonner de la faiblesse des sanctions civiles prononcées à l'encontre d'un employeur qui méconnaîtrait les règles relatives à l'information-consultation du comité d'entreprise. Si la suspension de la mise à exécution d'une mesure peut être obtenue en référé devant le président du TGI, « les magistrats se gardent bien d'anéantir purement et simplement les effets de la décision »²²⁵.

674. Pourtant, des voix s'élèvent parfois en faveur d'une reconnaissance d'un véritable pouvoir de codécision au profit des représentants des salariés et plus largement au-delà du droit du travail, des représentants associatifs. L'idée de concertation est loin d'être incompatible avec une telle prétention. Au contraire, la satisfaction de cette exigence permettrait de conférer à la concertation une profondeur difficilement égalable. Pour l'heure, le droit concerté reste avant tout, du moins en droit du travail, un droit unilatéral. Il

²²⁴ Sur le temps comme nouvelle préoccupation, cf. S. Alzais, « Les temporalités du droit du travail à l'épreuve des accords de maintien de l'emploi » et dans le même ouvrage, V. Ilieva, « La motivation des accords collectifs : l'exemple des accords de maintien de l'emploi », in *Licenciements pour motif économique et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, E. Peskine et G. Borenfreund (dir.) Dalloz, Thèmes et commentaires, 2015.

²²⁵ G. Borenfreund, « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux. Quelques observations à partir de la loi du 14 juin 2013 », *RDT*, 2015, p. 17.

demeure toutefois teinté de collectif. En effet, la concertation constitue une des voies susceptibles d'être empruntées afin de garantir la participation des salariés à l'élaboration des décisions, auxquels ils sont voués à se soumettre.

b) Le pouvoir raisonné

675. Le comité d'entreprise est sans aucun doute, l'institution par laquelle l'information-consultation comme outil de rationalisation de l'exercice d'un pouvoir, se manifeste avec le plus de force. Toutefois, ce n'est pas la seule institution qui se voit reconnaître une telle mission. Que l'on songe par exemple au conseil de concertation locative créé par la loi du 13 décembre 2000, qui est un organe de consultation des locataires. Celui-ci est mis en place dans le cadre d'un plan de concertation locative que les bailleurs relevant des trois premiers secteurs locatifs sont tenus d'élaborer²²⁶. Le champ d'intervention de cette institution est relativement large et touche notamment aux « différents aspects de la gestion de l'immeuble ou des ensembles immobiliers »²²⁷. Aussi, il est difficile de ne pas y voir un avatar du comité d'entreprise. Toutefois, ce dernier demeure l'archétype de l'institution de concertation de par la fonction de contrepoids qu'il exerce à l'encontre du pouvoir de l'employeur. C'est donc par son entremise que le processus de rationalisation du pouvoir sera essentiellement analysé ici.

676. Si le comité d'entreprise ne dispose pas, en principe, d'un pouvoir de codécision, sauf dans certaines situations exceptionnelles, son intervention ne doit pas être minorée. À ce

²²⁶ Ce plan de concertation locative a vocation à définir les modalités pratiques de la concertation applicables aux immeubles ou aux ensembles immobiliers de leur patrimoine. Il précise notamment les règles destinées à formaliser les relations locatives locales (art. 44 bis de la loi du 23 décembre 1986 introduit par la loi du 13 décembre 2000).

²²⁷ Mais aussi aux projets d'amélioration et de construction-démolition et à toutes mesures touchant aux conditions d'habitat et au cadre de vie des habitants des ensembles immobiliers concernés. (Art. 44 ter de la loi du 23 décembre 1986 introduit par la loi du 13 décembre 2000). A titre d'exemple, le décret du 3 mai 2002 prévoit la consultation du conseil de concertation locative s'agissant de la mise en œuvre des obligations de sécurité/tranquillité de certains locaux. Il est intéressant de relever que ce plan de concertation locative est mis en place conjointement avec des représentants des locataires. Sans qu'il soit possible de déterminer ce qu'implique cette détermination conjointe, elle évoque étrangement les accords de méthode visant à aménager le processus d'information-consultation du comité d'entreprise dans certains cas.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

titre, certains auteurs lui reconnaissent un véritable pouvoir de contrôle²²⁸. Qu'importe la nature de la prérogative ainsi accordée, la loi veille prioritairement à donner un effet utile à la saisine de cette institution. À cette fin, le processus de concertation est décomposé en plusieurs étapes qui tendent à temporiser et rationaliser la prise de décision. À chacune de ces étapes correspond une obligation de l'employeur.

La première tend à garantir une certaine efficacité de la consultation. En effet, il n'est d'avis pertinent qu'éclairé. Aussi, l'article L. 2323-4 du Code du travail prévoit que « pour lui permettre de formuler un avis motivé, le comité d'entreprise dispose d'informations précises et écrites transmises par l'employeur ». Il en résulte que l'employeur est tenu de fournir une information complète et précise. Le législateur, en créant une base de données économiques et sociales censée appuyer la consultation du comité d'entreprise en matière d'orientations stratégiques de l'entreprise, ambitionne d'ailleurs d'améliorer l'information de ses membres²²⁹. En dehors du droit du travail, il est également prévu la communication d'informations à certaines instances de représentations de locataires. L'article 44 de la loi du 23 décembre 1946 prévoit ainsi qu'une association ou un groupement de locataires répondant aux conditions fixées par cette loi, ont accès à « différents documents concernant la détermination et l'évolution des charges locatives ». Sur cette base, ils ont la possibilité de demander alors au bailleur ou à l'administrateur de la copropriété de les consulter chaque semestre sur les différents aspects de la gestion de l'immeuble ou du groupe d'immeubles.

La deuxième étape concerne le caractère préalable de la consultation par rapport à la décision. En effet, l'avis rendu par le comité d'entreprise a idéalement vocation à influencer sur l'employeur lors de la prise de sa décision. Il faut pour cela que celui-ci intervienne avant la prise et la mise en œuvre effective de la décision. La Cour de cassation estime ainsi que l'existence d'un délit d'entrave est caractérisée lorsque la consultation du comité d'entreprise intervient entre la prise de décision et sa mise en œuvre²³⁰. Le projet de

²²⁸ M. Cohen et L. Millet, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 2015, 11^{ème} éd., p. 599 : « de sorte que le droit d'être informé et consulté constamment équivaut à un véritable pouvoir de contrôle de la marche de l'entreprise ».

²²⁹ Il est significatif que les données mises à disposition des représentants des salariés, s'étalent sur pas moins de six années.

²³⁰ Crim. 21 novembre 1978, *Bull. crim.*, n°324. C'est également le cas lorsque la décision prise par l'employeur a connu un commencement d'exécution avant toute consultation.

décision soumis à la sagacité du comité d'entreprise doit donc être réversible²³¹. Plus encore, un délai d'examen suffisant doit être aménagé au profit des représentants des salariés. Si dans certains domaines, la loi fixe des délais incompressibles, il est désormais prévu qu'il appartient aux membres du comité d'entreprise de déterminer en début de consultation, le délai qui leur sera attribué pour se prononcer, étant précisé que celui-ci ne peut être inférieur à quinze jours. En dehors du droit du travail, la même exigence d'antériorité est mise en place lorsque la loi prévoit l'obligation de mener une concertation. Il en va ainsi en matière de baux d'habitation. L'article 44 quater de la loi du 23 décembre 1986 dispose à ce titre que lorsqu'un bailleur est astreint à une obligation de concertation à l'égard des représentants des locataires, il lui appartient alors, selon les propres termes de la loi, d'organiser une concertation « préalablement » à toute décision visée par la loi²³².

La troisième étape est la résultante des deux étapes précédentes. Un échange de vues doit être rendu possible. Cela suppose qu'un véritable débat soit mené. Pour ce faire, l'employeur se doit notamment de fournir des réponses motivées aux observations formulées par les représentants des salariés au comité d'entreprise²³³.

Lors de la dernière étape, le comité d'entreprise est enfin en mesure de s'exprimer en rendant un avis motivé. Celui-ci doit être tenu à la disposition de salariés représentés. Il en va également ainsi du comité de concertation locative lorsqu'il est consulté au sujet d'une opération d'amélioration ou de construction-démolition, le bailleur devant alors dresser un bilan de concertation qui comporte, le cas échéant, l'avis motivé des représentants de locataires et en informer les locataires²³⁴.

677. Le processus de concertation est donc clairement balisé s'agissant du comité d'entreprise. Il est, à ce titre, exemplaire. Toutefois, la concertation dont il est ici question est essentiellement menée à un niveau décentralisé. Or elle ne se développe pas uniquement localement. Des instances de concertation sont également mises en place à des niveaux plus centralisés et consultées selon un processus beaucoup moins formel que celui

²³¹ Soc. 12 nov. 1997, *RJS*, 12/1997, n° 1391.

²³² C'est spécialement le cas, en cas d'engagement d'une opération d'amélioration ayant une incidence sur les loyers ou les charges locatives ou en cas d'opération de construction-démolition.

²³³ La Cour de cassation veille à ce que cette obligation soit respectée en s'assurant notamment qu'il ressort des procès-verbaux établis suite aux réunions du comité d'entreprise, que ce dernier lui a bien fourni des réponses motivées. Soc. 9 févr. 2000, *Bull. civ. V*, n° 62, *RJS* 3/2000, n° 269.

²³⁴ Art. 44 quater de la loi du 23 décembre 1986 introduit par la loi du 13 décembre 2002.

prévu pour le comité d'entreprise. De plus, ces instances sont bien souvent l'occasion pour les pouvoirs publics de recueillir l'avis des acteurs en présence, sur un projet de réforme. Tel est le cas notamment, du Conseil national de la consommation²³⁵ qui émet des avis sur les projets de lois et règlements concernant les consommateurs, de la commission nationale de concertation en matière locative ou encore des comités départementaux de la consommation²³⁶ qui rendent des avis sur les questions de consommation, de concurrence et de formation des prix. Est ainsi garantie la participation des destinataires de la norme à son élaboration, même si cette participation n'implique pas nécessairement un pouvoir de codécision.

678. Les procédures d'information-consultation offrent un levier d'action aux destinataires de la norme. Toutefois, il serait assez ambitieux d'y percevoir un glissement d'un modèle concerté, dit imposé, à un modèle négocié. Finalement, le pouvoir décisionnel de l'employeur est éventuellement infléchi, mais non contrarié par de telles procédures. La concertation à laquelle doit s'adonner l'employeur appuie la légitimité de sa décision - unilatérale - en la parant des atours d'une décision rationnelle. Le modèle concerté ne se réduit toutefois pas à la figure décisionnelle, il comporte aussi l'idée de participation.

2. Un modèle de participation

679. *A priori*, il serait tentant d'inscrire l'idée de participation au chapitre du droit négocié. Pourtant, cette même idée de participation transparaît aussi en droit concerté, donc imposé. Pour comprendre en quoi le modèle de droit concerté constitue un modèle de participation, il convient dans un premier temps de faire la lumière sur le lien qui unit les concepts de concertation et de participation. À dire vrai, il apparaît que la concertation se présente comme une variété de participation, au même titre d'ailleurs que la négociation collective, ce qui a l'avantage de souligner l'existence d'une proximité conceptuelle, mais l'inconvénient de nourrir une confusion des genres **(a)**. Plus encore, l'idée de participation évoque l'association des destinataires de la norme au processus décisionnel. La dimension

²³⁵ Ce conseil est régi par les articles D. 511-1 à D. 511-17 du Code de la consommation.

²³⁶ Art. D. 512-1 du Code de la consommation.

démocratique de la participation et par là même de la concertation, apparais alors avec clarté **(b)**.

a) La concertation comme variété de participation

680. Au même titre que la négociation collective, l'information-consultation du comité d'entreprise est traditionnellement perçue comme l'une des déclinaisons du principe de participation qui a cours en droit du travail. Mieux, elle doit s'entendre comme « un droit de concertation dans le cadre du processus de décision »²³⁷. Encore faut-il s'entendre sur le concept même de concertation. Des auteurs n'hésitent pas à distinguer cette notion de la négociation, mais aussi de la consultation. Voilà qui s'avère problématique dès lors qu'il a été décidé, dans le cadre de cette étude, de faire de l'information-consultation du comité d'entreprise, une déclinaison de droit concerté. Il faut comprendre d'une part que la procédure d'information-consultation a été considérée comme intégrant pleinement le droit concerté. En même temps, nombreux sont ceux qui invitent à distinguer la consultation de la concertation. Adopter cette dernière posture contreviendrait à nos propos précédents. En effet, l'objectif de la concertation consisterait pour des acteurs « [à] trouver un accord [à] résoudre ensemble un problème qui se pose à eux [à] prendre ensemble une décision collective, ou [à] préparer une décision prise en final à un autre niveau »²³⁸ tandis que l'objectif de la consultation consisterait à « recueillir, préalablement à une décision collective, les avis, opinions, attitudes d'un certain nombre d'acteurs ». La concertation impliquerait ainsi une participation plus active des acteurs engagés. Or, il n'est pas sûr que la consultation, telle qu'elle est envisagée en droit français, puisse ne pas être considérée comme une variété de concertation. En effet, tel qu'elle est définie à l'article L. 2341-6 du Code du travail²³⁹, la consultation consiste « à organiser un échange de vues et à établir un dialogue avec les représentants des salariés à un moment, d'une façon et avec un contenu qui permettent à ceux-ci d'exprimer, sur la base des informations fournies et dans un délai raisonnable, un avis concernant les mesures faisant l'objet de la consultation, qui peut être pris en compte au sein de l'entreprise(...), sans préjudice des responsabilités de l'employeur

²³⁷ P. Lokiec, *Droit du travail, Relations collectives*, Tome 2, p. 9.

²³⁸ H. Touzard, « Consultation, concertation, négociation », *Négociations*, 2006, p. 67.

²³⁹ Cette définition résulte de la transposition de la directive sur les procédures européennes d'information-consultation par l'ordonnance n°2011-1328 du 20 octobre 2011.

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

». La consultation, selon cette disposition, ne se réduit pas à un avis, une opinion recueillie. Elle suppose un échange de vues, l'établissement d'un dialogue. Et, c'est en ce sens qu'entre concertation et consultation des liens vraisemblables se nouent au point où, la consultation s'inscrit, selon nous, dans le registre du droit concerté.

Mais alors, si la consultation prend place au sein du droit concerté, pourquoi ne pas y intégrer aussi la négociation ? Seraient brouillées ainsi les frontières entre droit concerté, donc imposé, et droit négocié. À ce titre, la jurisprudence du Conseil constitutionnel brouille les frontières en suggérant que la négociation collective constituerait une variété de concertation. Le conseil s'appuie pour cela sur l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 qui proclame notamment que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ». Sur ce fondement, le juge constitutionnel a estimé dans une décision du 25 juillet 1989, qu'il était « loisible au législateur (...) de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte »²⁴⁰. Or, il est clairement admis par le Conseil constitutionnel que la négociation collective constitue l'une des déclinaisons de cette concertation appropriée²⁴¹. Il faut donc admettre que pour le juge constitutionnel, la notion de concertation englobe celle de négociation collective, « mais revêt une portée plus large : elle (la concertation) constitue un préalable nécessaire permettant d'associer indirectement les travailleurs à l'élaboration dans les entreprises des règles les concernant et de faire valoir leurs intérêts »²⁴².

Le législateur lui-même conforte cette position en dehors du droit du travail, notamment en droit des baux d'habitation. Le chapitre VII de la loi du 23 décembre 1986 se dénomme ainsi « des procédures de concertation ». Or, au vu de son contenu, il s'avère que cette concertation est essentiellement pensée, que ce soit au niveau national ou au niveau local, au travers de la négociation collective même si des procédures d'information-consultation sont également aménagées²⁴³.

²⁴⁰ CC, décision n°89-257 DC du 25 juillet 1989.

²⁴¹ V. notamment, décision n°93-328 DC ou bien décision n°96-383 DC.

²⁴² V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica, 2003, p. 125.

²⁴³ Sur les procédures de concertation en matière de baux d'habitation, v. spécialement, H. Des Lyons, « La loi SRU et la concertation dans l'habitat collectif », *AJDI*, 2001, p. 671. L'idée de concertation avait été en réalité introduite dès la loi Quilliot du 22 juin 1982, v. Cl. Giverdon, *Nouveaux rapports de location*, Litec, 1984, n°462 et s.

L'affirmation selon laquelle le droit négocié serait une variété de concertation est donc profondément incompatible avec celle de l'existence d'un modèle de droit concerté s'opposant à un modèle de droit négocié. Il faut s'atteler à réfuter une telle position. Deux raisons au moins sont susceptibles d'être avancées à cette fin.

681. D'une part, négociation et concertation ne répondent pas à la même logique. En effet, « à la différence de la concertation, le conflit est à la source de la négociation et le pouvoir des acteurs fait partie intégrante des processus en jeu dans l'élaboration d'une solution »²⁴⁴. L'idée de conflit doit ici être entendue assez largement et vise toutes les hypothèses de conflits d'intérêts. La négociation collective implique ainsi une divergence que l'on cherche à surmonter en obtenant gain de cause ou en acceptant des concessions. La concertation implique la poursuite d'un but commun difficilement conciliable avec les dissensions qui se trouvent être au cœur du processus de négociation. Certes, le développement de négociations donnant-donnant feinte la présence d'intérêts prétendument communs, mais c'est celui de l'entreprise, est mis en exergue. Il en va ainsi également des négociations portant sur des thématiques relevant plus sûrement de l'intérêt général et sur lesquelles les interlocuteurs sociaux parviennent assez aisément à un consensus *a minima* peu contraignant. On songe aux accords relatifs au handicap, au travail des séniors et plus largement à l'égalité. Finalement, de ces accords, la concertation s'affirme davantage que la négociation, simplement en raison du fait qu'il serait bien difficile pour un interlocuteur quel qu'il soit de s'opposer avec virulence à la promotion de l'égalité ou encore au soutien des séniors et personnes à mobilité réduite. Là, la concertation prend sens et donne sens à l'action des interlocuteurs sociaux, plus que ne le fait le terme négociation.

682. D'autre part, il est possible de retenir une acception de la concertation plus en phase avec le processus d'information-consultation aménagé par le Code du travail. En effet, la notion est polysémique. Un auteur voit ainsi dans la concertation « le fait de réfléchir ensemble avant d'agir »²⁴⁵, sens qui « convient certainement mieux à la procédure

²⁴⁴ H. Touzard, « Consultation, concertation, négociation », *Négociations*, 2006, p. 67.

²⁴⁵ A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2010, p. 171.

d'information et de consultation prévue par le droit français »²⁴⁶. Il faut prendre au sérieux le moment consacré à la concertation : elle est préalable à la décision – unilatérale – finale. En ce sens, l'information-consultation l'intègre bien, car elle précède la décision sans l'entamer. *A contrario*, si la concertation prenait place dans le modèle de droit négocié, elle ne serait pas simplement préalable, elle participerait pleinement, tel un *continuum*, à la décision. Un trait d'union entre concertation et décision pourrait être affirmé. Or, la concertation, en droit du travail du moins, est préalable à la décision, ce qui signifie qu'elle s'en distingue.

683. Sans doute faut-il modérer les propos et admettre que la concertation exprime deux réalités bien distinctes en droit. La première recoupe les cas où la concertation évoque la détermination collective de l'action, comme le suggère le Conseil constitutionnel. Toutefois, ce terme désigne également la réflexion collective préalable à une action. Telle est l'acception retenue, lorsqu'il est fait état d'un modèle de droit concerté. Et un auteur d'admettre en droit de l'environnement, où le principe de participation a également cours, qu'il est « difficile de distinguer dans tous les cas participation et concertation qui se recoupent en partie »²⁴⁷.

684. Le modèle concerté conserve ainsi toute son unilatéralité. Il s'agit d'un modèle décisionnel dont le pouvoir unilatéral qui s'y exprime est préservé et dont la rationalité par les procédures d'information-consultation est assurée. Même au chapitre de la participation, la concertation ne perd pas son caractère imposé : il en va ainsi à la fois en raison de la logique qui la sous-tend le consensus davantage que la conflictualité – que son antériorité – elle précède la décision sans l'entamer. Le modèle concerté s'épaissit et la promotion d'une démocratie dite participative y encourage. Pourtant, ce modèle persiste, comme nous le verrons, à préserver son unilatéralité et résiste ainsi face au modèle négocié. Si cet épaississement du droit concerté apparaît possible, la lecture de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 le conforte. Car, finalement, cet alinéa ne porte pas uniquement sur la détermination collective des conditions de travail. En effet, celui-ci prévoit également que tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la gestion des entreprises. Le

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2011, p. 137.

droit pour les travailleurs de participer à l'exercice du pouvoir de gestion du chef d'entreprise pourrait ainsi ouvrir la voie à une démocratisation du droit concerté. Le modèle de droit concerté pourrait être également un modèle démocratique, en ce qu'il implique les destinataires de la norme dans son élaboration.

b) La concertation comme vecteur de démocratisation

685. Comme le suffixe du terme le suggère, la démocratisation est un processus. Il consiste à transposer dans un domaine jugé jusqu'alors imperméable à ces considérations, des pratiques inspirées du régime politique démocratique, dont la caractéristique première réside dans la reconnaissance au profit du peuple d'un pouvoir souverain. L'idée a incontestablement le vent en poupe et on ne relève plus les déclinaisons d'un tel projet. Or, il apparaît à l'étude que cette démocratisation ne passe pas nécessairement par une promotion tous azimuts du vote qui est l'apanage de la démocratie représentative. Transparaît plus sûrement dans certaines initiatives et réformes, la volonté d'associer les destinataires de la norme à son élaboration par la mise en place de nouveaux espaces de discussion, d'échanges et de consultation, en somme de nouveaux modes de concertation. L'idée même de participation « relève d'une conception moderne des droits de l'homme et de la démocratie : on ne saurait disposer du sort des hommes sans les avoir informés, sans en avoir discuté avec eux, et, si possible, sans qu'ils aient consenti à des mesures qui les concernent directement »²⁴⁸. Aux côtés de la démocratie entendue comme régime politique, sont venus s'agréger de nouveaux adjectifs épithètes : démocratie sociale, démocratie sanitaire, démocratie environnementale²⁴⁹, démocratie consumériste ou bien encore démocratisation du service public. Pareil foisonnement ne peut que susciter la perplexité chez l'observateur soucieux de déceler derrière ces innovations terminologiques, d'éventuelles mystifications. Nul n'est toutefois « habilité à disqualifier ou interdire l'évident supplément de sens » qui est ainsi attribué au mot démocratie²⁵⁰. Il laisse toutefois à penser que la démocratie représentative au nom de laquelle les citoyens élisent leurs représentants

²⁴⁸ G. Lyon-Caen, « Le Royaume-Uni, mauvais élève ou rebelle indomptable », *Droit social*, 1994, p. 914.

²⁴⁹ V. sur ce point, M. Boutelet et J. Olivier, *La démocratie environnementale. Participation du public aux décisions et politiques environnementales*, éd. Université Dijon, 2009.

²⁵⁰ A. Jeammaud, « La démocratisation du secteur public », *AJDA*, 1983, p. 565.

ne permet pas une prise en compte satisfaisante de leurs attentes. Il est donc préconisé de promouvoir une démocratie plus directe²⁵¹. Le citoyen se mue alors en sujet actif ayant vocation à être informé et consulté, voire à participer à la prise de décision. Pour autant, il serait faux de croire que la participation des citoyens puisse se dispenser de la désignation de représentants. En cela, cette démocratie participative reste teintée de technique représentative. Toutefois, la représentation dont il est alors question n'est plus politique. Elle est pour l'essentiel d'ordre associatif. De plus, en vertu d'une proximité retrouvée, les représentants ont vocation à être au plus près des représentés et par là même de leurs attentes.

686. Le droit à la participation des citoyens est reconnu dans de nombreux domaines. L'existence d'un principe de participation en matière environnementale a déjà été évoquée. Celui-ci se matérialise par l'implication grandissante des associations de défense de l'environnement dans le processus décisionnel. Celles-ci prennent part au débat sur l'environnement qui se déroule dans le cadre d'instances consultatives ayant vocation à examiner les politiques d'environnement et de développement durable²⁵².

Le même schéma est reproduit en droit de la santé au travers de la notion de démocratie sanitaire²⁵³. Sa réalisation suppose la représentation des usagers et des patients par des associations agréées au sein de différentes instances présentes au niveau régional, national ou dans les établissements de santé. Ceux-ci disposent selon les cas d'une voix délibérative ou bien simplement consultative. Critiquée dans sa mise en œuvre, la démocratie sanitaire serait aujourd'hui à la recherche d'un « second souffle »²⁵⁴ qu'un rapport récent se propose d'insuffler en instaurant notamment des mécanismes de

²⁵¹ Sur la démocratie participative et les lacunes de la représentation nationale, cf. C.-B. Macpherson, *Principes et limites de la démocratie libérale*, La Découverte, 1985.

²⁵² Art. L. 141-3 du Code de l'environnement. Il est difficile de recenser de manière exhaustive l'ensemble des comités, commissions et conseils qui accueillent en leur sein des représentants des associations de défense de l'environnement. On signalera à titre d'exemple la participation d'un représentant des associations protectrices des animaux dans la commission consultative sur l'abattage des animaux prévue par le décret du 1er octobre 1997 (décret n°97-903 du 1^{er} octobre 1997) ou bien encore la participation d'associations et de fondations agissant dans le domaine de la protection de la nature et de l'environnement au Conseil économique social et environnemental.

²⁵³ Notion introduite pour la première fois dans la loi du 4 mars 2002 en réponse à une demande exprimée lors des Etats généraux de la santé en 1998 et 1999. Cf. sur ce point, I. Vacarie, « Sécurité sociale et démocratie des choix collectifs » in *Mélanges J.-P. Laborde*, Dalloz, 2014, p. 917.

²⁵⁴ P. Hassenteufel, « La résistible affirmation d'un pouvoir collectif des patients », *RDSS*, 2012, p. 477.

concertation obligatoire « au cœur des décisions en santé »²⁵⁵. Le développement récent de ces pratiques de démocratisation dans le domaine de la santé n'est pas anodin. Il correspond étrangement au délaissement de mécanismes qui faisaient la part belle à l'intervention des interlocuteurs sociaux dans la gestion de la Sécurité sociale et par là même à la démocratie sociale. La perplexité est de mise, car il y a fort à penser que derrière la bannière de la démocratie sanitaire soient rangés des dispositifs qui ne garantissent pas la participation effective de tous les usagers et de tous leurs représentants au processus décisionnel, condition pourtant *sine qua non* à tout système démocratique. Il apparaît ainsi que le modèle de droit concerté est bien souvent plébiscité dans un contexte de défiance à l'égard des élus. Le citoyen est alors invité à s'impliquer pour pallier aux lacunes d'actions qualifiées parfois de technocratiques. Si cela passe essentiellement pour l'heure par la consultation de représentants associatifs, des voix s'élèvent en faveur de la reconnaissance à leur profit d'un véritable pouvoir de codécision. Cela implique néanmoins de résoudre l'épineuse question de leur légitimité.

Il n'en demeure pas moins qu'une démocratisation de la concertation semble en marche à tel point qu'un épaissement du droit concerté s'observe : l'idée de participation appelle à faire intervenir dans la concertation des acteurs nouveaux dans des instances toujours plus nombreuses. Reste que la démocratisation ne rompt pas avec l'unilatéralité du modèle concerté. Il demeure un droit imposé tant la participation de nouveaux acteurs n'entame pas – sérieusement – la prise de décision finale.

687. Le droit concerté est un modèle de participation. D'abord, la concertation s'inscrit intrinsèquement dans l'idée de participation. Pourtant, le trait d'union entre concertation et participation n'opère pas un glissement de modèle. La concertation et l'une de ces déclinaisons, à savoir l'information-consultation, perdurent dans l'unilatéralisme du droit imposé. Il en est ainsi en raison de la logique qui sous-tend la concertation comme de son moment de mise en œuvre, préalable à la décision. Il arrive même qu'une négociation collective puisse s'inscrire dans le modèle concerté. Le cas des négociations dont le but poursuivi ne peut laisser cours à la moindre divergence de vues, tels le handicap ou le cas des seniors, participe davantage à un modèle de droit concerté que négocié. Non pas que la

²⁵⁵ C. Compagnon et V. Ghadi, *Pour l'an II de la Démocratie sanitaire*, Rapport à la Ministre de la Santé et des Affaires sociales, 2014.

conflictualité disparaisse, elle perdure bien entendu, mais cette conflictualité est quelque peu édulcorée, car chaperonnée par ces préoccupations communes à l'endroit des seniors par exemple. Même l'injonction à la démocratisation et plus précisément au développement de la démocratie participative n'incline le modèle concerté. La concurrence entre modèle concerté et modèle négocié est là aussi très rude.

Bien que conceptuellement différentes, négociation et concertation sont toutes deux des variantes de la participation. Ce point commun qui les unit explique sans doute que l'on rencontre parfois quelques difficultés à les opposer. Bien plus, il apparaît que par une subtile confusion des genres, les pouvoirs publics œuvrent en faveur d'un rapprochement des modèles si ce n'est d'un dépassement d'une opposition au devenir incertain.

B) Le devenir incertain de l'opposition entre modèle de droit négocié et modèle de droit concerté

688. Loin d'être purement abstraite, l'opposition entre droit négocié et droit concerté structure aujourd'hui encore, même si elle est de plus en plus contestée, le système français de représentation des salariés autour d'un double canal de représentation **(1)**. Celle-ci est toutefois clairement menacée sous l'effet de l'action combinée du législateur et de la jurisprudence qui œuvrent parfois en faveur d'un rapprochement. Cette confusion des genres n'est toutefois pas sans dangers **(2)**.

1. Une opposition structurante

689. La configuration actuelle du système français de représentation des salariés est le fruit d'une histoire sociale mouvementée qui a vu l'apparition, successive et non concomitante, de différents acteurs dotés d'une identité et de fonctions propres. Il n'est toutefois pas nécessaire ici de prendre en compte l'ensemble de ces acteurs pour saisir la teneur de l'opposition entre droit négocié et droit concerté. Celle-ci peut se résumer à l'opposition entre deux figures essentielles, à savoir le délégué syndical et le comité

d'entreprise²⁵⁶. Elle est donc essentiellement d'ordre organique **(a)**. Elle ne se cantonne pas toutefois à des considérations tenant aux acteurs intervenant lors du processus de production normative. L'opposition est également d'ordre fonctionnel. Il apparaît en effet que la concertation ne joue pas le même rôle que la négociation collective **(b)**.

a) Une opposition organique

690. Fruit d'une évolution historique émaillée de nombreuses réformes, le droit de la représentation des salariés s'est construit autour d'une opposition organique entre représentation élue et représentation désignée. Ainsi, au-delà de la différence organique, c'est également le mode de nomination des représentants qui diffère. Les membres du comité d'entreprise sont élus lors des élections professionnelles organisées dans l'entreprise tandis que le délégué syndical est expressément désigné par une organisation syndicale représentative. La légitimité que tirent ces institutions de représentation du personnel n'est donc pas la même, l'une étant de nature électorale et l'autre de nature syndicale. Cette spécificité française structure l'opposition entre négociation et concertation et permet de la sorte une répartition des rôles. La Cour de cassation est particulièrement attentive au respect de cette dernière. Elle rappelle ainsi que « le comité d'entreprise assure l'expression collective des salariés lorsqu'il est consulté sur les décisions du chef d'entreprise qui doit recueillir l'avis dudit comité, qu'il en résulte que cet avis ne peut être exprimé que par les membres du comité d'entreprise et non par les organisations syndicales auxquelles ils appartiennent »²⁵⁷. Autrement dit, le comité d'entreprise n'est pas une institution syndicale. Personne morale distincte des membres qui le composent, il se veut l'émanation de la collectivité des salariés de l'entreprise et non l'émanation de quelque organisation syndicale. Plus fondamentalement, « le comité d'entreprise, élu, bénéficie, à ce titre, d'une légitimité démocratique incontestable qu'une ingérence trop appuyée des organisations syndicales viendrait nécessairement ternir »²⁵⁸. Il en résulte d'une part que la distinction entre négociation et concertation renvoie à celle entre institution représentative élue et

²⁵⁶ Cela ne signifie pas qu'il faille minorer l'importance du délégué du personnel ou du représentant de la section syndical. Il faut tout de même reconnaître que tous deux jouent un rôle subsidiaire que ce soit en matière de négociation collective ou d'information consultation.

²⁵⁷ Soc. 5 décembre 2006, n° de pourvoi : 05-21.641.

²⁵⁸ E. Peskine, *RDT*, 2007 p. 329, « L'avis du comité d'entreprise ne peut être exprimé que par ses membres », note ss. Soc. 5 décembre 2006, n° 05-21.641.

institution représentative désignée. D'autre part, à l'organe de concertation, le comité d'entreprise en l'occurrence, est assignée une légitimité démocratique incontestable que ne semble pas receler la représentation syndicale. L'action concertée bénéficierait ainsi d'un surplus de légitimité démocratique par rapport à l'action négociée en droit du travail.

691. Pour autant, si l'opposition entre droit négocié et droit concerté est structurante sur le plan organique s'agissant de la représentation des salariés, il n'est pas certain qu'elle le soit en dehors de ce cas. La mise en place d'élections en vue de la détermination de représentants suppose en effet l'existence d'organisations collectives structurées et de collectivités mobilisables et impliquées. Parfois même, cela ne suffit pas. Comme le révèle la récente réforme sur la représentativité des organisations d'employeurs, la légitimité d'un organe peut ne pas être d'origine électorale ou syndicale. L'adhésion est alors prise comme référence²⁵⁹. Le droit des baux d'habitation abrite néanmoins un dispositif laissant à penser qu'une légitimité électorale est susceptible de s'en dégager. En effet, les organismes HLM sont dirigés par des conseils d'administration qui ont pour mission notamment de voter le budget. Or, les locataires sont invités à élire des administrateurs qui disposent, de manière remarquable, d'une voix qui n'est pas purement consultative, mais délibérative²⁶⁰. La concertation dépasse ici le stade de l'information-consultation pour atteindre celui de la cogestion. Il est également intéressant de relever que l'administrateur locataire bénéficie de droits similaires à ceux qui sont reconnus aux salariés mandatés. Ainsi, la loi SRU du 13 décembre 2000 lui octroie un congé-représentation pour siéger au Conseil d'administration. L'article 143 de cette loi prévoit à ce titre que l'employeur est tenu d'accorder au salarié siégeant au Conseil d'Administration ou au Conseil de Surveillance d'un organisme HLM, le temps nécessaire pour participer aux séances plénières de cette instance. Plus encore, s'il apparaît que, du fait de sa participation, le salarié connaît une diminution de sa rémunération, il reçoit de cet organisme une indemnité compensant, sous forme forfaitaire, la diminution de sa rémunération²⁶¹. On poussera le parallèle avec le droit du travail plus loin encore s'agissant des modalités d'organisation de ces élections. Celles-ci ont également lieu

²⁵⁹ Cf. à ce sujet, le décret n° 2015-654 du 10 juin 2015.

²⁶⁰ L'article 9 de la loi de sécurisation de l'emploi prévoit également la mise en place d'administrateurs salariés dans les très grandes entreprises.

²⁶¹ L'ordonnance du 1er février 2007 relative aux Offices publics de l'habitat prévoit que jusqu'à 2000 logements, 3 représentants des locataires sur 17 administrateurs sont élus. Lorsque le Conseil est composé de 23 membres, il y a 4 représentants et lorsqu'il est composé de 27 membres, 5 représentants.

tous les 4 ans, au scrutin de liste à la représentation proportionnelle. Elles ne concernent pas moins de quatre millions de logements locatifs sociaux.

Toutefois, la mise en place d'élections ne permet pas toujours de conférer à l'action des élus un supplément de légitimité. La gestion des caisses de Sécurité sociale est sur ce point édifiante. Il était en effet prévu, que les assurés puissent, au cours d'élections sociales, désigner leurs représentants au sein des conseils d'administration des caisses. Cependant, face au taux de participation très faible des assurés et aux difficultés rencontrées lors de l'organisation de ces élections, il a finalement été décidé de supprimer ce système électif au profit d'un système de désignation réservé aux organisations syndicales représentatives côté salariés.

692. En définitive, il ressort que l'opposition organique entre droit négocié et droit concerté est très marquée en droit du travail. Elle n'a cependant de sens que si elle se double d'une opposition plus fonctionnelle.

b) Une opposition fonctionnelle

693. À l'évidence, l'opposition entre droit négocié et droit concerté est avant tout d'ordre fonctionnel. Si les syndicats, acteurs principaux de la négociation collective, veillent pour leur part à ce que soient exprimées par leur intermédiaire les revendications des salariés qu'ils représentent, le comité d'entreprise s'assure quant à lui, que les intérêts des salariés soient bien pris en compte lors de la prise de décision. L'opposition fonctionnelle ici décrite ne prend véritablement sens que rapportée aux finalités de ces institutions.

S'agissant du comité d'entreprise, celui-ci a vocation à sensibiliser les salariés sur les paramètres économiques et financiers qui guident la politique de l'entreprise. En ce sens, « il contribue [...] à créer des références communes voire à rapprocher les langages »²⁶². Cette entreprise de rationalisation de la décision unilatérale a clairement été cernée en doctrine²⁶³. Elle rappelle que « la force ne suffit pas à rendre le pouvoir légitime » et qu'il lui faut « de surcroît exhiber des titres qui lui donnent raison »²⁶⁴. Tel est le rôle que le

²⁶² G. Borenfreund, « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux. Quelques observations à partir de la loi du 14 juin 2013 », *RDT*, 2015, p. 17.

²⁶³ V. spécialement, A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2010, pp. 171 et s.

²⁶⁴ A. Supiot, *Homo juridicus*, p. 223.

législateur assigne au processus d'information-consultation du comité d'entreprise. Plus largement, il participe de la volonté de faire accepter aux salariés la décision entreprise en les convainquant de sa pertinence et de sa nécessité. À cette fin, les données évoquées dans le cadre de l'information due au comité d'entreprise pour justifier les décisions projetées se parent de plus en plus des atours de l'objectivité. Dans le prolongement de ce constat, le développement de procédures internes en marge du droit qui révèle avec éclat le rôle de la décision en droit du travail, mais aussi sa « procéduralisation », ne saurait étonner²⁶⁵.

S'agissant de la négociation collective, il serait douteux de lui assigner pour finalité la rationalisation d'une décision prise unilatéralement. À vrai dire, l'accord collectif reste avant tout le fruit d'une volonté commune même si, à travers les jeux de pouvoir et les stratégies qui la sous-tendent, le pouvoir s'exprime parfois. À l'analyse, il apparaît que la promotion croissante de la négociation collective au détriment notamment du droit imposé d'origine étatique, spécialement depuis la loi du 31 janvier 2007, répond au souhait des pouvoirs publics de responsabiliser les négociateurs. Il faut alors y voir un dévoiement de la fonction de la négociation collective qui perd en force de revendications et donc de conflictualité au bénéfice d'engagements supposément plus raisonnables. Un auteur faisait remarquer à ce titre que « l'État n'est pas fâché de pouvoir se décharger sur le consensus des partenaires sociaux de la responsabilité de dérogations au droit commun »²⁶⁶. On ne saurait que faire sien ce constat tant il est fréquent que les interlocuteurs sociaux soient conviés, voire plus ou moins contraints, à entamer des négociations. Si la négociation reste libre, les pouvoirs publics n'hésitent pas à en appeler à la responsabilité des négociateurs, prenant bien souvent l'opinion publique à témoin²⁶⁷.

Toutefois, ce n'est pas uniquement dans l'initiative de négocier que transparait le souci de responsabiliser les négociateurs. En effet, par le biais de la négociation collective, le poids de la décision se trouve partagé. Il est plus facile alors de renvoyer les interlocuteurs sociaux à leurs échecs. La négociation collective, le droit négocié donc, perd ainsi sa tutelle étatique. Le législateur semble alors exprimer la volonté d'imbriquer les modèles. L'opposition structurante est ainsi mise en péril.

²⁶⁵ Sur ce point, cf. la thèse d'E. Lafuma, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008.

²⁶⁶ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, coll. Forum, Flammarion, 1996, p. 167.

²⁶⁷ Pour un exemple récent de ce genre de pratique, on pourra se reporter utilement au discours de François Hollande du 19 janvier 2015 dans lequel il exhorte les interlocuteurs sociaux à être à la hauteur.

2. Une opposition dépassée : la confusion des genres

694. Le législateur met à mal depuis quelques années déjà, l'architecture du système de représentation des salariés. La loi du 20 août 2008 a enclenché sérieusement ce processus. Elle érige l'audience électorale du statut d'indice à celui de critère à part entière de la représentativité syndicale. L'organe qui était auparavant entièrement tourné vers une représentation désignée se pare aujourd'hui d'une dimension élective qui ne peut pas ne pas rappeler le mode électoral qui prévaut concernant le comité d'entreprise. La confusion des genres s'amorce déjà d'un point de vue organique.

695. Dans la même mouvance, le législateur, en favorisant l'intervention de tel ou tel représentant, brouille les frontières entre droit négocié et droit concerté. Cette tendance donne à l'observateur un sentiment de confusion des genres. Lors de négociations ayant précédé l'adoption de la loi Rebsamen, le MEDEF a ainsi proposé de créer un conseil d'entreprise censé devenir l'instance unique de représentation du personnel composé de membres élus. Mêlant ainsi représentants des salariés au comité d'entreprise et représentants syndicaux. Mieux, dans les entreprises de 11 à 49 salariés, il était proposé que ce conseil ait seul la capacité de négocier et de conclure des accords collectifs²⁶⁸. En revanche, dans les entreprises de plus de 49 salariés, le projet indiquait que seuls les membres élus et désignés comme délégués syndicaux devaient être habilités à négocier ces accords. En l'absence de représentants élus désignés, la négociation devait être menée avec les élus titulaires du conseil²⁶⁹. Ces propositions non relayées par le législateur, portent en elles le germe d'un dépassement, certes modeste, mais réel, de l'opposition entre institutions élues et institutions désignées agents d'exercice du droit de négocier collectivement.

Le constat n'est pas nouveau. Il opère dans les deux sens, soit par une emprise accrue du comité d'entreprise sur la négociation collective soit par une montée en force des interlocuteurs sociaux par rapport au comité d'entreprise. L'objectif n'est pas de recenser ici

²⁶⁸ Négociation relative à la qualité et à l'efficacité du dialogue social dans l'entreprise et à l'amélioration de la représentation des salariés, propositions du MEDEF, séance du 21 novembre 2014, art. 2.1.

²⁶⁹ *Ibid.* art. 5.3.

toutes les manifestations de ce décloisonnement, mais d'en comprendre la philosophie. La place qui a progressivement été faite au profit des représentants élus en matière de négociation collective répond indéniablement au souci du législateur de promouvoir coûte que coûte la négociation collective, spécialement dans les entreprises dépourvues de représentation syndicale. Mieux, l'absence de délégué syndical n'est pas toujours posée comme une condition nécessaire à l'engagement d'une négociation collective par les représentants élus. S'intrique alors un organe à vocation concertative avec une prérogative qui lui est, en théorie, étrangère, la négociation collective. Cette possibilité est toutefois largement encadrée, attestant que les pouvoirs publics sélectionnent les objets de négociation sur lesquels ils souhaitent à tout prix que les interlocuteurs sociaux parviennent à un accord. Tel est le cas en matière d'intéressement et de participation où le comité d'entreprise est autorisé à signer des accords. En réalité, si la reconnaissance d'une telle prérogative fait l'objet de peu de contestations, c'est en raison des apports présumés de tels accords en faveur des salariés et de l'absence de véritable atteinte portée aux prérogatives syndicales.

696. La cohabitation entre négociation et consultation aménagée par la Cour de cassation est en revanche, plus sujette à discussion. Il s'agit de s'interroger sur la prévalence de l'un sur l'autre. Il est fait part généralement de la multiplication des hypothèses d'intervention du comité d'entreprise dans le domaine de la négociation collective. En la matière, l'arrêt rendu le 5 mai 1998 par la Cour de cassation était essentiel²⁷⁰. Celui-ci prévoyait que l'employeur entrant en négociation devait consulter le comité d'entreprise si l'objet de cette négociation chevauchait le champ de son information-consultation. Cette saisine devait intervenir concomitamment à l'ouverture des négociations ou au plus tard avant la signature de l'accord. Cela revenait de fait à affirmer l'existence d'un droit de contrôle, relatif, au profit du comité d'entreprise. Une solution similaire était applicable en cas de dénonciation de l'accord par l'employeur²⁷¹. La loi du 17 août 2015 est toutefois venue contrer cette jurisprudence²⁷². À compter du 1^{er} janvier 2016, les projets d'accord collectif,

²⁷⁰ Soc. 5 mai 1998, B. Boubli, « La consultation du comité d'entreprise lors de la conclusion d'un accord collectif, *SSL*, 1998, n°893 ; M. Cohen, « La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif », *RJS*, 1998, p. 435.

²⁷¹ Soc. 12 novembre 1997, *RJS*, 1997, n°1391.

²⁷² Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi dite Loi Rebsamen.

leur révision ou leur dénonciation ne seront plus soumis à l'avis du comité d'entreprise²⁷³. Ainsi, la négociation semble prendre le pas sur la concertation, la seconde étant manifestement perçue comme une entrave pour la première. L'exposé des motifs de cette loi l'atteste en soutenant que l'ensemble des obligations d'information et de consultation du comité d'entreprise, « qui se sont progressivement accumulées au gré du renforcement du rôle du comité d'entreprise [...] et de la place croissante accordée à la négociation au niveau de l'entreprise, sont aujourd'hui complexes et, partant, mal appliquées ». De plus, « leur empilement contribue[rait] à une saturation de l'agenda social des entreprises qui fini[rait] par nuire à la qualité et à la créativité du dialogue ».

Dans le même sens, l'article L. 2323-7 du Code du travail prévoit désormais qu'un accord collectif d'entreprise peut, sous certaines conditions, définir les modalités des consultations récurrentes du comité d'entreprise, la liste et le contenu de certaines informations récurrentes et le nombre de réunions annuelles du comité, qui ne peut être inférieur à six. Mieux, alors que les délais dans lesquels les avis du comité d'entreprise doivent être rendus étaient jusqu'ici déterminés par accord entre les membres du comité et l'employeur ou à défaut par décret, cette faculté est à présent offerte aux interlocuteurs sociaux. Pour autant, il ne faut pas voir dans ces évolutions, une véritable mise en concurrence du droit négocié et du droit concerté. Il semble plus juste d'y déceler la volonté, néanmoins discutable, de permettre aux négociateurs d'encadrer l'action des représentants élus. Si on dénombre parmi eux des syndicalistes, il est difficile d'admettre dans le cadre d'un double canal de représentation, que les négociateurs puissent disposer de la sorte, des droits du comité d'entreprise.

Il est toutefois un cas dans lequel le regard du comité d'entreprise en matière de négociation collective semble pouvoir être maintenu. La Cour de cassation considère depuis un arrêt du 21 novembre 2012, que le comité d'entreprise doit être informé et consulté « sur les questions intéressant l'organisation et la marche générale de l'entreprise [...] sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la mise en œuvre de ces mesures résulte d'une décision unilatérale de l'employeur ou lui soit imposée par un accord collectif étendu »²⁷⁴. La Cour en conclut que les mesures de l'accord collectif en question « intéressaient la marche générale de l'entreprise et notamment étaient susceptibles d'affecter la structure des

²⁷³ Art. L. 2323-2 du Code du travail.

²⁷⁴ Soc. 21 novembre 2012 11-10625.

effectifs, la cour d'appel a pu décider, que le défaut de consultation du comité central d'entreprise constituait un trouble manifestement illicite »²⁷⁵.

Dans cette affaire, le comité d'entreprise semble recouvrer pleinement son droit de regard peu important que la mesure litigieuse provienne d'une décision unilatérale ou bien d'un accord collectif. Le modèle de la concertation, que colporte le comité d'entreprise, s'intrique avec le modèle négocié en raison de mesures litigieuses issues d'un accord collectif. La solution retenue par la Cour de cassation interroge tout de même, car ce n'est pas l'employeur qui se trouve à l'origine de la mesure visant à s'appliquer aux salariés de l'entreprise. Or, si l'on estime que l'effet utile de l'information-consultation doit permettre de faire infléchir la décision projetée, il ne peut en être question ici dès lors que l'extension de l'accord de branche s'impose aussi bien à l'employeur qu'aux salariés. Un auteur craint ainsi que la consultation devienne un frein pour la négociation, ce qui serait particulièrement vrai lors d'une négociation dite facultative, car « l'organisation de la procédure de consultation, ainsi que les suites qu'elle peut engendrer, comme le refus de rendre un avis faute d'informations suffisantes pourrait amener l'employeur à ne pas privilégier la négociation collective »²⁷⁶. Il y a là une part de fantasme que de croire que l'intervention du comité d'entreprise implique un ralentissement préjudiciable de la prise de décision. En réalité, la temporisation qu'elle comporte a surtout été pensée comme une invitation salutaire à la réflexion. Il n'en demeure pas moins qu'une telle critique a trouvé écho dans les réformes les plus récentes déjà évoquées.

697. Il résulte de ce qui précède que malgré quelques balbutiements jurisprudentiels, du reste salutaires, la négociation collective investit des terres qui étaient jusqu'ici sous l'emprise de la concertation ou en aménage au moins l'expression. L'article L. 1233-21 du Code du travail prévoit ainsi qu'un accord d'entreprise, de groupe ou de branche peut fixer, par dérogation aux règles de consultation des instances représentatives du personnel, les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise applicables lorsque l'employeur envisage de prononcer le licenciement économique d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours. Il s'agit des fameux accords de méthode. Plus

²⁷⁵ *Loc. cit.*

²⁷⁶ E. Letombe, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise : les liaisons dangereuses », *JCP éd. S*, 2014, p. 1275.

récemment encore, la loi de sécurisation de l'emploi a introduit un article L. 1233-24-1 qui prévoit que dans les entreprises de cinquante salariés et plus, un accord collectif peut déterminer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi ainsi que les modalités de consultation du comité d'entreprise et de mise en œuvre des licenciements. Pareille évolution ne peut que suggérer « un encerclement du comité d'entreprise par différentes couches de négociation »²⁷⁷. Et, en étirant ces dispositions législatives jusqu'à leurs retranchements, s'amorce une mise à disposition à la faveur des interlocuteurs sociaux des droits du comité d'entreprise.

En revanche, lorsque la représentation syndicale pêche, le comité d'entreprise occupe une place de choix puisqu'il peut alors être investi de prérogative qui le dépasse. La confusion des genres entre institutions et prérogatives est manifeste.

698. Cette intrication des modèles a de quoi susciter la perplexité chez l'observateur soucieux que soit préservée la cohérence et l'équilibre d'un système de représentation durement acquis. Il est des auteurs qui appellent ainsi à la « nécessaire radicalité de la clarification des rôles »²⁷⁸ de chacune des institutions représentatives du personnel, et par ce biais à la nécessaire clarification de l'opposition entre droit négocié et droit concerté. Il est rappelé à ce titre que le comité d'entreprise est l'instance de représentation des salariés qui se trouve au centre du débat économique et social. Le rôle de ce comité est en effet de veiller à ce que les décisions de l'employeur soient prises en considération des intérêts des salariés. Ce contrôle est, c'est ce qui explique également son originalité, permanent. Plus encore, il est possible de considérer que par son action, le comité d'entreprise « agit aussi dans l'intérêt de l'entreprise puisque l'emploi des salariés est lié au sort de l'entreprise »²⁷⁹. Le comité d'entreprise ne devrait donc pas dépendre du rythme de la négociation collective. Un tempo qui lui sied mal.

699. En définitive, ce n'est pas tant la convergence des modèles qui s'avère problématique mais plutôt la sensation que derrière l'avenir commun ici brossé ne se cache la volonté plus

²⁷⁷ G. Borenfreund, « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux. Quelques observations à partir de la loi du 14 juin 2013 », *RDT*, 2015, p. 17.

²⁷⁸ G. Bélier, « Un choix nécessaire entre clarification des rôles et confusion », *Controverse*, *RDT*, 2010, p. 78. V. également en ce sens, D. Boulmier, « Les représentants du personnel : accentuation des autonomies subordonnées (?ou !) », *Droit ouvrier*, p. 439, 2014.

²⁷⁹ M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2000, p. 492.

ou moins affirmée de certains acteurs, d'entamer l'autonomie chèrement préservée entre représentants élus et représentants désignés « au profit de la représentation syndicale, obéissant ainsi au diktat conventionnel »²⁸⁰. Il ne s'agit pas d'affirmer que les organisations syndicales ne sont pas dignes d'incarner les salariés qu'elles représentent, mais bien d'interroger cette volonté de faire peser sur eux, la responsabilité de certains choix politiques qui relèvent plus sûrement de la responsabilité de la représentation nationale et qui touche à l'intérêt général. Plus encore, il semblerait que si certains croient déceler une volonté certes timide, mais réelle de consacrer des espaces de codécision, celle-ci n'en présente pas réellement les caractéristiques. Elle est essentiellement délibérative et s'accommode mal de la négociation collective. Ainsi, le risque est grand que derrière l'acte collectif négocié ne se cache en réalité le pouvoir unilatéral, car si la négociation est consensus, elle est également et surtout conflit et conquête. Pareille remarque peut susciter la contradiction. Un auteur avisé estime à ce titre que derrière l'activation croissante de la fonction consultative du comité d'entreprise et la promotion croissante de la négociation collective, l'objectif affiché est de pacifier les relations antagonistes qui peuvent se nouer entre organisations collectives de représentation d'intérêts catégoriels. En réalité, de tels constats n'ont rien de contradictoire, car le rapprochement du droit négocié et du droit concerté conduit le premier à se parer –à s'emparer- de la rationalité du second. Pourtant, « l'implication des représentants dans le processus décisionnel se révélerait proprement incompatible avec l'essor d'une forme conflictuelle de participation, qui constitue pourtant la condition d'un compromis social authentique et toujours éphémère »²⁸¹.

²⁸⁰ D. Boulmier, *art. précit.*, p. 450.

²⁸¹ G. Borenfreund, « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux. Quelques observations à partir de la loi du 14 juin 2013 », *RDT*, 2015, p. 17.

Conclusion de chapitre

700. Au terme des analyses ici menées, une convergence des modèles identifiés, qu'il s'agisse de droit imposé et de droit négocié ou bien de droit souple et de droit rigide, est observable. Un tel constat fait craindre pour le modèle de l'accord collectif de travail.

Au rapport entre le droit négocié et droit souple, les cohabitations semblent à double tranchant. Pacifique, le rapprochement entre le droit souple et le droit négocié peut être vertueux. Lorsqu'ils sont liés par un même objectif, ils recèlent un potentiel non négligeable d'effectivité des droits. Mais, si le vertueux n'est pas absent, la cohabitation peut s'avérer dangereuse. De ces rapports se profilent avant tout une intrication telle que le droit négocié, et *in fine*, le modèle de l'accord collectif, se pare d'une souplesse prompte à faire perdre à ce dernier son impérativité. Mais, plus fondamentalement, n'est-ce pas plutôt le processus de désenclavement du modèle de l'accord collectif de sa tutelle originelle étatique qui est en marche ? N'est-ce pas ce dont témoigne l'intrication entre le droit souple et le droit négocié ? Un droit négocié libéré de sa tutelle étatique, et pour dire vite de ses fondements historiques serait-il en train de concurrencer cette vieille figure de l'accord collectif du droit du travail ?

Au rapport entre le droit négocié et le droit imposé s'exprime une concurrence plus ardue. Le droit imposé de provenance étatique résiste manifestement bien à l'appel du tout négocié, persévèrent des logiques statutaires ou réglementaires qui font obstacle au modèle négocié. En revanche, une telle résistance du droit imposé d'origine privée n'appelle qu'à un constat en demi-teinte. Caractérisé par un droit concerté, le pouvoir décisionnel qui le sous-tend est préservé. Il n'en demeure pas moins qu'entre droit concerté et droit négocié s'amorcent des intrications promptes à nuire au modèle de l'accord collectif de travail.

701. Pour être plus précis, le risque est grand que sa diffusion ne soit qu'illusoire et qu'elle corresponde plus sûrement à la promotion de relations collectives dépassionnées et infertiles n'aboutissant parfois qu'à de simples déclarations d'intention.

Certains appelleront sans doute de leurs vœux une telle évolution. Elle ne dit toutefois pas son nom et semble placer un intérêt que l'on peine à identifier au-dessus de tout, reste à déterminer s'il s'agit de celui de l'entreprise ou bien de l'intérêt général. Or il ne faudrait pas que la négociation collective se transforme en jeu de dupes que ce soit en droit

L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle

du travail ou au-delà. La vigilance est donc de mise face aux discours qui promeuvent l'accord collectif de travail comme modèle, d'autant qu'il amène progressivement à lui des modèles opposés, accordant de moins en moins de place à l'alternative.

Conclusion de titre

702. Dans une perspective dynamique, l'action du modèle se double ainsi d'une rétroaction. Ce schéma est généralement représenté sous forme de boucle, signalant une fois encore que le rapport de communication entre pôles émetteur et récepteur doit être envisagé comme une interaction. Si le modèle a vocation à influencer

La première passe par une « transmutation » du modèle. Les usages multiples dont il fait l'objet entraînent une dilution et une dénaturation de celui-ci. Sa diffusion affecte donc son essence même. Elle a pour conséquence majeure de repenser à la fois le modèle comme modèle de droit négocié et modèle de droit collectif. Elle invite ainsi à s'interroger sur son devenir et sur son éventuelle évolution. Ce sentiment est renforcé lorsqu'on s'intéresse plus attentivement à la manière dont les acteurs du droit y recourent, de manière croissante au demeurant. Il apparaît en effet, que le modèle est aujourd'hui repensé, car détourné, voire instrumentalisé en vue d'atteindre des objectifs et de satisfaire des intérêts qui dépassent parfois ceux des négociateurs.

La seconde est la conséquence de l'opposition nécessaire du modèle de l'accord collectif de travail aux modèles avec lesquels il est amené à entrer en contact du fait de sa diffusion. Deux d'entre eux ont ici été mis en valeur, le modèle du droit imposé ainsi que le modèle du droit souple. Toutefois, il se pourrait bien que ces oppositions tendent progressivement à s'estomper laissant deviner une intrication des modèles qui là encore, entraîne lentement mais sûrement, une redéfinition du modèle de l'accord collectif de travail.

Conclusion de Partie

703. La réception du modèle de l'accord collectif de travail est l'histoire d'une tentation, celle qui consiste à croire que l'existence d'architectures et de problèmes communs pourrait autoriser à transposer tel quel, un objet juridique dans d'autres domaines. Toutefois, le simple constat de problématiques communes ne suffit pas à justifier une transmission en bloc du modèle de l'accord collectif de travail. Il en ressort nécessairement l'impossibilité de penser sur sa base, une unification des régimes juridiques des accords collectifs. Si un droit commun prend bien forme, sa portée est fortement limitée. Il s'étend difficilement au-delà des accords collectifs de travail salarié de droit privé même si l'on observe quelques incursions dans le secteur public et dans le domaine du travail non salarié. L'unification du droit des accords collectifs par voie d'induction et au moyen du modèle de l'accord collectif de travail, est donc fortement compromise. Pour autant, un fonds commun se dessine. Le modèle constitue, à ce titre, un instrument précieux, car il permet également de penser le commun derrière les multiples accords relevés sans, pour autant, renier leur diversité. Dans cette perspective, le modèle de l'accord collectif de travail doit être analysé comme un vivier de normes dans lequel les acteurs du droit seraient libres de puiser à chaque fois qu'ils le jugent nécessaire. Or, il apparaît que l'influence du modèle observée dans ce cadre puisse essentiellement se résumer à quelques exigences communes, suffisamment malléables pour s'adapter au domaine concerné et élaborer des solutions qui lui sont propres.

Cela n'est toutefois pas sans conséquence sur le modèle. La diffusion du modèle est alors source de dilution. Plus il se répand, plus certaines de ses caractéristiques jugées essentielles dans le cadre de cette étude, sont repensées. Dans un mouvement étonnant, la diffusion du modèle rétroagit sur le modèle lui-même. Transmué, il laisse deviner une évolution dans sa perception et dans ses usages qui fait craindre pour son intégrité. L'interprétation de ce mouvement prête à discussion. Les mutations ainsi observées peuvent être lues d'au moins deux manières. Certains y verront les traces d'une évolution nécessaire à même de faire muter le modèle et de se rapprocher d'un idéal dont on perçoit en substance les lignes forces : liberté et autonomie. La seconde consiste à y déceler une dénaturation du modèle. À ce titre, qualifier l'accord collectif de travail de modèle n'a rien d'anodin. Suggérer l'existence d'un modèle procède, même si cette suggestion a été confortée au terme de l'analyse menée, pour une certaine part, de l'auto persuasion. En

effet, ceux qui croient déceler dans l'accord collectif de travail un modèle révèlent bien souvent l'attachement qu'ils lui portent. D'où l'importance de mettre en valeur ses caractéristiques principales, car c'est sur cette base qu'il devient possible d'œuvrer en sa faveur, le défendre voire le sauver. Certains y verront une nécessité à l'heure où le modèle de l'accord collectif de travail subit, plus ou moins, la concurrence de modèles. Toutefois, il pourrait également être amené à s'en inspirer pour évoluer. Là encore, le modèle est affecté dans sa substance.

Conclusion générale

704. Parti de l'idée qu'un regard porté sur la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail permettrait de mieux comprendre le développement de formes de négociation collective en dehors du droit du travail, il s'avère que les enseignements tirés de cette étude concernent prioritairement ce même modèle. Dans un mouvement de retour saisissant, la propagation du modèle de l'accord collectif de travail renseigne sur lui au moins à deux égards.

705. Le premier tient à l'identité du modèle. En effet, il importait avant même de prendre la mesure de sa réception, de déterminer ses caractéristiques principales et par là même, les raisons de sa diffusion. À ce titre, il est apparu que la polysémie de la notion de modèle permettait d'appréhender l'originalité du procédé de l'accord collectif de travail sous différents angles. Deux d'entre eux ont principalement été retenus, à savoir l'idéal et l'idéal.

En tant que modèle idéal, l'accord collectif de travail s'analyse selon les circonstances et la teneur du propos, comme une catégorie ou bien un type. Dans les deux cas, c'est la valeur référentielle du modèle qui est soulignée. Celui-ci constitue en effet un étalon grâce auquel il devient possible de situer un acte juridique. Cela ressort avec évidence lorsque le modèle est catégoriel. En effet, la catégorie juridique qui sert de siège au modèle permet notamment au juge de situer les objets qui se trouvent soumis à son appréciation et de les qualifier ou non d'accords collectifs de travail. Il en va de même lorsque le modèle prend la forme d'un type. Qu'il soit qualifié d'archétype ou bien encore de prototype, l'accord collectif de travail constitue un référent, un exemplaire type, dans la catégorie des accords collectifs au sens large. Mais le type permet également de penser l'accord collectif de travail en soi et non rapporté aux autres variétés d'accord collectif. À ce titre, des idéaltypes ont été identifiés. Représentations abstraites de l'accord collectif de travail sur lesquels le temps n'a pas de prise, ils constituent un outil heuristique précieux pour appréhender son originalité.

En tant que modèle idéal, l'accord collectif de travail se voit prêter certaines qualités. Elles tiennent aussi bien au processus de négociation collective qu'à l'accord collectif lui-même. Elles révèlent surtout que lorsqu'il emporte l'adhésion, le modèle de l'accord collectif de travail, devenu « modèle dominant » dans une vision hégémonique qu'il convenait d'aborder avec prudence et perplexité, se répand par le jeu de l'offre et de la demande et

réduit l'instrument juridique à un produit de consommation courante. L'efficacité du modèle serait d'ailleurs le meilleur vecteur d'exportation. Le propos peut sembler excessif, mais il exprime parfaitement l'instrumentalisation du modèle de l'accord collectif de travail qui serait peu problématique si elle ne menaçait pas d'emporter sa dénaturation.

L'étude du modèle de l'accord collectif de travail est donc source de multiples enseignements sur le modèle lui-même, mais pas seulement. Sa diffusion avérée confirme l'hypothèse préliminaire formulée dans cette étude, celle de l'existence de phénomènes imitatifs en droits. Cette circulation s'opère au moyen d'outils juridiques qui invitent à penser très largement, au-delà du modèle de l'accord collectif de travail, les facteurs et les vecteurs de transmission en droit. Sur ce point, la diffusion d'un modèle est particulièrement remarquable lorsqu'elle est spontanée et qu'elle procède de la volonté même des acteurs socio-économiques. Sur le plan juridique, cette diffusion interroge sur la possibilité de dégager, à partir du modèle, un socle et non un droit commun aux différents accords collectifs étudiés, une sorte de nivellement qui produirait un droit ni idéal ni mou. Toutefois, l'analyse démontre que si ces acteurs contribuent indéniablement à la transmission du modèle, ils sont le plus souvent proprement invités à le faire de manière plus ou moins contraignante. L'imitation est forcée ou incitée. Les registres utilisés à cette fin sont d'une richesse pour le moins notable. Cependant, la liberté est clairement décisive s'agissant du modèle de l'accord collectif de travail même si elle est, selon les cas, plus ou moins importante. Ce constat marque à la fois une force et une faiblesse. Force, car plus l'imitation est contrainte, plus elle semble vouée à l'échec. Faiblesse, car moins l'imitation est contrainte, plus la diffusion est freinée.

706. Le second tient au devenir du modèle de l'accord collectif de travail. Il est fréquent, aujourd'hui, de faire le constat des mutations de la norme. Toutefois, lorsqu'un tel registre est adopté, le propos se concentre essentiellement sur les normes juridiques étatiques. À ce titre, il fait état d'un recours massif aux instruments négociés, qu'il s'agisse du contrat au sens strict, mais aussi et surtout, pour ce qui nous intéresse, de l'accord collectif. Les actes juridiques négociés participeraient ainsi d'un renouvellement des sources du droit. L'État aurait ainsi perdu son monopole dans la production normative. Des modes d'action censés être plus souples et plus en adéquation avec les évolutions d'une réalité sociale difficile à appréhender sont promus. Ils attesteraient du passage largement discuté d'un droit

moderne à un droit post-moderne se résumant à une série d'interrogations critiques sur les nouvelles formes que revêt aujourd'hui le droit positif, à savoir un droit pluraliste, mou et négocié. De même, ils révéleraient un appel à la gouvernance se manifestant par la prise en compte croissante d'intérêts catégoriels et l'association des porteurs de ces intérêts à l'élaboration des normes. Cette présentation est loin d'être erronée. Elle présente cependant l'inconvénient de considérer les modèles qu'elle sollicite, là encore le contrat ou l'accord collectif, comme des référents stabilisés auxquels il est possible d'adhérer aisément. Pourtant, la doctrine s'en est largement fait l'écho, les mutations observées affectent toutes les sources du droit, y compris les normes négociées qu'elles soient collectives ou non. Ces évolutions sont telles que le modèle de l'accord collectif de travail est affecté jusque dans ses caractéristiques les plus essentielles. Une question taraude alors l'observateur. Que reste-t-il du modèle ? Existe-t-il encore ? Là se situe toute la difficulté. En effet, c'est un constat, les réformes opérées au cours de ces dernières décennies ont largement entamé l'accord collectif de travail tel que nous l'avons modélisé. Pour autant, il n'est pas certain qu'il faille nécessairement conclure à une disparition du modèle. Certes la tentation est grande de rester attaché à une figure « progressiste » de l'accord collectif de travail, mais celle-ci est historiquement datée et le caractère réversible du droit du travail a largement été relayé. Un modèle juridique est nécessairement tributaire des évolutions législatives. Aussi, la dénaturation observée du modèle de l'accord collectif de travail n'est peut-être qu'une transformation, majeure malgré tout, de celui-ci. Sa diffusion contribue indéniablement à ce mouvement.

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

Traité et ouvrages généraux

- Amselek P.**, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, 1964, p.275
- Arnaud A.-J.** (dir), *Dictionnaire de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993.
- Aubert J.-L.**, *Introduction au droit*, Sirey, Université, 15^e éd., 2014.
- Aubin E.**, *La fonction publique*, Gualino, Lextenso, 4^{ème} éd., 2013.
- Auby J.-M. et Drago R.**, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992.
- Auzero G. et Dockès E.**, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 29^{ème} éd., 2015.
- Beignier B.**, *Droit des assurances*, Domat droit privé, Montchrestien, 2011.
- Bénabent A.**, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, Domat droit privé, 14^e éd., 2014.
- Bergé J.-S. et Robin-Olivier S.**, *Droit européen*, Thémis Droit, 2^{ème} éd., 2011.
- Bergel J.-L.**, *Théorie générale du droit*, Méthodes du droit, 5^{ème} éd., 2012.
- Bigot J., Baillet P., Kullmann J. et Mayaux L.**, *Les assurances de personnes*, Traité de droit des assurances, Tome 4, LGDJ, 2007.
- Binctin N.**, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, Manuel, 3^{ème} éd., 2014.
- Blary-Clément E. et Dekeuwer-Defossez F.**, *Droit commercial*, Montchrestien, Domat droit privé, 10^{ème} éd., 2010.
- Bosse-Platière H., Collard F., Grimonprez B., Tauran T., et Travelly B.**, *Droit rural*, Lexis Nexis, 2013.
- Brun A. et Galland H.**, *Droit du travail, Tome 2, Les rapports collectifs de travail*, Sirey, 2^{ème} éd., 1978.
- Buffelan Lanore Y. et Larribeau Terneyre V.**, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 14^{ème} éd., 2014.
- Cabrillac R.**, *Droit des obligations*, Cours Dalloz, 11^{ème} éd., 2014.
- Cabrillac R.**, *Introduction générale au droit*, Cours Dalloz, 11^{ème} éd., 2015.
- Cabrillac R., Frison-Roche M.-A. et Revet T.**, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 18^{ème} éd., 2012.
- Calais-Auloy J. et Temple H.**, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2015.
- Carbonnier J.**, *Droit civil, Les obligations*, tome 4, PUF, coll. Thémis, droit privé, 22^{ème} éd., 2000.
- Cas G. et Ferrier D.**, *Traité de droit de la consommation*, PUF, 1986.

- Chapus R.**, *Droit administratif général*, Montchrestien, Tome 1, 15^{ème} éd., 2001.
- Cohen M. et Milet L.**, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 11^{ème} éd., 2015.
- Constantinesco L. J.**, *Traité de droit comparé*, 2 tomes, LGDJ, 1974.
- Cornu G.**, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Domat Droit privé, 3^{ème} éd., 2005.
- Cornu G.**, *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, Domat droit privé, 13^e éd., 2007.
- Couchez G.**, *Procédure civile*, Sirey, 17^{ème} éd., 2014.
- Couturier G.**, *Traité de droit du travail*, Tome 2 : Les relations collectives de travail, PUF, Droit fondamental, 2001.
- Despax M.**, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Traité de droit du travail, sous la direction de G.-H. Camerlynck, Tome VII, Dalloz, 2^{ème} éd., 1989.
- Deumier P.**, *Introduction générale au droit*, LGDJ, Lextenso, manuel, 3^{ème} éd., 2015.
- Dion G.**, *Dictionnaire canadien des relations de travail*, Les presses de l'Université Laval, 2^{ème} éd., 1986
- Dord O.**, *Droit de la fonction publique*, Thémis Droit, PUF, 2^{ème} éd., 2012.
- Duguit L.**, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1921.
- Dupeyroux J.-J, Borgetto M. et Lafore R.**, *Droit de la sécurité sociale*, Précis Dalloz, 16^{ème} éd., 2015.
- Durand P. et Vitu A.**, *Traité de droit du travail*, Tome 3, Dalloz, 1956.
- Fabre-Magnan M.**, *Droit des obligations. Tome 1 Contrat et engagement unilatéral*, Thémis Droit PUF, 3^e éd. 2008.
- Favoreu L., Gaïa, P., Ghevontian R., Mestre J.-L., Pfersmann O., Roux O., Scoffoni A.**, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis de droit public, 11^{ème} éd., 2008.
- Flour J., Aubert J.-L. et Saveaux E.**, *Droit civil, Les obligations. L'acte juridique*, Tome 1, 16^{ème} éd., Sirey, 2014.
- Frier P.-L. et Petit J.**, *Droit administratif*, LGDJ, Domat Droit public, 9^{ème} éd., 2014.
- Gautier P.-Y.**, *Propriété littéraire et artistique*, coll. Droit fondamental, PUF, 9^{ème} éd., 2015.
- Ghestin J., Jamin Ch. et Billiau M.**, *Traité de droit civil : les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001.
- Guinchard S. et Debard T.**, *Lexique des termes juridiques 2015-2016*, Dalloz, 23^{ème} éd., 2015.
- Gugliemi G. J. et Koubi G.**, *Droit des services publics*, Domat public, Montchrestien, 2011.

Hauriou M., *Principes de droit public*, Dalloz, rééd. Ed. 1910, 2010.

Hauriou M., *Précis de droit administratif et de droit public général*, 11^{ème} éd., 1927.

Javillier J.-C., *Droit du travail*, LGDJ, Manuel, 7^{ème} éd., 1999.

Kamina P., *Droit du cinéma*, Droit et professionnel, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2014.

Karaquillo J.-P., *Droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, 3^{ème} éd., 2011.

Laborde J.-P., *Droit de la sécurité sociale*, Thémis Droit public, PUF Droit, 2005.

Lafond J., *Les baux d'habitation*, Litec professionnels, 7^{ème} éd., 2007.

Larroumet C., *Droit civil, Tome 3, Les obligations, Le contrat, 1^{re} partie, Conditions de formation*, Economica, 7^e ed., 2014.

Lasbordes V., *Les contrats déséquilibrés*, Tome 2, PUAM, 2000.

Laubadère A., *Traité de droit administratif*, tome 1, 16^{ème} éd, 2001.

Le Goff J., *Droit du travail et société*, Tome 2, PUR, 2002.

Lokiec P., *Droit du travail, Tome II, Les relations collectives de travail*, PUF, Thémis Droit, 2011.

Lucas A., Lucas H.-J. et Lucas-Schloetter A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Lexis Nexis, 4^{ème} éd., 2012.

Mainguy D. et Respaud J.-L., *Droit des obligations*, Ellipses, 2008.

Malinvaud Ph., Fenouillet D. et Mekki M., *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^{ème} éd, 2014.

Malaurie P. et Morvan P., *Droit civil, Introduction générale*, Defrénois, 3^{ème} éd., 2009.

Malaurie Ph., Aynès L. et Morvan P., *Introduction générale*, LGDJ Lextenso, 5^e éd., 2014.

Melleray F., *Droit de la fonction publique*, 3^{ème} éd., Economica, Corpus Droit public, 2013.

Melleray F., *Droit de la fonction publique*, Corpus droit public, Economica, 2005.

Morvan P., *Droit de la protection sociale*, Lexis Nexis, 7^{ème} éd., 2015.

Pélissier J., Auzero G. et Dockès E., *Droit du travail*, Précis Dalloz, 27^{ème} éd., 2012.

Peskine E. et Wolmark C., *Droit du travail*, Dalloz, Hypercours, 10^{ème} éd., 2015.

Picod Y. et Davo H., *Droit de la consommation*, Sirey Universités, 2^{ème} éd., 2010.

Piédelièvre S., *Droit de la consommation*, Corpus Droit privé, Economica, 2^{ème} éd., 2014.

Pirou G., *Traité d'économie politique*, Tome 1, Sirey, 2^{ème} éd., 1946.

- Plantey A.**, *La fonction publique*, Traité général, 2^{ème} éd, 2001.
- Ponthoreau M.-C.**, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, Corpus Droit public, 2010.
- Prieur M.**, *Droit de l'environnement*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2011.
- Richer L.**, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2014.
- Roland H. et Boyer L.**, *Introduction au droit*, Jurisclasseur, Traités, Litec, 2002.
- Sinay H. et Javillier J.-C.**, *Traité de droit du travail, Tome 6 La grève*, sous la direction de G. H. Camerlynck, Dalloz, 2^{ème} éd., 1984.
- Souriac M.-A., Coeuret A. et Verdier J.-M.**, *Droit du travail, Vol. 1, Rapports collectifs*, Mémentos Dalloz, 15^{ème} éd., 2009.
- Sourioux J.-L.**, *Introduction au droit*, PUF, 2^{ème} éd., 1990.
- Terré F., Simler P. et Lequette Y.**, *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013.
- Teyssié B.**, *Le comité d'entreprise européen*, Economica, 1997.
- Vatinet R. et Gaudu F.**, *Traité des contrats, Les contrats du travail, Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 2001.
- Verdier J.-M.**, *Syndicats et droit syndical*, 2 vol., Traité de droit du travail, Tome V, sous la direction de G.-H. Camerlynck, 2^{ème} éd., 1987.
- Viney G. et Jourdain P.**, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 2^{ème} éd., 1998.
- Vivant M. et Bruguière J.-M.**, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 2^{ème} éd., 2012.

Ouvrages spéciaux, monographies, thèses, rapports

- Adam P.**, *L'individualisation du droit du travail*, LGDJ, 2005.
- Aliprantis N.**, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, 1980.
- Amadiou J.-F. et Boissard D.**, *La démocratie sociale en danger*, Liaisons, 2001.
- Antonmattéi P.-H.** (dir), *Lamy Négociation collective, Droit et pratique*, 2013.
- Antonmattéi P.-H. et Sciberras J.-C.**, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, Rapport au Ministère du travail, des relations sociales, de la famille et de la Solidarité, novembre 2008.
- Arendt H.**, *Du mensonge à la violence*, 1969, Calmann-Lévy, 1994.

Astegiano-La Rizza A., *L'assurance et les tiers. Variations sur le thème de la complexité des relations contractuelles*, Tome 6, Défrénois, 2004.

Aubert J.-L. et Bihl P., *La location d'habitation - loi du 6 juillet 1989*, Sirey, 1990.

Aubin-Brouté R.-J., *Le contrat en agriculture*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, LGDJ, Lextenso, 2013.

Auvergnon Ph. et Guillemain C., *Le travail pénitentiaire en question, Une approche juridique et comparative*, La documentation française, 2006.

Ayoub E., *La fonction publique en vingt principes*, éd. Frison-Roche, 1997.

Barthélemy J. et Cette G., *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Conseil d'analyse économique, 2010.

Barthélémy J. et Cette G., *Réformer le droit du travail*, Terra nova, Odile Jacob, 2015.

de Béchillon D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997.

Blanc-Jouvan X., *Les rapports collectifs du travail aux Etats-Unis*, Dalloz, 1957.

Boquillon F., *La dérogation en droit du travail*, thèse Strasbourg III, 1999.

Boré J., *La cassation en matière civile*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2015.

Boré L., *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, 1997.

Borgetto M. et Lafore R., *La république sociale. Contribution à l'étude de la question démocratique en France*, PUF, 2000.

Boutelet M. et Olivier J., *La démocratie environnementale. Participation du public aux décisions et politiques environnementales*, éd. Université Dijon, 2009.

Boy L., *L'intérêt collectif en droit français : étude sur la collectivisation du droit*, thèse, Nice, 1979.

Bricks H., *Les clauses abusives*, LGDJ, 1982.

Bucher C.-E., *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif. Étude de droit comparé interne*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2011.

Catala N., *L'entreprise*, Dalloz, 1980.

Cahuc P. et Kramarz F., *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, La documentation française, 2005.

Calais-Auloy J., *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, La Documentation française, Paris, 1985.

Camaji L., *La personne dans la protection sociale*, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de thèses, 2008.

- Camous E.**, *Règlements non-juridictionnels des litiges de la consommation*, LGDJ, 2002.
- Carbonnier J.**, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1969.
- Carbonnier J.**, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, coll. Forum, Flammarion, 1996.
- Champeil-Desplats V.**, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, 2014.
- Charbonneau C.**, *Contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, IRJS éd., 2011.
- Chauchard J-P.**, *La conception française de la négociation et de la convention collective*, thèse Paris-Sorbonne, 1984.
- Chorin J.**, *Le particularisme des relations de travail dans les entreprises publiques à statut*, LGDJ, 1994.
- Cluzel-Métayer L.**, *Le service public et l'exigence de qualité*, Nouvelles bibliothèques de thèses, Dalloz, 2006.
- Cohen M.**, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2003.
- Côme T. et Morder R.**, *Les engagements des étudiants, Formes collectives et organisées d'une identité étudiante*, Rapport pour l'Observatoire de la Vie Etudiante, 2009.
- Combrexelle J.-D.**, *La négociation collective, le travail et de la convention collectives*, thèse dactylographiée, 1984.
- Combrexelle J.-D. (dir.)**, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, France stratégie, 2015.
- Compagnon C. et Ghadi V.**, *Pour l'an II de la Démocratie sanitaire*, Rapport à la Ministre de la Santé et des Affaires sociales, 2014.
- Cornu G.**, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Domat droit privé, 3^{ème} éd., 2005.
- de Coster M.**, *L'analogie en sciences sociales*, PUF, 1978.
- Coutu M.**, *Max Weber et les rationalités du droit*, LGDJ et les presses de l'Université de Laval, Droit et société, 1995.
- Couturier G.**, *Traité de droit du travail 2 : Les relations collectives de travail*, PUF, Droit fondamental, 2001.
- Debbasch C. et Bourdon J.**, *Les associations*, Que sais-je ? , PUF, 2006.
- Debord F.**, *Le droit du travail applicable aux salariés des entreprises publiques*, thèse Lyon, 1994.
- Delmas-Marty M.**, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994.
- Demogue R.**, *Les notions fondamentales du droit civil. Essai critique*, 1911, La Mémoire du droit, Références, réed., 2001.

Deumier P., *Le droit spontané*, Economica, 2002.

Didier P., *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000.

Didry C., *Naissance de la convention collective : Débats juridiques et luttes sociales en France au début du 20^e siècle*, EHESS, 2002.

Didry C. et Mias A., *Le moment Delors. Les syndicats au cœur de l'Europe sociale*, Peter Lang, 2005.

Dirringer J., *Les sources de la représentation collective des salariés*, LGDJ, 2015.

Dufour A.-C., *Les pouvoirs du Parlement sur le financement de la Sécurité sociale*, Dalloz, 2012.

Ewald F., *L'Etat providence*, Grasset, 1986.

Fabre A., *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2010.

Font N., *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, 2009.

Fontanel M., Grivel N. et Saintoyant V., *Le modèle social français*, Débat public, éd. Odile Jacob, 2007.

Fourcade C., *L'autonomie collective des partenaires sociaux*, LGDJ, 2006.

Fournier J., *Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique*, La documentation française, 2002.

Frappat B., Puyfontaine de A., et alii, *Livre Vert des États généraux de la presse écrite*, conclusions, La Documentation française, 2009.

Frossard S., *Les qualifications juridiques en droit du travail*, LGDJ, 2000.

Gambaro A., Sacco R. et Vogel L., *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, LGDJ, Traité de droit comparé, 2011.

Garbar Ch.-A., *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, LGDJ, 1996.

Garello J., Lemennicier B. et Lepage H., *Cinq questions sur les syndicats*, PUF, 1990.

Garner H. et Recoules M., *Egalité, diversité, discrimination, Etudes de 80 accords d'entreprise sur la diversité*, Document d'études, DARES, juin 2014.

Gastaud J.-P., *Personnalité morale et droit subjectif*, LGDJ, 1977.

Géa F., *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle - Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, LGDJ, Institut universitaire Varenne, 4 vol., 2009.

Gény F., *Science et techniques en droit privé positif, Elaboration technique du droit positif*, Tome 3, Sirey, 1921.

- Girard C. et Le Goff A.**, *La démocratie délibérative. Anthologie de textes fondamentaux*, éd. Hermann, 2010.
- Giverdon Cl.**, *Nouveaux rapports de location*, Litec, 1984.
- Goltzberg S.**, *L'argumentation juridique*, Connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} éd., 2015.
- Grawitz M.**, *Méthodes des sciences sociales*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd, 2000.
- Groussier A.**, *Rapport parlementaire sur les conventions collectives*, 1913.
- Guinchard S. et Debard T.**, *Lexique des termes juridiques 2015-2016*, Dalloz, 23^{ème} éd., 2015.
- Guiomard F.**, *La justification des mesures de gestion du personnel*, Thèse Paris X Nanterre, 1998.
- Goldie-Genicon C.**, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009.
- Gurvitch G.**, *L'idée de droit social, Notion et système du droit social, Histoire doctrinale depuis le 17^{ème} siècle jusqu'à la fin du 19^{ème} siècle*, Sirey, 1932.
- Habermas J.**, *Droit et démocratie*, Gallimard, Essais, 1997.
- Habermas J.**, *De l'éthique de la discussion*, Cerf, 1992.
- Hayek F.**, *Droit, législation et liberté*, Tome 2, Le mirage de la justice sociale, PUF, 1981.
- Janville T.**, *La qualification juridique des faits*, 2 vol., PUAM, 2004.
- Jestaz Ph. et Jamin C.**, *La doctrine*, Méthodes du droit, Dalloz, 2004.
- Jolibois Ch.**, *Rapport n° 212 sur le projet de loi relatif aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle*, tome II (1984-1985) fait au nom de la commission spéciale, déposé le 20 mars 1985.
- Kambakhche M.**, *Les conventions médicales*, Université Paris XII, 2000.
- Katz T.**, *La négociation collective et l'emploi*, LGDJ, 2007.
- Kleiber G.**, *La sémantique du prototype*, PUF, 1990.
- Kymlicka W.**, *Les théories de la justice : une introduction*, trad. par M. Saint-Upéry, La découverte, 1999.
- Lafuma E.**, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, Thèse LGDJ, 2008.
- Lascoumes P.**, *Un droit de l'environnement négocié, volet discret d'une politique publique*, PIREN-CNRS, 1990.
- Laurent D.**, *Rapport sur la réforme du mouvement consommériste*, La documentation française, 2009.

Lavergne B., *Recherche sur la soft law en droit public français*, Presses de l'Université de Toulouse capitole, 2013.

Le Bart C. et Lefebvre R., *La proximité en politique. Usages, rhétoriques, pratiques*, PUR, 2005.

Le Goff J., *Du silence à la parole : une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PUR, nouv. éd. remaniée, 2004.

Legay J.-M., et Schmid A.-F., *Philosophie de l'interdisciplinarité*, éd. Petra, Transphilosophiques, 2004.

Leroy S., *Droit social et incitations*, thèse UPOND, 2014.

Leroy Y., *L'effectivité du droit du travail au travers d'un questionnement en droit du travail*, LGDJ, 2011.

Lokiec P., *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004.

Libchaber R., *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Lextenso, 2013.

Lyon-Caen A. et Badinter R., *Le travail et la loi*, Fayard, 2015

Lyon-Caen G., *Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, Connaissance du droit, 1995.

Lyon-Caen G., *La prévoyance*, Dalloz, Connaissance du droit, 1994.

Lyon-Caen G., *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990.

Macpherson C.- B., *Principes et limites de la démocratie libérale*, La Découverte, 1985.

Mekki M., *L'Intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004.

Mekki M., *Le droit souple*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009.

Melleray F., *Droit de la fonction publique*, Economica, 3^{ème} éd., 2013.

Meyrat I., *Droits fondamentaux et droit du travail*, thèse Paris X Nanterre, 1998.

Molfessis N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997.

Morand Ch.-A., *Le droit néo moderne des politiques publiques*, LGDJ, Droit et société, 1999.

Morin M.-L., *Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit*, LGDJ, 1994.

Morin-Galvin A., *La convergence des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat*, LGDJ, 2013.

Morvan P., *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon Assas, 1999.

Nadal S., *La profession et la branche : leur rôle dans la conception française de la convention collective*, Thèse Paris X Nanterre, 1996.

Nast M., *Des conventions collectives relatives à l'organisation du travail*, Paris, 1907.

Nicolas V., *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, LGDJ, 1996.

Nyckees V., *La sémantique*, coll. Sujets, Belin, 1998.

Odoul-Asorey I., *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches de droit*, LGDJ, 2013.

Ogier-Bernaud V., *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica, 2003.

Olszak N., *Histoire du droit du travail*, Economica, Corpus Histoire du droit, 2011.

Ost F., *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999.

Ost F. et van de Kerchove M., *De la pyramide au réseau, Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002.

Ost F. et van de Kerchove M., *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Les voies du droit, 1988.

Partyka P., *Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé français*, Thèse Montpellier 1, 2004.

Pasquier T., *L'économie du contrat de travail*, LGDJ, 2010.

Pastré-Boyer M.-L., *L'acte juridique collectif en droit privé français*, PUAM, 2006.

Pélissier J., Lyon-Caen A., Jeammaud A. et Dockès E., *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz., Grands arrêts, , 4^{ème} éd., 2008.

Perelman Ch., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Méthodes du droit, Dalloz, 2^{ème} éd., 1999.

Pérès-Dourdou C., *La règle supplétive*, LGDJ, 2004.

Petit F., *La notion de représentation dans les relations collectives de travail*, LGDJ, 2000.

Peyrot J., *Les conventions collectives dans la marine marchande*, thèse, Paris, 1954.

Pinet M., (dir) *Histoire de la fonction publique*, Tome 3, Nouvelle librairie de France, 1993.

Pirou G., *Les conceptions juridiques successives de la convention collective en France*, Rennes, 1909.

Pomade A., *La société civile et le droit de l'environnement, Contribution à la réflexion sur les théories des sources du droit et de la validité*, LGDJ, 2010.

Pontif V., *La sécurité juridique et le droit du travail*, thèse UPOND, 2011.

Porta J., *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, LGDJ, Institut Universitaire Varenne, 2 Vol., 2008.

Pujolar O., *Le contrat en droit de la Sécurité sociale*, thèse Bordeaux IV, 2002.

Rémy P., *Effet normatif des accords collectifs et représentation des salariés à la lumière des droit français et allemand de la négociation collective*, thèse Université Paris X Nanterre, 1998.

Renoux-Zagamé M.-F., *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, PUF, Léviathan, 2003.

Ripert G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1955, réédit. 1994.

Rochfeld J., *Cause et type de contrat*, LGDJ, 2000.

Romano S., *L'ordre juridique*, 1975, trad. de l'italien par L. François et P. Gothot, Dalloz, 2^{ème} éd., rééd., 2002.

Rosanvallon P., *La légitimité démocratique*, Seuil, 2008.

Rotschild-Souriac M.-A., *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, thèse Paris I, 1986.

Rouast A., *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, Thèse Lyon, 1909.

Roujou de Boubée G., *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961.

Saint-Jours Y., *Les relations de travail dans le secteur public*, LGDJ, 1977.

Savaux E., *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, 1997.

Sailleilles R., *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Pichon, 1901.

Servais J.-M., *Normes internationales du travail*, LGDJ, 2004.

Serverin E., *De la jurisprudence en droit privé, Théorie d'une pratique*, PU de Lyon, 1985.

Silicani J.-L., *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique : faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France*, La documentation française, 2008.

Sitruk P., *Evaluation de la procédure d'agrément des conventions et accords collectifs d'entreprise et d'établissement du secteur social et médico-social*, IGAS, septembre 2012.

Siwek-Pouydesseau J., *Le syndicalisme des fonctionnaires jusqu'à la guerre froide*, Presses Universitaires de Lille, 1989.

Sobczak A., *Réseaux de sociétés et code de conduite. Un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, LGDJ, 2002.

Supiot A., *Homo juridicus*, Seuil, 2005.

Supiot A., *Critique du droit du travail*, 1994, Quadrige essais débats, PUF, 2007.

Sweeney M., *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, thèse UPOND, 2010.

Tarde G., *Les transformations du droit*, 1893, Histoire des idées, Berg International, 1994.

Tarde G., *Les lois de l'imitation : étude sociologique*, 1895, éd. Kimé, 2^{ème} éd., 1993.

Terrasson de Fougères A., *Le modèle dans le droit de la famille : notion et fonction (essai de droit comparé interne)*, thèse, Université Paris II, 1994.

Teubner G., *Droit et réflexivité*, Kleuver, 1995.

Teyssié B., *Comité d'entreprise européen*, Economica, 1997.

Tournaux S., *L'essai en droit privé. Contribution à l'étude de l'influence du droit du travail sur le droit privé*, LGDJ, 2009.

Tusseau G., *Contre les "modèles" de justice constitutionnelle : essai de critique méthodologique*, Bononia University Press, 2009.

Vatinet R., *Les attributions économiques du comité d'entreprise*, Sirey, 1983.

Vautrot-Schwarz C., *La qualification juridique en droit administratif*, LGDJ, 2009.

Vedel G., *Manuel élémentaire de Droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, 1949.

de Visscher Ch., *Le contrat collectif de travail*, Paris, 1911.

Vigour C., *La comparaison dans les sciences sociales*, La découverte, coll. Guides repères, 2005.

Vincent V., *Les conceptions néo-libérales du droit*, Corpus essais, Economica, 2002.

Vincent-Legoux M.-C., *L'ordre public. Etude de droit comparé interne*, PUF, 2001.

de Virville M., *Pour un code du travail plus efficace : rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, La documentation française, 2004.

Watson A., *Legal Transplants*, Edimbourg, Athens, Ga., 2^{ème} éd. 1993.

Weber M., *Sociologie du droit*, Quadrige, PUF, 2013.

Weber M., *Essai sur la théorie de la science, L'objectivité de la connaissance*, trad. par J. Freund, Plon, 1992.

Wiener N., *La cybernétique : Information et régulation dans le vivant et la machine*, Seuil, 2014.

Wittgenstein L., *Tractatus logico-philosophicus suivi d'Investigations philosophiques*, trad. de l'allemand par P. Klossowski, coll. Tel, Gallimard, 1961.

Wittgenstein L., *Recherches philosophiques*, trad. de l'allemand par F. Dastur, M. Élie, J.-L. Gautero, D. Janicaud et E. Rigal, Bibliothèque de philosophie, Gallimard, 2015.

Wolmark C., *La définition prétorienne. Etude en droit du travail*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2007.

Yannakourou S., *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur*, LGDJ, 1995.

Articles

Ach N., « Preuve en faveur du statut public des maîtres de l'enseignement privé », *D.* 2009, p. 912.

Adam G., « La représentativité syndicale dans l'entreprise », *Droit social*, 1972, p. 90.

Affichard J., Lyon-Caen A. et Vernac S., « De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail », *RDT* 2009, p. 631.

Akandji-Kombé J.-F., « Clauses de désignation et de migration en matière de prévoyance et de retraite, droit de négociation collective et liberté économique », *Droit social*, 2013, p. 880.

Akandji-Kombé J.-F., « La France devant le Comité européen des droits sociaux », *Droit social*, 2001, p. 977.

Alaphilippe F., « La convention collective nationale du sport : enfin ! », *RJES*, 2005, p. 9.

Aliprantis N., « L'entreprise en tant qu'ordre juridique », in *Etudes en l'hommage d'H. Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 185.

Amselek P., « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ et Bruylant, 2009, p. 4.

Amselek P., « La phénoménologie et le droit », *APD*, T 17, 1972, p.243.

Amselek P., « Norme et loi », *APD*, T 25, 1980, p.101.

Amselek P., « Ontologie du droit et logique déontique », *RDP* 1992, p. 1017.

Ancel M., « Le droit comparé, instrument de compréhension et de coopération internationale », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, PUAM, 1974, p. 11.

Ancel P., « Une régression du modèle légal », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations : Rétrospectives et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Thèmes et commentaires, Dalloz, sous la direction de G. Pignarre, 2005, p. 47.

Antonmattéi P.-H., « Négocier un accord sur la qualité de vie au travail », *Droit social*, 2015, p. 131.

Antonmattéi P.-H., « Accord collectif et contrat de travail : liaisons dangereuses », *Liaisons sociales magazine*, novembre 1998, p. 56.

Antonmattei P.-H., « Les nouvelles frontières de la négociation collective », *Droit social*, 2013, p. 241.

Arseguet A., « La représentativité syndicale en matière de sécurité sociale », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, tome 30, 1982, p. 275.

Arseguet A., « La représentativité des syndicats dans les conventions médicales », *Droit social*, 1981, p. 349.

Aubin C., « A la recherche du modèle social européen », *Droit social*, 2008, p. 484.

Aubin E., « De nouveaux droits pour les fonctionnaires ? », *AJDA*, 2011, p. 2406.

Auzero G., « Les syndicats, mandataires des salariés ? », *SSL* 2015, n° 1666, p. 10.

Auzero G. et Chonnier J.-M., « Les conventions et accords collectifs de travail à l'épreuve de l'égalité de traitement », *Droit social*, 2010, p. 53.

Baranes W., Frison-Roche M.-A. et Robert J.-H., « Pour le droit processuel », *D.* 1993, chron. p. 9.

Barberot C., « Les clauses hétérogènes d'un accord électoral ou d'un accord collectif », *RJS*, 11/99, p. 830.

Barbiéri J.-J., « Organiser l'offre », *RDR* 2006, étude 10.

Barthélémy J., « Le référendum, source de garanties collectives de prévoyance », *Droit social*, 2012, p. 70.

Barthélémy J., « Clauses de désignation et de migration au regard du droit communautaire de la concurrence », *Droit social*, 2011, p. 853.

Barthélémy J., « Le principe d'égalité de traitement, difficultés de promotion », *SSL*, 2009, n°1414, p. 6.

Barthélémy J., « Réflexion prospective sur l'extension des accords de protection sociale », *Droit social*, 2010, p. 182.

Barthélémy J., « Protection sociale complémentaire : ingénierie de la négociation collective », *La Revue de l'Ires*, 2009/4, p. 63.

Barthélémy J., « Les accords nationaux interprofessionnels », *Droit social*, 2008, p. 566.

Barthélémy J., « Recodifier : pourquoi ? Comment ? », *JCP éd. S*, 2007, n°12, Act. 139.

Barthélémy J., « Problématique et ingénierie de la négociation collective dans le sport professionnel », *RJES*, 2005, p. 21.

Barthélémy J., « Solidarité et accord de protection sociale complémentaire », in *Mélanges en l'honneur de J. Pélissier*, *D.* 2004, p. 27.

Barthélémy J., « La nature juridique des accords de retraite complémentaire », *Droit social*, 2003, p. 513.

Barthélémy J., « Une convention collective de travailleurs indépendants ? », *Droit social*, 1997, p. 40.

Barthélémy J., « Le référendum en droit social », *Droit social*, 1993, p. 89.

Barthélémy J., « Restructurations et protection sociale complémentaire », *Droit social*, 1989, p. 110.

Barthélémy J., « Régime professionnel de prévoyance et libre prestation de services », *SSL*, 2012, n°1553, p. 5.

Barthélémy J et Cette G., « Réformer et simplifier le droit du travail via un rôle accru du droit conventionnel », *Droit social*, 2006, p. 24.

Béal S. et Rouspide-Katchadourian M.-N., « Le casse-tête du protocole d'accord préélectoral », *SSL*, 2009, n° 1424, p. 12.

Béliet G., « Un choix nécessaire entre clarification des rôles et confusion », *RDT, Controverse*, 2010, p. 78.

Belorgey J.-M., « Logique de l'assurance, logique de la solidarité », *Droit social*, 1995, p. 731.

Bergel J.-L., « Différence de nature = différence de régime », *RTDciv.* 1984, p. 255.

Béraud J.-M., « Protéger qui exactement? Le tentateur? Le sportif amateur? Le travailleur? », *Droit social*, 2013, p. 197.

Bernaud V., « Difficultés et solutions dans l'approche constitutionnelle de la liberté contractuelle en droit du travail », *Droit social*, 2015, p. 4.

Bertrand X., « Quel sens ont les réformes ? », *RDT, controverse*, 2008, p. 354.

Bigot G., « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA*, 2000, p. 532.

Bigot J. et Langé D., « Le nouveau statut des agents généraux d'assurance », *RGDA*, 1996, n°4, p. 853.

Blondel F., « L'aggiornamento de l'évaluation dans le champ de l'action publique : entre raison gestionnaire et exigence démocratique », *Nouvelle revue de psychosociologie*, 2009, p. 71.

Bodet C. et Lamarche T., « La responsabilité sociale des entreprises comme innovation institutionnelle. Une lecture régulationniste », *Revue de la régulation*, §48, Juin 2007, n°1.

Boillot C., « Bail d'habitation et protection du bailleur ! », *D.* 2012, p. 190.

Boissard S., « Le contentieux relatif à la convention du 1^{er} janvier 2001 », *Droit social*, 2001, p. 857.

Bonafé-Schmitt J.-P., « Les enjeux de la négociation collective », *Travail et emploi*, juin/septembre 1988, p. 85.

Bonnechère M., « L'organisation de la négociation collective » in *Syndicats et droit du travail*, sous la direction de G. Borenfreund et M.-A. Souriac, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008, p 31.

Bonnechère M., « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères », *Droit ouvrier*, 2001, p. 411.

Bonnin V., « Le volontariat associatif : ceci n'est pas un contrat de travail », *RDT*, 2006, p. 236.

Borenfreund G., « Le vote et la représentation syndicale » in *L'essor du vote dans les relations professionnelles*, sous la direction de O. Leclerc et A. Lyon-Caen, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011, p. 9.

- Borenfreund G.**, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT*, 2008, p. 712.
- Borenfreund G.**, « Négociation préélectorale et droit commun de la négociation collective », in *Etudes offertes à J. Pélessier*, Dalloz, 2004, p. 93.
- Borenfreund G.**, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Droit social*, 2004, p. 606.
- Borenfreund G.**, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », in *Mélanges dédiés à M. Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2001, p. 429.
- Borenfreund G.**, « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », *Droit ouvrier*, 1997, p. 514.
- Borenfreund G.**, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Droit social*, 1997, p. 1006.
- Borenfreund G.**, « Le droit du travail en mal de transparence ? », *Droit social*, 1996, p. 461.
- Borenfreund G.**, « Propos sur la représentativité syndicale », *Droit social*, 1988, p.476.
- Borenfreund G.**, « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux. Quelques observations à partir de la loi du 14 juin 2013 », *RDT*, 2015, p. 17.
- Borenfreund G. et Souriac M.-A.**, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Droit social*, 2003, p. 72.
- Borgetto M.**, « La représentativité des syndicats en droit de l'assurance maladie », *Les Tribunes de la santé*, n° 18, 2008, p. 39.
- Bosgiraud C.**, « Une talentueuse énigme : l'accord collectif de location du 9 juin 1998 relatif aux congés vente pour vente par lots », *JCP éd. notariale et immobilière*, 2003, p. 1559.
- Boterdael S.**, « Caractéristiques de la négociation collective de branche en matière de formation professionnelle », *Droit social*, 2014, p. 1013.
- Boulanger G.**, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Etudes offertes à G. Ripert*, LGDJ, 1950, tome 1, p. 51.
- Boulmier D.**, « Les représentants du personnel : accentuation des autonomies subordonnées (?ou !) », *Droit ouvrier*, 2014, p. 439.
- Breillat J.-C.**, « Vers une convention collective des footballeurs professionnels...européens ? », *RJES*, 2002, p. 103.
- Brimo S.**, « Le droit au travail pénitentiaire : un droit sans droit... et sans travail », *RDSS*, 2013, p. 251.
- Brissy S.**, « L'avant-projet de réforme du droit des obligations : une source d'évolution pour le droit du travail ? », *Droit social*, 2007, p. 8.
- Bruguière J.-M.**, « Mondialisation et droit des obtentions végétales », in *Propriété intellectuelle et mondialisation*, Thèmes et commentaires, Dalloz, p. 153.

Bunel J., « La négociation collective sur la réduction du temps de travail, facteur de changement des relations professionnelles », in *Le temps de travail*, Université Lyon III, éd. Législatives et administratives, 1984, p. 81.

Burgogue-Larsen L., « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2014, p. 1763.

Busquet V., « Les règles propres à la vente d'immeubles d'habitation par lots s'appliquent-elles en l'absence de congé-vente ? », *Defrénois*, n°5, 2011, p. 433.

Cafaggi F., « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *RFAP*, 2004, p. 23

Caillosse J., « L'adoption de la loi : négociation et délibération », in *La contractualisation de la production normative*, sous la direction de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 133.

Calais-Auloy J., « Les actions en justice des associations de consommateurs », *D.* 1988, Chron., p. 193.

Calais-Auloy J. et Bihl L., « Le consumérisme et ses aspects collectifs », *JCP éd. Commerce et industrie*, 1978, n°7004, p. 158.

Camous E., « Les modes alternatifs de règlement des conflits constituent-ils une justice de proximité ? », *La Gazette du Palais*, 30 octobre 2003, p. 5.

Canut F. et Verkindt P.-Y., « Négociateur sous contrainte. Un nouveau visage de la négociation collective en France ? », in *Etudes en hommage à F. Gaudu*, 2014, p. 241.

Carbonnier J., « A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger », in *Essai sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 2^{ème} éd., 1995, p. 237.

Carbonnier J., « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'Année sociologique*, LVII, 1958, p. 3.

Castel R., V° « Salarier », in *Dictionnaire du travail*, sous la direction de A. Bevort, A. Jobert, M. Lallement et A. Mias, Quadrige, PUF, 2012.

Cesaro J.-F., « Le scepticisme et la loi », in *La loi, bilans et perspectives*, sous la direction de C. Puigelier, Economica, Etudes juridiques, 2005, p. 285.

Cesaro J.-F. et Gautier P.-Y., « Tenter sa chance ou travailler : qualifications, télé réalité et contrats spéciaux », *D.* 2009, chron. n°31, p. 2116.

Coeuret A., « L'avenir de l'UES conventionnelle », *SSL*, n°1120, 20 juin 2005.

Chaloron Y., V° « Gérants de succursales », *Rép. trav.*, Dalloz, n°87.

Chaloron Y., « La conduite de la négociation », *Droit social*, 1990, p. 584.

Champeil-Desplats V., « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, janvier 2007.

Chapus R., « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966, Chron., p. 99.

Chatzilaou K., « La réponse du CEDS aux arrêts Viking et Laval », *RDT*, 2014, p. 160.

Chauchard J.-P., « L'apologie du marché : la prévoyance sociale complémentaire selon le Conseil constitutionnel », *RDSS*, 2014, p. 601

Chauchard J.-P., « La représentativité des syndicats de médecins libéraux dans la convention médicale », *RDSS*, 2013, p. 599.

Chauchard J.-P., « Eléments pour une définition d'un contrat de travail indépendant », *JCP éd. E*, 2007, n°24, p. 1761.

Chauchard J.-P., V° « Conventions et accords collectifs » *Rép. Trav.*, Dalloz, p.53.

Chauchard J.-P., « Représentation collective protection sociale », *RDSS*, 2004, p.161.

Chauchard J.-P., « A propos de la convention médicale : observations informelles sur la représentativité des organisations syndicales de médecins libéraux », *Travail et Protection sociale*, 2002.

Chauchard J.-P. et Friot B., « Faut-il couper le cordon entre travail et protection sociale ? », *RDT*, 2011, p. 677.

Chauviré C., « Ce que les linguistes ont appris de Wittgenstein? », in *Le Grand Miroir : Essais sur Peirce et sur Wittgenstein*, Presses Universitaires de Franche-Comté, 2004.

Chazal J.-P., « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Liber Amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, p. 280.

Chevallier J., « L'association au service public », *JCP*, 1974, 2667.

Chevallier J., « La participation dans l'administration française », *Bulletin de l'IIAP*, n°37, 1976, p. 87.

Chorin J., « Les établissements publics employant simultanément des personnels de droit public et de droit privé », *AJDA*, 2000, p. 382.

Coconnier E., « Le dialogue social européen dans le secteur du sport », *Jurisport*, 2011, n°109, p. 29.

Collart-Dutilleul F., « Diversification de la portée de l'ordre public s'agissant des statuts spéciaux relatifs aux baux d'habitation », *RDI*, 1999, p. 466.

Colson A., « Penser la négociation en science politique », *Négociations*, 2009/2, p. 103.

Combacau J., « Conclusions générales » in *L'Ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p. 415.

Cornu G., « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à J. Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77.

Cornu G., « Réflexions en attendant le tricentenaire », in *Le Code civil 1804-2004, Le livre du bicentenaire*, Dalloz et Litec, p. 709.

Cornu G., « Le règne discret de l'analogie », in *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993, p. 129.

Couturier G., « Le choix de la procéduralisation conventionnelle » in *Les accords de méthode*, supplément SSL, 2004, n°1152, p. 6.

Couturier G., « L'ordre public de protection, heurts et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Mélanges en l'honneur de J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 95.

Danti-Juan M., « Les droits sociaux du détenu », in *La condition juridique du détenu, Institut de sciences criminelles de Poitiers*, vol. 13, Cujas, 1994, p. 110.

Daugareilh I., « Accord cadre international », in *Dictionnaire critique de la RSE*, sous la direction De N. Postel et R. Sobel, Presses universitaires du septentrion, 2013, p. 19.

Debord F., « Droit du travail dans le secteur public. Panorama de droit positif », *RDT*, 2009, p. 692.

Del Sol M., « Généralisation de la couverture complémentaire des salariés », *Droit social*, 2014, p. 165.

Delmas-Marty M. et Izorche M.-L., « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *RIDC*, 2000-4, p. 753.

Delors J., « Au-delà des illusions », *Esprit*, 1974, p. 547.

Demesy C., « La liberté syndicale et le droit de négociation collective des militaires », *RFDA*, 2003, p. 546.

Derepas L., « Le régime de prévoyance des maîtres de l'enseignement privé doit être négocié selon les règles de droit commun », *Droit social*, 2009, p. 475.

Desbarats I., « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *JCP éd. E*, février 2006, 1214.

Des Lyons H., « La loi SRU et la concertation dans l'habitat collectif », *AJDI*, 2001, p. 671.

Despax M., « La place de la convention collective dans le système conventionnel », *Droit social*, 1988, p. 8.

Despax M., « De l'accord à la loi », *Droit social*, 1987, p. 184.

Deumier P., « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in *Le droit souple*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, p. 113.

Deumier P., « Qu'est-ce qu'un Grenelle ? », *RTDciv.* 2008, p. 63.

Didry C., « La production juridique de la convention collective. La loi du 4 mars 1919 », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, 2001, p. 1253.

Dirringer J., « Les voies vers une démocratie sociale et environnementale ou l'illusion procédurale ? », *Droit social*, 2015, p. 326.

Dirringer J. et Sweeney M., « Les juges administratifs face aux PSE : une logique de repli ? », *Droit ouvrier*, 2015, p. 382.

Dirringer J., Sweeney M. et Ferkane Y., « Le principe de représentativité dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », 2011, unitedudroit.org.

Dockès E., « Vers un déséquilibre conventionnel plus fort que le déséquilibre contractuel », *Droit ouvrier*, 2015, p. 252.

Dockès E., « Elargir le champ et la force du contrat », *RDT*, 2007, p. 147.

Dockès E., « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Droit social*, 1994, p. 227.

Domergue J.-P., « L'assurance chômage : un régime façonnée par les partenaires sociaux », *in Etudes offertes à J. Pélissier*, LGDJ, p. 215.

Dubouis L., « La réforme de la médecine libérale : le statut des médecins », *RDSS*, 1996, p. 747.

Dupeyroux J.-J., « Quelques questions », *Droit social*, 1990, p. 10.

Dupeyroux J.-J., « Les exigences de la solidarité. Observations sur la désignation d'une institution déterminée pour la gestion d'un régime complémentaire de prévoyance », *Droit social*, 1990, p. 741.

Dupeyroux J.-J., « La Sécurité sociale et les médecins, analyse d'une réforme », *D.*, 1960, chron. XXX, p. 184.

Durand P., « Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale », *Droit social*, 1960, p. 42.

Durand P., « Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelles », *Droit social*, 1952, p. 437, rééd. dans la même revue, 2010, p. 1247.

Durand P., « Le dualisme de la convention collective de travail », *RTDciv.* 1939, p. 356.

Dutheillet de Lamothe O., « Les normes constitutionnelles en matière sociale », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29-2010, p. 193.

Dutheillet de Lamothe O., « L'accord collectif, une source constitutionnelle du droit du travail », *in Paradoxes en droit du travail*, sous la direction de Ph. Waquet, Lamy, 2012, p. 441.

Eisenmann Ch., « Quelques problème de méthodologie des définitions et des classifications », *APD*, n°11, 1966, p. 25.

Encinas de Munagorri R., « Qu'est-ce que la technique juridique ? », *D.* 2004, p. 711.

Encinas de Munagorri R., « Techniques juridiques de règlement des conflits collectifs » *in Un siècle de régulation pacifique des conflits collectifs de travail*, sous la direction de F. Fortunet, Publications du centre G. Chevrier, vol. 16, 2001, p. 163.

Fabre A., « Le contentieux de la violation des engagements en matière d'emploi », *Droit ouvrier*, 2015, p. 469.

Fabre A., « Qualité de vie au travail et institutions représentatives du personnel : une articulation à construire », *Droit social*, 2015, p. 134.

Fabre A., « Les négociateurs sociaux, seuls juges du principe d'égalité », *Droit social*, 2015, p. 237.

Fabre A., « Les techniques juridictionnelles de contrôle du pouvoir de l'employeur. Une tentative de contrôle du pouvoir de l'employeur », in *Droits du travail et des fonctions publiques ? Influences, convergences, harmonisation*, sous la direction de M. Touzeil-Divina et M. Sweeney, Lextenso, L'Épitoque, 2012, p. 65.

Fabre A., « Égalité de traitement et gestion des rémunérations et de l'emploi », in *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, sous la direction de G. Borenfreund et I. Vacarie, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2013, p. 128.

Farjat G., « Réflexions sur les codes de conduite privée », in *Mélanges B. Goldman*, Litec, 1982, p. 47.

Farjat G., « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privées », in *Les transformations de la régulation juridique*, sous la direction de G.-J. Martin, collection Droit et société, LGDJ, 1998, p. 151.

Favard V., « Le détenu citoyen », *RPDP*, 1989, p. 257.

Favennec-Héry F., « Sécurité juridique et actes des partenaires sociaux », *Droit social*, 2006, p. 766.

Favoreu L., « À propos de l'arrêt AGIRC : les limites du pouvoir normatif des partenaires sociaux », *Droit social*, 2000, p. 337.

Février J.-M., « Remarques sur la notion de norme permissive », *D.*, 1998, p. 271.

Flückiger A., « Pourquoi respectons-nous la soft law ? », *Revue européenne des sciences sociales*, 2009, n°144, tome XLVII, p. 81.

Flückiger A., « Régulation, dérégulation, autorégulation : l'émergence des actes étatiques non obligatoires », *Revue de droit suisse*, 2004/2, p.246.

Font N., « La notion de travailleur à l'aune des droits nationaux et internationaux », in *Droits du travail et des fonctions publiques : unité(s) du droit ? - Influences, convergences, harmonisations*, sous la direction de M. Sweeney et M. Touzeil-Divina, 2012, p. 45.

Fontaine L., « Le Conseil d'Etat et les sources privées du droit social. Quelques remarques théoriques sur un contentieux », in *Le Conseil d'Etat et le droit social*, sous la direction de J.-F. Akandji-Kombé, Montchrestien, Grands colloques, 2011, p. 83.

Freyria C., « Les accords d'entreprise atypiques », *Droit social*, 1988, p. 43.

Freyria Ch., « Problématique des pouvoirs économiques du comité d'entreprise » in *Mélanges Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 209.

Friedberg E., « Pouvoir et négociation », *Négociations*, 2009/2, p. 15.

Frison-Roche M.-A., « Le modèle du marché », *APD*, n° 40, 1995, p. 287.

- Frouin J.-Y.**, « L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail », *RJS*, 1996, p. 137.
- Frossard S.**, « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT*, 2009, p. 83.
- Frydman B.**, « Négociation ou marchandage ? De l'éthique de la discussion au droit de la négociation », in *Droit négocié, droit imposé ?*, sous la direction de Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, p. 231.
- Frydman B.**, « Vers un statut de la société civile dans l'ordre international », *Droits fondamentaux*, n°1, 2001, p. 149.
- Gassin R.**, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron. p. 91.
- Gaudemet P.-M.**, « Le déclin de l'autorité hiérarchique », *D.* 1947, chron., p. 35.
- Gaudier P.**, « Quel avenir pour le régime de l'agrément des accords collectifs et conventions collectives de travail dans le secteur social et médico-social ? », *RDSS*, 2012, p. 911.
- Gaudu F.**, « La notion juridique d'emploi en droit privé », *Droit social*, 1987, p. 414.
- Gaudu F.**, « Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », *Droit social*, 1998, p. 367.
- Gauriau B.**, « Eloge du terrain », *Droit social*, 2008, p. 89.
- Gautier P.-Y.**, « Les interactions du droit civil et du droit du travail », in *Les sources du droit du travail*, sous la direction de B. Teyssié, PUF, 1998, p. 129.
- Gazier A.**, « Le retour aux conventions collectives », *Revue économique*, 1950, p.157.
- Géniaut B.**, « Les rapports appréhendés par le droit du travail, branche du droit », *SSL*, supp., n°1494, 2011, p. 34.
- Gernigon B., Odero A. et Guido H.**, « Les principes de l'OIT sur la négociation collective », *Revue internationale du travail*, vol. 139, n°1, 2000, p. 37.
- Ghestin J.**, « La notion de contrat », *Droits*, n°12, p. 23.
- Ghestin J.**, « Les effets pervers de l'ordre public », in *Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Ch. Gavalda*, Dalloz Sirey, 2001, p. 123.
- Ghestin J. et Langlois Ph.**, « Est licite l'engagement pris par un gérant salarié de garantir le déficit d'inventaire dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à son droit au SMIC », *D.* 1993, p. 414.
- Ginon A.-S.**, « Démographie médicale et techniques juridiques d'incitation », *Revue politique et management public*, janvier-mars 2011, p. 13.
- Ginon A.-S. et Trepreau M.**, « La participation de l'Unocam aux négociations conventionnelles », *RDSS*, 2011, p. 105.
- Giudicelli C.**, « A propos du modèle », *América: cahiers du CRICCAL*, Vol. 1, 2005, p.7.

Goblot E., « Fonction et finalité » *Revue philosophique*, t. XLVII, janvier-juin 1899, p.495.

Grolleau G., Mzoughi N. et Thiébaud L., « Les instruments volontaires : un nouveau mode de régulation de l'environnement ? », *RIDE*, 2004, p. 461.

Groulier C., « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in *La force normative*, sous la direction de C. Thibierge et alii, LGDJ, 2009, p. 199.

Grua F., « Les divisions du droit », *RTDciv.* 1993, p. 59.

Guimard F., « De nouveaux droits en matière de formation professionnelle ? », *Droit ouvrier*, 2015, p. 590.

Harmel C., « La pensée libérale et les questions sociales » in *Aux sources du modèle libéral français*, sous la direction d'A. Madelin, Perrin, 1997.

Hassenteufel P., « La résistible affirmation d'un pouvoir collectif des patients », *RDSS*, 2012, p. 477.

Hassenteufel P., « L'évolution des rapports de pouvoirs dans un système bismarckien : le cas de la France », *Santé, société et solidarité*, 2008, p. 63.

Hennion-Moreau S., « La subordination de l'application volontaire des engagements collectifs à l'agrément ministériel dans le secteur sanitaire et social : état des lieux et dangers », *RDSS*, 2008, p. 732.

Hennion-Moreau S., « Les horaires d'équivalence dans le secteur sanitaire et social », *RDSS*, 2000, p. 149.

Hervé-Fournereau N., « Présentation générale », in *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, sous la direction de N. Hervé-Fournereau, PUR, l'univers des normes, 2008, p. 29.

Herzog-Evans F., « Actualité jurisprudentielle du droit de l'exécution des peines », *D.* 2001, p. 562.

Hesse P.-J., « Droit du travail et droit de la protection sociale : des destins parallèles ? », *Cahiers de l'Institut régional du travail*, n° 9, 2001, p. 57.

Idoux P., « Dynamique contractuelle et dynamique délibérative dans le renouvellement des méthodes d'action publique », in *Mélanges en l'honneur de M. Guibal*, tome 2, 2009, p. 547.

Ilieva V., « La motivation des accords collectifs : l'exemple des accords de maintien de l'emploi », in *Licenciements pour motif économique et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, sous la direction de G. Borenfreund et E. Peskine, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2015, p. 39.

Jamin Ch., « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *RIDC*, 2000, p. 748.

Jappont F., « L'encadrement juridique de la coopération entre les autorités de régulation », *D.* 2005, p. 893.

Jaussaud R., « L'extension de l'accord Renault du 15 septembre 1955 », *Droit social*, 1956, p. 149.

Jeammaud A., « Le concept d'effectivité du droit », in *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, sous la dir. de Ph. Auvergnon, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 35.

Jeammaud A., « L'interdisciplinarité épreuve et stimulant pour une théorie des règles juridiques », in *Le droit dans l'action économique* sous la direction de T. Kirat et E. Serverin, Paris, CNRS Editions, 2000.

Jeammaud A., « De la polysémie du terme principe dans les langages du droit et des juristes » in *Les principes en droit*, sous la direction de S. Caudal, Economica, Etudes juridiques, 2008, p. 50.

Jeammaud A., « Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il ? », in *Vers un code européen de la consommation*, sous la direction de F. Osman, Bruylant, 1998, p. 35.

Jeammaud A., « Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation », *Droit ouvrier*, 1998, p. 240.

Jeammaud A., « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », *Droit social*, 1998, p. 211.

Jeammaud A., « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Droit social*, 1999, p. 119.

Jeammaud A., « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 47.

Jeammaud A., « Les règles juridiques et l'action », *D.* 1993, p. 207.

Jeammaud A., « Un code allégé ? », *Droit social*, 1993, p. 638.

Jeammaud A., « Droit du travail 1988 : des retournements plus qu'une crise », *Droit social*, 1988, p. 583.

Jeammaud A., « Les principes dans le droit français du travail », *Droit social*, 1982, p. 618.

Jeammaud A., « La démocratisation du secteur public », *AJDA*, 1983, p. 565.

Jeammaud A., Le Friant M. et Lyon-Caen A., « L'ordonnancement des relations de travail », *D.* 1998, p. 359.

Jeammaud A. et Masse-Dessen H., « Quel avenir pour la loi face à la négociation collective ? », *SSL*, 2006, n° 1257, p. 8.

Jeammaud A. et Serverin E., « Evaluer le droit », *D.*, 1992, p. 263.

Jestaz Ph., « Qu'est-ce qu'un résultat en droit ? », in *Études offertes à Ph. Malinvaud*, LexisNexis Litec, 2007.

Jestaz Ph., « La nature juridique des recommandations patronales », *RTDciv.* 2000, p. 200.

Jestaz Ph., « Source délicieuse (remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTDciv.* 1993, p. 73.

Jestaz Ph., « La qualification en droit civil », *Droits*, 1993, n°18, p. 45.

Jestaz Ph., « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. XXXII, p. 198.

- Jeuland E.**, « L'énigme du lien de droit », *RTDciv.* 2003, p. 455.
- Keller M.**, « Les agents contractuels de l'administration : retour à la case départ », *Droit social*, 1999, p. 143.
- Kelsen H.**, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 48.
- Kelsen H.**, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », 1953, trad. De Ph. Coppens, *Droit et société*, 1992, p. 551.
- Kerschen N.**, « Le grand tournant de la médecine générale », *Droit social*, 1997, p. 471.
- Kessler F.**, « Le Droit de négociation collective n'existe, en Europe, que sous condition », *Droit social*, 2010, p. 1223.
- Kessler F.**, « Retraites complémentaires et droit communautaire de la concurrence. Quelques observations à partir de la jurisprudence de la CJCE », *RDSS*, 1997, p. 902.
- Kessler F.**, « L'émergence (trop tardive ?) de la notion de régime de protection sociale complémentaire », *RDSS*, 2015, p. 352.
- Kramer L.**, « Les approches volontaires et le droit communautaire de l'environnement », in *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, sous la direction de N. Hervé-Fournereau, PUR, l'univers des normes, 2008, p. 83.
- Kullmann J.**, « Les mécanismes juridiques fondamentaux des assurances collectives », *RGDA*, 1998, p. 522.
- Laborde J.-P.**, « La solidarité entre adhésion et affiliation », in *La Solidarité, Enquête sur un principe juridique*, sous la direction de A. Supiot, Odile Jacob, 2015, p. 109.
- Laborde J.-P.**, « Sécurité sociale protection sociale, droit de la sécurité sociale, droit de la protection sociale, droit social. Quelques réflexions (pas seulement) terminologiques », in *Mélanges offerts à Gérard Aubin*, Presses universitaires de Bordeaux, 2014, p. 187.
- Laborde J.-P.**, « Sécurité sociale et service public », in *Mélanges en l'honneur de J. du Bois de Gaudusson*, PU de Bordeaux, Tome II, 2013, p. 1081.
- Laborde J.-P.**, « Droit (social) comparé et littérature comparée. Observations (trop) rapides », in *Mélanges en l'honneur d'E. Alfandari*, Dalloz, 2005, p. 337.
- Lagarde X.**, « La procéduralisation du droit (privé) », in *Les évolutions du droit. Contractualisation et procéduralisation*, sous la direction de C. Pigache, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 141.
- Lahalle T.**, « Le mannequin : un salarié présumé », *JCP éd. Soc.*, n° 5, 31 janvier 2003, p. 1096.
- Laigre P.**, « La révision des accords collectifs de retraite », *Droit social*, 1996, p. 1077.
- Lallement M. et Lima L.**, « Idéal-type et convention : complémentarité ou concurrence ? », in *Comparer les droits, résolument*, sous la direction de P. Legrand, PUF, coll. Les Voies du Droit, 2009, p. 379.

- Landel J.**, « L'assurance de groupe à la lumière de la jurisprudence récente », *RGAT*, 1993, p. 9.
- Langlois Ph.**, « La négociation collective au-delà du travail », *Droit social*, 2009, p. 1037.
- Langlois Ph.**, « Réflexions sur la simplification du droit du travail », *Institut de l'entreprise*, 2004.
- Langlois Ph.**, « La révision d'un régime de protection sociale complémentaire », *Droit social*, 1999, p. 384.
- Langlois Ph.**, « Les accords de prévoyance », in *Etudes offertes à J. Barthélémy*, 1994, p. 57.
- Langlois Ph.**, « Droit public et droit social en matière de négociation collective : l'ordonnancement du droit public remis en cause par la négociation collective interprofessionnelle », *Droit social*, 1992, p. 5.
- Langlois Ph.**, « Droit civil et contrat collectif de travail », *Droit social*, 1988, p. 395.
- Langlois Ph.**, « Qu'est-ce que l'interprofession ? », *Droit social*, 2005, p. 640.
- Lascoumes P.**, « Négocier le droit, formes et conditions d'une action gouvernementale conventionnelle », *Politiques et management public*, 1993, Volume 11, p. 47.
- Lascoumes P. et Serverin E.**, « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit », *Droit et société*, 1986, p. 127.
- Lattes J.-M.**, « Rugby et droit du travail : une rencontre improbable ? », *Droit social*, 2005, p. 873.
- Laulom S.** « Passé, présent, futur de la négociation collective transnationale », *Droit social*, 2007, p. 623.
- Le Crom J.-P.**, « Le label syndical », in *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, sous la direction de J.-P. Le Crom, PUR, 2004, p. 297.
- Le Friant M. et Jeammaud A.**, « Une réforme constitutionnelle, pour quelle autonomie collective ? », in *Mélanges en l'hommage de F. Gaudu*, IRIS, 2014, p. 146.
- Le Goff J.**, « Le droit du travail, terre d'élection de la complexité » in *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du vivant*, sous la direction de M. Doat, J. Le Goff et Ph. Pédrot, PUR, L'Univers des normes, 2007, p. 103.
- Le Goff J.**, « La naissance des conventions collectives », *Droits*, 1990, n°12, p. 67.
- Le Rouzic L.-M.**, « Vers la fin du « cantonnement juridique » des militaires ? », *AJDA*, 2015, p. 204.
- Le Tourneau Ph.**, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 349.
- Legros J.-P.**, « La nullité des décisions de sociétés », *Revue des sociétés*, 1991, p. 275
- Letombe E.**, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise : les liaisons dangereuses », *JCP éd. S*, 2014, p. 1275.

Lieutier J.-P., « Participation financière, participation à la gestion : philosophies et ambiguïtés de l'épargne salariale et de l'actionnariat salarié », *Droit social*, 2014, p. 500.

Lochak D. et Troper M., « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », in *Théorie du droit et science*, sous la direction de P. Amselek, PUF, coll. Leviathan, p. 293.

Loiseau G. et Martinon A., « La négociation paradoxale », *Cahiers sociaux*, 2014, p. 213.

Lokiec P., « Qui dit conventionnel dit juste, L'avènement d'un nouveau dogme », *JCP éd. S*, 2015, p. 282.

Lokiec P., « Le travailleur et l'actif », *Droit social*, 2009, p. 1017.

Lokiec P., « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale », in *La contractualisation de la production normative*, sous la direction de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008, p. 95.

Lokiec P., « Procéduralisation à l'épreuve du droit privé », in *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, sous la direction de C. Pigache, Publications de l'Université de Rouen, 2004.

Lombard M., « Les accords collectifs applicables aux catégories de personnels soumises à statut législatif ou réglementaire », *AJDA*, 1991, p. 605.

Lorvellec L., « L'application du droit de la concurrence au secteur agricole », in *Ecrits de droit rural et agroalimentaire*, Dalloz, 2002, p. 515.

Lorvellec L., « Les contrats types d'intégration homologués », *RDR*, 1984, p. 245.

Luby V., « La notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance », *Contrats, concurrence, consommation*, 2000, chron. n°1.

Lucas de Leysac C., « Du caractère collectif du contrat de marché », *RDC*, 2006, p. 1317.

Luttringer J.-M., « Réflexions sur les rapports entre formation continue et négociation collective », in *Mélanges en l'honneur d'H. Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 47.

Lyon-Caen A., V° « Droit du travail », *Dictionnaire du travail*, sous la direction de A. Bevort, A. Jobert, M. Lallement et A. Mias, PUF, Quadrige, 2012.

Lyon-Caen A., « Les conventions collectives de branche à l'épreuve de l'égalité de traitement entre salariés », *SSL*, 2011, n°1497, p. 8.

Lyon-Caen A., « Contrat et/ou emploi : composition ou recomposition », *SSL*, suppl., 2011, n°1508.

Lyon-Caen A., « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *RDT*, 2007, p. 84.

Lyon-Caen A., « Vers un renouvellement des sources et l'émergence d'un droit du marché du travail », *Rép. de Droit du travail, cahiers de l'actualité*, 2007-1, p. 4.

Lyon-Caen A., « Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire », *Droit social*, 1997, p. 69.

Lyon-Caen A., « Une liaison dangereuse entre jurisprudence et théorie. A propos de la modification du contrat de travail », in *Mélanges en l'honneur de J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 357.

Lyon-Caen A., « L'emploi comme objet de la négociation collective », *Droit social*, 1996, p. 318.

Lyon-Caen A., « L'égalité et la loi en droit du travail », *Droit social*, 1990, p. 68.

Lyon-Caen A., « Changement politique et changement du droit du travail », in *Mélanges offerts à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 1.

Lyon-Caen A., « Les règles de la représentation syndicale à l'épreuve des changements », *Travail et Emploi*, mars 1988, p. 32.

Lyon-Caen A., « L'influence des syndicats dans la confection des textes », in *Syndicats et droit du travail*, sous la direction de G. Borenfreund et M.-A. Souriac, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 63.

Lyon-Caen A., « Rencontres en Avignon », *RDT*, 2011, p. 341.

Lyon-Caen A., « Le comité d'entreprise, institution de représentation du personnel », *Droit ouvrier*, 1986, p. 356.

Lyon-Caen A., « Grandeur et décadence de la loi professionnelle », in *Les conventions collectives de branche : déclin ou renouveau ?*, CEREQ, Etudes, 1993, n°65.

Lyon-Caen G., « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Droit social*, 2003, p. 355.

Lyon-Caen G., « L'état des sources du droit du travail », *Droit social*, 2001, p. 1031.

Lyon-Caen G., « *Qualis labor, talis qualitas* », *Droits*, 1993, n°18, p. 67.

Lyon-Caen G., « Divagations sur un adjectif qualificatif », in *Ecrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF, 1992, p. 348.

Lyon-Caen G., « Critique de la négociation collective », *Droit social*, 1979, p. 350.

Lyon-Caen G., « Négociation et convention collective au niveau européen », *RTDE*, 1973, p. 591.

Lyon-Caen G., « Anomie, autonomie et hétéronomie en Droit du travail », in *Mélanges en hommage à P. Horion*, Faculté de droit de Liège, 1972, p. 173.

Lyon-Caen G., « Le droit conventionnel du travail », *D.* 1963, chron., III, p. 3.

Lyon-Caen G., « Négociation collective et législation d'ordre public », *Droit social*, 1973, p. 89.

Lyon-Caen G., « Le juge et l'entreprise » in *Soixantième anniversaire de la Chambre sociale de la Cour de cassation 1938-1998*, La documentation française, 2000, p. 98.

- Lyon-Caen G.**, « Le Royaume-Uni, mauvais élève ou rebelle indomptable », *Droit social*, 1994, p. 914.
- Marc E. et Struillou Y.**, « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relations professionnelles », *Droit administratif*, novembre 2010, étude 20.
- Marquis C.**, « La prévention des conflits collectifs à la RATP », *Droit social*, 2003, p. 583.
- Madiot Y.**, « Les incertitudes de la force juridique des contrats de plan », note sous Conseil d'Etat, 25 octobre 1996, Association Estuaire-Ecologie, *RFDA*, 1997, p. 343.
- Mathieu B.**, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », *D.* 1997, p. 152.
- Mathieu B.**, « La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière de droit du travail : observations sur la décision du Conseil constitutionnel 2002-465 », *D.* 2003, p.638.
- Mathieu M.-L.**, « L'objet mixte », in *Mélanges en l'honneur de J.-L. Bergel*, Bruylant, 2013, p. 357.
- Mathieu-Izorche M.-L.**, « Approches épistémologiques de la comparaison », in *Comparer les droits, résolument*, sous la direction de P. Legrand, PUF, 2009, p. 123.
- Mathieu-Izorche M.-L. et Delmas-Marty M.**, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC*, 2000, p. 772.
- Mazars A.**, « Le juge qui s'invite à la négociation », *Droit ouvrier*, 2008, p. 282.
- Mazeaud A.**, « La carence d'élections professionnelles au cours de la période intermédiaire », *SSL*, 2009, n° 1447, p. 9.
- Mazeaud A.**, « Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux depuis la Position commune du 16 juillet 2001 », *Droit social*, 2003, p. 361.
- Meftah I.**, « Les frontières des accords de maintien de l'emploi », in *Licenciements pour motif économique et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, sous la direction de G. Borenfreund et E. Peskine, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2015, p. 27.
- Mégerlin F.**, « Apport et limites de la convention nationale assurance maladie-pharmaciens d'officine de 2006 », *RDSS*, 2007, p. 269.
- Mekki M.**, « Propos introductifs sur le droit souple » in *Le droit souple*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, p. 10.
- Melleray F.**, « La loi relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique. Première étape d'une réforme profonde », *AJDA*, 2010, p. 2045.
- Melleray F.**, « L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français », *AJDA*, 2004, p. 1224.
- Mestre J.**, « La liberté contractuelle rentrerait elle en grâce auprès du CC ? », *RTDciv.* 1997, p. 416.
- Meyrat I.**, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », *Droit ouvrier*, 2002, p. 349.

Mezghani A., « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *Rec. Cours La Haye*, 2003, n°303, p. 367.

Michel C., « L'évolution du régime des conventions entre les médecins et l'assurance maladie », *Droit social*, 1977, p. 50.

Millard E., « Réalisme scandinave, Réalisme américain. Un essai de caractérisation », *Revue de théorie constitutionnelle et de philosophie du droit*, 2014, p. 81.

Miné M., « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », *Travail et emploi*, n°84, octobre 2000, p. 47.

Molfessis N., « Les prédictions doctrinales », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Litec, PUF et Dalloz, 1999, p. 141.

Molfessis N., « Le renvoi d'un texte à un autre » in *Les mots de la loi*, ss. la dir. de N. Molfessis, Economica, Etudes juridiques, 1999, p. 55.

Monnet J., « L'accès au droit des consommateurs », *LPA*, 30 mai 2008, p. 20.

Montels B., « L'audiovisuel dans la société de l'information », *Communication Commerce électronique*, n° 7, Juillet 2005, alerte 202.

Morand-Deville J., « Commentaire de la loi n°95-201 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement », *AJDA*, 1995, p. 439.

Moreaux J., « Analyse critique de la loi sur l'économie contractuelle », *Économie rurale*, n°60, 1964.

Moreau M., « Les règlements de fin de conflit », *Droit social*, 2001, p. 139

Moreau M., « Autorité des avis des commissions paritaires d'interprétation des conventions collectives (propos sur une suggestion) », *D.* 1996, chron., p. 69.

Moreau M., « La portée des avis rendus par une commission paritaire d'interprétation », *Droit social*, 1995, p. 359.

Moreau M.-A., « Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », *Droit social*, 1999, p. 53.

Moreau Y., « Existe-t-il une particularité du travail au service de l'intérêt général », in *Servir l'intérêt général*, sous la direction de Ch. Garbar, J.-L. Bodiguel et A. Supiot, PUF, 2000, p. 60.

Moreau M.-A., « Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe Arcelor Mittal », *Droit social*, 2009, p.93

Morin M.-L., « Démocratie sociale ou démocratie politique ? La loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives », in *Deux siècles de droit du travail, L'histoire par les lois*, sous la direction de J.-P. le Crom, Les éd. de l'atelier, 1998, p.180.

Morin M.-L., « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Droit social*, 1997, p. 25.

Morin M.-L., « La loi et la négociation collective : concurrence ou complémentarité ? », *Droit social*, 1998, p. 419.

Morin M.-L. et Teyssier F., « L'accord cadre », *Droit social*, 1988, p. 741.

Morvan P., « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », Cycle droit et technique de cassation, 2005-2006, 5ème conférence, 4 avril 2006, site de la Cour de cassation.

Mouly J., « Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'homme », *Droit social*, 2002, p. 799.

Mounin G., « La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques », *APD*, t. XIX, 1974, pp. 10.

de Munck J., « Procéduralisation du droit et négociation collective », in *Démocratie et procéduralisation du droit*, sous la direction de P. Coppens et J. Lenoble, Bruylant, 2000.

Nadal S., « L'influence du droit privé sur le droit public : l'introduction de la rémunération au mérite individuel dans la fonction publique », in *Droits du travail et des fonctions publiques ? Influences, convergences, harmonisation*, sous la direction de M. Touzeil-Divina et M. Sweeney, Lextenso, L'Epitoge, 2012, p. 88.

Nadal S., « Renovation de la démocratie sociale, représentativité syndicale et salariés « sans voix » : à propos de l'avis rendu par le Conseil d'État le 29 avril 2010 », *RDT*, 2010, p. 525.

Nadal S., V° « Conventions et accords collectifs de travail (I- Droit de la négociation collective) », *Rép. trav.*, Dalloz, 2008.

Nadal S., « Les transformations du rôle de la négociation des conventions et accords de branche », *SSL*, suppl., 2004, n°1183.

Nadal S., « Egalité en droit du travail : quelques réflexions », in *L'égalité des chances*, sous la direction de G. Guglielmi et G. Koubi, La découverte, 2000, p. 211.

Nadal S., « Recherche syndicaliste désespérément ! (ou comment provoquer l'exercice de la liberté syndicale ?) », *RDT*, 2008, p. 341.

Najjar I., « L'accord de principe », *D.* 1991, Chron., p. 57.

Neau-Leduc C., « Les accords sur la responsabilité sociale des entreprises », *Droit social*, 2008, p. 75

Nicod C., « La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration », *RDT*, 2015, p. 549.

Nicod C., « La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration », *RDT*, 2015, p. 549.

Niort J.-F., « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *RRJ*, 1994, p. 792.

Ogier-Bérnaud V., « Réforme du dialogue social », *RFDC*, 2004, p. 633.

Ollier P.-D., « L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources du droit dans l'entreprise », *Droit social*, 1982, p. 680.

Oppetit B., « Droit commun et droit européen », in *Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, Dalloz, 1999, p. 311.

Oppetit B., « Le droit hors de la loi », *Revue Droits*, 1989, n°10, p.49.

Osman F., « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique : réflexions sur la dégradation des sources privées du droit », *RTDciv.* 1995, p. 509.

Parain-Vial J., « Note sur l'épistémologie des concepts juridiques », *APD*, Nouvelle série, n°4, 1959, p. 132.

Pécaut-Rivolier L., « L'hommage de la chambre sociale à la négociation collective. Revirement sur la jurisprudence égalité de traitement », *SSL*, 2015, n° 1663, p.7.

Pécaut-Rivolier L. et Struillou Y., « Chronique des jurisprudences sur la représentation des salariés », *SSL*, 2010, n° 1067.

Peigné J., « La charte de la visite médicale : un instrument règlementaire qualitatif mais non quantitatif », *RDSS*, 2009, p. 141.

Pélissier J., « Associations et relations de travail subordonné » in *L'association*, Publications de la Faculté de Droit et des sciences sociales de Poitiers, PUF, 2002, p. 134.

Pélissier J., « La négociation sur les salaires », *Droit social*, 1984, p. 678.

Pélissier J., « La loyauté dans la négociation collective », *Droit ouvrier*, 1997, p. 496.

Pelletier P., « Deux ou trois réflexions à propos de la vente d'immeubles par lots », *Rev. Loyers*, 2004, p. 565.

Pelletier P. et Busquet V., « Les règles propres à la vente d'immeubles d'habitation par lots s'appliquent-elles en l'absence de congé-vente ? », *Defrénois*, n°5, 2011, p. 433.

Perron D., « La production laitière et les ententes : confirmation législative de l'exception agricole aux règles de la concurrence », *RDR*, 2009, n° 370, étude 2.

Peskine E., « La Chambre sociale architecte imprudent de la négociation collective », *RDT*, 2015, p. 339.

Peskine E., « La célébration de l'accord collectif d'entreprise », *Droit social*, 2014, p. 439.

Peskine E., « Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie », *RDT*, 2008 p. 371.

Petev V., « Critique de la légitimité procédurale », in *Le droit dérobé*, sous la direction de D. Rousseau, coll. Grands colloques, Montchrestien, 2007, p. 183.

Petit F., « Esprit du droit et modèles en droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de P.-G. Pougoué*, Wolters Kluwer, CREDIJ, 2014, p. 627.

Petit F., « Pour la mise en place d'un 'conseil d'entreprise', accompagnée de la fusion des délégués du personnel et des délégués syndicaux », *Controverse, RDT*, 2010, p. 80.

Petit J., « L'acte constitutif d'une agence régionale de l'hospitalisation est une convention relative à l'organisation d'un service public », *AJDA*, 1999, p. 164.

Picard L., « Les accords-cadres internationaux : conventions collectives, quasi-conventions collectives ou déclarations d'intentions ? », in *La contractualisation du droit social*, sous la direction de Ph. Auvergnon, *COMPTRASEC*, 2003, p. 319.

Pignarre G., « Et si on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *RDC*, 2013, p. 251.

Pignarre G., « Rapport introductif », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 1.

Pirou G., « Le problème des contrats collectifs en France », *Revue internationale du travail*, janvier 1922, p.37.

Pochard M., « Quel avenir pour la fonction publique ? », *AJDA*, 2000, p. 3.

Poinsot O., « Les institutions privées et le service public de l'action sociale et médico-sociale », *RGCT*, 2005, p. 415.

Poinsot O., « L'action sociale et médico-sociale, un service public industriel et commercial ? », *JCP éd. A*, 2005, p. 1654.

Poirier M., « Négociation collective : arrêter le massacre. La négociation collective, reflet des finalités du droit du travail », *Droit ouvrier*, 2015, p. 78.

Ponthoreau C., « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 2005, p. 7.

Poulmais M., « La convention collective de sécurité sociale », *Droit social*, 1968, p. 498.

Prétot X., « La protection sociale complémentaire survivra-t-elle au despotisme de la concurrence ? », *RJS*, 11/2013, p. 643.

Prétot X., « Les sources du droit du travail au regard du droit public », in *Les sources du droit du travail*, sous la direction de B. Teyssié, PUF, coll. Droit, éthique et société, 1998, p. 150.

Prétot X., « Les bases constitutionnelles de la négociation collective », *TPS*, 1997, p. 5.

Prétot X., « Le Conseil constitutionnel et la participation des travailleurs », *Droit social*, 1994, p. 139.

Prétot X., « La nature juridique de la convention d'assurance chômage », *RDSS*, 1986, p. 535.

Prétot X., « La conformité à la Constitution de la loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion », *Droit social*, 1989, p. 701609.

Prétot X., « L'évolution du régime juridique des conventions médicales », *Droit social*, 1997, p. 845.

Prieur Ch., « L'évolution historique de l'organisation des relations entre la médecine libérale et les régimes d'assurance maladie : 1930-1976 », *RTDSS*, 1976, p. 306.

Rabu G., « La mondialisation et le droit : éléments macro-juridiques de convergence des régimes juridiques », *RIDE*, 2008, p. 335.

Radé Ch., « La possibilité d'une île », *Droit social*, 2009, p. 930.

Radé Ch., « À propos des heures de délégation des maîtres contractuels de l'enseignement privé : l'État employeur doit payer », *Droit social*, 2012, p. 477.

Radé Ch., « L'appréciation de la disposition la plus favorable », *Droit social*, 2000, p. 381.

Ray J.-E., « A travail inégal, salaire inégal », *Droit social*, 2011, p. 42.

Ray J.-E., « Les curieux accords dits majoritaires de la loi du 4 mai 2004 », *Droit social*, 2004, p. 590.

Ray J.-E., « Mutation économique et droit du travail » in *Etudes offertes à G. Lyon-Caen, Les transformations du droit du travail*, Dalloz, 1989, p. 11.

Rehfeldt U. et Vincent C., « Négociateur dans les services publics : dimensions procédurales et stratégiques », *Revue de l'IREs*, n°45, 2004, p.9.

Renoux Th. et de Villiers M., *Code constitutionnel*, 1998-5, p. 15

Rémy Ph., « L'autonomie collective : une illusion en droit français », in *13 paradoxes du droit du travail*, sous la direction de P. Waquet, supplément *SSL*, n°1508, 2011, p. 64.

Renoux J.-L., « Journalistes pigistes, du statut au contrat commercial », *IRISSO*, hal-00669974v2, disponible sur HALarchives-ouvertes.fr.

Revet Th., « Le contrat règles », in *Mélanges en l'honneur de Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 919.

Revet Th., « Présentation », in *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, sous la direction de Th. Revet, LGDJ, 2005, p. IX.

Revet Th., « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, sous la direction De Th. Revet, Dalloz, 1996, note 6, p. 44

Rials S., « Les standards notions critiques du droit » in *Les notions à contenu variable en droit*, ss. la dir. de Ch. Perelman et R. Vander Elst, Bruylant, 1984, p. 42.

Richard J. et Cytermann L., « Le droit souple dans la vie de l'entreprise et de la fonction publique : une tension féconde avec le droit dur », *Droit social*, 2014, p. 400.

Riffard J.-F., « La mutation de la norme : l'avènement d'un droit nivelé ? Ou retour sur quelques aspects de l'unification et la globalisation des droits », in *Les mutations de la norme*, sous la direction de N. Martial-Braz, J.-F. Riffard et M. Behar-Touchais, *Economica*, Etudes juridiques, 2011, p. 93.

Ripert G., « La loi de la majorité dans le droit privé », in *Mélanges dédiés à M. Sugiyama*, Sirey, 1940, p. 351.

Rivero J., « Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif », in *Miscellanea WJ Ganshof Van Der Meersch*, Bruylant et LGDJ, Tome 3, 1972. p. 619.

Rivero J., « Remarque sur le procédé de l'accord collectif appliqué au droit de l'activité professionnelle », *Droit social*, 1960, p. 598.

J. Rivero, « Vers la fin du droit de la fin de la fonction publique », *D.* 1946, chron., p. 38

Rocher G., V° « Type idéal », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, sous la direction de A.-J. Arnaud, 2ème éd, LGDJ, 1993.

Rouhette G., « L'extension à des tiers des effets d'un accord de volonté (les accords collectifs en droit français) », *Société d'étude de législation comparée*, Tome 1, 1979, p. 55.

Rozès L., « Baux d'habitation et mixte (loi du 23 décembre 1986) », *Droit civil, Jurisclasseur*, 1988, n°207 et *Lamy droit immobilier*, 2002, p. 2001.

Sacco R., « L'idée de droit commun par circulation de modèles et par stratification », in *Variations autour d'un droit commun*, sous la direction de M. Delmas-Marty, H. Muir Watt et H. Ruiz Fabri, Société de législation comparée, 2001, p. 195.

Saint-Jours Y., « L'alternative de la démocratisation des entreprises à leur éclatement endémique », *Droit ouvrier*, 2015, p. 14.

Saint-Jours Y., « La rétroactivité de la réduction conventionnelle des droits liquidés à une retraite complémentaire est illicite », *D.*, 2000, p. 290.

Saint-Jours Y., « La pénétration du droit du travail dans la fonction publique », in *Etudes offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz, 1977, p. 231.

Saleilles R., « Le Code civil et la méthode historique » in *Le Code civil. Livre du centenaire*, Rousseau, 1904, Tome 1, p. 110.

Saleilles R., « Ecole historique et droit naturel », *RTDciv.* 1902, p. 80.

Saleilles R., « Rapport de législation comparée de 1900. Conception et objet de la science du droit comparé », *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, tome 4, disponible sur Gallica.

Sancy M., « Quelques réflexions sur l'utilisation des approches volontaires et le droit international de l'environnement », in *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, sous la direction de N. Hervé-Fournereau, PUR, l'univers des normes, 2008, p. 67.

Sarfatti M., « Le droit comparé en fonction de l'unification du droit », *RIDC*, 1951, p. 69.

Sauterau N., « Vers un dialogue social rénové dans la fonction publique ? », *AJFP*, 2011, p. 93.

Sauvé J.-M., « Propos introductifs », *Les cahiers de la fonction publique*, 2014, n°340, p. 3.

Savatier J., « Les accords collectifs d'intéressement et de participation », *Droit social*, 1988, p. 89

Savatier J., « Accords d'entreprise atypiques », *Droit social*, 1985, p. 188.

- Savatier J.**, « Espèces et variétés dans la famille des accords collectifs », *Droit social*, 1960, p. 598.
- Savatier J.**, « La Révolution de mai et le droit du travail », *Droit social*, 1968, p. 442.
- Savatier R.**, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTDCiv.* 1934, p. 525.
- Saveaux E.**, « La dilution des catégories », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, sous la direction de G. Pignarre, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005, p. 33.
- Saveaux E.**, « La personnalité morale en procédure civile », *RTDciv*, 1995, p. 1.
- Sériaux A.**, « Qualifier ou l'entre deux du droit », in *Mélanges en l'honneur de J. Sainte-Rose*, LGDJ, 2012, p. 1267.
- Serizay B.**, « Une reconsidération du droit applicable aux relations entre l'entreprise et le salarié », *SSL*, 2014, n°1644, p. 4.
- Sobczak A.**, « Les codes de conduite négociés et l'avenir du dialogue social dans l'entreprise-réseau », colloque Université européenne du travail, *Les règles sociales européennes et internationales : quelles innovations ?*, Paris, 9-10 octobre 2003.
- Soubie R.**, « L'obligation de négocier et sa sanction », *Droit social*, 1983, p. 55.
- Souriac M.-A.**, « Actualité et devenir de l'obligation de négocier. Quelques aperçus », in *Mélanges en l'honneur de J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 489.
- Souriac M.-A.**, « L'articulation des niveaux de négociation », *Droit social*, 2004, p. 579.
- Souriac M.-A.**, « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », *Droit social*, 1996, p. 395.
- Souriac M.-A.**, « Engagements et arrangements sur l'emploi: quelle efficacité juridique? », *Droit social*, 1997, p. 1061.
- Souriac M.-A.**, « Conflits du travail et négociation collective », *Droit social*, 2001, p. 705.
- Souriac M.-A.**, « Regards sur le référendum », *Liaisons sociales magazine*, n° 84, 1993, p. 88.
- Souriac M.-A.**, « Loyauté dans la négociation collective : une nouvelle étape ? », *RDT*, 2008, p. 188.
- Souriac M.-A.**, « Autonomie de la négociation d'entreprise », in *Les conventions collectives de branche : déclin ou renouveau ?*, sous la direction d'A. Jobert, études du CEREQ, 1993.
- Souriac-Rotschild M.-A.**, « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », *Droit social*, 1996, p. 395.
- Souriac-Rotschild M.-A.**, « Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques », *Droit social*, 1991, p. 491.
- Souriac M.-A., Borenfreund G.**, « La Négociation collective entre désillusion et illusions », in *Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 181.

Souriac M.-A. et Nadal S., « Le droit de grève dans les services publics de transports, regards sur la loi du 21 août 2007 : la place de la négociation collective », *RDT*, 2007, p. 738.

Struillou Y., « Le droit du travail, horizon indépassable du droit de la fonction publique ? », *AIDA*, 2011, p. 2339.

Supiot A., « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, sous la direction d'A. Wijffels, Bruylant, 2005, p. 47.

Supiot A., « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », in *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, 2007, p. 19.

Supiot A., « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Droit social*, 2003, p. 59.

Supiot A., « La loi dévorée par la convention », in *Droit négocié, droit imposé ?*, sous la direction de Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, p. 631.

Supiot A., « Les nouveaux visages de la subordination », *Droit social*, 2000, p. 144.

Supiot A., « L'avenir d'un vieux couple, travail et sécurité sociale », *Droit social*, 1995, p. 823.

Supiot A., « Les syndicats et la négociation collective », *Droit social*, 1983, p. 63.

Supiot A., « Principe d'égalité et limites du droit du travail », *Droit social*, 1992, p. 382.

Supiot A., « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Droit social*, 1989, p. 195.

Sweeney M., « Le principe d'égalité de traitement en droit social de l'Union européenne : d'un principe moteur à un principe matriciel », *RFAS*, 2012, n°1, p. 42.

Tauran T., « L'originalité du droit du travail en agriculture. Principaux droits et obligations des salariés et des employeurs agricoles », *RDR*, 2006, étude n° 26.

Teyssié B., « La négociation collective, un espace de liberté ? », in *Mélanges en l'honneur de J.-F. Laborde*, Dalloz, 2015, p. 907.

Teyssié B., « La loi en droit du travail », in *La loi, bilans et perspectives*, sous la direction de C. Puigelier, Economica, Etudes juridiques, 2005, p. 161.

Teyssié B., « La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe », *Droit social*, 2005, p. 982.

Teyssié B., « Un nouveau droit de la relation de travail ? », *Droit social*, 2008, p. 623.

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

Teyssié B., « Propos autour d'un projet d'autodafé », *Droit social*, 1986, p. 559.

Thibierge C., « Le droit souple, réflexions sur les textures du droit », *RTDciv.* 2003, p. 599.

Thibierge C., « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre norme et droit », *APD*, T. 51, 2008, p. 343.

Tissandier H., « Du sens des mots pour éclairer le sens d'une réforme », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, sous la direction de G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacarie, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 109.

Touzeil-Divina M., « Travaillisation ou privatisation des fonctions publiques ? », *AJFP*, 2010, p. 228.

Toulemonde B., « Le statut des maîtres contractuels des établissements d'enseignement privés », *AJDA*, 1995, p. 427.

Vacarie I., « Sécurité sociale et démocratie des choix collectifs », in *Mélanges en l'honneur de J.-F. Laborde*, Dalloz, 2015, p. 917.

Vacarie I., « Le travail (sans adjectif) », in *Emploi et protection sociale : de nouvelles relations ?*, PU de Bordeaux, 2009.

Vachet G., « La fonction organisationnelle de la négociation collective », in *Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2005, p. 559.

Vachet G., « Les accords atypiques », *Droit social*, 1990, p. 620.

Valentin V., « Droit et légitimité. L'épreuve du consentement », in *Droit et légitimité*, sous la direction de L. Fontaine, Droit et justice, Bruylant, 2011, p. 349.

Van Lang A., « Le principe de participation : un succès inattendu », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014, n° 43, p. 25.

Vanderlinden J., « Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse », *RTDciv.* 1995, p. 69.

Vasseur M., « Un nouvel essor du concept contractuel », *RTDciv.* 1964, p. 5.

Veaux D., « annexe, assurances terrestres », Fasc. 518 (1996), *Juris.-Cl., Resp. civ et ass.*, n° 10.

Verdier J.-M., « Critères de la représentativité syndicale, recomposition et contrôle du juge de cassation ? », *Droit social*, 2003, p.300.

Verdier J.-M., « L'aptitude des syndicats à représenter », in *Syndicats et droit du travail*, sous la direction de G. Borenfreund et M.-A. Souriac, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008, p. 21.

Véricel M., « Les substituts consensuels à l'accord collectif », *Droit ouvrier*, 1997, p. 510.

Verkindt P.-Y., « Les élections professionnelles dans l'entreprise », *Droit social*, 2009, p. 648.

Verkindt P.-Y., « Prendre le travail (et le contrat de travail) au sérieux », *JCP éd. S*, 2009, actualités 41.

Verkindt P.-Y., « Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 197.

Viala G., « Les syndicats pharmaceutiques », fasc. 12.04, Tome 1, *Traité de droit pharmaceutique*, sous la direction de C. Maurain et M. Bélanger, Litec, 2008.

Viet V., « L'organisation par défaut des relations sociales : éléments de réflexion sur le rôle et la place de l'Etat dans le système français des relations sociales (1880-1939) », in *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, sous la direction de J.-P. Le Crom, PUR, L'univers des normes, 2004, p. 189.

Vigneau C., « Etude sur l'autonomie collective au niveau communautaire », *RTDE*, 2002, p. 653.

Vincent C., « Les relations sociales et les politiques d'emploi dans les années 1950-1969 », in *La construction du système de formation professionnelle continu*, coordonné par E. de Lescure, GEHFA, L'Harmattan, 2004, p. 40.

Voisset M., « Concertation et contractualisation de la fonction publique », *Droit social*, 1970, p. 409.

Wauquier J.-P., « Les protocoles d'accord, dépourvus de valeur juridique, sont des outils de bonne gestion », *La Gazette des communes*, 1^{er} juillet 2002, p. 60.

Woll C., « La réforme du MEDEF : chronique des difficultés de l'action collective patronale », *RFSP*, 2006, p. 255.

Zapata F., « Le juge administratif et l'application du Code du travail aux personnels du secteur public », *Droit social*, 1996, p. 697.

Notes, observations et conclusions

Akandji-Kombe J.-F., obs. ss. Soc. 14 avril 2010, (2 arrêts) 09-60.426, 09-60.429, *RDT*, 2010, p. 374.

Akandji-Kombe J.-F., « Tonnerre de Brest ou pétard mouillé ? À propos de la déclaration d'inconventionnalité de la loi du 20 août 2008 », obs. ss. TI Brest, 27 octobre 2009, n°11-09-000634, *SSL*, 2009, n° 1421, p. 10.

Antonmattéi P.-H. et Radé C. obs. ss. Soc. 8 juin 2011, *Droit social*, 2011, p. 986.

Arseguel A., obs. ss. CE, 8 mars 1980, *Organisation des syndicats infirmiers libéraux*, *Droit social*, 1981, p. 349.

Aubert M., Broussy E. et Donnat F., chron. sur CJUE, 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance, Beaudout Père et fils*, C-237/09, *AJDA*, 2011, p. 1007.

Auzero G., « Je ne m'amuse pas, je travaille ! Bref retour sur l'arrêt Ile de la tentation », note ss. Soc. 3 juin 2009, *RDT*, 2009, p. 507.

Azibert M. et Fornacciarri M., note ss. CE Ass. 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*, *AJDA*, 1986, p. 328 et p. 284..

Barthélemy J., note ss. Soc. 10 octobre 2007, *Droit social*, 2007, p.1331.

Barthélemy J., note ss. Soc. 17 octobre 1991, *Droit social*, 1992, p. 45.

Barthélemy J., « Affiliation obligatoire d'un salarié à une garantie collective de prévoyance et Conv. EDH (Soc., 24 avril 2013, M. X. c/ Banque populaire Aquitaine Centre Atlantique) », *Droit social*, 2013, p. 569.

Beaugendre S., note ss. Civ. 3^{ème}, 2 juin 1999, *D.* 2000, *Juris.* p. 733.

Beaugendre S., note ss. Civ. 3^{ème}, 2 juin 1999, *D.*, *Juris.*, 2000, p. 733.

Berguin F., étude ss. CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, *AJDA*, 2004, p. 1219.

Bernaud V., obs. ss. CC, 13 janv. 2000, décision n° 99-423 DC, *D.* 2001, p. 1837.

Bertrand E., « Le rôle de la dialectique en droit privé positif », *D.* 1951, *Chron.*, p. 35.

Bigot J., note ss. Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, *RGDA*, 2008, p. 708.

Blaise J.-B., chron. CJCE, 21 septembre 1999 (3 arrêts, aff. 67/96, *Albany* ; aff. Jointes 115 à 117/97, *Brentjens* ; aff. 219/97, *Bokken*), *RTDE*, 2000, p. 335.

Boissard S., concl. sur CE, 11 juillet 2001, *Syndicat Sud travail*, *Droit social*, 2001, p. 842.

Bolze C., obs. ss. CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner c/ Macroton GmbH*, *RTDcom*, 1991, p. 512.

Borenfreund G., obs. ss. Soc. 25 janvier 1995, *Droit social*, 1995, p. 274.

Borenfreund G., « Les syndicats bénéficiaires d'un accord collectif (Soc. 29 mai 2001, *CGT c./Société Cégélec*) », *Droit social*, 1996, p. 821.

Boissard S., concl. ss. CE, 11 juillet 2001, *Medef*, *Droit social*, 2001, p. 842.

Boulmier D., note ss. AP, 24 janvier 2003, 01-40.967, *RDSS*, 2003, p. 306.

Boy L., obs. ss. Com. 22 octobre 1979, (3 arrêts), *JCP éd. G*, 1981, *Juris.*, n° 19607.

Brèthe de la Gressaye J., note ss. Soc., 9 mars 1957, *D.* 1958, p. 92.

Brimo S., note ss. CC, 14 juin 2013, décision n° 2013-320/321 QPC, *RDSS*, 2013, p. 639.

de Caigny P., concl. Soc., 23 nov. 1999, *Bull. civ. V*, n° 453, *Droit social*, 2000, p. 322.

de Caigny P., « L'employeur, seul juge du choix économique » (Cass. Ass., 8 décembre 2000, *SAT*, conclusions), *Droit social*, 2001, p. 126.

Canu V., obs. ss. Civ. 3e, 17 septembre 2008, n° 07-15.784, *La Revue des Loyers*, 2008, p. 891.

Cermolacce A., note ss. CE, 15 mai 2006, Société Cesagui, n°277361, *JCP. éd. S*, 2006, n°1578.

Chaumette P., obs. ss. AP, 7 mars 1997, *Droit social*, 2009, p. 744.

Chaumette P., note ss. Soc. 28 octobre 1997, *Droit social*, 1998, p. 181.

Chaumette P., note ss. Soc. 12 janvier 1993, *DMF*, 1993, p.165.

Chauvaux D. et Girardot T.-X., chron. ss. CE Ass., 10 juillet 1996, *AJDA* 1996, p. 732.

Chauvy Y., concl. sur AP, 7 mars 1997, *DMF*, 1997, p. 377.

Chenillet Ph., note ss. CJCE, 17 février 1993, *Poucet c/ AGF et Calmurac*, aff. C-159/91 et *D. Pistre c/Cancava*, aff. C-160/91, *RDSS* 1993, p. 554.

Coeuret A., note ss. Soc. 30 juin 2015, 14-12.522, *SSL*, n°1694, 2015.

Combrexelles J.-D., Honorat E. et Soulard C., chron. CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner c/ Macroton GmbH*, *AJDA*, 1992, p. 253.

Courrèges A., concl. ss. CE, 1^{er} juillet 2009, « Le pouvoir d'appréciation du ministre pour refuser en opportunité l'extension », *SSL*, 2009, n°1384.

Coursier Ph., note ss. Soc., 28 mai 2002, *Bull. civ. V*, n° 181, *Droit social*, 2002, p. 274.

Denis D., note ss CJCE, 30 janvier 1985, aff 123/83, *RDR*, 1985, p. 155.

Denoix de Saint Marc R., note ss. CC, décision n° 77-83 DC du 20 juillet 1977, *AJDA*, 1977, p. 599.

Derepas L., concl. sur CE, 11 mars 2009, *Fédération des syndicats solidaires unitaires et démocratiques et autres*, 303396, *SSL*, 2009, n°1411, suppl. du 7 septembre 2009.

Derepas L., concl. ss. CE, 14 mai 2008, *Action pharmaceutique libérale d'union syndicale*, 297724, *RDSS*, 2008, p. 904.

Devys C., note ss. CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, *RFDA*, 2004, p. 454.

Devolvé P., note ss. CE Ass., 10 juillet 1996, *RFDA* 1997, p. 89.

Dirringer J., note ss. Soc. 15 octobre 2013 n° 12-22.911 et 12-22.938, *cahiers du CLUD*, 2013, p. 17.

Dreyfus J.-D., obs. ss. Soc. 19 mars 2013, 12-11.690, *AJDA*, 2013, p. 1069.

Dubouis L., note ss. CE, 14 avril 1999, *Syndicat des médecins libéraux et autres*, *RDSS*, 1999, p. 511.

Duplat J., concl. ss. Soc., 31 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 200, *Droit social*, 2001, p. 744.

Fabre A., « Accord de prévoyance complémentaire et principe de faveur », obs. ss. Soc. 10 octobre 2007, 05-15.850, *Dalloz Actualité*, 22 octobre 2007.

Favoreu L., note ss. CC, décision n° 77-83 DC du 20 juillet 1977, *RDP*, 1978, p. 827.

Franck J., obs. ss. Conseil de la concurrence, avis du 19 juin 2001, *D. Aff.*, 2002, Somm. 2931.

Frier P.-L., obs. ss. CE, Ass. 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, *D.* 2005, p. 26.

Gaïa P., obs. ss. CC, 3 août 1994, décision n°94-348 DC, *D.* 1995, p.351.

Gardin A., « L'expression collective des militaires : vers une (r)évolution ? (A propos de CEDH, 2 octobre 2014 *Matelly c/ France* et *ADEFDROMIL c/ France*) », *RDLF*, chron. n°1, 2015.

Gaucière B., comm. ss. Civ.3^e, 19 janvier 2000, *Revue Administrer*, n°326, 2000.

Grosclaude L., note ss. Civ. 1^e, 18 janvier 2005, 02-12.572, *RDTcom*. 2005, p. 373.

Hallopeau M. et Klein P., obs. ss. Soc. 15 novembre 2011, n° 10-20.891, *SSL*, n° 1526.

Hamon L., note ss. CC, décision n° 77-83 DC du 20 juillet 1977, *D.* 1979, p. 297.

Hervieu N., note ss. CEDH, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara*, *RDT* 2009, p. 288.

Houin R., note ss. Com. 17 janvier 1956, *D.* 1956, p. 256.

Idot L., chron. ss. CE, 7 juillet 2000, *FFSA*, n° 198564, *RDTE*, 2012, p. 103.

Idot L., chron. ss. CJCE, *Van der Woude c/ Stichting Beatrixoord*, 21 septembre 2000, n° C-222/98, *RTDE*, 2002, p. 103.

Idot L., chron. ss. CJCE, 5mars 2009, aff. C-350/07, *Kattner Stahlbau GmbH c/ Maschinenbau –und Metall- Berufsgenossenschaft*, *RTDE*, 2009, p. 473.

Jeammaud A., « L'échec des "syndicats Front national" devant la Cour de cassation », note ss. Ch. Mixte, 10 avril 1998, n° 97-17870, *D.* 1998, p. 389.

Karaquillo J.-P., obs. Soc. 3 février 1993, n° 90-42.070, *D.* 1995, p. 168.

Karaquillo J.-P., note ss. Soc. 28 avril 2011, 10-15.573, *D.* 2011, p. 2325.

Kenfack H., obs. ss. Soc. 26 septembre 2007, 06-43.998, *D.* 2008, p. 1240.

Kullmann J., note ss. Com., 13 avril 2010, *RGDA* 2010, p. 745.

Labetouille D., concl. ss. Cass., 2 décembre 1983, *Droit social*, 1984, p. 144.

Lamazerolles E., obs. ss. Civ. 2^e, 27 mai 2004, *D.* 2004, *Somm.* 2931.

Landais C. et Lenica F., chron. CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, *AJDA*, 2004, p. 1183.

Langlois Ph., note ss. Soc., 31 mai 2001, *Droit social*, p. 875.

Langlois Ph., note ss. CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, *Droit social*, 2004, p. 762.

Langlois Ph. et Verdier J.-M., « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.* 1972, chron. XXXIX, p. 55.

Lasserre B. et Delarue Y., chron. ss. CE, ass., 2 décembre 1983, *Confédération des syndicats médicaux français et a.*, *AJDA*, 1983, p. 667.

Le Chatelier G., concl. ss. CE, 10 juin 1994 (2 espèces). 1° Confédération française des syndicats de biologistes et autre. 2° Confédération française des syndicats de biologistes et Conseil de l'Ordre des médecins, *RFDA* 1995, p. 645.

Letombe E., obs. ss. AP. 7 mars 1997, *JCP éd. S*, 2009, n°1306.

Levasseur G., note ss. Civ. 28 janvier 1954, *D.* 1954, p. 217.

Lhernould J.-P., comm., CJCE, 5mars 2009, aff. C-350/07, *Kattner Stahlbau GmbH c/ Maschinenbau – und Metall- Berufsgenossenschaft, Droit social*, 2011, p. 1265.

Lhuillier J.-M., note ss Soc., 7 juin 1995, *RDSS* 1996, p. 115.

Llorens F., note ss. CE Ass. 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion, D.* 1987, p.98.

Lokiec P. et Porta J., note ss. Soc. 1^{er} juillet 2009, *D.* 2012, p. 901.

Lyon-Caen G., note ss CA Paris, 13 avril 1970, *JCP* 1970, II, 16 471.

Madiot Y., « Les incertitudes de la force juridique des contrats de plan », note ss. CE, 25 octobre 1996, *Association Estuaire-Ecologie, RFDA*, 1997, p. 343.

Marguénaud J.-P., note ss. CEDH, 12 novembre 2008, Demir et Baykara, *D.* 2009, p. 739.

Mathieu B., note ss. Soc. 7 juin 1995, *D.* 1996, p. 75.

Mathieu B., chron. ss. CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres, D.* 2004, p. 1603.

Mathieu B., « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective » (CC, 6 novembre 1996, décision n°96-383 DC), *D.* 1997, p. 152.

Maugüe Ch. et Touvet L., « Conditions de l'application du Code du travail aux entreprises nationales et aux établissements publics dotés d'un statut réglementaire », *AJDA*, 1993, p.682.

Mazeaud D., note ss. Civ.1^{ère}, 22 mai 2008, *RDC* 2008, p. 1135.

Mélin-Soucramanien F., obs. ss. CC, 3 août 1994, décision n°94-348 DC, *D.* 1995, p.344.

Melleray F., note ss. également CE, 22 mai 2013, *Fédération Interco CFDT et a., AJDA* 2013, p. 2041.

Mestre J., note ss Soc. 7 juin 1995, *RTDciv.* 1996, p.153.

Mestre J., obs. ss. CC, 3 août 1994, décision n°94-348 DC, *RTDciv.* 1997, p. 416.

Moderne F. et Delvolvé P., note ss. CE Ass., 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion, RFDA*, 1987, p. 22.

Moniolle C., note ss. CE, 19 mars 1997, *RFDA* 1999, p. 221.

de Montecler M.-C., note ss. CE, 22 mai 2013, *Fédération Interco CFDT et a., AJDA* 2013, p. 1077.

Morin M.-L., « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective » (CC, 6 novembre 1996, décision n°96-383 DC), *Droit social*, 1997, p. 25.

Muller F., étude ss. CJCE, 21 septembre 1999 (3 arrêts, aff. 67/96, *Albany* ; aff. Jointes 115 à 117/97, *Brentjens* ; aff. 219/97, *Bokken*), *RDSS*, 2000, p. 212.

Odoul-Asorey I., note ss. Soc. 14 novembre 2013, *RDT*, 2014, p. 276.

Pollaud-Dulian F., obs. ss. Soc. 25 janvier 2006, *RTDcom*. 2006, p. 378.

Pécault-Rivolier L., obs. ss. Soc. 14 avril 2010, (2 arrêts) 09-60.426, 09-60.429, *Droit social*, 2010, p. 647.

Peskine E., note ss. Soc. 5 décembre 2006, n° 05-21.641 *RDT*, 2007 p. 329.

Petit F., note ss. Soc. 14 novembre 2013, *Droit social*, 2014, p. 186.

Pierchon M., obs. ss. AP, 7 mars 1997, *DMF*, 1997, p. 377.

Poissonnier G., note ss. CEDH, 2 octobre 2014, n° 32191/09, *Adefdromil c/ France*, et n° 10609/10, *Matelly c/ France*, *D.* 2014, p. 2560.

Prétot X., « Le Conseil constitutionnel et la participation des travailleurs », obs. ss. décision n° 93-328 DC du 16 décembre 1993, *Droit social*, 1994, p. 139.

Prétot X., « Le Conseil constitutionnel et les sources du droit du travail : l'articulation de la loi et de la négociation collective » décision du 13 janvier 2003, *Droit social*, 2003, n°3, p. 260.

Prétot X., note ss. CJCE, 21 septembre 1999 (3 arrêts, aff. 67/96, *Albany*, aff. jointes 115 à 117/97, *Brentjens*, aff. 219/97, *Bokken*), *Droit social*, 2000, p. 106.

Prétot X., obs. ss. CC, 3 août 1994, décision n°94-348 DC, *D.* 1996, p. 45.

Prétot X., obs. ss. CC, 13 janv. 2000, décision n°99-423 DC, *Droit social*, 2000, p. 257.

Prétot X., note ss. CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, *Droit social*, 2004, p. 766.

Prétot X., note ss. CE, ass., 2 décembre 1983, *Confédération des syndicats médicaux français et a.*, *Droit social*, 1984.

Prétot X., obs. ss. TGI Paris, 1^{re} ch. Sect. Soc., 2 juillet 2002, *Droit social*, 2002, p. 881.

Prétot X., rapp. ss. Civ.2^e, 19 janvier 2006, *Droit social*, 2011, p. 829.

Prétot X., obs. ss. Civ.2^e, 12 mai 2011, *Droit social*, 2011, p. 829.

Prétot X., note ss. CE, 13 novembre 2002, *Syndicat national du personnel navigant commercial, Union syndicale du personnel navigant technique et a.*, *TPS*, février 2003, n°82, p. 29.

Prétot X., CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner c/ Macroton GmbH*, *RDSS*, 1991, p. 515.

Radé Ch., note ss. Soc. 1^{er} juillet 2009, *Lexbase Hebdo, éd. soc.*, n°371.

Radé Ch., note ss. Soc. 1^{er} juillet 2009, *Droit social*, 2009, p. 1002.

Radé Ch., « Égalité de traitement et avantages catégoriels conventionnels : la volte-face de la Cour de cassation », *Lexbase hebdo*, 5 févr. 2015.

Radé Ch., note ss. Soc. 7 juin 1995, *Droit social*, 1996, p. 42.

Ray J.-E., note ss. Soc., 7 juin 1995, *Droit social*, 1995, p.835.

Rémy P., note ss. Soc. 14 novembre 2013, *Droit social*, 2014, p. 186.

Rochfeld J., note ss. Soc., 10 juillet 2002 (3 arrêts, 99-43.334, 00-45.387, 00-45.135), *RDC*, 2003, p. 17.

Rolland L., note ss. Civ. 4 mars 1913, *D.*, 1913, p. 321.

Rouault M.-Ch., note ss. CE, 30 décembre 2009, n° 310284, *LPA*, 2010, n°24, p. 3.

Roulet V., « Protection sociale et principe de faveur » (commentaire de l'arrêt Soc., 23 janvier 2013), *Droit social*, 2013, p. 379.

Saint-Jours Y., note ss. Soc., 17 mai 2005, n° 02-46.581, *D.* 2006, p. 1154.

Saint-Jours Y., note ss. Soc., 28 mai 2002, *Bull. civ. V*, n° 181, *D.* 2002, Jur. p. 3167.

Saint-Jours Y., note ss. Soc., 23 nov. 1999, *Bull. civ. V*, n° 453, *D.* 2000, Jur. p. 292.

Saint-Jours Y., note ss. TC, 25 mars 1996, *D.* 1996, p. 598.

Salon S., note ss. CE, 22 mars 1995, *Union des syndicats de la Poste et France Télécom*, *AJDA*, 1995, p. 658.

Savatier J., note ss. Civ. 2^{ème}, 15 juin 1961, *Droit social*, 1961, p. 613.

Savatier J., obs. ss. Soc. 18 février 1970, *Droit social*, 1970, p. 323.

Savatier J., note ss. CA Paris, 13 avril 1970, *D.* 1971, p. 13.

Savatier J., note ss. Soc, 24 février 1971, *Droit social*, 1971, p. 461.

Savatier J., note ss. CE, 29 juin 1973, *Droit social*, 1974, p. 50.

Savatier J., note ss. Soc., 5 janvier 1984, n° 81-42.112, *Droit social*, 1985, p. 188.

Savatier J., obs. ss. Soc., 12 février 1997 *Droit social*, 1997, p. 430.

Schmid B., note ss. Soc. 5 novembre 2014, 13-14.077, *Droit ouvrier*, 2015, p. 303.

Schmitt M., obs. ss. CJUE, 15 juillet 2010, 271/08, *Commission c/ Allemagne*, point 38, *RJS*, 12/10, p. 809.

Schoettl J.-E., étude ss. CE, Ass. 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, *AJDA* 2014, p. 116.

Souriac M.-A., note ss. Soc. 10 octobre 2007, n°06-42.721, *RDT*, 2008, p. 188.

Stahl J.-H. et Courrèges A., note ss. CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, *RFDA*, 2004, p. 438.

Struillou Y., concl. ss. CE, 19 juin 2006, « L'absence de valeur juridique des accords collectifs conclus dans la fonction publique », *Droit social* 2006, p. 890.

Tauran T., comm. ss. CE, 2 mars 2011, 313189, *SNEFELT*, *RDR*, 2011, p. 93.

Tauran T., obs. ss. Civ.2^e, 19 janvier 2006, *RDSS*, 2011, p. 764.

Tauran T., obs. ss. Civ.2^e, 12 mai 2011, *RDSS*, 2011, p. 764.

Tauran T., obs. ss. Civ.2^e, 8 janvier 2009, *RDSS*, 2009, p. 187.

Teyssié B., obs. ss. TGI Paris, 1^{re} ch., 1^{re} section, 18 juin 1996, *JCP éd. E.*, 1996, p. 894.

Tissandier H., note ss. Soc. 4 février 2014, « Le sort d'un accord collectif exigeant la signature unanime de tous les syndicats représentatifs », *RDT*, 2014, p. 350.

Tournaux S., note ss. Soc. 9 novembre 2011, *Droit social*, 2012, p. 170.

Truchet D., note ss. CE, 14 avril 1999, *Syndicat des médecins libéraux*, *Droit social*, 1999, p. 600.

Tusseau G., obs. ss. CE, 5 novembre 2004, *UNSA*, *RDP*, n°4, 2005, p. 919.

Vachet G., obs. ss. Soc. 17 octobre 1991, *RDSS*, 1992, p. 300.

Venezia J.-C., CE, 21 juillet 1970, n°72780, *Droit social*, 1971, p. 112.

Vial-Pédroletti B., note ss. Civ. 3^{ème}, 19 janvier 2000, *Loyers et copr.* 2000, p. 84.

Vialettes M., concl. ss. CE., 11 octobre 2010, *Fédération des syndicats de travailleurs du rail SUD*, *Droit social*, 2011, p. 186.

Willmann Ch., note ss. CE, 11 juillet 2001, *Syndicat Sud Travail et autres*, *RDSS*, 2001, p. 867.

Willmann Ch., Labouz J.-M., Gamet L. et Antoine-Lemaire V., obs. ss. CE, Ass. 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, *D.* 2005, p. 2187.

Wolmark C., obs. ss. CC, 14 juin 2013, décision n° 2013-320/321 QPC, *RDT*, 2013, p. 565.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	13
I. Le choix des mots : le dilemme entre accord collectif et convention collective	14
A) L'étiquette	14
B) La substance	17
II. Hypothèse de l'étude : la diffusion du modèle de l'accord collectif de travail	20
A) L'imitation comme hypothèse préliminaire	20
B) La diffusion comme tendance	25
III. La méthode : une étude de droit comparé interne	27
A) L'espace et le temps	27
1. L'espace	28
2. Le temps	30
B) La fin et les moyens	32
1. La fin	33
2. Les moyens	37
IV. Objectif	38
V. Plan	43
PARTIE 1 ÉMISSION DU MODELE	45
Titre 1 Identification du modèle	47
Chapitre 1 Un modèle idéal	49
Section 1 Un modèle catégoriel	50
Paragraphe 1 Un modèle normatif	51
A) Un modèle légal	52
1. La teneur	53
2. Les usages	57
a) Le modèle au service de la qualification	57
b) Le modèle au service de l'action	59
B) Un modèle jurisprudentiel	62
1. La modélisation opérée par les juridictions judiciaires	62
2. La modélisation opérée par les juridictions administratives	66
3. La modélisation opérée par le Conseil constitutionnel	69
Paragraphe 2 Un modèle doctrinal	71
A) Un modèle moniste	71
1. La modélisation de l'accord collectif de travail dans le champ du droit civil : un dilemme autour de la figure du contrat	71
a) La remise en cause de l'analyse contractuelle	72
b) La persistance de l'analyse contractuelle	74

c) La modélisation de l'accord collectif de travail dans le champ du droit public : le rejet de l'analyse contractuelle	76
B) Un modèle dualiste	80
1. Les raisons militent en faveur d'une approche duale	80
a) Une rigueur excessive	81
b) Une distension inévitable	83
2. La teneur du modèle	84
Paragraphe 3 Proposition de modélisation	89
A) Un modèle de droit négocié	89
B) Un modèle de droit collectif	92
1. Collectif de par son mode de formation : un modèle syndical	93
2. Collectif de par ses effets : la force juridique de l'accord collectif de travail	95
Section 2 Un modèle type	97
Paragraphe 1 L'identification d'un modèle type d'accord collectif de travail	98
A) L'identification d'un prototype d'accord collectif de travail	99
B) L'identification d'idéal types d'accord collectif de travail	103
1. L'idéal type libéral de l'accord collectif de travail	104
a) La liberté conventionnelle comme principe directeur	105
i. La liberté de contracter ou de ne pas contracter	105
ii. Le libre choix du cocontractant	106
iii. La liberté de déterminer librement le contenu et la forme de l'accord	108
iv. Le libre choix du niveau de négociation et de conclusions des accords collectifs de travail	110
b) Les rapports entre l'accord collectif de travail et les autres sources du droit du travail	111
i. Les rapports entre accord collectif de travail et contrat de travail confinés par l'individualisme de la pensée libérale	111
ii. Les rapports entre accord collectif de travail et loi guidés par l'impératif du « laissez-faire »	113
2. L'idéal type statutaire de l'accord collectif de travail	114
a) L'accord collectif de travail comme norme générale et abstraite	115
b) L'accord collectif de travail comme norme permanente	117
c) L'accord collectif de travail comme norme impérative	118
3. L'idéal type dirigiste de l'accord collectif de travail	119
a) Une négociation contrainte	119
b) Un accord collectif contrôlé administrativement	121
Paragraphe 2 L'élévation de l'accord collectif de travail au rang de modèle type d'accord collectif	122
A) Le constat de l'exemplarité de l'accord collectif de travail relayé par la littérature juridique	123
B) Les raisons de l'exemplarité de l'accord collectif de travail	125
Conclusion de chapitre	128
Chapitre 2 Un modèle idéal	129
Section 1 Les qualités du modèle de l'accord collectif de travail	130

Paragraphe 1 Les qualités extrinsèques	131
A) Un modèle facteur de liberté	131
1. L' « autonomie collective » corollaire de la liberté conventionnelle	132
2. Une liberté discutée	135
B) Un modèle générateur d'égalité	138
1. Un modèle générateur d'égalité verticale	139
2. Un modèle générateur d'égalité horizontale	141
C) Un modèle source de légitimité	143
1. Une légitimité électorale	144
2. Une légitimité procédurale	146
Paragraphe 2 Les qualités intrinsèques	151
A) La proximité	151
1. L'éloge du particularisme	152
2. L'éloge de la présence	155
B) La stabilité et la sécurité	157
C) L'efficacité et l'effectivité	165
1. L'effectivité de la norme conventionnelle	166
2. L'efficacité de la norme conventionnelle	170
Section 2 Les visées du modèle de l'accord collectif de travail	175
Paragraphe 1 La fonction normative	176
A) Une compétence « réservée »	177
1. Modifier	177
2. Créer	179
B) Une compétence « liée »	181
1. La fonction légiférante	181
2. La fonction règlementaire	184
3. La fonction décisionnelle	186
Paragraphe 2 Les finalités	189
A) D'une négociation conflictuelle à une négociation pacificatrice	190
1. D'une négociation à chaud à une négociation à froid	191
2. D'une négociation de résolution à une négociation de prévention des conflits	193
B) D'une négociation distributive à une négociation intégrative	196
1. Négociation d'acquisition	196
2. Négociation de concession	197
Conclusion du chapitre 2	201
Conclusion de titre	202
Titre 2 Transmission du modèle	203
Chapitre 1 Prérequis de la transmission	205
Section 1 La définition du champ de transmission	205
Paragraphe 1 Le périmètre organique	205
A) Les représentés	205

1. L'individuation des représentés	206
2. L'existence d'un rapport de droit entre assujettis	209
B) Le représentant	212
1. Le collectif incarné	213
a) La figure du syndicat professionnel	214
b) La figure associative	218
2. Le collectif doté de la personnalité juridique	224
a) La personnalité morale : une condition nécessaire à la transmission du modèle	225
b) La personnalité morale : une condition de transmission du modèle discutée	226
Paragraphe 2 Le périmètre matériel	228
A) Du droit du travail au droit des activités professionnelles	228
1. Le droit privé du travail salarié comme épice du modèle	229
2. L'inscription du modèle dans le droit public du travail salarié	232
3. L'inscription du modèle dans le droit du travail non salarié	235
B) Du droit social à un droit des inégalités	237
1. Le droit social stricto sensu : du droit du travail au droit de la protection sociale	237
2. Le droit social <i>lato sensu</i> : un droit des inégalités	240
Section 2 L'identification des supports de transmission	243
Paragraphe 1 Les supports normatifs	244
A) Les normes supralégales	244
1. Les normes internationales	245
a) Le droit de l'Organisation internationale du travail (OIT)	245
b) Le droit européen	248
2. Les normes constitutionnelles	252
B) Les normes légales	256
1. Les lois impératives	257
a) Les lois prescriptives	257
b) Les lois dispositives	260
c) Les lois incitatives	261
d) Les lois permissives	262
2. Les lois supplétives	264
C) La jurisprudence	270
Paragraphe 2 Les supports « extranormatifs »	272
A) Le discours doctrinal	273
1. La « suggestion d'auteur »	274
a) La doctrine et les accords collectifs de consommation	274
b) La doctrine et les accords collectifs de travail indépendant	276
2. Le rapport d'expertise	278
B) Le discours administratif	280
1. Le bilan annuel de la négociation collective	281
2. Les circulaires ministérielles	283

3. L'expertise des hauts fonctionnaires	285
C) Le discours émanant de la société civile	286
Conclusion de chapitre	292
Chapitre 2 Réalisation de la transmission	293
Section 1 Les techniques de transmission totale du modèle	294
Paragraphe 1 La qualification comme technique de transmission du modèle	294
A) La teneur du procédé de qualification	295
1. La qualification comme technique d'inclusion	295
2. La qualification comme technique d'exclusion	297
B) Les manifestations du procédé	301
1. Les positions communes rapportées au modèle de l'accord collectif de travail	301
2. Les accords-cadres rapportés au modèle de l'accord collectif de travail	305
3. Les protocoles de fin de conflit rapportés au modèle de l'accord collectif de travail	307
4. Les accords de groupe rapportés au modèle de l'accord collectif de travail	308
Paragraphe 2 L'assimilation comme technique de transmission du modèle	309
A) La teneur du procédé d'assimilation	309
B) La mise en œuvre du procédé d'assimilation : l'exemple de la charte nationale du football professionnel	312
Paragraphe 3 L'analogie comme technique de transmission du modèle	317
A) L'analogie légale	318
B) L'analogie jurisprudentielle	320
Paragraphe 4 L'élargissement comme technique de transmission du modèle	322
A) L'élargissement du statut collectif aux travailleurs non-salariés	323
1. L'élargissement par le biais de la présomption de salariat	324
2. L'élargissement par le biais de l'application ponctuelle de dispositions du Code du travail	327
B) L'élargissement du statut collectif aux travailleurs publics	331
1. L'élargissement aux maîtres en fonction dans les établissements d'enseignement privés	331
2. L'élargissement aux agents publics exerçant dans des sociétés anonymes	334
Section 2 Les techniques de transmission partielle du modèle	335
Paragraphe 1 Le renvoi comme technique de transmission du modèle	335
A) Le lien entre droit commun et modèle	336
B) Des renvois multiples	339
Paragraphe 2 La transcription comme technique de transmission du modèle	342
A) La teneur du procédé de transcription	342
B) Les manifestations du procédé de transcription	344
Conclusion de chapitre	348
Conclusion de titre	349

CONCLUSION DE PARTIE	350
PARTIE 2 RECEPTION DU MODELE	354
Titre 1 Action du modèle	356
Chapitre 1 Une unification contrariée	358
Section 1 Une unification relative : du droit commun des accords collectifs de travail salarié au droit commun des accords collectifs de travail « sans adjectif »	358
Paragraphe 1 L'unification réalisée : l'existence d'un droit commun des accords collectifs de travail	359
A) Une unification renforcée par l'expansion constante du droit commun des accords collectifs de travail	360
1. L'expansion du champ d'application matériel des accords collectifs de travail	360
a) Les conditions de travail	361
b) Les conditions d'emploi	363
c) La formation professionnelle	367
d) Les garanties sociales	369
2. L'expansion du champ d'application professionnel des accords collectifs de travail	375
a) Le droit commun des accords collectifs de travail applicable aux accords collectifs maritimes	375
b) Le droit commun des accords collectifs de travail applicable aux accords collectifs agricoles	377
B) Une unification fragilisée par l'existence persistante d'accords collectifs de travail à la spécificité exacerbée	379
1. L'autonomie relative des accords d'épargne salariale	380
2. L'autonomie marquée des protocoles d'accords préélectoraux	384
3. L'autonomie très forte des accords relatifs à la représentation des salariés dans les entreprises à dimension communautaire	389
Paragraphe 2 L'unification en cours de réalisation : le devenir d'un droit commun des accords collectifs de travail « sans adjectif »	391
A) Une unification partielle : de l'application du droit commun des accords collectifs de travail dans le secteur public	391
1. Un modèle relayé dans les entreprises publiques employant des personnels dépourvus de statuts	392
2. Un modèle contrarié dans les entreprises publiques employant des personnels soumis à un statut	393
a) L'absence d'application du droit commun des accords collectifs de travail aux accords collectifs conclus dans la fonction publique	398
b) Une unité discutée : de l'application du droit commun des accords collectifs de travail aux « accords collectifs de travail indépendant »	404
Section 2 Une unification impossible : l'absence d'un droit commun des accords collectifs	406

Paragraphe 1 La spécificité des accords relevant de l'idéal type dirigiste	406
A) Les « conventions de sécurité sociale »	407
1. La spécificité des conventions collectives de sécurité sociale	407
2. Le périmètre des conventions collectives de sécurité sociale	409
B) Les accords collectifs de service public	413
1. La satisfaction de l'intérêt général	413
2. Des accords sous contrôle administratif	416
a) De l'extension à l'agrément	417
i. Les accords de retraite complémentaire	417
ii. Les accords d'assurance chômage	421
iii. Les accords conclus dans le secteur social et médico-social	422
b) De l'agrément à l'approbation	425
c) De l'approbation à l'homologation	427
Paragraphe 2 La spécificité des accords relevant de l'idéaltype statutaire	429
A) Un rôle économique : des accords collectifs de marché	430
1. Une négociation tarifaire	430
2. Une négociation restreinte par le droit de la concurrence	434
a) Les accords collectifs de protection sociale complémentaire confrontés au droit de la concurrence	435
b) Les accords collectifs agricoles confrontés au droit de la concurrence	438
c) Les accords relatifs aux délais de paiement confrontés au droit de la concurrence	441
B) Un rôle social : des accords collectifs de rééquilibrage	443
Paragraphe 3 La spécificité des accords relevant de l'idéaltype libéral	446
A) Des accords programmatiques	446
B) Des accords volontaires	449
Conclusion du chapitre 1	454
Chapitre 2 Une harmonisation envisageable	456
Section 1 Une norme collective	457
Paragraphe 1 La participation des intéressés à l'élaboration de l'acte	457
A) L'étendue incertaine du principe de participation	458
1. L'alinéa 8 du préambule de 1946	458
2. La démocratie participative	460
B) Les implications du principe de participation	462
1. La liberté conventionnelle	463
2. Liberté de choix du niveau de négociation	469
a) La négociation centralisée : le registre de la nécessité	469
i. Négociations intersectorielles	470
ii. Négociations sectorielles	472
b) Une négociation décentralisée : le registre de la proximité	474
3. Un « principe » de loyauté	476
Paragraphe 2 La normativité de l'accord collectif	480
A) La nature juridique des accords collectifs	480
1. Le règlement à élaboration concertée	481

2. Le contrat doué d'effets règlementaire	483
a) En propre	483
b) Par le biais d'un arrêté d'extension	486
c) Par le biais d'un agrément	491
3. Le contrat collectif	493
B) La valeur hiérarchique des accords collectifs	501
1. L'ordre public rapporté aux accords relevant de l'idéaltype statutaire	502
2. L'ordre public rapporté aux accords relevant de l'idéaltype dirigiste	508
Section 2 La légitimité des négociateurs	511
Paragraphe 1 L'exigence de représentativité	512
A) L'affirmation d'une exigence de représentativité	512
1. La teneur du principe de représentativité	513
2. La valeur juridique de l'exigence de représentativité	516
B) Les manifestations de l'exigence de représentativité	518
1. Une représentativité présumée en voie de marginalisation	519
2. Une représentativité prouvée en voie de généralisation	521
a) L'appréciation de la représentativité des associations de consommateurs	522
b) L'appréciation de la représentativité des syndicats de médecins	525
c) L'appréciation de la représentativité des interprofessions agricoles	528
Paragraphe 2 L'exigence majoritaire	530
A. L'affirmation d'une exigence majoritaire	530
1. La teneur de l'exigence majoritaire	531
2. La valeur de l'exigence majoritaire	533
B. L'empire de l'exigence majoritaire	535
1. La résistance d'exigences concurrentes	536
a) L'exigence d'unanimité	536
b) L'exigence d'une minorité qualifiée	539
2. Une exigence majoritaire multiforme	541
a) Une majorité arithmétique	542
b) Une majorité électorale	543
c) Une majorité référendaire	544
Conclusion de chapitre	548
Conclusion de titre	549
Titre 2 Rétroaction sur le modèle	550
Chapitre 1 Le modèle transmué	551
Section 1 Le modèle dénaturé	551
Paragraphe 1 Une dénaturation du mode de formation de l'accord collectif	552
A) La dénaturation d'un modèle de négociation	552
1. La tentation d'associer l'accord référendaire à un accord collectif	553
2. Une association discutable	555
a) Le référendum comme mode de ratification d'un accord collectif	556

b) Le référendum comme palliatif	558
B) La dénaturation d'un modèle de représentation	559
1. L'élection comme mode d'investiture des agents de négociation	560
a) De nouveaux agents de négociation	560
b) Une représentation de type électorale	562
2. L'expression directe des salariés	563
Paragraphe 2 Une dénaturation des effets de l'accord collectif	567
A) L'impérativité de l'accord collectif de travail interrogée	567
1. Une impérativité atténuée	568
2. Une force juridique accentuée	571
a) La résistance du salarié face au statut collectif	571
b) La résistance contrariée du salarié face aux accords collectifs relatifs au temps de travail	574
c) Le devenir de l'impérativité de l'accord collectif de travail à l'aune de la loi de sécurisation de l'emploi	579
B) Le progressisme de l'accord collectif de travail remis en cause	581
1. La mise à mal d'une logique de faveur	581
2. La mise à mal d'une logique égalisatrice	584
3. La mise à mal des protections collectives	586
Section 2 Le modèle instrumentalisé	588
Paragraphe 1 Une instrumentalisation du modèle par les pouvoirs publics	589
A) L'accord collectif comme fin de l'action publique	590
1. La conclusion d'accords collectifs comme fin de l'action publique	590
a) De la liberté de négocier à l'obligation de négocier	590
b) De l'obligation de négocier à l'obligation de couverture par un accord : la « négociation administrée »	592
2. La sécurisation des accords collectifs comme fin de l'action publique	595
a) L'accord pérennisé	596
b) Le contenu orienté de l'accord	598
B) L'accord collectif comme levier de l'action publique	602
Paragraphe 2 Une instrumentalisation du modèle par les acteurs privées	605
A) La négociation comme mode d'expression d'un pouvoir	605
B) La négociation collective comme mode de légitimation de l'action privée	608
1. Un outil de promotion des entreprises	609
2. Une mise à l'écart du juge	612
Conclusion du chapitre 1	615
Chapitre 2 Le modèle concurrencé	616
Section 1 Le modèle de l'accord collectif de travail concurrencé par le modèle du droit souple	617
Paragraphe 1 L'opposition des modèles	618
A) L'absence de sanction en cas de violation d'une norme de droit souple	618
1. La sanction-consécration	619
2. La sanction comme conséquence du non-respect de la règle	623
3. La sanction-contrainte	626

B) L'absence de force obligatoire de la norme de droit souple	628
1. L' « obligatorité » de la norme comme critère de distinction entre droit souple et droit négocié	628
2. L'impérativité de la norme comme critère de distinction	630
Paragraphe 2 La conciliation des modèles de droit négocié et de droit souple	635
A) La complémentarité des modèles	635
1. La négociation collective comme nouveau bastion du droit souple en matière d'égalité	635
2. La négociation collective de branche comme nouveau bastion du droit souple	637
B) L'intrication des modèles	640
1. La quête d'un droit plus légitime	640
a) Une volonté de refonder la norme juridique	641
b) Une volonté de renforcer la légitimité des acteurs du droit	643
2. L'empire du droit négocié	645
a) L'accord collectif comme variété de droit souple	646
b) Le droit souple comme variété de droit négocié	649
Section 2 Le modèle de l'accord collectif de travail concurrencé par le modèle du droit imposé	652
Paragraphe 1 Le modèle de l'accord collectif concurrencé par le modèle du droit imposé d'origine étatique	652
A) Le modèle de l'accord collectif concurrencé par le modèle statutaire	653
B) Le modèle de l'accord collectif concurrencé par le modèle de droit légiféré	657
1. La préservation du domaine de la loi	658
2. Une propension naturelle à incarner l'intérêt général	662
3. Le dépassement difficile d'une opposition	665
C) Le modèle de l'accord collectif de travail concurrencé par le modèle de droit règlementaire	667
1. Le droit règlementaire comme suppléant du droit conventionnel	667
2. Le droit conventionnel assimilé par le droit règlementaire	670
Paragraphe 2 Le modèle de l'accord collectif concurrencé par le modèle du droit imposé d'origine privée	671
A) Les caractéristiques du modèle de droit concerté	672
1. Un modèle décisionnel	673
a) Le pouvoir préservé	673
b) Le pouvoir raisonné	676
2. Un modèle de participation	679
a) La concertation comme variété de participation	680
b) La concertation comme vecteur de démocratisation	684
B) Le devenir incertain de l'opposition entre modèle de droit négocié et modèle de droit concerté	687
1. Une opposition structurante	687
a) Une opposition organique	688
b) Une opposition fonctionnelle	690

2. Une opposition dépassée : la confusion des genres	692
Conclusion de chapitre	698
Conclusion de titre	700
CONCLUSION DE PARTIE	701
CONCLUSION GENERALE	703