

1055 Conventions de branche : des variations de périmètres entre ordre public conventionnel et régulation de la concurrence

Alain SAURET,

avocat associé, Fidere Avocats,
président du conseil scientifique



1 - La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 avait créé une cohérence entre ordre public légal, ordre public conventionnel large et primauté limitée de l'accord d'entreprise sur le thème de la durée et de l'aménagement du temps de travail. Ainsi étaient affirmés tour à tour :

- l'impérativité de la norme conventionnelle de branche dans les domaines cités ;
- le caractère absolu de la prévalence de la norme négociée dans l'entreprise dans un domaine de prédilection : la durée et l'aménagement du temps de travail ;
- le rôle déterminant des partenaires sociaux pour définir un principe d'indéroabilité qui hisse dans le domaine de l'ordre public conventionnel des garanties sociales ne se situant ni dans le bloc d'impérativité fixé par la loi comme relevant du domaine de la branche exclusivement, ni dans celui où la loi donnait primauté à l'accord d'entreprise.

Donc, ainsi conçu, l'ordre public conventionnel, dont le façonnage allait appartenir aux partenaires sociaux, pouvait potentiellement concerner tout le reste ou partie non négligeable du reste, en dehors des deux premiers points ci-dessus que précisent les textes (*C. trav.*, art. L. 2253-1 et L. 2253-2) et sur lesquels nous allons revenir.

2 - Cette organisation des normes apparaissait intéressante et avait commencé à trouver écho dans l'ouverture des négociations sur l'ordre public conventionnel sollicité par la ministre, selon la loi Travail.

La campagne présidentielle et l'élection du nouveau Président de la République ont conduit rapidement à faire comprendre que cet ordonnancement des normes allait à nouveau être modifié substantiellement, l'effet attendu à court terme condamnant les négociations

à l'attentisme, en tout cas, à l'attente d'une loi d'habilitation, puis, par suite, à la parution des ordonnances, faute de quoi, des négociations précipitées auraient buté sur le caractère éphémère du schéma issu de la loi du 8 août 2016.

3 - Avec la loi du 8 août 2016, on décelait toute la part qu'allait avoir la négociation sur l'ordre public conventionnel et, par conséquent, sur la régulation de la concurrence, laquelle pouvait s'appuyer sur les domaines réservés à la branche, mais aussi sur ceux préservés par le label conféré par l'ordre public conventionnel. Finalement, ordre public conventionnel et régulation de la concurrence étaient destinés à couvrir de vastes espaces conventionnels, même s'ils ne se recouvraient pas totalement. La durée de vie de ces dispositions a été celle des météores, en tout cas pour l'ordre public conventionnel dont le principe demeure¹ même si les termes ont disparu.

4 - L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 opère un renversement de logique en rebattant souverainement les cartes. Les domaines réservés à la branche augmentent du fait de renvoi à des dispositions jusqu'alors éparses, alors que les thèmes qualifiés de majeurs sous l'empire de la loi du 8 août 2016 y sont conservés. Les domaines ajoutés par l'ordonnance du 22 septembre 2017 ne sont pas aussi fondamentaux, même s'ils donnent du « grain à moudre » comme nous allons le voir (*C. trav.*, art. L. 2253-1)², notamment avec l'apport d'un ou deux nouveaux sujets dignes d'intérêt.

On peut comprendre pourquoi renvoyer à cette vieille formule chère à Monsieur Bergeron, emblématique ancien président de FO, dont l'action syndicale a toujours été teintée du souci de réformisme. La prévalence très large de l'accord d'entreprise va désormais éclipser – ou presque – feu l'ordre public conventionnel, lequel va être confiné à une portion congrue. C'est là une différence de philosophie entre les

Ndlr : cet article est issu de l'intervention de l'auteur lors d'un colloque organisé le 7 novembre 2017 à Paris, à l'invitation de l'AG2R La Mondiale, par le cabinet Fidere en partenariat avec le Centre de droit social de l'université d'Aix-Marseille et portant sur le thème « branches professionnelles : état des lieux et perspectives »

1. F. Morel, *Colloque 25 oct. 2017 à la chambre de Commerce commentant l'article L. 2253-2 du Code du travail*.
2. Mais l'article procède aussi par renvoi à de nombreux textes existants.

deux textes. Elle est considérable, puisque d'un équilibre « branche-entreprise », on passe à un brutal déséquilibre avec une considérable prime à la prévalence de l'accord d'entreprise.

En réalité, les thèmes sur lesquels la prévalence de l'accord d'entreprise va pouvoir interagir cantonnent l'ordre public fixé par la loi aux thèmes réservés à la négociation de branche par l'article L. 2253-1 du Code du travail d'une part, et aux thèmes susceptibles d'être hissés à une forme d'ordre public conventionnel par l'article L. 2253-2 du même code, au nombre de quatre seulement, d'autre part. Tout le reste (*C. trav.*, art. L. 2253-3) relèvera de la possible prévalence de l'accord d'entreprise.

5 - Il convient donc d'identifier dans l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective, ce qui peut être caractéristique d'une forme d'ordre public conventionnel (1) et ce qui peut constituer – ce qui est un autre sujet – un espace juridique de régulation de la concurrence (2), puisque c'est l'objet de la réflexion.

1. Un ordre public conventionnel restreint

6 - L'inversion de la règle de prévalence entre accord d'entreprise et accord de branche réduit drastiquement le volume potentiel de l'ordre public conventionnel. Il se trouve cantonné à quatre thèmes, lesquels, au surplus, ne présentent pas un intérêt stratégique au regard des garanties que cela peut donner aux salariés. Il convient d'en juger en s'intéressant au contenu de ces dispositions.

7 - L'article L. 2253-2 du Code du travail exige que, dans ces matières, lorsque la convention de branche le stipule expressément (définition de l'ordre public conventionnel), la convention d'entreprise conclue postérieurement à cette convention ne peut comporter des stipulations différentes de celles qui lui sont applicables en vertu de cette convention, sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes. Est-on dans une logique de hiérarchie ou de concours de règles ?

Les thèmes constituant la matière sont :

- la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels énumérés à l'article L. 4161-1 du Code du travail (susceptibles de faire acquérir des droits au titre de la prévention de la pénibilité) ;
- l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés ;
- l'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leur parcours syndical ;
- les primes pour travaux dangereux ou insalubres.

Il ne sera pas aisé de déterminer ce qui pourra apparaître comme constituant des garanties au moins équivalentes quand celles-ci relèvent d'une approche qualitative. Ce sera plus facilement le cas en présence de mesures à caractère quantitatif (niveaux de primes par exemple).

On ne peut exclure non plus que la mesure de l'équivalence puisse se faire pour un ensemble de garanties relevant notamment de cette énumération, la convention de branche pouvant le stipuler spécifiquement, probablement.

8 - Même si ces thèmes peuvent revêtir un niveau intéressant de garanties, on peut toutefois douter qu'ils fassent l'objet d'une classification en ordre public conventionnel, au motif qu'ils pourraient jouer un rôle de régulation de la concurrence, par exemple.

À cet égard, il y a, *a priori*, peu de chances que ce nouvel ordre public conventionnel, au périmètre réduit, puisse jouer un rôle dans une stratégie de régulation de la concurrence au niveau de la branche. À ce stade, il n'y a aucune identité de périmètre entre ordre public conventionnel (OPC) et régulation de la concurrence.

En effet, l'intérêt que pourraient présenter ces thèmes pour favoriser une régulation de la concurrence de manière intrinsèque semble faible, sauf à considérer que des règles contraignantes au niveau de la

branche concourent par nature à une forme de régulation de la concurrence. Il faut encore préciser que cet aspect marginal mis en avant est accentué par le fait que les thèmes énumérés à l'article L. 2253-2 du Code du travail n'ont pas nécessairement d'écho dans toutes les entreprises. Ainsi, les points relatifs à la pénibilité et aux primes pour travaux dangereux et salissants sont principalement cantonnés à l'industrie et à certains secteurs de service. La potentialité de l'ordre public conventionnel est donc sévèrement réduite, d'autant que l'insertion des travailleurs handicapés est un thème qui, par nature, est plus communément négocié au niveau des groupes ou des entreprises.

2. Les thèmes de négociation réservés au niveau des branches constituent le vivier principal d'une possible régulation de la concurrence par les partenaires sociaux

9 - L'article L. 2253-1 du Code du travail fait une énumération à la Prévert des garanties qui peuvent être établies au niveau des branches professionnelles. Certaines sont essentielles pour assurer une régulation de la concurrence, d'autres moins, car elles ne recouvrent pas naturellement une logique de régulation de la concurrence, puisqu'elles sont destinées clairement à fixer des règles d'ordre public. Toutes permettront, comme par le passé, de créer des garanties destinées à s'opposer au dumping social.

A. - Les garanties susceptibles de contribuer substantiellement à la régulation de la concurrence

1° Salaires minima hiérarchiques et classifications

10 - Les salaires minima hiérarchiques et les classifications par les niveaux structurels créés vont avoir – ce qui est le cas depuis les années 1950 – un rôle d'anti-dumping social efficace et ce, d'autant plus que ces minima sont proches, parfois, des salaires réels. La continuité est ici assurée entre des dispositions anciennes et celles retenues par la loi du 8 août 2016 et par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017.

La structure des salaires minima hiérarchiques avec, parfois, la fixation de rémunérations annuelles garanties a toujours contribué à rehausser le seuil d'exigence salarial pour toutes les entreprises d'un secteur d'activité, dès lors que ces accords de salaires font l'objet d'un arrêté d'extension par le ministère du Travail, ce qui est le plus souvent le cas.

Corrélées aux salaires, les classifications permettent d'établir, en regard des salaires minima, une hiérarchisation des salaires d'accueil pour les non-cadres et les cadres.

Des salaires minima différents selon la nature des contrats et l'importance des sujétions (par exemple cadres base 35 heures, cadres en forfait heures, cadres en forfait jours) peuvent contribuer à constituer un véritable outil efficace d'anti-dumping social, donc de régulation de la concurrence, dans l'intérêt des salariés. Sur ce point, les partenaires sociaux n'ont pas assez réfléchi à l'adaptation de normes conventionnelles intéressantes ces dispositions issues de la loi Aubry II.

La fixation d'une contrepartie minimale de rémunération pour assurer le respect d'une clause de non-concurrence peut-elle encore relever d'une règle conventionnelle impérative ? Probablement, si elle s'apprécie, comme c'est le cas couramment, en fonction d'un salaire réel qui ne relève pas directement d'une obligation conventionnelle de branche. Cela permet de souligner dans la réflexion que la sanctuarisation de certaines dispositions passe probablement par le fait de repenser leur rédaction, changement rendu nécessaire par le nouvel ordonnancement branche/entreprise. En clair, est-ce qu'une

clause de non-concurrence différente pourra désormais être négociée dans un accord d'entreprise ?

2° Garanties collectives complémentaires (CSS, art. L. 912-1)

11 - Le domaine de la prévoyance et des frais de santé continue de relever de dispositions pouvant être établies au niveau de la branche professionnelle. Cela concerne en premier lieu la définition des garanties et la fixation du niveau des cotisations et leur répartition.

Les entreprises peuvent continuer à améliorer les dispositifs mais les règles établies au niveau des branches participent du socle social comme les salaires minima hiérarchiques et les classifications. Il n'est pas certain que la mutualisation soit aussi efficace si les partenaires assureurs, quel que soit leur statut (assureurs, instituts de prévoyance, mutuelles), sont recommandés et plus nécessairement désignés.

Mais cette dernière question apparaît plus qu'hier détachable des autres et la fixation des garanties sociales en ce domaine reste le cœur et la raison de la négociation³.

3° La poursuite conventionnelle des contrats de travail

12 - Quelques conventions collectives importantes ont cherché, depuis de nombreuses années, à assurer entre elles une forme de régulation d'une concurrence qui, à défaut, aurait conduit à du dumping social. On peut prendre un marché assez aisément si on ne doit pas reprendre le personnel affecté à celui-ci depuis longtemps et exclusivement par l'entreprise qui perd le marché. Il y avait là un grand flottement, puisque les conditions du transfert d'une entité n'étaient pas nécessairement réunies au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Cette règle conventionnelle a été jugée assez vertueuse pour qu'un dispositif légal vienne favoriser ce type de négociation.

Un tel dispositif pourra acquérir une force réglementaire par l'extension et peser davantage sur le fait que les transferts devraient, par suite, s'imposer aux salariés, quand bien même les conditions énoncées par l'article L. 1224-1 du Code du travail et appréciées par la jurisprudence ne seraient pas tout à fait toutes réunies. Mais ce serait le cas si les employeurs mettent en œuvre le mécanisme conventionnel et que le juge, saisi d'un contentieux, trouve *in fine* les caractéristiques de l'article L. 1224-1 précité dans cette opération de transfert.

D'ailleurs, le doyen Boubli ne disait-il pas, pour souligner la grande incertitude des situations à juger : « On ne peut savoir qu'il y a transfert qu'après que la décision soit intervenue ». Cette officialisation du droit de s'imposer des règles claires de transfert d'un employeur à l'autre participe d'une volonté de régulation d'une concurrence exacerbée par une juste adaptation des règles sociales ayant un impact direct mais salutaire sur l'économie des entreprises en situation. Cela permet de souligner que la loi pourrait être rédigée avec plus de subtilité pour éviter des ambiguïtés.

B. - Les garanties comportant une capacité résiduelle de régulation de la concurrence

13 - Il n'apparaît pas spontanément que les dispositions visées à l'article L. 2253-1 du Code du travail – mutualisation des fonds de financement du paritarisme, mutualisation des fonds de la formation professionnelle, régimes d'équivalence, garanties sur le temps partiel ou les CDD, CDI de chantier, égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, règles concernant la période d'essai – puissent être spécifiquement orientées vers un but de régulation de la concurrence. Elles vont participer d'une réglementation opposable ou de contraintes d'objectifs (exemple de l'égalité professionnelle). À ce titre, elles vont toutes concourir à lutter contre les effets d'un dum-

ping social mais de manière moins visible et moins déterminante que celles pour lesquelles l'évidence les place au cœur du dispositif social de régulation de la concurrence⁴.

C. - La prévalence de l'accord d'entreprise constitue un outil d'auto-dérégulation de la concurrence

14 - L'article L. 2253-3 du Code du travail crée les conditions d'une prévalence de la convention collective d'entreprise dans les matières autres que celles mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du même code, c'est-à-dire tout le reste, soit pour une majorité de thèmes souvent traités jusqu'alors au niveau des conventions collectives de branche.

Il énonce que, dans toutes les autres matières, les stipulations de la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement (effet immédiat et automatique) à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche prévalent sur celles ayant le même objet dans la convention de branche. Cela représente un champ considérable pour les domaines de cette prévalence. La convention de branche va continuer à s'appliquer (effet principal et de subsidiarité) en l'absence d'accord d'entreprise, seulement.

15 - Dans les domaines emblématiques que sont, par exemple, la fixation du contingent d'heures supplémentaires, le paiement de la majoration des heures supplémentaires (choix entre 25 % jusqu'à 10 %), mais aussi le *quantum* des indemnités conventionnelles de licenciement ou de départ en retraite, etc., l'inversion de la règle applicable par la généralisation du principe de prévalence de l'accord d'entreprise, hormis dans les domaines mentionnés comme des exceptions aux articles L. 2253-1 et L. 2253-2 du Code du travail, aura comme conséquence de créer un droit à la dérégulation de la concurrence par une entreprise relevant du champ de sa branche, si elle entend s'extraire d'une contrainte conventionnelle par la signature d'un accord d'entreprise qui affirmera la prévalence des dispositifs négociés.

L'un des moindres paradoxes de ce nouveau schéma sera qu'une entreprise non adhérente à un syndicat patronal sera tenue par l'efficacité de la règle conventionnelle imposée par un arrêté d'extension ! Mais dans le même temps, l'entreprise adhérente à un syndicat patronal pourra s'extraire de la clause conventionnelle de branche en signant un accord d'entreprise valable lui permettant d'organiser sa propre dérégulation.

Mais la régulation dans tout ça ? Dès lors que les entreprises auront la même possibilité de signer un accord pour le même objet, le principe d'égalité de traitement ne sera pas compromis. L'option s'ouvre à tous. Par contre, l'entreprise qui ne pourra pas, sur le même objet, obtenir un accord de dérégulation, sera tenue par plus de régulation que sa voisine.

À terme, cela va conduire les délégations patronales à privilégier comme thèmes de régulation de la concurrence ceux énumérés principalement à l'article L. 2253-1 du Code du travail et secondairement à l'article L. 2253-2 du code précité. Il ne faudrait pas que ces contenus changent encore, puisque nous venons de connaître trois versions en 2 ans !

Mais cela va conduire à éviter de rentrer dans des négociations complexes dans les thèmes où la prévalence de l'accord d'entreprise s'impose, ce qui aura pour objet de réduire en réalité le champ de la négociation de branche et de la conduire à une sorte de démarche régulière dans ses thèmes de prédilection (*C. trav.*, art. L. 2253-1).

À un moment où les branches sont engagées dans un vaste mouvement de regroupement, les enjeux de cette nouvelle donne paraissent particulièrement importants et dépendront de l'appropriation qu'en feront les partenaires sociaux dans leur expression paritaire. Mais,

3. C'est le rôle confirmé pour les branches par l'article L. 2232-5-1 du Code du travail.

4. V. pt 1, 2 et 3 du A. ci-dessus.

dans cette appropriation, les employeurs représentés au niveau des secteurs d'activité en charge de la négociation éviteront de créer les conditions d'une potentielle concurrence entre entreprises à raison des thèmes qui permettront régulation et possible dérégulation en même temps. Au-delà du regroupement des branches, c'est à un recentrage des thèmes de la négociation de branche auquel nous allons peut-être assister.

16 - La décrue de l'OPC à peine porté sur les fonds baptismaux de son existence est entamée. La régulation de la concurrence semble devoir être concentrée sur des dispositifs de garanties sociales et de lutte anti-dumping social. Cela ne signifie pas que cette régulation de

la concurrence n'aura pas un rôle accru de vigie et de contrainte utile dans une économie qu'elle aidera à policer sans l'entraver⁵.

MOTS-CLÉS : *Conventions et accords collectifs - Accord de branche - Ordre public conventionnel - Régulation de la concurrence*

TEXTES : *Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017. – C. trav., art. L. 2253-1, L. 2253-2 et L. 2253-3*

JURISCLASSEUR : *Travail Traité, fasc. 1-10, par Laurent Drai. – Travail Traité, fasc. 1-30 et 1-34, par Gérard Vachet*

5. V. l'intervention de M. Chagny sur cette question : *infra JCP S 2018, 1057*.