

Contribution à l'étude de l'extension des conventions collectives de travail

par Sophie NADAL,

Maître de conférences en droit privé à l'Université de Cergy-Pontoise

PLAN

I. Les résistances à la conception de la convention collective en tant que loi professionnelle et l'extension : le sens général de la procédure.

A – Les difficultés suscitées par l'idée d'une réglementation générale d'origine professionnelle en droit français.

B – L'aplanissement des difficultés : l'extension.

II. La représentation de la profession et la commission mixte : le sens spécifique de l'extension.

A – La commission mixte et la profession.

B – Les groupements d'employeurs et l'autorité de la commission mixte à l'égard de la profession.

A l'origine des questions suscitées par la convention collective au début du XX^e siècle se trouve le débat plus général sur l'idée du droit social. Il consiste notamment à critiquer la conception individualiste du droit (1). Ce disant, à cette époque nombreux sont ceux qui font valoir que l'idée d'un droit d'essence collective va à l'encontre des fondements de notre système juridique. Pourtant, avec la procédure d'extension prévue par la loi du 24 juin 1936, « le législateur confie aux partenaires sociaux, à la disposition desquels il met son imperium juridique, le soin de décider d'éléments essentiels du rapport de travail » (2). Pour la première fois la convention collective peut ainsi présenter véritablement les caractères d'une loi. Depuis, la convention collective est un acte juridique devenu si familier aux juristes que pour certains « la théorie des conventions collectives doit aujourd'hui être étudiée dans le cadre de la théorie générale des contrats » (3). De la sorte, on mesure l'ampleur d'une évolution encore à l'œuvre aujourd'hui : au nom de la démocratie sociale, certains envisagent en effet de confier à la négociation collective une compétence accrue dans la détermination des conditions générales du travail.

Ici, l'investigation historique et la réactivation des débats passés sont – selon nous – utiles à l'intelligence de cette actualité. Elles permettent en effet de mesurer les difficultés que la loi du 24 juin 1936 a permis de dépasser et de mieux comprendre la spécificité de la convention collective étendue dans notre droit positif. L'analyse rétrospective de l'extension permet de faire ressortir que cette procédure a pour principal mérite de préserver ce qu'il y a dans l'Etat d'irréductible à tout autre groupement, tout en ménageant une place importante aux organisations professionnelles dans la confection de la « loi professionnelle ». Ainsi envisagée, on tentera de convaincre que l'extension peut utilement servir de guide pour la lecture des enjeux auxquels le système contemporain des relations professionnelles doit actuellement faire face.

L'extension réalise un compromis remarquable : la convention collective est élevée au rang de loi professionnelle sans que les conceptions classiques du droit public et du droit privé ne soient véritablement fragilisées. Cette procédure pourrait d'ailleurs être revisitée et servir une réflexion sur les réformes possibles du droit des relations collectives. La signification générale de l'extension ne peut être dissociée de la conception classique de la souveraineté : cette lecture nous paraît susceptible de dégager le sens général de cette procédure. (I)

L'étude par P. Durand (4) de la procédure d'extension – qui fait autorité en la matière – s'est efforcée « à la fois de définir la nature juridique de l'extension et de déterminer les liens qui unissent l'arrêté d'extension à la convention collective » (5). Principalement attentif à l'étude de l'acte juridique final, cet auteur a peu insisté sur la procédure de l'extension proprement dite. Or pour être susceptible d'extension, la convention collective doit nécessairement être négociée en commission mixte. Il s'agit de la sorte d'organiser la représentation de la profession : tel est selon nous le sens spécifique de l'extension des conventions collectives, lequel permet d'éclairer la jurisprudence sociale la plus récente en la matière. (II)

(1) Plus généralement, l'intérêt de la doctrine juridique française pour la théorie des conventions collectives manifeste ainsi sa libération progressive de la théorie kelsenienne du droit : à ce propos, voir l'analyse de L. Duguit sur la conception normativiste de l'Etat in « Les doctrines juridiques objectivistes », RDP, 1927, p. 537 ; sp. p. 557/573. Pour un parallèle avec les réflexions également menées en Allemagne sur cette question voir "Les juristes de gauche sous la République de Weimar", C.M. Herrera (dir.), éd. Kimé, 2002, spéc. "Hugo Sinzheimer : juriste praticien et pionnier du droit moderne - Autonomie collective, liberté individuelle et démocratie sociale", U. Zacher, p. 49.

(2) J. Rivero, La convention collective et le droit public français, revue d'économie, 1951 p. 15.

(3) J. Ghestin et G. Goubeaux, Traité de droit civil, Introduction générale, 3^e édition, LGDJ, 1990, p. 197.

(4) P. Durand, Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives : les effets de l'arrêté d'extension, DS, 1956, p. 214.

(5) P. Durand, Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives, op.cit., p. 214. Pour une synthèse des travaux consacrés à la question : V. N. Meyohas, L'extension des conventions collectives, thèse, Paris, 1962, p. 219/230.

I.

Les résistances à la conception de la convention collective en tant que loi professionnelle et l'extension : le sens général de la procédure.

La convention collective porte en elle l'idée qu'une norme (6) peut naître de la volonté exprimée par des groupements à caractère professionnel.

Ceux-ci sont certes susceptibles d'être appelés à siéger au sein d'une institution chargée de la représentation professionnelle dans notre organisation politique. Mais les principes essentiels du droit public excluent qu'une telle institution puisse exercer une législation, cet attribut de la souveraineté étant exclusivement détenu par la représentation nationale. Dès lors, le maintien de la volonté professionnelle dans la sphère privée interdit de reconnaître aux règles qui en sont le fruit un effet contraignant à l'égard de ceux qui n'y sont pas – directement ou non – parties. Cette question demeure – aujourd'hui encore – au centre des réflexions relatives à l'avenir de la conception française du droit de la négociation collective (A).

C'est pourquoi – alors que la vocation de la convention collective à être « la loi » de la profession n'est plus contestée – l'intervention de l'Etat dans la conception de la règle professionnelle n'est pas contournable. L'extension telle qu'elle fut introduite dans notre droit positif par la loi du 24 juin 1936 a ainsi permis d'aplanir les difficultés.

De ce point de vue, le compromis ménagé sous la III^e République conserve toute son actualité. La procédure est d'ailleurs susceptible d'aménagements lesquels permettraient de mieux considérer la disparité des entreprises et la volonté exprimée par les groupements professionnels (B).

A - Les difficultés suscitées par l'idée d'une réglementation générale d'origine professionnelle en droit français (7).

On le sait, au sortir de la Révolution le droit français a résolument ignoré l'appartenance de l'individu à toute collectivité autre que nationale. La loi du 21 mars 1884 sur le droit d'association syndicale est à cet égard une date charnière : elle appelle alors inéluctablement à réfléchir sur la place des

groupements professionnels dans les rapports contractuels (1) et les institutions politiques (2).

1) A ceux qui voient dans la convention collective le paradigme de l'anachronisme de la conception individualiste du droit, certains ont objecté : « *la mode est aujourd'hui au droit social : on dirait vraiment (...) que le droit, le droit tout court – seul connu jusqu'à présent – n'a rien de l'aspect social, comme si le but suprême et la raison d'être du droit n'était pas la réalisation et le maintien de l'harmonie sociale (...) le droit n'est ni social ni individuel ; il vise à l'harmonie sociale par l'harmonie des libertés individuelles* » (8). Au demeurant, cela ne signifie pas que les privatistes qui ont tenté d'appréhender le phénomène des contrats collectifs en ayant recours aux catégories connues du droit civil y étaient hostiles. Comme on l'a justement souligné, la plupart d'entre eux étaient « *soucieux d'ériger la convention collective comme source de règles et pas seulement de stipulations contractuelles* ». Seulement ils manifestaient « *quelques réticences devant l'attribution immédiate à la convention collective d'une telle qualité* » (9).

Tout le problème consiste alors à rechercher le fondement juridique susceptible d'accueillir l'effet voulu pour les contrats collectifs : le mandat, la gestion d'affaire ou encore la stipulation pour autrui sont des catégories positives qui se révéleront impuissantes pour restituer les effets les plus importants. Toutefois, ces propositions doctrinales ont contribué à faire admettre la validité de la convention collective en 1919 (10). Toutes ménageaient « *précieusement les droits individuels en face du syndicat* » (11), mais il serait excessif d'y voir une remise en question du phénomène syndical. Celui-ci n'est plus discuté depuis la loi du 21 mars 1884 et J. Bonnacase – pourtant très attaché à une conception individualiste et contractualiste des conventions collectives – a lui-même souligné qu'« *une institution telle que celle des syndicats professionnels se concilie parfaitement avec les principes de 1789, puisqu'elle permet aux individus de se grouper sur le terrain professionnel pour être de la sorte plus forts, tout en laissant en dehors ceux qui, individualistes à*

(6) Le terme norme est ici largement entendu.

(7) Bien sûr, il ne saurait s'agir – dans le cadre de ces développements – de prétendre à l'exhaustivité mais seulement de tenter de restituer l'allure générale des débats sur cette question ; l'on renverra ici aux analyses récentes et magistrales de R. Lafore et M. Borgetto, in *La République sociale*, P.U.F., 2000, sp. p. 125 et s.

(8) J. Bonnacase, obs. sous l'arrêt Cass. civ., 24/10/1916, Sirey, Partie I, 1920, p. 17/20.

(9) A. Lyon-Caen, Grandeur et décadence de la loi professionnelle, contribution au colloque « Les conventions collectives », 23 et 24 mai 1991, cahiers du Greco, n° 6, mai 1991, p. 3.

(10) Sur la loi du 25 mars 1919 : P. Durand et A. Vitu, *Traité de droit du travail*, T. III, Dalloz, 1956, p. 429 et s. ; plus récemment : C. Didry, *La construction juridique de la convention collective en France : 1900-1919*, Thèse EHESS, 1994.

(11) J. Le Goff, *La naissance des conventions collectives*, Droits, Revue française de théorie juridique, PUF, 1990, n° 12, p. 71.

l'extrême, n'entendent pas se plier à la discipline corporative » (12).

Aussi, la question qui se pose alors n'est pas celle de la reconnaissance du groupement syndical, mais celle de son pouvoir. Avec la multiplication des contrats collectifs, la question « *n'est déjà plus de savoir s'il convient de reconnaître un droit collectif à côté du droit individuel... Il s'agit de savoir comment faire le départ entre ces deux droits : où arrêter le droit individuel et où commencer à reconnaître le droit collectif ? Car si ces conventions collectives témoignent, à première vue, d'un conflit économique entre le patronat et le prolétariat, elles révèlent un autre conflit plus profond celui-là, parce qu'il est le conflit entre le droit à l'indépendance de l'individu et le droit à la contrainte du groupe dont cet individu fait partie* » (13).

D'ailleurs, sans discuter la nécessité d'admettre que la production de la règle professionnelle ne peut être le fait du seul pouvoir étatique, certains auteurs doutent que la négociation collective puisse suffire. Ainsi en 1909, G. Pirou reste dubitatif sur l'aptitude des syndicats à assurer la collaboration des intéressés pour la confection des lois ouvrières à cause « *de l'allure violente et révolutionnaire prises ces dernières années par le mouvement syndical* » (14). Cette évolution le conduit à finalement écarter l'idée du contrat collectif comme support privilégié de l'association stable et permanente des intéressés à l'élaboration des règles professionnelles. Il suggère : « *pourquoi ne pas faire purement et simplement dans l'ordre économique ce qui existe dans l'ordre politique : confier les fonctions d'organisation à des corps élus par les ouvriers au suffrage universel. N'est ce pas là une solution beaucoup plus juste, puisqu'elle fera collaborer à ce travail directement ou par représentants, la masse ouvrière en son intégralité et non pas seulement les syndiqués ?* » (15).

2) A ce stade, les travaux de L. Duguit doivent être évoqués : il remarque que l' « *on est tout à fait en dehors de la vérité sociale quand on parle de souveraineté nationale à la manière traditionnelle, conçue comme la souveraineté numérique des individus. A côté de la puissance du nombre se dresse une autre puissance sociale : celle des groupements syndicaux. Il faut donc organiser cette représentation*

professionnelle que les syndicats pourraient exiger par la force. L'individu en profitera car entre le puissant pouvoir central et sa faible personnalité un corps intermédiaire s'interposera qui le protégera » (16). Ici d'ailleurs peut-on percevoir les interactions entre la pensée de L. Duguit et les idées développées par E. Durkheim (17).

Dans ses « *Leçons de sociologie - Physique des mœurs et de droit* », E. Durkheim consacre en effet des développements approfondis aux organisations professionnelles et à la fonction qu'elles doivent selon lui remplir dans la société. Il observe d'abord que la société est constituée d'une poussière infinie d'individus inorganisés qu'un Etat hypertrophié s'efforce d'insérer et de retenir. Il est donc impensable de ne pas sentir que l'Etat ne peut suffire à exprimer seul l'activité collective des Nations (18). Selon lui, entre l'Etat et l'individu doit s'intercaler toute une série de groupes secondaires et précisément des groupes professionnels, les syndicats étant les seuls à avoir la permanence requise. En ce sens, Durkheim contribuera d'ailleurs à imposer le syndicat comme l'organe privilégié de la représentation de la vie sociale.

Plus généralement encore, ces analyses peuvent être rapprochées des débats relatifs à la représentation politique de la société nationale qui ont animé périodiquement la pensée juridique. Il s'agit alors d'envisager la mise en place d'une représentation professionnelle mais aussi territoriale dans l'organisation institutionnelle. Ces propositions ont ainsi pu inviter à revisiter la conception française de la souveraineté et plus fondamentalement encore l'idée de Nation.

Parce qu'elle repose sur un postulat d'unité (19), la Nation, sur le plan institutionnel détient le monopole de la souveraineté « *pour en interdire l'appropriation par quiconque* » (20). Elle « *fait primer ce qui est commun aux membres du groupe, (...) elle suggère qu'il existe entre toutes les composantes du corps social une parenté naturelle ou élective et une solidarité d'intérêts et de sentiments qui transcendent toutes les divisions (...)* Dans et par cette volonté Une, l'individu parvenant à surmonter ses préoccupations d'homme situé, prend conscience des liens qui l'unissent aux autres membres

(12) J. Bonnetcase, note sous Cass. civ. 24/10/1916, S, 1920, I, p. 20.

(13) P. Louis-Lucas, Les conventions collectives de travail, RTDC, 1919, p. 70.

(14) G. Pirou, Les conceptions juridiques successives du contrat collectif de travail en France, Thèse, Paris, Lib. nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909, p. 338/339.

(15) G. Pirou, op. cit., p. 339/340.

(16) L. Duguit, revue d'études politiques et parlementaire, LXIX, 1911, p. 44. Pour une étude spécifique des conceptions de Duguit en matière de représentation professionnelle : V. P. Bossuet, La doctrine sociale de Duguit : ses idées sur le syndicalisme et la représentation professionnelle, thèse de droit, Paris, 1933. Voir également l'étude

récente consacrée à « la doctrine solidariste de Duguit » par C. Cousin, R.R. J 2001 - 4 (2), p. 1931 et s. ; sp. p. 1964 et s.

(17) C. Didry fait une étude approfondie des rapports entretenus entre ces deux universitaires, « De l'Etat aux groupes professionnels, les itinéraires croisés de L. Duguit et E. Durkheim au tournant du siècle », revue Genèses, n° 2, 1990, p. 5 - 31.

(18) Leçons de sociologie - Physique des mœurs et de droit, Paris, 1950, sp. p. 63 et p. 80-84.

(19) M. Borgetto, La notion de fraternité en droit public français - le passé, le présent et l'avenir de la solidarité - ; Thèse Université Paris II, 1991 ; p. 50/64.

(20) G. Burdeau, cité par M. Borgetto, op. cit., p. 53.

de la collectivité : *il est citoyen* » (21). La tradition révolutionnaire conduirait de la sorte à exclure l'idée même de représentation professionnelle. Selon Eismein « *le principe de la souveraineté nationale exclut logiquement la représentation des intérêts, c'est l'individu qui détient une fraction de souveraineté* » (22).

D'autres ont eu une conception moins rigoureuse du principe de la souveraineté nationale. S'il affirme que le droit de se faire représenter appartient aux citoyens à raison des qualités qui leur sont communes et non à raison de celles qui les différencient, Sieyès n'exclut pas toute autre forme de représentation. D'après lui : « *en matière de représentation, il faudrait adapter une combinaison propre à donner à la législature un nombre à peu près égal d'hommes aux trois grands travaux, aux trois grandes industries qui composent le mouvement de la vie d'une société qui prospère, je parle de l'industrie rurale, l'industrie citadine et celle qui a pour objet la culture de l'homme, et le jour viendra où l'on apercevra que ce sont là des questions importantes* » (23). On le sait, ces idées ont été reprises à certaines périodes de l'évolution constitutionnelle française (24). Leur influence n'a cependant pas été telle qu'une réforme profonde de l'organisation politique française soit finalement engagée. Toutefois on a pu assister à un développement des organes consultatifs. En 1925 est ainsi créé un Conseil National Economique, chargé de la représentation des intérêts professionnels ; il sera associé à la procédure d'extension en 1936 (25).

En 1922, P. Pic remarquait d'ailleurs : « *le développement des organes consultatifs (...) ne nous semble aucunement menaçant pour la représentation nationale ; et nous estimons au contraire qu'il y a tout profit pour le Parlement à ce que les projets de loi intéressant l'industrie et les travailleurs soient préalablement discutés et étudiés dans ces conseils, correspondant aux intérêts professionnels directement visés par ces projets* » (26).

Mais lorsque périodiquement il fut question de réenvisager la place de la représentation professionnelle dans l'organisation institutionnelle

française, des voix se sont toujours élevées pour rappeler – comme le fit P. H. Teitgen par exemple – qu'« *il est des dialogues qui sont mortels pour tous les régimes... Nous sommes un certain nombre à ne pas vouloir contresigner la déchéance de la République. Nous affirmons qu'il n'y a pas d'intérêt particulier – quand bien même il défendrait une cause juste – qui puisse prétendre discuter d'égal à égal avec la représentation nationale* » (27).

Finalement, chacun pressent à l'époque qui vient d'être évoquée que la législation doit faire place à une réglementation d'origine professionnelle et cela dans une recherche plus générale de nouvelles méthodes de transformation sociale. Mais beaucoup refusent de confier aux organisations professionnelles un pouvoir de commandement comparable à celui du législateur. La loi demeure fondamentalement l'expression de la souveraineté dont le principe même serait altéré par l'interposition d'intérêts particuliers, professionnels en l'occurrence.

On entrevoit ici les résonances actuelles de ce débat. La prudence traditionnelle à l'égard du rôle que les organisations professionnelles sont susceptibles d'avoir dans la production normative doit être reliée à la méfiance qu'inspirent les groupes sociaux. En d'autres termes, l'octroi de pouvoirs importants à des intérêts spécifiques est « suspect » car le péril existe que – même en se posant en vagues défenseurs de l'intérêt général – les groupements professionnels n'en viennent à se substituer au législateur lui-même. Finalement l'accroissement du pouvoir confié aux groupements professionnels porte toujours en lui le risque d'une dilution corrélative de la ligne de démarcation entre l'Etat et la société civile.

L'évocation de la position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective s'avère ici nécessaire. Le texte véhicule une critique de la législation sociale et invite à penser qu'elle procède en quelque sorte d'une manie nationale de légiférer, empêchant l'adaptation des entreprises (28). De la sorte, en laissant « *suffisamment d'espace à la négociation collective* » la loi elle-même retrouverait sa vigueur (29). Dans cette

(21) M. Borgetto, op. cit., p. 54.

(22) Eismein, Droit constitutionnel, Paris, 8^e éd., p. 332.

(23) Sieyès, Le Moniteur, 1794, p. 294.

(24) J. P. Beurier, Le rôle du Conseil Economique et Social, chroniques constitutionnelles et administratives françaises, RDP, LGDJ 1983, p. 1627 et s.

(25) V. nos développements *infra*.

(26) P. Pic, Traité élémentaire de législation ouvrière, 1922.

(27) Cité par M. Bazex, L'administration et les syndicats, éd° Berger-Levrault, 1973, p. 15. Il est vrai qu'entre temps a eu lieu « l'intermède vichyste ». A la question de savoir si la représentation des intérêts constituerait aujourd'hui un principe général du droit qui s'imposerait en matière administrative, P. Devolvé et A. de Laubadère répondent par la négative. En revanche, « ...si la représentation des intérêts ne constitue pas une règle juridique, elle est du moins un principe d'organisation... Cette place privilégiée s'explique à la fois, du côté

des professionnels, par une aspiration particulièrement forte à faire entendre leur voix et une organisation qui donne plus de force à cette aspiration et, du côté des pouvoirs publics, par l'avantage que peut procurer la participation des gens du métier à la préparation, l'élaboration ou l'exécution de mesures qui peuvent être fréquemment d'une assez grande technicité » ; in P. Devolvé et A. de Laubadère, Droit public économique, précis Dalloz, p. 299.

(28) Pour une critique de ce texte v. G. Lyon-Caen « A propos d'une négociation sur la négociation » Dr. Ouv. 2001 p. 1.

(29) Cette critique de l'efficacité parlementaire fut de la même manière - il est ici utile de le rappeler - au cœur des propositions de l'Union des Intérêts Economiques créée peu avant la guerre de 1914 par une trentaine d'associations patronales et qui exigeait que les groupements professionnels fussent consultés sur tout projet de loi les affectant : sur la façon avec laquelle le patronat entendit son influence sur le Parlement entre 1919 et 1939 V. H. W. Ehrmann, La politique du patronat français (1936 - 1955), éd. A. Colin, 1959, p. 191 et s.

perspective, la position commune invite notamment à « clarifier » et à « articuler » les domaines respectifs de compétence de l'Etat et des interlocuteurs sociaux. Dans le système imaginé par la position commune, la négociation collective pourrait être chargée de définir les modalités d'application au niveau approprié des principes généraux fixés par la loi. Est alors évoquée la création d'une instance qui serait chargée de veiller à ce que le contenu des accords n'enfreigne pas l'ordre public social, domaine « réservé » du législateur mais qui est envisagé de façon extrêmement floue et allusive par le texte (30). En définitive, ces propositions risquent manifestement de provoquer une éclipse de la représentation nationale : les groupements professionnels pourraient prétendre se substituer au législateur lui-même sans se soumettre au contrôle constitutionnel existant (31).

Dans ces conditions, tout en exprimant ici de réelles réticences face à la professionnalisation du droit à laquelle la position commune du 16 juillet 2001 invite, il ne s'agit pas pour autant d'exclure toute perspective de réforme. Ainsi – on tentera d'en convaincre ultérieurement – des aménagements de notre droit de la négociation collective sont envisageables : ils pourraient prendre appui sur la procédure d'extension.

Plus généralement au début du XX^e siècle, il apparaît finalement que l'idée d'une réglementation directe des conditions générales du travail par les organisations professionnelles se heurte autant à la conception française de la souveraineté qu'aux fondements de la théorie générale des contrats. La représentation professionnelle écartée de la législature, la convention collective paraît seule susceptible d'accueillir l'idée de loi professionnelle. Mais sa face contractuelle interdit de lui attribuer les effets de la loi à l'égard des tiers. Pour autant, le législateur de 1936 n'a pas renoncé à associer les organisations professionnelles à la confection de la loi professionnelle. L'extension permettra de réaliser cette ambition.

B - L'aplanissement des difficultés : l'extension.

Certains ont suggéré de combiner les techniques du droit public et du droit privé. C'est l'extension qui

(30) Cela n'est pas sans susciter quelques interrogations quand au sort de la compétence de l'Etat s'agissant de la garantie des libertés qu'elles soient de nature législative ou réglementaire ; sur l'idée d'une indisponibilité des droits fondamentaux en tant que limite posée à l'autonomie professionnelle V. I. Meyrat, *Droits fondamentaux et droit du travail*, Thèse, Paris X Nanterre, 1998, sp. p. 195/198 ; du même auteur « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente » Dr. Ouv. 2002 p.343. Voir également M. Miné, *Négocier la RTT*, 2^e éd., L'Atelier, spéc. Ve partie.

(31) Sur l'allure générale de la jurisprudence constitutionnelle s'agissant du rôle joué par, la convention collective à l'égard de la loi : V. L. Favoreu, « A propos de l'arrêt AGIRC : les limites du pouvoir normatif des partenaires sociaux », DS 2000, p. 337.

prolongera cette idée. Cette procédure ménage ainsi une place importante à l'autonomie collective dans notre système juridique (1). Si l'extension a fait l'objet de quelques réformes, il nous semble que la voie ouverte par l'association des pouvoirs réglementaire et professionnel en vue de confier un rôle accru à la convention collective parmi les sources du droit social mérite encore – dans le contexte actuel – d'être explorée (2).

1) C'est A. Rouast qui, semble t'il, a le premier clairement formulé l'hypothèse : « *le syndicat, même s'il est appelé à incarner l'autorité collective, ne présente pas de garanties suffisantes. Aussi l'intervention de l'autorité de l'Etat apparaît-elle comme pratiquement nécessaire* » (32). Un compromis sera effectivement trouvé : il consistera à combiner les mécanismes contractuels et réglementaires. Dans ce mécanisme, il convient d'abord de rappeler que la notion de représentativité est appelée à jouer un rôle capital. Il n'était en effet pas concevable d'envisager la détermination négociée des conditions générales du travail sans reconsidérer la qualité des négociateurs. Ainsi, l'appel à la notion de représentativité répond à cette nécessité (33). Une autre condition est également posée : ces groupements doivent être réunis par le ministre – le temps de la négociation – au sein d'une commission mixte. Ce faisant, l'allure générale ainsi donnée à la volonté collective consiste à mettre en place une sorte d'enceinte provisoire de la représentation professionnelle (34). A notre sens, le caractère temporaire du dispositif le rend compatible avec la conception alors dominante de la souveraineté nationale. En effet, charger d'une fonction quasi-législative une forme organique et permanente de la représentation des intérêts professionnels risquerait de fragiliser le législateur.

Simultanément, l'extension est pensée de façon à préserver l'essence collective de la réglementation professionnelle.

A l'action du pouvoir réglementaire doit être associé le Conseil National Economique, organe consultatif alors chargé de la représentation professionnelle au sein de nos institutions politiques (35). Créée par décret

(32) A. Rouast, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, Thèse, Paris, Lib. nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909, p. 160.

(33) Notre propos entend ici se limiter à restituer les voies empruntées par le droit français et qui ont permis d'y recevoir la conception de la convention collective comme loi professionnelle. Aussi comprendra t'on qu'il ne s'agit pas de s'engager dans une étude de la notion même de représentativité.

(34) Voir nos développements *infra*.

(35) Selon l'article 31 ve de la loi du 24 juin 1936 al 2 : le ministre devra prendre l'avis de la section ou des sections professionnelles compétentes du conseil national économique. Aujourd'hui c'est la commission nationale de la négociation collective qui doit donner son avis. Ainsi, la forme politique de la représentation des intérêts professionnels (on songe ici au Conseil Economique et Social) est désormais écartée de l'élaboration de la règle professionnelle.

en 1925 (36), cette institution consultative est à l'origine de l'actuel Conseil Economique et Social. Y siègent les représentants des groupements professionnels alors considérés comme les plus représentatifs. Ici, le Conseil National Economique veille notamment à la composition de la commission mixte convoquée par le ministre (37) : il atténue de la sorte l'influence étatique sur la conception de la loi professionnelle (38). L'extension ne place pas la fixation conventionnelle des conditions de travail sous la tutelle de l'Etat (39) : si le ministre décide de ne pas étendre, la convention librement négociée reste dans l'orbite contractuelle et ne s'applique qu'aux membres des groupements signataires (40).

Simultanément le législateur, en confiant au pouvoir réglementaire le soin de servir l'effet normatif de la convention collective, préserve de la sorte ce qu'il y a d'irréductible dans sa compétence.

Le choix du support réglementaire a pour conséquence que la convention collective n'acquiert pas la valeur normative d'une loi lorsqu'elle est étendue. De nos jours, cette idée demeure et elle a été récemment rappelée par la cour d'appel de Paris (41). Plus généralement, le législateur ne saurait voir son pouvoir d'initiative restreint par le seul fait de l'existence d'une convention étendue. Cette conception initiale conserve toute son actualité comme en témoigne la jurisprudence récente du Conseil Constitutionnel (42). De ce point de vue, la position commune du 16 juillet 2001 véhicule d'ailleurs une profonde remise en cause de l'autonomie du législateur à l'égard de la négociation collective. Elle suggère notamment que les partenaires sociaux soient officiellement saisis d'une demande d'avis sur l'opportunité d'une initiative législative. Plus encore, elle propose de « geler » la compétence législative en cas d'avis négatif, et de confier à la négociation le soin de traiter la question

que le législateur se proposait d'envisager. Celui-ci ne retrouverait la disposition de son pouvoir qu'en cas d'échec des négociations. A l'inverse en cas de conclusion d'un accord, le législateur serait tenu par son contenu. Ce faisant, il serait finalement privé de la possibilité de revenir sur une compétence qu'il aurait attribué à la négociation collective. Rapprochée de la jurisprudence constitutionnelle concernant le pouvoir normatif reconnu localement aux collectivités territoriales – laquelle veille scrupuleusement au respect des prérogatives du Parlement (43) – on mesure le pas considérable que la position commune propose de franchir. Il s'agirait finalement de hisser la représentation professionnelle au niveau de la représentation nationale sans d'ailleurs que la qualité représentative des « interlocuteurs sociaux » ne soit elle-même repensée (44). De notre point de vue une telle solution, parce qu'elle entame considérablement l'indivisibilité de la souveraineté, ne saurait donc être approuvée.

On l'aura compris, l'extension telle qu'elle vient brièvement d'être analysée réalise un compromis remarquable : elle ménage les principes généraux du droit public et du droit privé tout en permettant l'élévation de la convention collective au rang de loi professionnelle. La procédure d'extension manifeste ainsi la puissance en expansion (45) attribuée aux conventions collectives (46) et permet de satisfaire à la nécessité d'une réglementation générale d'origine professionnelle dans le respect de la souveraineté nationale.

2) On l'a évoquée plus haut, la position commune du 16 juillet 2001 invite à une division du pouvoir normatif de l'Etat au nom de la libération nécessaire de l'autonomie collective. Ce faisant, l'émancipation de la négociation collective impliquerait également une plus grande souplesse dans les rapports entre les différents

(36) V. G. Dubost, *Le Conseil National Economique*, thèse Paris, éd. Domat-Monchrestien, 1936 ; J. Rivero, *Les institutions économiques et sociales de la Constitution : le Conseil Economique*, DS, fasc. XXXI, 1947, p. 37.

(37) V. Rapport Y. Martin, *L'application de la loi du 24 juin 1936*, Imp. Nat., 1937, p. 20.

(38) L. Cremezi, *Les conventions collectives du travail et l'intervention des pouvoirs publics*, thèse, Paris, 1939, p. 29/30.

(39) La loi du 23 décembre 1946 prévoyait au contraire qu'en cas de difficulté tenant à l'élaboration d'une convention, le ministre pouvait fixer par décret les conditions de travail dans le champ professionnel considéré ; en outre l'agrément ministériel seul pouvait donner une valeur juridique aux conventions : V. M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, *Traité de droit du travail*, T. VII, 2^e éd., Dalloz, 1989, p. 52.

(40) Conformément aux dispositions de la loi du 25 mars 1919.

(41) C. A. Paris, 22 sept. 2000, RJS 1/01, n° 74. Sur la question de la sanction pénale de clauses conventionnelles dérogatoires contenues dans les conventions ou accords étendus : V. Y. Chalaron, DS 1984, p. 505. Voir également A. Cœuret et E. Fortis, *Droit pénal du travail*, LITEC, 2^e éd., 2000, p. 222 et suiv.

(42) V. la décision du Conseil Constitutionnel du 10 juin 1998, RJS 7/98, n° 939 ; V. les observations de L. Favoreu sous cette décision in RFD const. 1998, p. 640.

(43) Déc. 79 - 104 DC du 23 mai 1979, Territoire de la Nouvelle-Calédonie, RJC I, p. 69 ; Plus généralement sur la question du

pouvoir territorial telle qu'elle est actuellement envisagée dans notre droit constitutionnel : V. L. Favoreu, P. Gaia, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, 3^e éd., Dalloz, 2000, n° 696 et s.

(44) Il est vrai que la position commune invite à revoir les conditions de signature des accords et conventions, mais elle reste silencieuse sur la notion de représentativité elle-même. Sur le premier aspect v. F. Saramito « A la recherche d'une majorité dans la négociation collective » *Dr. Ouv.* 2000 p. 428 ; sur le deuxième aspect v. numéro spécial *Dr. Ouv.* août 1998.

(45) L'usage du terme « expansion » ne fait pas allusion à l'effet erga omnes de la convention puisqu'elle n'agit pas comme une loi tant qu'elle n'a pas été étendue, mais il évoque plutôt sa vocation à « être » la loi professionnelle.

(46) Certes, avec la loi du 11 février 1950 une étape importante a été franchie. Il est alors admis que sans être étendue, la convention puisse s'appliquer à tous les salariés liés à un employeur qui s'y est volontairement soumis. De plein droit, les organisations syndicales disposent de la sorte d'un pouvoir à l'égard des non-syndiqués sans l'aide de l'imperium étatique tout en étant tributaires du consentement nécessaire des employeurs. Pour une analyse de la loi du 11 février 1950 envisagée sous cet angle, voir not. les observations de J. Brethe de la Gressaye sous Cass. civ. (sect. soc) 17 juillet 1956, Rec. Dalloz, 1957, jurispr. p. 509. Sur la conception de la convention collective initiée par la loi de 1950 : voir plus généralement A. Lyon-Caen, *Grandeur et décadence de la loi professionnelle*, art. op.cit.

niveaux de négociation. Pour cela, il est proposé que les interlocuteurs sociaux puissent disposer de l'effet impératif de la convention collective. Au niveau de la branche, il leur reviendrait de se prononcer sur le caractère obligatoire de la convention à l'égard des employeurs normalement assujettis. Il est envisagé que la convention de branche puisse en quelque sorte être supplétive de la volonté exprimée au niveau de l'entreprise. Ainsi les signataires d'une convention de branche pourraient prévoir que la convention devra s'effacer – pour tout ou partie – devant la convention conclue dans l'entreprise (46 bis). Une telle proposition affecte directement la conception de la convention de branche en tant que loi professionnelle au nom de l'adaptation nécessaire aux spécificités des entreprises. La méthode invite de la sorte à l'hétérogénéité conventionnelle : ce point peut d'ailleurs légitimement inquiéter si l'on se souvient que la négociation pourrait agir sur des matières normalement « indisponibles » (47), à savoir les principes généraux du droit du travail (48). En outre, une réforme du régime actuel de l'extension est suggérée, laquelle semble vouloir laisser l'appréciation de l'opportunité de la procédure à la discrétion des partenaires sociaux. La solution rompt de la sorte avec le droit actuel de l'extension, puisque la compétence du Ministre en la matière est discrétionnaire (49).

Si les voies d'une refonte du système de la négociation doivent être effectivement explorées en vue de mieux répondre aux besoins exprimés par les acteurs des relations sociales, il nous semble que d'autres méthodes pourraient être envisagées et qui ne rompraient pas de façon aussi radicale avec l'équilibre trouvé par le droit français de la négociation collective. Ici, l'extension pourrait être revisitée. Tout en préservant l'unité du pouvoir normatif de l'Etat en matière sociale, l'extension autorise la diversité des régimes applicables par la prise en considération des spécificités propres à chaque activité professionnelle. Plutôt que de laisser aux entreprises une forme de compétence discrétionnaire à l'égard de la branche, il pourrait plutôt s'agir d'envisager une extension au niveau local ce qui permettrait d'introduire un niveau intermédiaire dans la confection des normes professionnelles qui intégrerait davantage encore les spécificités des sujets de la convention ou de l'accord. Il semble ensuite également possible de songer à une réforme de la procédure qui l'ancrerait plus fortement dans la volonté des organisations professionnelles.

L'extension est actuellement une procédure centralisée. Certes, des conventions conclues pour un échelon infranational sont susceptibles d'être étendues mais elles restent largement minoritaires. L'organisation d'une procédure d'extension au niveau territorial - régional ou départemental - pourrait offrir les moyens d'une négociation davantage en prise avec les spécificités des entreprises tout en s'imposant à elles. Le recours à l'extension présente ici - on l'aura compris - l'avantage de doter l'accord ou la convention d'un effet impératif dissocié de la posture active ou passive prise par les employeurs dans chaque entreprise (50). Ce faisant, l'approche locale permettrait d'éviter la balkanisation conventionnelle induite par la considération de la seule entreprise en tant qu'unique niveau pertinent pour corriger l'uniformité produite par la branche. Ici donc, l'extension au niveau local pourrait être prévue en fonction de l'objet de la négociation. En définitive, il s'agit de suggérer que la négociation collective pourrait prendre appui sur la déconcentration pour s'enrichir utilement.

L'Etat peut – on le sait – déléguer certains pouvoirs de décision des autorités ministérielles à des autorités locales qu'il a lui-même nommées. Rien ne s'oppose à notre connaissance au transfert du pouvoir de décision du Ministre en matière d'extension vers une autorité déconcentrée. On songe alors au préfet, lequel dispose déjà de certaines attributions touchant au droit de la négociation collective. En matière de repos hebdomadaire (51) en effet, le préfet de département peut prendre appui sur un accord collectif pour ordonner par arrêté la fermeture des établissements. Ici, la jurisprudence administrative comme judiciaire veille d'ailleurs à ce que l'arrêté préfectoral corresponde à « la volonté de la majorité indiscutable des intéressés » (52). Précisons également que les dérogations prévues en la matière ne sont pas possibles lorsqu'un arrêté a été pris par le préfet (53). Certes, la procédure en matière de repos hebdomadaire diffère de l'extension car l'acte juridique final est par nature un acte administratif. Mais il ne paraît pas déraisonnable de suggérer que la procédure d'extension pourrait être introduite au niveau départemental ou régional. La réunion d'une commission mixte à ce niveau devrait alors être envisagée. Tous les syndicats les plus représentatifs de la profession à l'échelle du département ou de la région devraient être conviés, ce qui serait d'ailleurs susceptible d'ouvrir la table des négociations à des organisations ayant prouvé leur représentativité à ce niveau.

(46 bis) C'est dans un tel cas de figure que le TGI de Paris a procédé à l'annulation de l'avenant à la convention collective des assurances au motif de la violation de l'art. L. 132-23 C. Tr. V. ci-après p. 451 TGI Paris 14 mai 2002 avec le commentaire de M. Bonnechère.

(47) Selon les termes employés par I. Meyrat, thèse op. cit, p. 198.

(48) M. Bonnechère « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères » Dr. Ouv. 2001 p. 411.

(49) Il doit bien sûr veiller à la légalité des dispositions de la convention : V. A. Jeammaud, J. Pelissier et A. Supiot, Droit du travail, précis Dalloz, 20^e éd., p. 854.

(50) V. C. Radé, Les limites du « tout contractuel », Dt. Soc, 2000, p. 828. (51) Art. L. 221-17.

(52) Cass. Soc. 25/10/90, BC. V, n° 509 ; Cass. Crim. 9/10/90, RJS 12/90, n° 981 ; CE 11/12/92, RJS 3/93, n° 282.

(53) CE 14/12/79, Rec. Lebon, p. 465.

L'extension telle qu'elle est aujourd'hui conçue associe à la procédure la Commission nationale de la négociation collective chargée d'émettre un avis (54). Il est utile de rappeler que des organes consultatifs socio-économiques existent actuellement au niveau local : on songe notamment aux comités régionaux et départementaux de la formation professionnelle, de la promotion sociale et de l'emploi (55). Dès lors, l'organisation de la procédure à ces niveaux paraît tout à fait envisageable.

Certes, l'on pourrait considérer que l'introduction de l'extension au niveau local demeure une démarche étatique qui laisse peu de place à l'autonomie collective dont l'action normative reste largement tributaire du pouvoir réglementaire. En effet, en l'état du droit positif la compétence est discrétionnaire : il n'y a aucune obligation d'étendre la convention et l'avis émis par la Commission nationale de la négociation collective est purement consultatif. Si en pratique le ministre prend généralement l'avis en considération, il n'en reste pas moins que le pouvoir réglementaire reste en principe libre à l'égard des organisations professionnelles. Ici aussi, l'aménagement de la procédure pourrait sans doute permettre d'accentuer le rôle des organisations professionnelles dans la confection des règles professionnelles.

Il pourrait par exemple être admis que lorsque l'accord ou la convention est signé par la majorité des

syndicats représentatifs réunis au sein de la commission mixte, le préfet ou le ministre – lorsqu'il y est invité par l'organe consultatif compétent (56) – soit tenu de doter l'accord ou la convention d'un support réglementaire. On pourrait d'ailleurs envisager que les conditions posées à l'extension soient déterminées en considération des thèmes concernés par l'accord ou la convention. En toute hypothèse, l'autorité réglementaire devrait toutefois contrôler la conformité des clauses conventionnelles aux dispositions légales. Ici enfin, il appartient toujours au juge administratif de se prononcer sur la légalité de l'arrêté. S'agissant de l'extension locale, le Ministre pourrait conserver un droit de regard sur la décision préfectorale.

On a tenté d'en convaincre, l'extension est un mécanisme qui conserve aujourd'hui encore tout son intérêt : loin d'être un héritage vétuste de la période du Front Populaire, cette procédure permet d'abord de préserver la compétence législative tout en confiant aux partenaires sociaux un rôle important dans la confection de la norme professionnelle. L'extension est susceptible ensuite de nourrir à l'avenir une réflexion sur le système actuel des relations professionnelles. Le poids des groupements professionnels pourrait y être renforcé et son introduction au plan local pourrait utilement servir la prise en considération de la diversité de la situation des entreprises.

II.

La représentation de la profession et la commission mixte : le sens spécifique de l'extension.

En 1936, la réalisation de l'idée de loi professionnelle supposait nécessairement que soit envisagée la question de la représentation de la profession. Il nous semble que la réunion de la commission mixte répond à cette nécessité. La commission mixte est le lieu exclusif de l'élaboration de la future loi professionnelle et sa convocation est au cœur même de l'extension. Cette lecture du rôle initialement assigné à la commission mixte à l'égard de la profession (57) éclaire quelques décisions administratives récentes (A).

La fonction prêtée à la commission mixte à l'égard de la profession invite également à s'interroger sur l'autorité de la convention collective négociée en son sein à l'égard des entreprises. Elle est largement

tributaire de la situation de la partie patronale et l'influence du modèle « 36 » sur la jurisprudence contemporaine est ici encore manifeste (B).

A - La commission mixte et la profession.

Aujourd'hui, la constitution de la commission mixte est considérée le plus souvent comme une formalité de la procédure d'extension. Or, il est permis de soutenir que tel n'est pas le sens de cette disposition. Si seule la convention conclue au sein de la commission a vocation à devenir la « loi de la profession », c'est parce que la commission assure – dans l'esprit du législateur de 1936 – une représentation homogène de la profession, par l'union de ses représentations parcellaires (1).

(54) Ici il est utile de rappeler – l'expérience dirigiste de 1946 mise à part – que la loi du 11 février 1950 a écarté la représentation institutionnelle des intérêts professionnels – le Conseil National Economique – de la procédure d'extension pour confier la fonction consultative à une Commission spécifique – la Commission supérieure des conventions collectives renommée Commission supérieure de la négociation collective en 1971.

(55) Art D. 910 et s.

(56) Il s'agirait de la Commission nationale de la négociation collective lorsque l'extension est prononcée au niveau national et des comités régionaux ou départementaux lorsque la procédure est conduite à l'échelon local.

(57) Pour une étude des rapports entre le concept de profession et de la notion de branche dans la perspective de l'élevation de la convention collective au rang de loi professionnelle, nous nous permettons de renvoyer à notre thèse « La profession et la branche : leur rôle dans la conception française de la convention collective » ; Nanterre, 1996, pub. in Septentrion - Presses universitaires.

On l'aura compris, l'extension doit être envisagée en contemplation de la règle à laquelle elle a pour vocation de donner naissance : la loi de la profession. Cette lecture permet d'éclairer utilement certaines solutions dégagées par le droit positif concernant l'exclusion par le ministre de certains secteurs professionnels pourtant visés par la convention négociée en commission mixte. Celle-ci est incompétente pour déterminer - même partiellement - les règles applicables à des activités qui ne relèvent pas de la profession qu'elle est supposée représenter (2).

1) La convocation d'une commission mixte est un dispositif important de la loi du 24 juin 1936. Composée des représentants des organisations les plus représentatives (58), elle est seule chargée de la préparation de la future loi professionnelle. Le passage par la commission mixte est donc obligatoire pour l'extension de la convention collective.

Certes, ce principe a connu quelques tempéraments. La lettre de la loi de 1936 se référait exclusivement à la commission mixte pour l'élaboration de conventions susceptibles d'extension. Toutefois, il a été admis que les groupements syndicaux pouvaient de leur propre initiative engager directement des négociations en vue de la conclusion d'une telle convention, cette interprétation ayant été jugée conforme « à l'esprit qui inspire la loi du 24 juin 1936 » (59). Cependant la pratique progressivement instaurée de ne plus recourir à la commission mixte a nécessité que le Conseil d'Etat réaffirme, dans son avis du 23 décembre 1978, le principe du passage obligatoire (60). Aujourd'hui, la nécessité d'une négociation en commission mixte est fermement établie (61). La commission mixte est bien l'enceinte exclusive de l'élaboration de la règle professionnelle, même s'il peut sembler que les conditions actuelles de sa réunion l'ont reléguée à une place symbolique en matière d'extension des conventions collectives (62). On l'a parfaitement souligné, « il est tout à fait normal que cette exigence soit impérative ; l'absence de négociation en commission mixte risquerait de consacrer l'exclusion

d'une organisation représentative ; or tous les syndicats ont vocation à participer à la négociation » (63).

Cette solution constitue la manière la plus efficace de sauvegarder les intérêts légitimes de l'ensemble des groupements professionnels. Leur mise à l'écart ne peut résulter ni de la spontanéité de la négociation ni même d'ailleurs de l'appréciation discrétionnaire du pouvoir réglementaire (64). Le ministre est tenu de convoquer l'ensemble des organisations les plus représentatives. Il pourrait en effet être tenté de mettre à l'écart certains groupements au nom de l'efficacité de la négociation. En effet, certains observateurs ont déjà souligné que l'on ne saurait ignorer que la désignation par l'administration des groupements représentatifs est sujette à « des appréciations divergentes au sein du gouvernement sur la représentativité d'un syndicat, et sur l'opportunité de sa reconnaissance » (65). Lors des débats préparatoires de la loi du 24 juin 1936, certains avaient d'ailleurs soutenu : « nous tentons un commencement d'organisation de la profession, cette tentative est condamnée d'avance si, à l'intérieur des débats d'où sortiront les conventions collectives, nous introduisons la multiplicité d'organisations patronales et d'organisations ouvrières, déjà animées les unes contre les autres d'un esprit de rivalité » (66). Ici, on y reviendra, le Conseil National Economique a toujours veillé sur les conditions dans lesquelles le ministre composait la commission (67).

Finalement, l'exigence de convocation de la commission est bien la garantie de la participation de toutes les organisations les plus représentatives à l'élaboration conventionnelle du droit professionnel. La constitution de la commission mixte conduit en définitive à organiser la négociation selon certaines formes. Ce faisant, l'allure solennelle donnée à l'élaboration de la future « loi » de la profession n'est pas détachable de l'habilitation du ministre à user de son pouvoir réglementaire. Telle est d'ailleurs la jurisprudence constante du Conseil d'Etat, lequel décide aujourd'hui encore que l'arrêté d'extension d'une convention est nul lorsque la commission mixte n'a pas été régulièrement formée (68).

(58) Article 31 va du Code du travail : « à la demande d'une organisation syndicale, patronale ou ouvrière intéressée, le ministre du travail ou son représentant provoquera la réunion d'une commission mixte en vue de la conclusion d'une convention collective ayant pour objet de régler les rapports entre employeurs et employés d'une branche d'industrie ou de commerce déterminée ».

(59) V. Petit, les conventions collectives de travail, thèse, Paris, 1937, p. 267.

(60) V. J.-P. Chauchard, La conception française de la négociation et de la convention collective de travail, Thèse Paris I, 1984, p. 90. V. S. Ballet, Du droit de la négociation à la capitulation d'un droit, Dr. Ouv. 1979, p. 86 et le texte de l'avis sus mentionnée, p. 91.

(61) C.E., 13 avril 1988, D.S., somm. comm., 1990, obs. X. Prétot et D. Chelle, p. 137 et s. ; CE, 20 mai 1988, Jurisprudence sociale UIMM, septembre 1988, p. 376.

(62) J.P. Chauchard, La conception française..., thèse, op. cit., p. 89/90.

(63) P. Langlois, Droit public et droit social en matière de négociation collective : le droit public au service du rayonnement de la négociation collective, Dt soc, 1991, p. 935.

(64) M. Morisot, conclusions sous C.E., 17 avril 1970, DS, 1970, p. 370 : « l'hypothèse où il pourrait y avoir détournement de pouvoir serait celle dans laquelle un gouvernement (...) tenterait de favoriser ou d'entraver l'action de certaines tendances syndicales ».

(65) V. J. Savatier, note sous C.E. 24 avril 1974, Dt. soc, 1975, p. 127.

(66) L. Blum, J.O. Déb. parl. Sénat, 12 juin 1936, p. 1397.

(67) Rapport Y. Martin, L'application de la loi du 24 juin 1936, op. cit, p. 20.

(68) C.E., 23 juillet 1943, association de la presse médicale française et autres, Rec. Lebon, p. 204. V. N. Meyohas, l'extension..., thèse, op. cit, p. 69/74. Cette interprétation est fermement établie : CE, 26 octobre 1988, Dr. Ouv. 1989, p. 228, note R. Pascré ; DS 1989 p. 237, note D. Aufrère - Philbert ; DS, 1990, somm. comm. p. 137, note X. Prétot et D. Chelle.

Il convient alors de tenter de préciser le rôle de ce dispositif. Le point est connu, le droit français facilite la constitution de multiples groupements en vue de la défense des intérêts les plus divers existant au sein d'une même profession (69). En 1936, il s'agit principalement « *d'aboutir à une réglementation de la profession par les groupements professionnels quels qu'ils soient, s'ils offrent des garanties suffisantes* » (70). Une telle analyse conduit logiquement à tempérer le principe de l'égalité entre les groupements professionnels. La solution a été importée du droit international auquel la loi du 24 juin 1936 a directement emprunté la notion d'organisations professionnelles les plus représentatives (71). A l'époque, certains ont pu souhaiter que cette qualité ne soit reconnue qu'à une seule organisation, ignorant de la sorte le pluriel de l'article 31 va issu de la loi du 24 juin 1936. L. Blum, favorable à cette solution (72) estimait que « *tout au long de la législation du travail dans ce pays, on a considéré que la plus importante des organisations représentant soit le patronat, soit la classe ouvrière, avait qualité pour traiter en son nom* » (73).

L'argument n'était toutefois pas pertinent : pour la constitution des sections professionnelles du Conseil National Economique, le principe de la pluralité des organisations les plus représentatives a toujours été retenu sans aucune ambiguïté (74). Il en a été de même lorsqu'il s'est agi de constituer les commissions mixtes : le rapport Y. Martin, qui dressait le bilan de l'application de la loi du 24 juin 1936, constate d'ailleurs que l'appréciation de la représentativité des groupements n'a pas posé d'importantes difficultés : « *l'intervention du Conseil National Economique a généralement été suffisante pour régler les contestations puisque les sections professionnelles, composées des représentants ouvriers et patronaux des industries en cause, étaient généralement au fait de la profession,*

pour savoir si ces organisations étaient bien les plus représentatives » (75).

Chaque syndicat représentatif peut d'une certaine manière prétendre représenter à lui seul la profession (76). Simultanément, si l'on envisage la profession elle-même, les syndicats représentatifs pris isolément ne sont que des « *morceaux de profession* » (77). Aussi, la réunion provisoire des syndicats et groupements les plus représentatifs au sein de la commission mixte est – on l'a dit – une garantie de la participation de toutes les organisations les plus représentatives à l'élaboration du droit professionnel. Une circulaire ministérielle du 17 août 1936 permet de préciser encore l'analyse : elle invite « *les organisations les plus représentatives à s'entendre pour former au sein de la commission mixte la délégation incontestablement la plus représentative de la profession* » (78).

De la sorte, une définition de la commission mixte peut finalement être proposée : il s'agit du groupe des organisations les plus représentatives chargées ensemble de représenter la profession.

2) Tout le problème est alors de mieux comprendre les prérogatives du ministre dans l'exercice de son pouvoir réglementaire. Comment expliquer qu'il puisse, en dépit de la volonté qui s'est dégagée au sein de la commission, exclure certaines activités du domaine professionnel visé par la convention ? La loi du 24 juin 1936 énonce que « *la convention susceptible d'extension doit avoir pour objet de régler les rapports de travail d'une branche déterminée* » (79). Le ministre doit s'en assurer avant d'apposer le sceau réglementaire sur la convention. Le droit des conventions collectives n'a pas varié sur ce point. Force est de constater, à l'issue de la seule lecture de la disposition sus-mentionnée, que la « *formule est vague et permet une application souple* » (80).

On a pu soutenir que le rôle du ministre se limitait à doter la convention de l'imperium étatique. Le ministre

(69) Pour une étude récente de cette question : V. A. Arseguet, *Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale*, in *Mélanges dédiés au Président M. Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 401 et s.

(70) L. Cremezi, *Les conventions collectives de travail et l'intervention des pouvoirs publics*, thèse op. cit., p. 27.

(71) La méthode paraissait la seule susceptible de fonder la sélection des groupements professionnels constitués pour une même profession. En 1936, il n'existe aucune définition de cette notion et la jurisprudence en précisera peu à peu les critères, s'inspirant largement des solutions dégagées par la Cour de la Haye, en 1922. La présence - en plus de l'importance du nombre d'adhérents - des critères de l'activité, de l'indépendance et de l'ancienneté des groupements autorise alors la pluralité d'organisations les plus représentatives : L. Cremezi, *Les conventions collectives de travail et l'intervention des pouvoirs publics*, thèse, op. cit, p. 26/27 ; S. Yannakourou, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur*, LGDJ, 1995, p. 116/117 ; H. Trouve, *La notion des syndicats les plus représentatifs de la profession - contribution à l'histoire du droit syndical*, éd. Sirey, 1942, p. 99/100 ; T. Mitsou, *Les rapports entre la convention collective et la sentence arbitrale*, LGDJ, 1958, p. 205.

(72) Pour L. Blum, « toute autre solution rendrait la loi inapplicable ». La polémique avait été engagé à l'occasion du débat de l'amendement

Coty, qui proposait, pour lever toute ambiguïté, de supprimer les termes les plus représentatives, pour ne se référer qu'à la notion d'organisation syndicale représentative : V. P. Durand et A. Vitu, *Traité*, T. III, op. cit, p. 360 et la note (1).

(73) *Propos cités par H. Trouve*, thèse op. cit, p. 184.

(74) *V. les travaux préparatoires de la loi du 19 mars 1936*, JO Déb. parl. Chambre, 12 février 1936, p. 335.

(75) *Rapport Y. Martin*, op. cit, p. 20.

(76) *Sur la nature de la représentation à l'œuvre (de sujets ou d'intérêts) s'agissant des syndicats représentatifs, voire les indications bibliographiques livrées par A. Jeammaud, A. Suipt et J. Pélissier in Droit du Travail op. cit, p. 92, note (3).*

(77) *A. Arseguet, La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, Thèse Toulouse, 1976, p. 642 note (1).

(78) *Circulaire du 17/08/1936, relative à l'application de la loi du 24 juin 1936*, DS, 1938, p. 45/46.

(79) *Article 31 va du Code du travail, issu de la loi du 24 juin 1936.*

(80) *Commentaire de M. Debré sous la loi du 24 juin 1936*, op. cit, p. 371.

aurait pour seule fonction de doter la convention d'un support réglementaire. Exclusivement chargé de hisser la convention au rang de loi, il ne saurait porter atteinte à la volonté qui s'est dégagée au sein de la commission. Une telle lecture aboutit à ce « *qu'une convention soit étendue dès lors qu'elle a été signée par les organisations représentatives* » (81). Cette thèse a été rejetée sans aucune ambiguïté par le Conseil d'Etat (82). La branche est une notion « *qu'il appartient au ministre, sous le contrôle du juge administratif, de définir* » (83). Même si la convention a été négociée par les organisations les plus représentatives réunies au sein de la commission mixte, il incombe au ministre de ne pas consacrer « *les abus de frontière* » (84). Tout au plus les garanties dont l'élaboration de la convention a été assortie sont-elles constitutives d'une présomption de régularité : « *nous proposerons de faire jouer les règles de la preuve à partir d'une donnée de base selon laquelle une industrie qui figure expressément dans la convention est présumée faire partie de la branche* » (85). Ainsi envisagée, la référence à la branche en matière d'extension consiste à confier au ministre le soin de contrôler que la commission n'a pas outrepassé sa compétence. Ce que l'extension recherche « *c'est l'élaboration d'une charte qui devienne la loi de la profession, c'est que son champ recouvre toute l'activité professionnelle et rien que l'activité professionnelle* » (86).

Ce disant, il apparaît que le soin mis à la constitution de la commission mixte n'est pas dissociable de la qualité prêtée à la convention négociée en son sein : elle a vocation à être la loi de la profession. Chaque commission mixte ayant vocation à regrouper toutes les organisations les plus représentatives chargées ensemble de représenter exclusivement la profession envisagée, il n'est pas concevable que plusieurs commissions puissent également prétendre représenter les mêmes activités professionnelles.

Cette conception nourrit – nous semble t'il – la jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat. En effet, la juridiction administrative a estimé récemment qu'en matière de concours de champs d'application professionnels tout chevauchement entre deux conventions étendues est exclu (87). Il convient brièvement de le rappeler, les signataires d'une convention collective ordinaire en déterminent en principe librement le champ d'application et les règles dégagées en cas de concours permettent généralement de désigner les dispositions applicables. Dans l'hypothèse de la convention susceptible d'extension, la

décision du Conseil d'Etat suggère qu'au sortir de la procédure, chaque convention étendue a un domaine professionnel qui lui est exclusif.

Le dessin des contours de la profession n'est donc pas laissé à l'entière volonté des organisations professionnelles, comme si l'identification du champ professionnel de la convention soumise à l'extension relevait pour partie d'une démarche objective.

Il nous semble que c'est bien la fonction prêtée à la commission mixte dans le mécanisme imaginé par le législateur de 1936 qui explique la solution dégagée par les juges administratifs. Aucun empiètement conventionnel n'est possible puisque chaque commission est supposée représenter toute la profession. Dans ces conditions, l'existence d'un chevauchement entre deux conventions étendues révélerait en définitive qu'une commission mixte a outrepassé sa compétence.

Tout se passe comme si la convention collective restituait par l'écrit la profession supposée s'incarner dans la commission mixte. On perçoit également le rôle structurant de la procédure d'extension, qui remplit ici incontestablement une fonction d'organisation des activités professionnelles.

B - Les groupements d'employeurs et l'autorité de la commission mixte à l'égard de la profession.

Lorsqu'il s'agit d'envisager la confection de la future loi professionnelle par la commission mixte, il apparaît que la recherche du consensus a longtemps prévalu. Le déroulement des négociations elles-mêmes a été appréhendé de manière à tenir compte des observations émises par tout intéressé. En 1936, toute la procédure est envisagée de sorte à éviter toute contestation ultérieure, et c'est l'exigence d'une unanimité de signature - du côté syndical comme patronal - qui répond le plus nettement à cette préoccupation (1).

Aujourd'hui toutefois, l'unanimité n'est plus requise, ce qui permet de comprendre pourquoi les organisations d'employeurs ont la maîtrise du tracé des contours de la branche professionnelle à l'occasion de l'extension. Au sortir définitif de la procédure, la convention étendue était envisagée par le législateur de 1936 de façon particulière : c'est en elle - et en elle-seule - que la loi de la profession s'incarnerait. Il semble que cette conception est aujourd'hui encore particulièrement vivace dans la jurisprudence (2).

(81) N. Meyohas, L'extension des conventions collectives, thèse op. cit., p. 171/172.

(82) V. A. Brun, L'extension des conventions collectives de travail en jurisprudence, DS 1960, p. 642/648.

(83) CE, 4 mars 1960, fédération nationale des industries chimiques et parties similaires, conclusions Nicolay, DS 1960, p. 342/362.

(84) M. Nicolay, conclusions sous CE, 4 mars 1960, op. cit., p. 357.

(85) M. Nicolay, conclusions sous CE, 4 mars 1960, op. cit., p. 357.

(86) M. Nicolay, conclusions sous CE, 4 mars 1960, op. cit., p. 355.

(87) V. P. Fombeur, conclusions sous CE 6 novembre 2000, Fédération nationale des travaux publics, RJS 3/01, p. 199.

1) Sous le régime de la loi du 24 juin 1936, l'extension est le seul cas où la convention collective peut être dotée d'un effet impératif à l'égard des salariés et des employeurs sans considération pour leur appartenance syndicale. On a tenté de le montrer, la commission mixte a pour vocation de représenter l'ensemble de la profession et le Conseil National Economique veille à ce que toutes les organisations représentatives soient appelées à siéger. En 1936, la commission doit pouvoir être regardée comme le porte-parole incontesté de la profession. Elle est d'ailleurs susceptible d'être rappelée à cette mission. En effet, les mesures de publicité sur l'extension projetée visent à recueillir les observations des groupements intéressés quoique non représentatifs. Lorsque des objections ont été tirées de l'inadaptation des clauses à certaines activités spécifiques – artisanales notamment – le Conseil National Economique a adopté deux attitudes. Il a d'abord pu choisir d'inviter la commission à renégocier les dispositions critiquées afin de les rendre applicables aux intéressés (88). Il a souvent émis cette suggestion en cours de négociation. Plus exceptionnellement, après avoir auditionné certains groupements non conviés à la négociation, le Conseil a pu exiger que les membres de la commission procèdent à des modifications alors que la convention était déjà conclue (89). Parfois, le Conseil a finalement préféré rendre un avis défavorable à l'extension. Dans ce cas, le ministre, plutôt que de passer outre cet avis négatif, choisissait alors d'inviter lui-même la commission à lever les obstacles signalés par le Conseil (90). Ce faisant, la procédure était conduite de sorte à éviter toute contestation quant au champ d'application de la convention étendue et celle-ci pouvait s'imposer aux entreprises qui n'étaient pas membres des organisations patronales signataires. D'ailleurs à la suite des vifs conflits que suscitera la loi du 23 décembre 1946, un arrêté du 13 mars 1947 admettra le droit pour les organisations non convoquées « de présenter au président de la commission mixte leurs suggestions et leurs demandes ; ces organisations sont tenues au courant de l'état des travaux de la commission » (91). Dans cet ordre d'idées, on conçoit également que l'unanimité de signature soit l'issue la plus souhaitable. Certes, rien ne

s'est jamais opposé à ce que le ministre étende une convention conclue par certaines organisations représentatives seulement (92). Sous le régime de la loi du 24 juin 1936, le Conseil d'Etat avait cependant posé la règle de l'unanimité de signature (93).

Ce faisant, toute la procédure était conduite de sorte à ériger la convention en loi incontestée de la profession. De ce point de vue, on doit constater une évolution : contrairement à ce qui fut la posture prise en 1936, la procédure de l'extension n'est plus pensée de sorte à aplanir en amont toute difficulté relative au champ d'application de la convention étendue.

2) Aujourd'hui, l'unanimité de signature au sein de la commission n'est plus requise même si elle demeure toujours espérée (94). L'absence de signature de l'une des organisations patronales siégeant à la commission ne fait pas obstacle à l'extension en tant que telle.

Mais le refus de signature de l'une des organisations d'employeurs siégeant à la commission interdit aux autres organisations d'employeurs de pouvoir prétendre représenter des employeurs qui ne sont pas ses membres mais ceux de l'organisation réfractaire. Ce faisant, l'aire de compétence de ces organisations « dissidentes » doit nécessairement être retranchée par le ministre du champ initialement envisagé. Ainsi le Conseil d'Etat a-t-il jugé « que le secrétaire d'état, qui s'est borné à constater que les organisations syndicales ne s'étaient pas engagées, a légalement exclu de l'extension les industries de l'amiante » (95).

Enfin, tandis que des organisations patronales se sont constituées pour un vaste ensemble d'activités, il se peut que des activités spécifiques aient donné lieu à des regroupements plus étroits. Sans donc pouvoir prétendre siéger dans la commission mixte, ces groupements plus restreints et homogènes peuvent aisément établir leur aptitude à représenter des activités spécifiques face à une organisation patronale signataire de la convention dont la compétence est plus vastement définie (96). Dans ce cas, le ministre devra détacher ces activités particulières des activités économiques plus généralement visées par la convention (97). Il est d'ailleurs habilité à vérifier quelles sont les activités précisément atteintes par la

(88) Bulletin périodique du Conseil National Economique, n° 1, oct. 36 - janv. 38, réf. arch. nat. : 4°J° 11319, p. 86.

(89) Bulletin périodique du Conseil National Economique, n° 1, op. cit, p. 86.

(90) Ce point est souligné par P. Durand et A. Vitu, in *Traité de Droit du travail*, Dalloz, 1956, T. III, p. 633.

(91) V. P. Durand et A. Vitu, *Traité*, T. III, op. cit, p. 613, note (2).

(92) P. Durand et A. Vitu, *Traité*, T. III, op. cit, p. 640/641.

(93) CE, 3 mars 1939, Confédération nationale des coiffeurs de France et des colonies, Rec. Lebon, p. 140. CE 28 février 1941, Chambre syndicale de la petite et moyenne culture, Rec. Lebon, p. 26. La solution est maintenue sous l'empire de la loi du 11 février 1950 : CE 4 mars 1960, Fédération nationale des industries chimiques, DS, 1960, p. 349. C'est à partir de l'ordonnance du 23 décembre

1967, que les conditions relatives à la signature de l'accord soumis à l'extension ont été assouplies : V. J.-P. Chauchard, *La conception française...*, Thèse, op. cit, p. 60/65.

(94) M. Despax, *Négociations, conventions et accords*, *Traité* op. cit, p. 472.

(95) CE 4 mars 1960, fédération nationale des industries chimiques et parties similaires, op. cit ; voir également CE, 2 mars 1962, DS 1962, p. 346.

(96) P. Langlois, note sous CE 15 décembre 1978, DS, IR, 1979, p. 332.

(97) CE 15 décembre 1978, op. cit : détachement de la « désinfection, désinsectisation et dératification », des « droguistes en gros » et « des commerces de gros de produits chimiques » de la « branche plus générale des industries chimiques ».

convention (98) et doit veiller à ce qu'elles ne soient pas trop largement entendues (99). Ici, la spécificité d'une activité ne permet pas à elle seule au ministre de l'exclure valablement du champ plus général visé par la convention (100). Ainsi, une activité spécifique sera considérée comme constituant à elle seule une branche d'activité distincte dès lors qu'elle a été « captée » par une organisation d'employeurs qui n'est pas signataire de la convention collective visant une activité plus vastement entendue. De la sorte les organisations d'employeurs peuvent aisément façonner le champ professionnel des conventions collectives, et ce faisant définir les contours des différentes activités professionnelles. En outre, les organisations d'employeurs intéressées à la procédure d'extension en sortent renforcées car elles peuvent désormais prétendre représenter « toutes les entreprises de la branche d'activité considérée » (101) : un employeur ne saurait se soustraire à l'application d'une convention étendue au motif qu'il serait membre d'une organisation signataire d'une autre convention, ordinaire celle-là (102).

Plus généralement, il en résulte que l'extension devenue définitive, la convention collective étendue est la seule qui puisse prétendre – en quelque sorte – au statut de loi de la profession (103).

Dans cet ordre d'idée, la chambre sociale a récemment estimé que l'action en exécution d'une convention collective engagée par un syndicat non-signataire n'est recevable sur le fondement de l'article

L. 411-11 dans l'hypothèse où cette convention est étendue (104). Selon elle, son non-respect est de nature à « causer nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de l'ensemble de la profession ». La formule invite à penser que l'intérêt collectif de la profession est atteint parce que seule l'inexécution d'une convention étendue nuit à la profession toute entière, sans aucune considération pour l'appartenance syndicale. Manifestement convaincue que seule la convention collective étendue incarne la loi de la profession, la chambre sociale paraît en déduire que l'intérêt de la profession est en quelque sorte objectivé par l'extension. Si la solution doit être approuvée puisqu'elle conçoit plus largement les conditions de l'action syndicale, elle n'en reste pas moins critiquable. En effet, lorsque la convention n'est pas étendue, l'action syndicale engagée par un non-signataire sera refoulée.

Finalement en dépit des évolutions profondes qui ont traversé le droit de la négociation collective depuis 1936, il semble bien que la conception initiale de la convention collective étendue conserve toute son influence sur le droit positif. L'aspect réglementaire de l'ensemble des conventions collectives étant aujourd'hui clairement affirmé, la prégnance de la représentation de la loi de la profession héritée du Front populaire constitue à cet égard un enjeu capital de la politique juridique à venir.

Sophie Nadal

(98) CE, 2 mars 1962, op. cit.

(99) CE 3 juin 1983, DS, 1984, IR, p. 367 : annulation d'un arrêté s'appliquant indifféremment à des grossistes et à des distributeurs.

(100) CE, 3 avril 1998, RJS 7/98, n° 887 : annulation d'un arrêté excluant l'activité de fabrication de classeurs, chemises, articles de signalisation et d'organisation et articles scolaires et de bureau en matières plastiques de l'activité plus générale de la transformation des matières plastiques.

(101) P. Langlois, Contrat individuel de travail et convention collective : un nouveau cas de représentation, DS 1975, p. 283/301. V. particulièrement p. 293/295, et la note (109).

(102) M. Despax, Traité op. cit, p. 509. Comp. P. Fombeur, conclusions sous CE 6 novembre 2000, op. cit, p. 201.

(103) Même si le caractère réglementaire de la convention non étendue a été affirmé en 1950, des observateurs soulignent d'ailleurs qu'« il n'en reste pas moins que la convention collective étendue est une forme conventionnelle plus singulière encore au regard du droit des contrats » : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, les obligations, précis Dalloz, 7^e éd., 1999, p. 60/61.

(104) V. P. Rémy et H. Tissandier, obs. ss. Cass. Soc. 12 juin 2001, D. 2002, Jur. p. 361, sp. p. 363 ; Dr. Ouv. 2001 p. 489.

Quelques lecteurs ont attiré notre attention sur l'existence de défauts de fabrication dans certains numéros du Droit Ouvrier de juillet (pages manquantes notamment). Nous invitons nos abonnés à vérifier leur exemplaire et à nous le retourner au service "Abonnements" (cf. coordonnées en p. 2 de couverture) en cas d'imperfections. Un nouveau numéro leur sera immédiatement réexpédié.