

## LES PÉRIMÈTRES D'APPLICATION DU DROIT DU TRAVAIL

II. Au-delà de l'entreprise

# La branche professionnelle : déconstruction et restructuration

par Jérôme PORTA, Professeur à l'Université de Bordeaux,  
Comtrasec UMR 5114

### PLAN

#### I. Modèle juridique

- A. Fonction normative
- B. Fonction économique

#### II. Sémantique statistique

- A. Usages juridiques
- B. Caractère interprétatif
- C. Performativité

#### III. Nouveau référentiel ?

- A. Continuités
- B. Discontinuités

Au sein de la complexe géographie des relations professionnelles, la branche a une place aussi centrale que symbolique. Elle est la première communauté, le premier niveau, le premier champ, au sein desquels s'est déployée, longtemps de manière exclusive, la négociation collective (1). La convention de branche doit exprimer la « loi de la profession ». Elle symbolise ainsi une certaine conception du droit social faisant une large place à l'autonomie collective, la régulation étatique voyant son monopole disputé par la régulation conventionnelle. Réglementation pour un marché sectoriel du travail, elle porte le « statut » du travailleur. Ainsi, la branche professionnelle est le symbole d'une certaine idée du droit social, dont les traits distinctifs sont ceux du collectif : autonomie collective, statut collectif, négociation collective. Cette représentation était confortée par la fonction de structuration des relations professionnelles assumée par la branche. Cette mythologie est, en même temps que la centralité de la branche, mise à mal. Le constat d'une crise de la branche est certes ancien (2), peut-être aussi ancien que la reconnaissance de la négociation collective d'entreprise. La figure de la « loi de la profession » n'est, depuis longtemps, plus considérée comme correspondant aux réalités des relations professionnelles au sein des branches (3). Pourtant, l'attention à la branche n'a probablement jamais été aussi forte. Sur le chemin des réformes successives que subit le droit du travail, la branche s'est imposée comme un passage obligé, qu'il s'agisse de la doter d'institutions paritaires, de redéfinir la légitimité de ses acteurs, en particulier par la mise en place d'une mesure de la représentativité patronale, ou de modifier l'articulation entre convention de branche et convention d'entreprise. Ces changements successifs paraissent bien suivre une orientation, celle de l'adaptation ou, plus exactement, de l'instrumentalisation de la branche aux objectifs et missions qu'entend lui assigner le droit étatique. Hier symbole de l'autonomie collective, la branche est enjointe de s'acclimater aux rôles que lui assigne le droit étatique. Elle n'est plus pensée comme le lieu au sein duquel se fixe le tarif et les conditions du travail, mais un instrument des politiques publiques (4), que ces dernières visent l'emploi, l'employabilité ou la flexibilité.

La branche est ainsi un témoin, un révélateur des transformations du droit du travail. Ce caractère emblématique de la branche n'en rend,

de prime abord, que plus surprenante la difficulté à en découvrir une définition. Qu'est-ce qu'une branche professionnelle ? La signification

(1) La branche a longtemps été le lieu presque exclusif au sein duquel le droit reconnaissait la négociation collective ; G. Auzero, e.a, Droit du travail, Précis 2018, 21<sup>ème</sup> éd., § 1376 ; voir *infra*.

(2) A. Jobert, J.-D. Reynaud, J. Saglio, M. Tallard (dir.), Les Conventions collectives de branche : Déclin ou renouveau ?, CEREQ, Étude n° 65, nov. 1993, p. 308.

(3) J. Saglio, « La régulation de branche dans le système français de relations professionnelles », in Les Relations sociales en Europe,

Paris, ministère du Travail et de l'Emploi, SES, 1990. J. Saglio dresse ainsi une typologie montrant la diversité des régulations prise en charge par la branche selon les secteurs d'activité.

(4) Déjà, pour la mise en exergue d'une telle instrumentalisation de la négociation collective, cette fois au niveau de l'entreprise, v. E. Peskine, La célébration de l'accord collectif d'entreprise, Dr. Soc., 2014, p. 438.

ne semble *a priori* pas véritablement faire difficulté pour ceux qui s’y réfèrent. Pourtant, la branche professionnelle est au nombre de ces notions que l’on emploie sans devoir, ni même pouvoir s’entendre sur sa définition ou les critères de ses frontières (5). Cette absence de définition ou d’ordonnement est même un des lieux communs des travaux qui lui sont consacrés (6).

Le droit du travail n’a longtemps eu pour seul objet que la norme conventionnelle (la convention collective de branche, l’accord professionnel, voire l’accord interbranche (7)), la branche n’étant ainsi saisie que de manière indirecte. Il en ressort une assimilation de la branche à sa production normative (8). La référence mythique à la « loi de la profession » conforte une certaine manière de qualifier la branche. La branche professionnelle aurait dès lors pour frontières celles du champ d’application de la convention.

La norme statistique n’offre pas plus de définition exacte de la branche. La « branche professionnelle » n’est d’ailleurs pas véritablement une catégorie de la statistique publique. Sa saisine statistique procède d’un maillage d’au moins trois ordonnements différents, dont aucun ne recouvre la géographie des branches professionnelles. Le système statistique produit en premier lieu un recensement des conventions de branche et attribue à chaque convention dite de branche un numéro d’identification (IDCC). À partir de ce premier outil, la Dares dénombreait 712 conventions collectives de branche (hors branche agricole) (9). Ainsi, la confusion entre convention et branche trouve-t-elle également un support dans l’instrument statistique. Ce décompte n’est toutefois pas sans difficulté et peut se révéler contre intuitif. Ainsi, il n’y aurait alors pas une, mais 77 branches de la métallurgie (10). Pareille représentation heurte d’ailleurs celle dont se veut porteuse l’organisation patronale (11). Le système statistique s’écarter, pour ces opérations, de cette assimilation de la branche à la

convention et recourt en deuxième lieu à différents niveaux d’agrégation. Pour les besoins de l’analyse, il est ainsi procédé à des regroupements de conventions collectives. Ces « conventions collectives agrégées » présupposent d’ailleurs une certaine idée de la branche, puisque les conventions collectives régionales sont ramenées à une unité nationale, peu important d’ailleurs qu’existe effectivement une convention collective nationale couvrant la branche agrégée. À partir des 712 conventions collectives, ces regroupements à finalité statistique conduisent à identifier 466 conventions collectives agrégées. Mais cette grille d’analyse des conventions regroupées pour l’information statistique (CRIS) comprend, à son niveau le plus agrégé, seulement vingt-six postes. La branche, au sens statistique, recouvre alors des regroupements de tailles et de niveaux différents. Toutefois, ces agrégats répondent à des contraintes spécifiques à l’analyse statistique. Ils ne tentent pas de rendre effectivement compte des relations professionnelles et des découpages qui les structurent. En troisième lieu, la nomenclature d’activité française (NAF) propose une classification des activités économiques. Si les champs d’application des conventions collectives se définissent par activités économiques, les « branches professionnelles » ne découlent pas de cette nomenclature, qui n’a pas pour ambition de circonscrire des communautés d’intérêts (12). Ce maillage statistique n’épouse pas non plus les découpages des branches professionnelles et tend à s’en démarquer au nom de ses propres contraintes.

Ainsi, les deux grands systèmes de normes étatiques, le droit et la statistique publique, qui *informent* les relations professionnelles, sont muets sur la définition de la branche. Ils ne dictent, ni ne décrivent aucun ordonnancement des relations professionnelles.

**La cause paraît donc entendue : la « branche professionnelle » et sa définition appartient**

(5) Ainsi que le relevait C. Wolmark en introduction de sa thèse, « Pour définir, il faut déjà parler ; mais pour parler, il n’est nul besoin de définir. La pratique quotidienne du langage ne nécessite pas – et c’est heureux – de se référer à la définition de chacun des mots utilisés », C. Wolmark, La définition prétorienne. Étude en droit du travail, Dalloz 2007, p. 1.

(6) Not. J.-F. Poisson, Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles, Rapport au Premier ministre, 2009, spéc., pp. 7 et ss.

(7) Art. L. 2232-5, C. trav.

(8) Not. P. Adam, L’accord de branche, DS 2017. 1039, qui suggère une distinction entre la « branche-norme » et la « branche-institution ».

(9) « Portrait statistique des principales conventions collectives de branche en 2014 », Dares Résultats, févr. 2017, n° 8.

(10) L’exemple suffit – s’il était besoin – à montrer les limites de l’assimilation de la branche à la convention.

(11) Not. H. Morgon, Réfléchir au projet social de la métallurgie, SSL n° 1757, 20 févr. 2017.

(12) J.-F. Poisson indique que « la rationalité qui est à la base de ces nomenclatures ne peut fonder une communauté d’intérêts » (Rapport Poisson préc., spéc., p. 78).

donc aux *relations professionnelles* et à ses acteurs, censés tour à tour vouloir faire advenir les missions de la branche (réglementation du travail pour une communauté, couverture conventionnelle, régulation de la concurrence et lutte contre le dumping social, etc.) et satisfaire à leurs stratégies d'organisations professionnelles. Toutefois, on croirait à tort trouver dans la structuration des organisations patronales ou syndicales le critère de la branche. Leur organisation en fédérations, notamment, ne sont pas symétriques et ne correspondent pas aux découpages des branches (13). La géographie des branches, leurs définitions ne sont donc, semble-t-il, qu'affaire de « pratiques » de négociation. Ce renvoi aux *pratiques sociales* ou, dans la langue du droit, à l'autonomie collective, est, de prime abord, difficilement contestable. Il paraît conforter par le constat de la diversité des branches professionnelles, telles qu'identifiées par les pouvoirs publics (14). En 2014, sur les 466 « conventions collectives agrégées », seules 57 comptent plus de 50.000 salariés (15). Une part importante des conventions collectives agrégées concerne des effectifs faibles, voire très faibles. 42 % de ces champs professionnels couvrent des effectifs inférieurs à 5.000 salariés et 20 % des conventions collectives de branches agrégées couvrent moins de 1.000 salariés (16). De surcroît, les « branches » ont une activité très variable (17). Cette diversité témoigne tout à la fois d'investissements, mais aussi de fonctions très différentes de la « branche professionnelle » dans les relations professionnelles. En l'absence de définition et de pratique commune, l'idée même d'un objet commun que serait la branche professionnelle n'est pas sans poser question. Qu'il n'y ait ni de commune conception, ni de commune manifestation de la branche professionnelle en fait une référence en partie indéterminée.

**Tant du point de vue des relations professionnelles que des systèmes étatiques de normes juridiques ou statistiques, la branche profes-**

sionnelle a ainsi un statut étonnant. Référence indéterminée, elle est tout à fois la clé de voûte de la régulation étatique du rapport de travail et une réalité à construire dans le cadre des pratiques sociales. Ainsi, face à l'hétérogénéité des pratiques, l'idée même de branche paraît manquer. Ce simple renvoi à une *pratique* autonome n'a longtemps pas semblé poser de difficulté. L'indétermination pouvait d'ailleurs se targuer des attraits de la souplesse (18). Pourtant, cette conception se révèle insatisfaisante et appelle aujourd'hui une réflexion critique sur la construction de l'idée de branche, ne serait-ce que pour poser les jalons d'une compréhension de ce que fait la politique de restructuration à l'idée de branche et à ses déclinaisons plurielles. L'irruption récente de la branche au Code du travail rend en effet plus pressant cet examen. Les lois du 5 mars 2014, 17 août 2015, du 8 août 2016 et encore l'ordonnance du 22 septembre 2017 ont posé le canevas d'une politique de restructuration des branches. Les branches ne sont, dès lors, plus seulement l'environnement de ce qu'il faut régler, la norme conventionnelle, mais bien un objet de l'action publique, c'est-à-dire pris comme objet à gouverner, remodeler. L'objectif de ce remodelage est d'ailleurs ambitieux, puisqu'il est de passer à 200 branches pour août 2019 (19). Signe de la profonde transformation du rapport du droit du travail à l'autonomie collective, la loi du 8 août 2016 a, de surcroît, introduit dans le Code du travail plusieurs références directes à la branche, consacrant celle-ci comme objet spécifique de la régulation juridique. À défaut d'une déconstruction de l'idée de branche, la description des bouleversements auxquels aboutiront la fusion des branches professionnelles et la signification de ce profond remodelage du paysage conventionnel paraît hors d'atteinte.

**Mais cette déconstruction de l'idée de branche professionnelle ne peut que buter sur le renvoi pur et simple aux *pratiques sociales*. Une telle insatis-**

(13) Contre une telle confusion entre structuration patronale et branche, v. not. rapport *Poisson*, préc., spéc., p. 12 ; en ce sens, S. Nadal relève également que « les groupements patronaux jouent aujourd'hui un rôle décisif dans sa structuration, mais ils ne sont pas la branche pour autant », RDT 2009, p. 596.

(14) Récemment, « Portrait statistique des principales conventions collectives de branche en 2014 », Dares Résultats, févr. 2017, n° 8. Le constat est ancien, not. à partir des résultats de l'enquête Réponse, A. Jobert, Quelles dynamiques pour la négociation collective de branche ?, Travail et Emploi, 2003, p. 5 ; pour un essai de typologie de cette diversité, v. J. Saglio, « La régulation de branche dans le système français de relations professionnelles », in *Les Relations sociales en Europe*, Paris, ministère du Travail et de l'Emploi, SES, 1990.

(15) Il faut à ce chiffre ajouter 8 autres conventions collectives, relevant essentiellement du secteur sanitaire ou social.

(16) Bilan annuel de la négociation collective, 2016, préc., pp. 611-612.

(17) *Ibid.*

(18) Rapport *Poisson*, spéc., p. 8.

(19) Art. 25, II de la loi 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

faction tient à des raisons d'ordre méthodologique et à la compréhension même des relations professionnelles et de la négociation collective. Une réflexion sur la branche peut ici servir de jalons pour une entreprise plus large. La connaissance de la négociation collective apparaît plus que cruciale pour le droit social, ne serait-ce qu'en égard aux réformes successives tendant à l'affaiblissement de la réglementation étatique matérielle au profit d'une régulation procédurale faisant une place grandissante à la négociation collective. Pourtant, cette connaissance paraît aux prises avec un écueil, dont le malentendu qui caractérise la notion de branche professionnelle est révélateur d'une compréhension inadéquate des rapports des relations professionnelles aux systèmes étatiques de normes, qu'elles soient statistiques ou juridiques. À cet égard, les deux manières par lesquelles sont communément abordés les rapports entre droit et négociation collective peinent pareillement à rendre compte de l'idée de branche professionnelle. La première propose de décrire les rapports du droit à la négociation collective en termes d'exigences et d'impératifs. Le droit du travail viserait à réglementer les relations professionnelles et à leur imposer de se conformer à ses prescriptions. Dans une telle perspective, l'attention aux normes statistiques, qui ne prétendent qu'à la description, n'a pas de raison d'être. La saisine de la pratique conventionnelle n'est alors possible qu'en termes de distance à la règle juridique. Aussi, le rapport du droit aux relations professionnelles est-il abordé au travers d'oppositions entre le licite et l'illicite, l'effectif et l'ineffectif. Que la branche échappe à cet ordre de contraintes suggère les limites, sinon la vanité de ce juridicisme dont se dépend difficilement l'actuel volontarisme législatif (20).

En contrepoint à cette manière d'aborder les relations professionnelles, il est suggéré de partir des pratiques sociales pour appréhender la façon dont les outils du droit sont mobilisés par les acteurs des relations professionnelles. Outil, la règle est alors saisie alternativement comme entrave ou ressource pour les pratiques des acteurs. La règle demeure extérieure à leurs actions, dont elle ne dit pas les raisons. Elle n'est qu'un outil, un des outils, à mobiliser pour leurs

actions intéressées. Cette conception paraît sous-tendre le simple renvoi de la définition des branches aux pratiques sociales. Toutefois, pareille conception ne manque-t-elle pas la possibilité de penser l'idée même de branche ? En effet, la vocation référentielle d'une telle idée ne peut se concevoir hors toutes normativités.

Aussi, ce que souligne la question de la branche, c'est que les relations professionnelles doivent être comprises comme *informées* par leur contexte normatif. La métaphore du jeu (21), d'ailleurs souvent implicite aux pensées de la mobilisation du droit, peut ici se révéler précieuse pour expliciter le déplacement qu'il importe d'opérer. La règle du jeu n'est pas qu'un impératif déontique ou un outil dans la stratégie des joueurs. Elle informe la pratique des joueurs. C'est en référence à cette règle qu'ils « *jouent le jeu* » des relations professionnelles. Les relations professionnelles sont en ce sens des pratiques sociales informées, qualifiées par les systèmes étatiques de normes. Quelles sont ces normes qui qualifient les pratiques des acteurs ? Plusieurs systèmes normatifs concourent ici, sans pouvoir prétendre à la préséance. Tout d'abord, le droit du travail, à travers ses dispositifs juridiques, est porteur d'exigences qui ont forgé une idée modèle de la branche professionnelle (I). Ensuite, le maillage statistique est lui-même porteur de références normatives. Certaines, comme l'IDCC, redondent la conception juridique de la branche, mais d'autres prennent une tout autre signification. Tel est le cas de la NAF, qui offre la possibilité d'une sémantique commune pour la définition des périmètres des branches, celle de l'activité économique (II). Enfin, la politique de restructuration suggère l'émergence d'une autre conception de la branche. Portée par une visée instrumentale, cette politique met les relations professionnelles en face d'un nouveau référentiel (22), dont il importe de prendre la mesure (III).

(20) J. Porta, « Une loi pour la légitimité syndicale. Réflexions sur le volontarisme en matière syndicale », in les actes du colloque de l'Institut du travail de Bordeaux « Les réformes de la représentation du personnel : esquisses ou œuvres achevées ? », Dr. Ouvr. juill. 2014, n° 792.

(21) J.-D. Reynaud, Le système et la règle, in Le conflit, la négociation et la règle, Ed. Octarès, 1995, p. 179

(22) Pour reprendre la terminologie de l'analyse des politiques publiques, not. P. Müller, La société de l'efficacité globale, PUF 2018.

# I. Modèle juridique

Une chose paraît entendue, l'identification des branches échappe au droit. Autrement dit, on ne trouve pas, à l'instar, par exemple, de l'établissement ou de l'UES, de critère juridique qui permettrait de décider ce qu'il faut entendre juridiquement par branches professionnelles, ni *a fortiori* pour fixer leur ordonnancement. Est-ce à dire que le droit se désintéresse de la question ? On aurait tort de le penser. Dès l'origine s'est établie une relation complexe entre le droit étatique et les relations professionnelles. En effet, si la définition de la branche n'est pas posée par le droit, la notion est elle-même juridique. Pour le dire autrement, l'absence de définition ne fait pas perdre sa juridicité à la catégorie (23). Ainsi, pour le Conseil d'État, la branche est une notion « *qu'il appartient au ministre, sous le contrôle du juge administratif, de définir* » (24). À l'attention des négociateurs, le Code du travail a façonné un modèle, celui de la branche, communauté de référence pour la loi de la profession. Elle s'exprime au travers de deux types de contraintes : la fonction normative de la branche, condition historique à la reconnaissance juridique de la convention collective (A) ; la fonction économique de la branche, qui se manifeste dans les exigences de la régulation de la concurrence (B).

## A. Fonction normative

L'idée de branche professionnelle est le fruit d'une co-construction (25). La généalogie de l'invention de la branche professionnelle est, pour le droit français, inséparable de la réception, dans le droit du travail, des normes négociées (26). La commande publique a historiquement eu un rôle important dans la structuration des relations professionnelles autour de la branche. Le premier acte de l'invention de la branche peut ainsi être recherché dans le décret du 10 août 1899 sur les conditions de travail dans les marchés passés au nom de l'État. Ce décret imposait l'introduction, dans le cahier des charges de la commande

publique, de clauses relatives aux conditions de travail. L'employeur devait se soumettre à l'obligation de se conformer au taux de salaire et à la durée du travail considérés comme *normaux* dans la ville ou la région concernée. Il appartenait à l'administration de s'assurer de la normalité de ces conditions de travail. Les accords patronaux et ouvriers de la localité et de la région concernés devaient servir de référence. Ce rôle attribué aux négociations a concouru à une progressive structuration des négociations. C'est le point de départ d'un important interventionnisme étatique dans la construction des branches professionnelles. Toutefois, cet interventionnisme ne s'est – exception faite de la période vichyssoise – opéré que de manière médiate. Il s'est agi, pour le législateur, moins de structurer les branches que de poser les conditions de réception des normes issues de l'autonomie collective dans le droit étatique. La mise en place d'un régime de l'accord collectif a ainsi pris appui sur la figure de la branche, qu'elle a progressivement contribué à instituer (27). Dans un premier temps, la loi du 4 mars 1919 a posé le premier statut de la négociation collective et a alors visé la négociation collective entre organisations syndicales et patronales (28). La loi du 24 juin 1936 marque une étape plus décisive (29). Elle confère une autorité particulière aux conventions collectives. À cette occasion, elle crée une nouvelle catégorie de contrat collectif, la convention collective de branche, pour laquelle elle introduit une procédure d'extension (30). Désormais, le ministre peut étendre une convention de branche, conclue par un syndicat représentatif, sous condition que cette convention contienne un ensemble de clauses obligatoires. La loi du 24 juin 1936 distingue ainsi la branche comme lieu privilégié de la production normative conventionnelle. En conditionnant l'extension par le ministre du Travail à l'introduction de clauses obligatoires, elle pose un modèle normalisé à l'intention de ces négociations. De surcroît, conférant des effets

(23) S. Nadal, La fabrique des branches : à propos du rapport « Poisson », RDT 2009, p. 596.

(24) CE, 4 mars 1960, Dr. Soc. 1960, p. 342, concl. Nicoley, cité par S. Nadal, RDT 2009, p. 596.

(25) Sur cette notion, v. S. Jasanoff, O. Leclerc. Le droit et la science en action, Textes de S. Jasanoff traduits de l'anglais (États-Unis) et présentés par O. Leclerc. Dalloz, p. 210, 2013.

(26) A. Lyon-Caen, Grandeur et décadence de la loi professionnelle, in A. Jobert, J.-D. Reynaud, J. Saglio, M. Tallard (dir.), Les Conventions collectives de branche : Déclin ou renouveau, préc., pp. 53-61 ; M. Tallard, la construction des conventions de branches professionnelles et leur définition (rapport introductif), in A. Jobert, J.-D. Reynaud, J. Saglio, M. Tallard (dir.), Les Conventions collectives de branche : Déclin ou renouveau, préc., pp. 18-26 ; S. Nadal, La profession et la branche : leur rôle dans la conception française de la convention collective, th. Paris-X-Nanterre, ANRT, 1996.

(27) A. Lyon-Caen, préc.

(28) C. Didry, La production juridique de la convention collective. La loi du 4 mars 1919, Annales. Histoire, Sciences sociales, 2001/6, pp. 1253-1282.

(29) C. Didry, La nouvelle jeunesse des conventions collectives : la loi du 24 juin 1936, in J.-P. Le Crom (dir.), Deux siècles de droit du travail, l'histoire par les lois, les éditions de l'atelier, 1998, pp. 129 et s.

(30) Sur la genèse et les usages de l'extension, v. not. S. Rudischhauser et L. Machu, Entre autonomie et intervention de l'État. Droit et pratique des conventions collectives en France et en Allemagne dans l'entre-deux-guerres, RDT 2017, p. 400.

juridiques spécifiques à la norme collective, la loi du 24 juin 1936 pose, pour la première fois, une exigence de représentativité des syndicats signataires. Les syndicats sont désormais conçus comme les représentants de la « profession » (31). Ainsi, la branche s'impose comme la communauté à partir de laquelle vont pouvoir être pensés la convention collective et ses effets. L'assimilation courante de la branche professionnelle à la convention collective trouve ici une partie de son origine. Cette confusion tient bien à la manière dont la question des effets juridiques de la convention collective a été historiquement posée et résolue. En liant ces effets à l'extension et cette extension à la représentativité, la loi du 24 juin 1936 permet la mise en place de l'équation suivante : pour être étendue, la convention doit être conclue par des syndicats représentatifs, c'est-à-dire ayant un lien suffisant avec une communauté de travail identifiée au niveau de la branche. Partant de la question des effets juridiques de la convention collective, le droit du travail présuppose ainsi à rebours l'existence de la branche, si bien que la conclusion d'une convention collective a pu être prise pour le signe de l'existence effective d'une branche professionnelle. Par contraste, la période vichyssoise permet de mieux saisir la nature de l'équation ainsi acquise. Le régime de Vichy a, en effet, opté pour une conception bien différente des relations professionnelles (32). Alors que, sous la III<sup>ème</sup> République, la profession était le support à l'établissement de relations professionnelles, que le droit étatique ne saisissait qu'au travers de la convention collective, le régime de Vichy en a modifié profondément la signification. La branche devient, selon l'expression de Jean-Pierre Le Crom, la matrice même de l'organisation. La loi du 4 octobre 1941, dite « Charte du travail », s'intitule ainsi la « loi sur l'organisation des professionnels ». La profession devient ainsi un slogan politique : « la profession aux professionnels ». Dans ce but, le régime de Vichy a projeté d'institutionnaliser les professions par la mise en place de comités tripartites au niveau local, régional et national. Aux comités sociaux professionnels devait échoir la tâche de réguler les problèmes se posant au sein de chaque « famille professionnelle ». Le régime de Vichy a alors cherché à définir chacune de ces familles et à en découper les frontières. Le nombre de ces familles, initialement de dix, a finalement été arrêté à 30, mais 29 seulement ont effectivement vu le jour. Une famille était à la suite divisée en « branches ». Au final, cette entreprise de restructuration des relations professionnelles a buté sur ces questions d'architecture et de frontières (33). Toutefois, l'échec des comités sociaux professionnels

n'a pas été sans effet sur la définition des niveaux de négociation tels que nous les connaissons. À défaut pour le régime de Vichy de pouvoir prendre appui sur les professions, le niveau de l'entreprise va gagner en importance. Les comités sociaux d'entreprise ont, pendant la période vichyssoise, pris en charge une partie des fonctions dont avaient pu être investies les professions (34).

L'après-guerre marque le retour à l'équation initiale assimilant branche et convention. Le droit du travail d'après-guerre renonce ainsi à déterminer l'organisation des relations professionnelles. La convention collective redevient l'objet visé par la réglementation étatique. Cette attention à la convention, à sa validité et à ses effets, se révèle *a priori* plus respectueuse de l'autonomie collective. Cette émancipation va s'opérer par étapes. L'immédiat après-guerre et la politique de reconstruction restent marquées par un fort dirigisme étatique dont atteste la loi du 23 décembre 1946. Elle fait de la « Profession » le seul niveau de conclusion des conventions collectives. L'objet de la régulation étatique des relations professionnelles se déplace donc bien de leur organisation vers la norme collective. Elle n'en conserve pas moins une particulière rigidité. En effet, sous l'empire de la loi de 1946, le ministère du Travail arrête une liste de 20 branches d'activité. Le niveau national est privilégié sur le local ou le régional. L'échec de cette première tentative d'encadrement des relations professionnelles a été patent, puisqu'à peine une dizaine de conventions collectives ont été conclues sous l'empire de cette loi. La loi du 11 février 1950 apparaît ainsi comme une réaction aux tentatives antérieures d'encadrement de la profession. Elle redonne son autonomie à la profession, revenant à la conception du rôle du droit étatique dans les relations professionnelles qui caractérisait la loi de 1936. De nouveau, la branche est saisie par la convention collective, elle-même pensée comme loi de la profession. Elle reprend ainsi en partie l'architecture ébauchée par le législateur du Front populaire sur le modèle de la convention étendue.

L'assimilation de la convention collective de branche à la loi de la profession trouve ainsi ses racines dans l'histoire du droit du travail et, en particulier, dans l'importance qu'a pu avoir le mécanisme d'extension pour la reconnaissance de la juridicité de la norme collective. Il y a là manifestement une des raisons de la centralité de la branche professionnelle pour le système français de relations professionnelles. Toutefois, ce récit n'éclaire qu'imparfaitement sur ce cadre lui-même qu'est la branche. Quelle commu-

(31) A. Lyon-Caen, préc.

(32) J.-P. le Crom, La profession dans la construction du droit du travail, Dr. Soc. 2016, p. 105.

(33) Le boycott des principaux syndicats CGT et CFTC de salariés signent de surcroît la mort du dispositif ; J.-P. le Crom, préc.

(34) J.-P. le Crom, préc.

nauté d'intérêts, quel périmètre prétend saisir la branche professionnelle ? La malléabilité des règles formulées par le Code du travail a permis d'accompagner les progressifs changements de communautés de référence.

Le droit du travail a, en effet, rendu possible le passage du métier à la profession, de la profession à la branche professionnelle. Il faut ici revenir à la manière dont le droit a cherché à instituer les acteurs de la négociation, les représentants de ces communautés. Pour savoir de quelle communauté la convention de branche prétend être la loi, il faut expliciter le lien de représentation tel que conçu par le droit du travail. Que doit représenter l'organisation professionnelle lorsqu'elle conclut une convention collective de branche ? La réponse est à chercher aux sources de la conception juridique de l'organisation syndicale. La loi du 21 mars 1884 relative à la liberté d'association professionnelle donne une des clés du passage opéré dans le droit français du métier à la profession, puis de son affranchissement progressif de la référence à la profession. Ce texte, repris aujourd'hui à l'article L.2131-2 du Code du travail, prévoit que peuvent être constitués librement les syndicats ou associations professionnelles exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes concourant à l'établissement de produits déterminés. Cette formulation ouvre ainsi la possibilité de subsumer la communauté représentée par le syndicat sous trois catégories d'intérêt collectif : le métier, la profession et la branche, entendue comme des métiers connexes concourant à la même production. Cette malléabilité de la définition du collectif représenté par le syndicat a notamment permis, avec la loi du 24 juin 1936, de prendre la branche d'activité pour référence, qui en devient ainsi une des catégories essentielles (35). Avec cette loi apparaît la référence expresse à la branche d'industrie ou de commerce, cadre de conclusion des conventions collectives susceptibles d'être étendues par arrêté ministériel. La loi du 23 décembre 1946 exacerbe cette logique réservant la conclusion de convention collective au seul niveau de la branche d'activité. Consacrant la loi de la profession, le mécanisme de l'extension exige dès lors que la convention couvre toutes les catégories professionnelles. Si elle marque une inflexion vers moins de dirigisme, la loi du 11 février 1950 n'en conserve pas moins cette référence à la branche. Toutefois, elle ouvre déjà à d'autres espaces de structurations de la

négociation collective : elle prévoit qu'un employeur seul puisse conclure une convention collective. Tout en posant véritablement la branche comme espace de négociation, elle porte en germe une évolution. Désormais, la question sera, pour le droit du travail, moins celle de la reconnaissance des effets juridiques de la convention collective que celle des niveaux de négociation et de leurs articulations. En reconnaissant la possibilité d'une négociation d'entreprise, le législateur a ouvert la voie pour la mise en concurrence des niveaux de la branche et de l'entreprise ou des établissements.

La construction des branches professionnelles a donc bien été informée par le droit. La centralité de la branche pour la structuration des relations professionnelles trouve, pour partie, son origine dans les conditions de réception par le droit étatique de la convention collective et, en particulier, dans le rôle qu'a ici joué le mécanisme de l'extension. Toutefois, la référence au droit ne dicte ici ni de définition, ni d'ordonnancement aux branches professionnelles. Informée par le droit, l'autonomie collective est aussi juridiquement habilitée à définir la branche ou plus exactement le champ d'application de la convention de branche. En vertu de l'article L.2222-1 du Code du travail, « les convention et accords collectifs (...) déterminent leur champ d'application territorial et professionnel ». Mais cette habilitation n'est pas sans être le vecteur d'une exigence hétéronome dont il ne faut pas sous-estimer la portée. Il convient, en effet de relever que « le champ d'application professionnel est défini en termes d'activités économiques » (36). Elle manifeste une double contrainte. L'une est d'ordre sémantique (cf. *infra.*). La seconde exprime l'une des missions assignée à la branche par le droit, celle de régler la concurrence pour un secteur d'activité.

## B. Fonction économique

La rencontre de la négociation collective et des exigences de régulation de la concurrence est ancienne. Ce fut d'ailleurs en raison des atteintes à la liberté d'entreprendre et à la concurrence que les premières manifestations de la négociation collective ont été sanctionnées par le droit étatique libéral. Faire de la convention collective la « loi de la profession » traduit également cette préoccupation : la norme collective doit régler la concurrence sur les conditions de travail au sein d'un secteur économique. Cette mission assignée à la convention collective de branche est ancienne (37). Elle a reçu une récente

(35) A. Lyon-Caen, préc.

(36) *Ibid.*

(37) Évoquant cet « âge d'or » de la négociation de branche, G. Auzero, e.a., explique que « la branche d'activité a été pendant longtemps en France le lieu quasi exclusif de la négociation collective. La

convention de branche permettait de fixer un statut social commun à un ensemble d'entreprises opérant sur un même marché et d'éviter ainsi qu'elles ne se concurrencent par une politique de bas salaires ou de mauvaises conditions de travail », G. Auzero, e.a., Droit du travail, Précis Dalloz, 2018, 31<sup>ème</sup> éd., spéc., p. 1595.

consécration législative à l'article 2232-5-1 du Code du travail, qui investit la branche de la mission de « réguler la concurrence » entre les entreprises relevant de son champ d'application. L'affirmation contraste d'ailleurs fortement avec la fragilisation de la négociation de branche sous les coups de boutoir successifs de la décentralisation de la négociation collective vers l'entreprise. On pourrait croire cette assignation seulement symbolique. Le *prima* de l'autonomie collective limite indéniablement l'influence des exigences de régulation de la concurrence sur la structuration des branches. Que la qualification du niveau de négociation demeure, en grande partie, à la main des négociateurs en atteste. Une décision de la Chambre sociale sur la qualification d'un accord collectif conclu au sein du Crédit agricole est, à cet égard, significative. S'agissait-il d'un accord de branche ou d'entreprise ? Pour la Cour, cet accord pris n'est pas un accord d'entreprise, dès lors qu'il avait été signé pour la partie patronale non par un employeur individuel, mais par une fédération (38). En l'occurrence, la qualité du signataire (patronal) était là décisive pour la détermination du champ d'application et de la nature de la norme conventionnelle. L'autonomie collective, ou en l'occurrence la structuration de l'acteur patronal, justifie une fragmentation de la négociation de branche, qui ne peut que mettre à mal sa mission d'égalisation de la concurrence (39).

Pour autant, la fonction économique de la branche n'est pas sans influence sur la définition de son périmètre. L'objectif de la régulation de la concurrence justifie l'intervention de l'État dans la géographie des branches professionnelles. Cette intervention peut se traduire de diverses manières. Elle peut, tout d'abord, conduire le juge à invalider certaines clauses conventionnelles. Les négociateurs ne peuvent écarter du champ d'application de la convention de branche certaines entreprises dont l'activité économique correspond à celle définie par ladite convention (40). L'obligation de cohérence mise à la charge des négociateurs traduit bien la volonté de ne pas voir contourner l'objectif d'égalisation de la concurrence assigné à la branche. L'extension ou l'élargissement de la convention de branche sont également de puissants instruments aux mains de l'administration du travail pour influencer sur la structuration des branches. Le ministre peut, là, se poser comme garant de la cohérence de la couverture conven-

tionnelle et éviter les conflits de champs d'application. Que les champs d'application de deux conventions de branche se recoupent et il doit soit exclure du champ d'application de l'extension les activités économiques déjà couvertes, soit abroger l'arrêté d'extension antérieur (41). Le ministre du Travail dispose, de surcroît, d'un pouvoir d'appréciation lui permettant de refuser d'étendre un accord de branche pour des motifs d'intérêt général tenant, notamment, aux objectifs ou à la protection de la situation des tiers (42). L'absence d'automatisme de l'extension marque les limites de l'autonomie collective. Au nom de l'intérêt général, le ministre est, en particulier, garant de l'harmonisation de la concurrence pour le secteur d'activité concerné. L'entrave à la concurrence impose ici une limite au pouvoir du ministre d'étendre une convention de branche. Il faut probablement voir dans l'inscription récente de cette exigence au sein du Code du travail le signe d'un possible renforcement de cette contrainte étatique pesant sur la structuration des branches. Désormais est explicitement prévu que le ministre « peut également refuser, pour des motifs d'intérêt général, notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence, l'extension de l'accord » (43). Cette exigence trouve désormais un renfort dans l'expertise technique. Le ministre peut s'appuyer sur un groupe de « sachants ». À son initiative ou à la demande d'une organisation patronale ou syndicale représentative, un groupe d'experts apprécie les effets économiques et sociaux de l'extension envisagée (44). Le ministre pourra assoir son pouvoir sur la légitimité des « sachants » contre celle du paritarisme. Le comité est, en effet, composé de « cinq personnalités choisies à raison de leur compétence et de leur expérience dans le domaine économique et social » (45).

Les fonctions dont est investie la branche prennent d'abord appui sur l'autonomie collective. L'invitation faite à l'article L. 2222-1 du Code du travail de formuler le champ d'application de la convention de branche en termes d'« activité économique » est toutefois bien le vecteur d'une première référence hétéronome. Elle peut également être le relai d'un second ordre de référence, qui informe également les relations professionnelles et la structuration des branches, celui de la sémantique statistique.

(38) Cass. Soc. 12 oct. 2006, n°05-15.069 ; S. Nadal, La branche défigurée ? (à propos de l'arrêt *Crédit agricole*), RDT 2007, p. 188.

(39) *Ibid.*

(40) Cass. Soc. 19 mai 2010, 07-45.033.

(41) CE 15 mai 2006, réq. n° 270.174 et 270.253, S. Nadal, Recoupements territoriaux des conventions collectives : le rôle du ministre lors de l'extension, RDT 2006, p. 326.

(42) CE, 21 nov. 2008, n°300.135 ; S. Nadal, Le droit à l'extension n'existe pas, SSL, n° 1384, p. 12.

(43) Art. L. 2261-25, C. trav., tel que modifié par l'ordonnance du 22 sept. 2017.

(44) Art. L. 2261-27-1, C. trav.

(45) Art. D. 2261-4-1, C. trav.

## II. Sémantique statistique

Quelle langue pour décrire et qualifier les activités économiques ? L'article L.2222-1 du Code du travail signifie d'abord une habilitation des négociateurs à opter pour le style de définition de leur choix. Aussi est-ce dans la « langue » de la branche ou par référence à une profession que peut être formulé le champ d'application d'une convention de branche (46). La possibilité du recours à la langue propre à la branche n'efface toutefois pas une double contrainte. La première relève de l'expertise. Il n'est pas évident de définir, et de les distinguer d'autres activités, les activités d'une branche de manière purement autonome. À l'instar de toute compétence, cette habileté a un coût. Aussi, le renoncement à une langue standardisée préexistante ne peut se faire que pour de bonnes raisons (affirmer une identité professionnelle, s'opposer aux catégorisations opérées par la langue commune, ...). De la même façon qu'un mot prend sa signification au travers de sa comparaison à d'autres termes (47), la définition d'une activité économique *vaut* par sa comparaison à d'autres définitions des activités économiques. Elle présuppose, en ce sens, un ordonnancement des activités (48). Enfin, certaines opérations du droit, structurantes pour les relations professionnelles (identification et information sur la convention collective applicable, mesure de l'audience au niveau de la branche, extension ou élargissement de la convention collective) requièrent une appréciation coordonnée des champs d'application des branches afin de limiter les hypothèses d'incertitudes, voire de chevauchements. Pour ces opérations, le besoin d'une langue commune ne peut être ignoré des négociateurs ou de l'administration du travail. Or, ceux-ci n'ont ici d'autres recours sémantiques, au-delà de la variété des branches, que la nomenclature d'activité française (NAF).

Cette nomenclature classe les activités économiques productives pour structurer la production de l'information économique et sociale. Elle est donc dressée à des fins essentiellement statistiques. La nomenclature ne reflète, ni *a fortiori* ne dicte aucun découpage des branches professionnelles. La structuration des branches n'épouse d'ailleurs pas les classes et distinctions qu'opère la NAF. Il n'empêche. Elle offre des références aux négociateurs pour se

définir et à l'administration pour évaluer ces définitions. Autrement dit, les négociateurs ne suivent pas et l'administration du travail ne contrôle pas le respect de la nomenclature, mais ils s'y réfèrent pour leurs opérations. La normativité de la nomenclature est donc d'un genre différent de celle à laquelle prétend la règle juridique. Aussi faut-il clarifier ce à quoi engage cette référence pour saisir le rôle que peut jouer la normativité statistique sur l'ordonnement des branches. De quelles natures sont les effets normatifs de cette nomenclature descriptive ? Cette normativité peut prendre différents aspects. Certains effets tiennent aux usages juridiques de la nomenclature (A), d'autres à sa portée interprétative (B) et d'autres enfin opèrent dans les « réactions » des organisations professionnelles aux évolutions de la nomenclature (C).

### A. Usages juridiques

L'ordonnement des branches est adossé à un maillage statistique : IDCC, code APE, NAF. Exception faite de la liste IDCC, ces outils de la statistique publique ne visent pas directement à la production d'informations sur les relations professionnelles. Ce maillage n'en constitue pas moins le principal outil d'identification et de repérage des conventions de branche et de leur applicabilité. Chaque convention collective est identifiée par un code attribué par le ministère du Travail, l'IDCC (identifiant de convention collective). Les conventions et accords conclus au niveau des branches sont introduits dans la base de données des conventions collectives et font ainsi l'objet d'une identification. Il s'agit d'un numéro d'ordre en fonction de la date à laquelle le texte est introduit dans la base. Cet IDCC a vocation à permettre une certaine agrégation et mise en ordre des normes collectives, puisque les accords et avenants conclus dans le champ de la convention de branche se verront attribués le même IDCC. Ce premier agrégat s'explique par la fonction pratique de l'IDCC. Il doit faciliter la détermination de la convention de branche applicable à une entreprise ou un établissement. Cette information, la mise en rapport de la convention à l'établissement, implique le médiateur d'un codage, d'une langue commune. La NAF joue ici un rôle important

(46) Tel est par exemple le cas des conventions collectives du personnel des huissiers de justice (IDCC n°1921) ou du notariat (IDCC n°2205).

(47) Sur cette question classique de la « valeur » d'un terme pour la linguistique, v. not. F. Sausurre, Cours de linguistique générale, Grande Bibliothèque Payot, 1995, pp.155 et s. ; v. également, d'un point de vue juridique, C. Wolmark, La définition prétorienne, préc.

(48) Que ce présupposé soit la condition d'une définition signifiante des activités économiques d'une branche n'implique toutefois pas qu'existe effectivement un ordonnancement unique et cohérent ; sur cette question appliquée à la langue du droit, v. C. Wolmark, préc.

pour permettre une telle orientation dans la forêt des normes conventionnelles et rapporter l'organisation de production (entreprise, établissement) à la convention collective. D'une part, tout établissement reçoit un code APE (code d'activité principale exercé). Ce code, composé de 4 chiffres et d'une lettre, est fixé en référence à la NAF et désigne une activité économique au sens de la NAF. D'autre part, une table de passage entre la convention collective (code IDCC) et le secteur d'activité permet alors d'opérer un recoupement entre ces deux classifications. Ce passage du code APE à l'IDCC est rendu possible par l'utilisation d'une langue commune pour définir les activités économiques, celle de la NAF (49). Aussi n'est-il pas surprenant que les champs d'application des conventions de branche soient très fréquemment rédigés en référence à la nomenclature d'activité. Le recours à la nomenclature n'est pas systématique. Certaines branches préfèrent parfois la langue ordinaire, d'autres recourent aux deux styles de formulations. L'usage de la nomenclature n'est d'ailleurs pas standardisé et relève essentiellement de la « pratique » des négociateurs. Les descriptions conventionnelles des activités couvertes font références à des versions plus ou moins anciennes de la nomenclature d'activité (1947, 1959, 1973, 1993 ou 2003) (50). Au 1<sup>er</sup> mai 2017, quatre-vingt-neuf conventions faisaient références à la nouvelle NAF 2008 (51). Sans être de rigueur, la nomenclature d'activité s'impose comme langue commune à l'ensemble des conventions collectives de branches, soit qu'elles y recourent explicitement, soit qu'une traduction soit opérée pour passer de la langue ordinaire de la convention à la langue technique de la nomenclature d'activité, ne serait-ce que pour l'établissement de la table de passage.

Quelles implications tirées de l'existence d'une telle langue commune ? Il faut d'emblée écarter quelques possibles malentendus. D'une part, la possibilité d'une sémantique commune n'impose aucun ordonnancement des branches professionnelles. À la délimitation d'une activité économique au sens de la nomenclature ne correspond pas une branche spécifique. En pratique, plusieurs configurations suffisent pour s'en convaincre. Plusieurs conventions collectives peuvent correspondre à un même code NAF. Elles n'en couvrent alors que des parties, leurs

champs d'application visant soit seulement certaines activités, soit certaines catégories professionnelles. Aussi, le code NAF ne permet pas toujours de distinguer, à lui seul, entre certaines conventions de branche, celle dont l'application s'imposerait. Ainsi, le code 69.10Z embrasse-t-il la catégorie des activités juridiques et couvre-t-il des professions et des conventions de branche très diverses : notaires, avocats, huissiers, etc. Le recours au langage ordinaire pour décrire le champ d'application de ces conventions branches s'impose alors aux négociateurs, le souci de distinction entre professions concurrentes justifiant la mise à l'écart de la référence à une nomenclature commune (52). À l'inverse, une même convention collective peut tout à fait concerner plusieurs codes d'activités.

Nomenclature statistique et ordonnancement des conventions ne s'épousent donc pas. Ni l'une, ni l'autre n'ont pour vocation de retranscrire une réalité donnée, que ce soit une activité économique ou une communauté d'intérêts dont l'existence précéderait leur création. Il n'y a pas, dans la réalité sociale ou économique, de découpages – branches ou activités – à seulement retranscrire. Ces deux systèmes – nomenclature statistique et ordonnancement conventionnel – répondent à des raisons autonomes. La raison conventionnelle et la raison statistique s'arrangent différemment de ce réel à décrire ou à réguler. Aussi, loin de tracer des liens entre la nomenclature statistique et le paysage conventionnel, il est au contraire d'usage d'insister sur leur déliaison. Elle est d'abord affirmée dans les textes juridiques instituant la NAF. Elle est alors justifiée par le caractère artificiel de la nomenclature d'activité, dont les découpages répondent à une finalité statistique. Le rappel de cette discordance est d'ailleurs un des lieux communs de la littérature grise préparatoire à la restructuration des branches : « *une nomenclature statistique a pour objet de décrire et de commenter une réalité, non d'intervenir dans la construction d'acteurs collectifs. Ce type de construction ne relève ni de l'administration, ni de la science* » (53). L'assertion est, à dire vrai, double. D'une part, la NAF ne calque pas le réel, la cartographie qu'elle dresse procède de choix, autrement dit d'une interprétation. D'autre part, l'économie de ces choix diverge de celle des relations professionnelles. Aussi,

(49) Sur les limites de ce passage, v. not. P. Roussel, Le code APE, carte vitale des entreprises ou les impacts non statistique d'un changement de nomenclature, Courrier des statistiques, 2008, n° 125, pp. 85-88.

(50) Sur ces nomenclatures, v. not. M. Boeda, Les nomenclatures statistiques : pourquoi et comment, Courrier des statistiques, 2008, n° 125, p. 5 ; B. Guibert, J. Laganier et M. Volle, Essai sur les nomenclatures industrielles, Économie et statistique, 1971, p. 23 ;

(51) Table de correspondance – Nomenclature d'activités française – Conventions collectives, Hors-Série 2017, Dictionnaire Permanent « Conventions collectives », Éd. législatives, 2017, p. 3.

(52) Il y a là d'ailleurs un enjeu particulier pour ces diverses professions dans le cadre du processus de restructuration engagé, la crainte étant que la NAF ne dicte une orientation pour le regroupement de ces différentes branches.

(53) J.-F. Poisson, Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles, Rapport au Premier ministre, 2009, spéc., p. 84.

cette discordance se traduit-elle par une seconde dénégation. La nomenclature est dénuée d'effet juridiquement contraignant (54). Le code APE attribué à l'employeur n'a qu'une valeur indicative (55). Il ne rend pas juridiquement obligatoire, ni d'ailleurs ne suffit à exclure l'application d'une convention collective. Devant le juge du travail, seule compte l'« activité réelle » de l'établissement principal. Cette solution est ancienne. Déjà, dans une décision du 4 mars 1964 (56), la Chambre sociale considérait que la référence à la nomenclature statistique, à l'époque la nomenclature d'activité économique (NAE) établie par l'Insee, ne peut être, à elle seule, ni créatrice d'obligation, ni exonératoire de l'application des lois. La solution, qui assimile la référence au code NAF à une présomption simple, n'a donc pas varié (57). Toutefois, de cette solution est souvent déduite l'absence de normativité de la nomenclature d'activité. Or, que le code APE n'ait qu'une valeur indicative ne signifie pas qu'il ne soit pas porteur d'effets juridiques. Même simple, une présomption vaut tant qu'elle ne fait pas l'objet d'une contestation judiciaire. En pratique, le premier effet de ce maillage statistique (IDCC, APE, NAF) est de déterminer – sauf dispute élevée au niveau judiciaire – le texte conventionnel applicable aux relations de travail pour un établissement donné. Elle fixe donc une applicabilité « normale » valant jusqu'à l'épreuve du procès. Il ne faut ici pas sous-estimer l'effet normatif de la normalité, la dispute judiciaire faisant figure d'exception et non de règle. De plus, l'attribution de l'IDCC en lien avec le code APE de l'établissement peut avoir d'autres effets juridiques. C'est, en particulier, le cas s'agissant de la mesure de l'audience syndicale. Elle est établie à partir des suffrages obtenus lors des élections au sein des établissements ou des entreprises. Afin d'arrêter un chiffre d'audience au niveau de la branche, l'administration du travail procède à une agrégation des résultats obtenus localement au sein des différents établissements. Le maillage statistique a ici une fonction opératoire déterminante. Les résultats sont agrégés en fonction de l'IDCC mentionné sur le procès-verbal d'élection professionnelle. Cette mention est ainsi indispensable à l'agrégation des résultats, le numéro IDCC désignant ici la convention collective applicable à l'établissement et, par ce biais, la branche professionnelle pour laquelle doivent

être pris en compte ces résultats. Seule compte ici la convention collective applicable à la majorité des salariés, une même unité de production au sein de laquelle a lieu l'élection ne pouvant ressortir que d'une seule branche. On retrouve ici, dans les instruments statistiques, l'assimilation commune de la branche à la convention collective.

## B. Caractère interprétatif

La normativité de la nomenclature ne se limite pas aux effets de son inscription dans des dispositifs juridiques. Elle se manifeste d'abord par le caractère interprétatif d'une telle classification. Toute liste, typologie ou nomenclature est une description qui procède de choix que le classement consolide. Elle porte une interprétation du monde. La NAF ne déroge pas à la règle et son usage pour la définition du périmètre des conventions de branche reçoit, dans le champ des relations professionnelles, l'effet interprétatif de la nomenclature. À cet égard, il importe de se prémunir contre un malentendu. La nomenclature n'est ni naturelle, ni simplement technique (58). Sa construction ne peut être rabattue sur la seule question de son opérationnalité statistique. L'histoire de la nomenclature d'activité suffit à contredire cette croyance. En effet, la nomenclature a intégré des représentations successives de l'activité économique, notamment au travers des critères classants, choisis pour qualifier et regrouper ces activités en sections, divisions, groupes, classes et sous-classes. Les typologies qu'elle dresse mêlent, à l'instar de tout classement à fins statistiques, représentations naturalisées et contraintes techniques (59). Elles relèvent tout à la fois de contraintes liées au classement et de la nécessité d'opter pour des critères classants opérationnels, aux besoins de certaines informations, contingents des modes d'intervention de l'État dans l'économie nationale, et à la représentation naturalisée de la production à une époque donnée (60). Aussi, la nomenclature actuelle est-elle le fruit d'une histoire ancienne (61). Elle définit les activités en fonction de trois termes, qui ont été historiquement pris successivement en considération pour caractériser une activité de production : les inputs (les matières premières), la technique de production (industrielle, mécanique, artisanale, ...) et les outputs

(54) « L'attribution par l'INSEE, à des fins statistiques, d'un code caractérisant l'activité principale exercée en référence à la nomenclature ne saurait suffire à créer des droits ou des obligations en faveur ou à charge des unités concernées », décret n°2007-1888 du 26 déc. 2007 portant approbation des nomenclatures d'activités et de produits françaises, art. 5.

(55) Sur les usages non statistiques du code APE, P. Roussel, préc.

(56) Cass. Soc. 4 mars 1964, Bull. civ. IV, n° 202.

(57) V. not. Cass. Soc. 18 juill. 2000, n°98-42.949 ; Cass. Soc. 18 juill. 2001, n°99-44.924.

(58) R. Salais, « La donnée n'est pas un donné » Pour une analyse critique de l'évaluation chiffrée de la performance, préc.

(59) Sur l'ambivalence de la nomenclature, v. A. Desrosières, Prouver et gouverner. Une analyse politique des statistiques publiques, La Découverte, 2014, spéc. pp. 33 et s.

(60) R. Rousseau et M. Volle, Les nomenclatures d'activité économique, in. J. Affichard, Pour une histoire de la statistique, Tome 1 Contributions, Economica, 1987, pp. 375-387.

(61) R. Rousseau et M. Volle, Les nomenclatures d'activité économique, préc.

(les produits). La première nomenclature mise en place fut marquée par l'influence des physiocrates et leur représentation de l'économie (62). Aussi l'accent y fut-il mis sur la Nature et sa fécondité. L'industrie y est ainsi divisée en trois grandes rubriques, selon le type de matière première employée. La nomenclature distinguait, à l'époque, les activités selon qu'elles utilisent des produits minéraux, végétaux ou animaux. Le développement du libre-échange a exercé une influence évidente sur l'évolution qu'a connue la première nomenclature. Dès lors que l'enjeu du savoir économique devient celui des échanges commerciaux, l'attention est portée à l'objet de ces échanges, c'est-à-dire aux outputs, aux produits de l'industrie. Leur prise en compte a prédominé dans les adaptations de la nomenclature des activités. À la suite, le développement des modes de production industrielles a modifié les « besoins » de statistiques. L'information sur l'industrie a rendu signifiant un classement des activités selon les techniques de production. C'est à partir de ce critère d'association – l'analogie des procédés industriels mis en œuvre – qu'ont été conçues les adaptations de la nomenclature. En définitive, en un peu plus d'un siècle, ces nomenclatures ont ainsi mobilisé les trois critères possibles de classement des activités économiques. Chaque critère valorise différemment l'activité économique et est contingent des représentations des enjeux propres à une activité. Ces valorisations sont ainsi le reflet d'une certaine compréhension des structures industrielles existantes. L'industrie du caoutchouc est un bon exemple pour saisir cette contingence entre la nomenclature d'activité et les contraintes de la production. Lorsqu'une matière première est rare, la maîtrise des circuits d'approvisionnement est stratégique pour les entreprises. Aussi paraît-il naturel de classer sous ce critère l'activité des entreprises et donc de faire de l'input un critère classant. À la section C de la NAF [industrie manufacturière] est ainsi distingué un groupe [produits en caoutchouc]. Que l'activité économique repose sur une production nécessitant un fort investissement ou un personnel spécialisé et la tendance est « naturellement » à faire prévaloir un classement par techniques, la production de ces industries ayant tendance à reposer sur de larges gammes de produits qui, en dépit de leur diversité, sont pensés

comme analogues du fait de leur mode de production commun. La transformation des matières plastiques a pu, dans un premier temps, constituer un parfait exemple d'un tel critère de classement. Mais lorsque la maîtrise d'un marché est l'élément stratégique de la production de certaines entreprises, l'output est alors un critère classant qui s'impose comme relevant. Peu importe que, pour ce produit, des matières premières ou des techniques variées puissent être mobilisées. Le critère d'association circonscrit alors un agrégat dont l'unité est définie par le produit (63). Tel peut être le cas de la fabrication de jeux et jouets (code NAF 32-4), d'articles de sport (code NAF 32-3) ou de musique (code NAF 32-2), activités économiques regroupées, peu important la matière du produit ou sa technique de production. L'actuelle nomenclature fait ainsi cohabiter plusieurs logiques de classement. Elle s'est, de surcroît, rapprochée, dans sa version de 2008, des nomenclatures internationale et européenne (64). L'enjeu de cette harmonisation a été notamment de faciliter les comparaisons internationales. Nouveaux besoins, nouvelles adaptations de la nomenclature pour de nouvelles formes de gouvernance (65).

Que la NAF procède d'interprétations n'implique pas qu'elle impose ses partages à la structuration des branches professionnelles. Cela convenu, force est toutefois de constater que l'usage de cette sémantique commune produit des « effets de réel » (66). À cet égard, la manière dont « réagissent » les organisations professionnelles face aux changements de la nomenclature peut être prise pour révélateur de cette performativité du classement.

### C. Performativité

La nomenclature d'activité informe le système de relations professionnelles. La vocation descriptive de la norme statistique ne la prive dès lors pas d'une certaine performativité. Celle-ci se laisse observer lorsque la nomenclature est modifiée. Alors que ces modifications sont généralement traitées comme des adaptations techniques, elles peuvent avoir des effets dans la vie d'une branche professionnelle. L'IDCC en donne un premier exemple. La liste n'a *a priori* qu'une vocation informative, facilitant le recensement des conventions de branche. Aussi, l'actualisation de la liste ne devrait être qu'un geste technique.

(62) *Ibid.*

(63) *Ibid.*

(64) Certains niveaux de la NAF, version 2008, correspondent ainsi à la nomenclature internationale d'activité (CITI) et à la nomenclature européenne d'activité NACE.

(65) Ces harmonisations signalent l'instrumentalisation croissante du recours à l'information statistique sous forme d'indicateurs, notamment dans le cadre de pratiques internationales de benchmark ; A. Desrosières, Prouver et gouverner. Une analyse politique des statistiques publiques, préc.

(66) R. Barthes, « Sur l'effet de réel », *Communications*, n° 11, 1968, pp. 84 et s. ; republié dans *Littérature et réalité*, R. Barthes, L. Bersani, et al., Seuil, coll. « Points essais », 1982, p. 81. Ainsi que le note T. Sachs, « un énoncé produit un effet de réel lorsqu'il suggère, souvent de façon indirecte, l'existence d'un référent » (T. Sachs, *La raison économique en droit du travail*, LGDJ, 2013, pp. 105-106). Plus précisément, sur la performativité du chiffre, not., R. Salais, « La donnée n'est pas un donné » Pour une analyse critique de l'évaluation chiffrée de la performance, *RFAP*, 2010/3 n° 135, pp. 497-515.

Pourtant, la réaction des organisations professionnelles, inquiètent de la disparition de certains identifiants dans le cadre de l'actuel processus de restructuration, révèle un investissement des acteurs dans ces dénominations (67).

Les transformations de la NAF se traduisent par des manifestations plus tangibles encore sur la structuration des branches. Le secteur de la plasturgie paraît topique d'une forme de résistance de la branche aux changements de la nomenclature. Le passage de la NAE à la NAP en 1973 s'est traduit, pour ce secteur d'activité, par la sortie, hors de cette classe d'activité, de certaines productions pour lesquelles l'existence d'un marché spécifique paraissait plus relevante que leur mode de production commun. Jouets, bateaux, chaussures... en plastique ont ainsi quitté la plasturgie pour être désormais classés par type de produits (68). Ces changements d'association à des fins statistiques n'ont – en dépit de leur caractère artificiel – pas été sans influence sur les relations professionnelles et la branche de la plasturgie. La résistance des organisations professionnelles peut ici être prise pour signe de la performativité de la nomenclature, appuyée en l'occurrence par l'administration du travail et la procédure d'extension. Alors que le champ d'application de la convention collective concordait initialement avec la nomenclature statistique, l'opposition des organisations professionnelles au nouveau découpage a conduit la branche professionnelle à s'écarter de la nomenclature d'activité. Désormais, la convention collective nationale de la plasturgie (69) prévoit deux définitions distinctes de son champ d'application. Un article 1<sup>er</sup> en vigueur détermine encore le champ d'application de la convention collective en référence à la section 61 « Transformation des matières plastiques » de la nomenclature des activités économiques (NAE) en vigueur de 1959 à 1973 (70). S'adaptant à l'exclusion de certaines activités par la nouvelle nomenclature, la NAP (1973-1992), la définition du champ d'application de la convention a fait l'objet d'un second article 1<sup>er</sup>. Cette disposition vise alors les activités de transformation des matières plastiques, y compris les activités désormais classées non en fonction de leur technique de production, mais du produit, tels les chaussures, les jeux et jouets ou les meubles, dès lors qu'ils sont en matière plastique. Cette résistance des organisations professionnelles à la modification de la nomenclature s'est d'ailleurs heurtée à la

logique suivie par l'administration du travail dans le cadre de l'extension. En effet, à l'heure actuelle, seul le premier champ d'application calquée sur la nomenclature statistique a fait l'objet d'une extension. Le second article 1<sup>er</sup>, s'écartant de la nomenclature, n'a, quant à lui, pas été étendu. Que l'on se place du point de vue de l'autonomie collective ou de l'administration du travail, la référence à la nomenclature n'a pas été purement descriptive et s'est vue reconnaître – soit pour lui résister, soit pour la promouvoir – une prétention à la performativité qui contraste fortement avec l'affirmation de la neutralité technique de cette sémantique commune.

Le secteur de la métallurgie suggère une illustration différente de cette performativité. Dans ce secteur, pour lequel l'administration recense pas moins de 77 IDCC et donc branches professionnelles à suivre le mode de décompte promu par certains rapports, l'organisation professionnelle, l'IUMM, affirme l'unicité de la branche de la métallurgie (71). Elle peut trouver dans la nomenclature un renfort pour affirmer cette unicité. Les modifications de la NAF ont ici pu être une ressource pour l'organisation professionnelle, sinon avoir un effet d'aubaine. Ainsi, le passage à une nouvelle nomenclature en 1993 s'est notamment traduit par un remaniement de la catégorie des activités de la métallurgie dans la nomenclature. L'IUMM a pu prendre appui sur ce remaniement pour étendre le domaine couvert par les conventions collectives de la branche, non sans entraîner des chevauchements avec d'autres branches et des tensions entre organisations professionnelles (72).

La sémantique statistique informe bien la structuration des branches. La prise en compte de ces interactions complexes paraît d'autant plus utile à l'heure où le rapport de l'État à l'autonomie collective change de nature. Alors qu'hier le droit du travail ne saisissait la branche que de manière indirecte par la convention, elle est désormais un objet juridique à part entière. Toutefois, il ne s'agit pas seulement pour le droit d'ordonner la structuration des branches, mais bien plutôt de la gouverner, c'est-à-dire de la modeler dans le cadre d'une politique de restructuration.

(67) V. not. Les contributions syndicales au bilan annuel de la négociation collective 2016, préc.

(68) R. Rousseau et M. Volle, Les nomenclatures d'activité économique, préc.

(69) Convention collective nationale de la plasturgie du 1<sup>er</sup> juill. 1960, IDCC 292.

(70) D. Rousseau, Pourquoi change-t-on de nomenclature, Économie et statistique, 1975, n° 70, pp. 63-67.

(71) H. Morgon, Réfléchir au projet sociale de la métallurgie, SSL n° 1757 du 20 févr. 2017.

(72) Rapport *Poisson*, préc., spéc., p. 69.

### III. Nouveau référentiel ?

Le processus de restructuration des branches professionnelles est né d'un diagnostic désormais ancien, au point de faire figure de pont aux ânes des rapports publics qui se sont égrainés au fil des réformes de la négociation collective. Déjà en 2004, le rapport *De Virville* (73) pointait le nombre trop important des branches professionnelles, affirmation reprise à la suite par les rapports *Poisson* (74), *Combrexelle* (75) et *Quinqueton* (76). La loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale a finalement introduit, dans le Code du travail, une section intitulée « Restructuration des branches professionnelles ». Elle a prévu la mise en place d'une « sous-commission de la restructuration » au sein de la Commission nationale de la négociation collective (CNNC). L'ambition du législateur était de susciter des négociations collectives en vue du rapprochement des branches, sous la menace de regroupements forcés. Jugeant que le processus engagé n'était pas suffisamment rapide, le législateur lui a apporté des adaptations successives. L'objectif est celui d'une réduction drastique du nombre des branches professionnelles. Il est désormais question de passer de quelques 700 branches à 200. La procédure de restructuration fait une place forte à l'intervention de l'État (77). D'une part, l'identification des branches professionnelles susceptibles d'être objet de cette restructuration est réglée par des critères préétablis au Code du travail. D'autre part, les mesures à la disposition du ministère, si le processus de restructuration autonome ne devait pas aboutir, ont été, au fil des réformes, renforcées. Enfin, le législateur a finalement précisé les conséquences d'une fusion de branches professionnelles sur les droits des salariés. Ainsi, les relations professionnelles sont à la veille d'un grand remaniement du paysage conventionnel. Le processus est d'ores et déjà engagé, puisque deux arrêtés portant fusion des champs conventionnels ont été adoptés (78). Mais au-delà de ce remodelage, dans quelle mesure le processus constitue-t-il effectivement une rupture

et implique-t-il une transformation de l'idée de branche ? La question est finalement complexe. Pour l'heure, le dessein juridique paraît pris entre continuité et discontinuité.

#### A. Continuités

Certaines continuités sont évidentes quant à la manière de penser la branche. La première tient à cette assimilation de la convention collective et de la branche. Les dispositions du Code du travail sont ici révélatrices. L'on passe insensiblement de la restructuration des branches professionnelles à la fusion des champs d'application des conventions collectives. La norme conventionnelle et son champ d'application demeurent le signe de l'existence d'une branche et de sa délimitation. Plus remarquable encore, la restructuration ne concerne, en réalité, que les conventions de branche. Les autres institutions de la branche, tels les observatoires des métiers et des professions, les OPCA, qui ne suivent pas nécessairement les découpages tracés par les normes collectives et peuvent répondre à d'autres logiques économique ou de solidarité, sont absentes de cette politique de restructuration. Un élément fait toutefois exception à cette focalisation de la politique de restructuration sur la convention de branche. Le dispositif ne méconnaît pas les liens pouvant exister, dans certaines hypothèses, entre la structuration de l'organisation patronale et l'identification d'une branche professionnelle. Parmi les moyens de pression à la disposition du ministère du Travail pour inciter à la fusion des branches, certains concernent les organisations professionnelles. Le ministre du Travail a entre ces mains une arme puissante pour intervenir sur les organisations professionnelles et leur capacité à négocier. « *Eu égard à l'intérêt général attaché à la restructuration* », il a la possibilité de ne pas arrêter de listes établissant la représentativité de ces organisations professionnelles pour la branche professionnelle (79). Du côté syndical, disparaît, avec la représentativité, la possibilité même de s'engager dans la négociation collective.

(73) Le rapport relevait déjà que « *Le champ d'application de ces conventions collectives, calqué sur celui des branches professionnelles, est parfois flou tant il peut dépendre du périmètre de compétence des organisations patronales représentatives du secteur concerné* », M. de Virville, Pour un Code du travail plus efficace, Rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, Doc. fr., 2004, p. 9, et formulait une proposition n° 50 pour un regroupement des branches professionnelles (spéc., p. 75).

(74) J.-F. Poisson, Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles, Doc. fr., 2009 ; S. Nadal, La fabrique des branches : à propos du rapport « Poisson », RDT 2009, p. 596.

(75) J.-D. Combrexelle, La négociation collective, le travail et l'emploi, Rapport au Premier ministre, 2015.

(76) P. Quinqueton, Vers une nouvelle structuration des branches professionnelles, rapport à Mme la ministre du Travail, déc. 2015.

(77) Pour une présentation de ce régime, v. not. C. Coco, G. Tanguy-Latuillière, C. Nissen et A. Rothenloine, le mode d'emploi de la restructuration des branches, SS. n° 1757, p. 3 ; Ch. Frouin, Les conditions du regroupement des branches, SSL 2017, n° 1757 ; S. Nadal, La restructuration des branches professionnelles : réflexions sur une mutation forcée, RDT 2016, p. 110 ; A. Bugada, Conventions et accords collectifs – La contribution de la loi du 8 août 2016 à la recomposition des branches, JCP(S) 2016, 1442.

(78) Arrêté du 5 janv. 2017 portant fusion des champs conventionnels, JORF n° 10 du 12 janv. 2017 ; Arrêté du 28 avr. 2017 portant fusion des champs conventionnels, JORF n° 109 du 10 mai 2017.

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

Nul doute également que, dans le travail de rapprochement des conventions collectives, le maillage statistique et la possibilité d'opérer une identification des champs via le code NAF aient été importants. Il n'y a, à dire vrai, pas d'autres boussoles pour se repérer clairement dans le paysage touffu des conventions de branche. C'est la référence incontournable pour repérer la « *branche de rattachement présentant des conditions sociales et économiques analogues* » (80). Néanmoins, pas plus à cette occasion qu'auparavant, la NAF n'a dicté de rattachement. Le témoignage, par des membres du bureau des relations collectives de travail en charge, pour le ministère du Travail, de l'accompagnement du travail de la sous-commission de la restructuration, l'exprime bien : « *il était initialement envisagé de rapprocher le champ de la convention collective locale des ouvriers de l'industrie de la salaison de la morue du canton de Fécamp de celui de la convention collective nationale de la poissonnerie. Toutefois, compte tenu des éléments transmis par les partenaires sociaux, la sous-commission a finalement jugé plus opportun de retenir le rapprochement avec une autre branche : celle de la convention collective pour les industries de produits alimentaires élaborés* » (81). La procédure de restructuration intègre ainsi la possibilité d'une critique du travail de la sous-commission. D'une part, le rapprochement suggéré doit, préalablement à la fusion, faire l'objet d'une publication au Journal officiel. L'information individuelle de chaque interlocuteur de la branche, prévue à l'origine, a été supprimée en raison de son excessive lourdeur par la loi du 8 août 2016. Cette nouvelle procédure présente la particularité de ne pas prévoir l'intervention des seules organisations professionnelles, mais d'ouvrir la consultation à toutes les « *personnes intéressées* » (82). D'autre part, deux organisations professionnelles, patronales ou syndicales, représentées à la sous-commission, peuvent remettre en cause le rattachement suggéré par l'administration et proposer une autre branche de rattachement. En ce cas, la sous-commission sera à nouveau consultée pour avis.

Toutefois, la politique de restructuration rompt, sous certains aspects, avec l'idée de branche professionnelle.

## B. Discontinuités

L'idée de branche professionnelle pourrait – au-delà même de la nouvelle géographie des relations profes-

sionnelles qui en ressortira – être profondément modifiée (83).

En premier lieu, la branche professionnelle fait véritablement son entrée dans le Code du travail. Jusqu'à présent, la branche était, en quelque sorte, dessinée en creux par le droit du travail. Ce sont les conditions de reconnaissance de la convention collective et du syndicat qui ont forgé une certaine conception de la branche, prise comme communauté de référence pour ces deux phénomènes sociaux saisis par le droit. Désormais, la branche est directement visée par les normes du travail. La branche s'est vue assigner des missions et une nouvelle géographie.

L'article L.2232-5-1 du Code du travail distinguait ainsi trois « *missions* » dont est investie, par la loi, la branche, ramenées à deux par l'ordonnance du 22 septembre 2017. Désormais, il revient à la branche de définir les « *garanties* » applicables aux salariés et de « *réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application* » (84).

Contre la fragmentation territoriale des branches, l'article L.2232-5-2 lui impose un « *champ d'application* » spatial : désormais, la branche est nationale, le niveau local ayant pour vocation d'adapter ou de compléter les conventions de branches nationales. La formulation peine à bien distinguer la branche de la convention. Est-ce bien la branche qui a un champ d'application ? La formule est assurément maladroite. Elle n'en révèle pas moins une profonde inflexion du rapport du droit du travail à l'autonomie collective.

Quelle est la branche que dessinent les critères permettant d'identifier les branches à restructurer ? Initialement cumulatifs, les critères de l'article L.2261-32 du Code du travail sont désormais alternatifs, étendant la liste des branches entrant dans le champ de la restructuration. Tout d'abord, la restructuration entend concrétiser la spatialisation nationale prescrite à la branche nouvelle façon. Ainsi, la procédure de fusion est applicable « *lorsque le champ d'application géographique de la branche est uniquement régional ou local* ». D'une certaine manière, la politique de restructuration rejoint – sans l'épouser – la pratique statistique consistant à ne pas assimiler branche et convention, mais au contraire à agréger sous une même branche plusieurs IDCC.

Ensuite, la branche doit avoir une activité et une taille suffisantes pour satisfaire aux missions que lui

(80) Art. L. 2261-32, I, C. trav.

(81) C. coco, e.a., préc.

(82) Art. L. 2261-32, I, C. trav.

(83) Pour une analyse critique du sens de ces évolutions, v. S. Nadal, Gouvernance du niveau et des règles de branche : les nouveaux visages de l'emprise étatique, RDT 2017, p. 652

(84) Signe du caractère très instrumental de ces finalités, la mission de déterminer les dispositions ne pouvant être qu'améliorées par la négociation d'entreprise, assignée à la branche par la loi du 8 août 2016, lui a été retirée moins d'une année plus tard, par l'ordonnance du 22 sept. 2017.

a assignées le Code du travail. Une branche doit ainsi avoir une vie conventionnelle suffisante. Une « *activité conventionnelle* » insuffisante étant « *caractérisée par la faiblesse du nombre des accords ou avenants signés et du nombre des thèmes de négociation couverts* » (85). Pareillement, la branche doit être en mesure d'exécuter les réformes et de suivre les obligations que le code du travail lui assigne. L'absence de mise en place ou de réunion de la commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation dans la branche peut également avoir de funestes conséquences. À défaut de négociation depuis trois ans sur plusieurs thèmes de négociation obligatoire, la restructuration de la branche peut être engagée en priorité (86). Pareillement, la branche doit avoir une taille critique. Le destin de la branche n'est plus d'adapter les règles du droit du travail au gré du découpage fin des professions et des métiers. La modification des critères par le législateur est révélatrice d'un mouvement d'instrumentalisation de la branche. Dans une délibération commune (87), les « *partenaires sociaux* » excluaient que des « *critères chiffrés* » puissent seuls gouverner le périmètre de la politique de restructuration. La préoccupation n'a manifestement pas été entendue. L'ordonnance du 22 septembre 2017 a ainsi ajouté un critère purement quantitatif. En dessous de 5.000 salariés, une branche entre dans le champ de la restructuration. Seules les branches ayant une masse critique peuvent donc subsister. Au-delà du souci d'efficacité que dénote ce critère, il souligne un changement d'une des fonctions de la branche. La primauté n'est plus donnée à l'adaptation par la branche de la réglementation du travail aux conditions de travail et d'emploi. Le changement d'échelle promu l'interdit.

La branche doit donc pouvoir « tenir » ces missions. Elle ne peut le faire si elle souffre d'un déficit de légitimité. Aussi, seront aussi à restructurer les branches dans lesquelles moins de 5 % des entreprises sont membres de l'organisation patronale représentative au sein de la branche. Toutefois, on peut se demander si la fusion de cette branche dans un ensemble plus vaste pourra effectivement rendre plus légitime la régulation conventionnelle pour le secteur professionnel désormais inclus dans un plus grand ensemble.

La politique de restructuration indique une transformation importante dans la manière dont est pensé

le rôle du droit à l'égard de l'autonomie collective. Certes, le principe de l'autonomie collective dans la définition des branches est conservé. Toutefois, à plusieurs égards, la politique de restructuration dénote une rupture dans le rapport de l'État aux relations professionnelles. Tout d'abord, l'objet de la régulation s'est en partie déplacé. Dans l'histoire du droit du travail, l'attention du droit s'est portée sur la convention collective et non sur la communauté dont elle se voudrait la loi : la branche. Les récentes réformes marquent, sur ce terrain, une indéniable rupture en faisant de la branche l'objet immédiat à réguler. L'atteinte possible à l'autonomie collective est assurément plus forte. Ensuite, le Code du travail, via les critères d'orientation de la restructuration, suggère une mise à sa main de la branche. Qu'il s'agisse de sa taille, de la légitimité de l'acteur patronal ou de l'animation conventionnelle, la branche se doit d'être appêtée à la commande publique. Mais au-delà d'une telle instrumentalisation se dessine une nouvelle idée de la branche. Hors l'exigence de branche nationale et l'incitation à prendre en compte, dans les fusions, l'analogie des conditions sociales et économiques et la « *cohérence du champ d'application des conventions collectives* », il n'y a pas véritablement de critère pour une telle reconfiguration. Les premiers rapprochements ne donnent que peu de clés, puisqu'ils ont porté sur des branches sans véritables activités (88). Les difficultés à contacter les acteurs de ces branches et le caractère peu conflictuel du travail de la sous-commission en témoignent.

Il est difficile, sous la nouvelle carte qu'entend tracer le droit du travail, de découvrir le nouveau territoire conventionnel. On pressent l'ampleur des bouleversements à venir, y compris au sein des organisations professionnelles. Aussi n'est-il pas surprenant que la définition de la branche professionnelle ne laisse plus indifférent. L'idée de branche professionnelle tend désormais à être sujet à dispute. Signe que la politique de restructuration, pour procédurale qu'elle soit, n'en n'implique pas moins un « référentiel », les organisations professionnelles ont tenté de poser leur propre idée de la branche. Répondant à la feuille de route de la Conférence sociale de 2015, les organisations professionnelles ont adopté une délibération sociale (89) qui propose leur propre définition de la branche professionnelle, dont on pressent la visée critique à l'encontre du référentiel supposé de la

(85) Art. L. 2261-32, I, 2°, C. trav.

(86) Art. D. 2261-15, 2°, C. trav.

(87) Délibération sociale sur « *les critères permettant d'accompagner la restructuration des « branches* », Lettre paritaire du 28 janv. 2016, signé pour la partie patronale par le Medef, la CGPME, l'UPA et pour la partie syndicales par les cinq confédérations historiques (CDFDT, CFE-CGC, CFTC, CGT, CGT-FO).

(88) Arrêté du 5 janv. 2017 portant fusion des champs conventionnels, JORF n° 10 du 12 janv. 2017 ; Arrêté du 28 avr. 2017 portant fusion des champs conventionnels, JORF n° 109 du 10 mai 2017.

(89) Délibération sociale sur les « *critères permettant d'accompagner la restructuration des « branches* », Lettre paritaire du 28 janv. 2016.

politique étatique de restructuration des branches. Dans cette conception, la branche professionnelle « constitue un lieu privilégié du dialogue social et un champ de création de règles conventionnelles applicables aux relations de travail entre les salariés et les employeurs compris dans un champ professionnel que leurs représentants déterminent » (90). La branche est également un lieu d'institutionnalisation du paritarisme. Au service de la « *veille sociale, économique et prospective* », les parties signataires à la délibération prennent soin de viser les « *outils de la branche* » comme le CCNEFP, l'OPCA ou l'observatoire des métiers (91). La délibération reprend, en les confondant, la distinction parfois proposée entre la branche-norme et la branche-institution (92). Cette idée autonome de la branche, pas plus que celle, plus instrumentale, du droit étatique ne correspond pas bien à la géographie actuelle des relations professionnelles. Surtout, elle ne résout pas la question essentielle, celle du périmètre et des frontières.

L'idée de branche demeure donc difficile à appréhender. Elle n'en est pas moins une référence structurante, qui informe les relations professionnelles

et leur devenir. Quelles architectures auront les branches issues de la restructuration ? Les relations professionnelles françaises semblent ici à la croisée des chemins. Faut-il faire, de la vocation des branches à couvrir l'ensemble des relations de travail, la clé de voûte de la nouvelle géographie ? Ce serait l'annonce de vastes ensembles sans véritable cohérence sociale ou économique, dans lesquels ne se retrouveraient ni la possibilité d'une véritable communauté d'intérêts, ni la mission de la branche de réguler des marchés sectoriels du travail. Mais ces deux objectifs ne sont d'ailleurs eux-mêmes pas nécessairement compatibles entre eux. Le souci de faire de la branche un instrument de régulation n'incite-t-il pas à dépasser la référence au secteur pour la filière (93) ? La filière aurait le mérite d'intégrer davantage la prise en compte des « chaînes de valeur ». Elle risque bien, cependant, d'affaiblir le lien de la branche à une communauté d'intérêt. On l'aura compris, restructurer les branches, ce n'est pas seulement fusionner des conventions, c'est bien en changer l'idée.

**Jérôme Porta**

(90) *Ibid.*

(91) Les compétences géographiques et professionnelles de ces institutions paritaires, notamment du fait de leur fusion, n'épousent pas systématiquement les champs d'application des conventions de branche.

(92) P. Adam, L'accord de branche, Dr. Soc. 2017, 1039.

(93) J.-D. Combrexelle, La négociation collective, le travail et l'emploi, Rapport au Premier ministre, 2015, spéc. pt. 7.2.



## DROIT DU TRAVAIL 2019

par Elsa Peskine et Cyril Wolmark

Le droit du travail régit le travail salarié, c'est-à-dire l'emploi et la vie professionnelle de la très grande majorité des personnes.

Placé au centre de la vie économique et politique d'un pays, il ne se passe pas de semaine sans que, par un licenciement collectif, une grève, une restructuration ou une loi nouvelle, il ne fasse parler de lui.

Cet ouvrage donne une vision claire et précise de l'ensemble de la matière recouvrant tant les relations individuelles que les relations collectives du travail.

Il est à jour des dernières jurisprudences et réformes, et notamment de la loi de ratification des ordonnances Macron.

Éditions Dalloz – Collection : Hypercours – 12<sup>e</sup> édition 06/2018 - ISBN 978-2-247-16935-1 - 820 pages – 35 euros