

24 septembre 2018

# **Convention collective de branche et principe de supplétivité**

***Note de Jacques Barthélémy***

***Avocat honoraire***

***Ancien professeur associé à la faculté de droit de Montpellier***

***Fondateur du cabinet éponyme (1965)***

**Note établie en vue de la conférence organisée par AG2R dans le  
cadre de Culture branches le 2 octobre 2018**

1/ Le nouveau droit du travail est marqué par la supplétivité de la norme de niveau supérieur :

- de la loi à l'égard de la convention collective
- des dispositions régulières d'ordre public de la convention de branche à l'égard de l'accord d'entreprise, sous réserve des dispositions auxquelles on ne peut déroger

Quelles que soient les critiques qu'on peut formuler à l'encontre de ce panorama, il s'inscrit dans la perspective d'élaborer les normes au plus près des projets et du contexte pour lesquels elles sont élaborées. Cela permet donc de mieux concilier efficacité économique et protection du travailleur. Sous réserve toutefois que l'accord collectif (qui est d'abord un contrat) fasse réellement la loi des parties, ce qui suppose équilibre des pouvoirs entre les parties, comportement loyal des négociateurs, exécution de bonne foi des textes signés. D'où l'importance de l'accord de méthode relatif aux règles de conduite de la négociation.

2/ Ce nouvel ordre (initié par la Nouvelle société de Chaban-Delmas et qui n'a cessé de progresser depuis, quelle que soit la couleur du parti au pouvoir - exemple : c'est la loi Auroux qui a légalisé la technique de dérogation) justifie qu'on théorise le champ des domaines réservés à la branche. L'article L.2253-1 du code du travail en fait un inventaire, source de litiges dans la mesure où cette liste ne correspond pas à une idée directrice fondamentale. Le problème n'est pas nouveau : il s'est déjà posé avec la loi du 4 août 2004 (exemple : L.120-3 ancien du code du travail).

Il faut donc définir juridiquement la branche et ceci par référence au concept d'unité économique et sociale ayant déjà permis de définir l'entreprise (en droit social bien sûr). Ce qui relève de l'unité économique : classifications, salaires minima ; ce qui relève de l'unité sociale : tout ce qui contribue à donner de la consistance juridique à la collectivité de travail, par exemple la solidarité, pas seulement en matière de prévoyance du reste.

Si unité économique et sociale il y a, la branche ainsi définie permet d'identifier ce qu'on peut appeler **l'ordre public professionnel** auquel un accord d'entreprise ne peut déroger. Et cela permet de faciliter la fusion des conventions collectives pour passer de la notion de profession à celle de branche.

3/ En matière de protection sociale, cela suppose qu'on distingue :

- **Système** de prévoyance par lequel on se contente de fixer la nature et le niveau des prestations, ce qui caractérise un élément de rémunération différée.

- **Régime** de sécurité sociale de nature conventionnelle par lequel on poursuit, en plus, un objectif de solidarité (prévention, action sociale, droits privilégiés pour certaines catégories, taux de cotisation uniforme déconnecté du risque propre à chaque entreprise), donc exigeant la mutualisation des contributions dans un fonds sur lequel est organisé un droit de tirage social. Mais cela exige l'autogestion paritaire.

Ce n'est que dans ce second cas que le dispositif mis en place au niveau de la branche ne peut être contourné par accord d'entreprise, encore moins par DUE. Pour la CJUE et le Comité européen des droits sociaux, la solidarité confère un but légitime à une atteinte, de ce fait proportionnée et concrétisée par le principe de proportionnalité, à la libre concurrence, à la liberté contractuelle et à celle d'entreprendre. De ce fait, la position de la France, inspirée de la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013, ne pourra pas perdurer, d'autant que la condamnation des clauses de désignation y est exprimée au vu du contenu de l'article L.912-1 (ancien) qui ne traitait que de mutualisation, laquelle n'est qu'un moyen, ici au service de la solidarité.