

Devenir une organisation représentative au niveau national interprofessionnel : les enjeux juridiques de l'action des employeurs de l'économie sociale

Pascal Caillaud(*)

La recodification du Code du travail et la réforme du dialogue social ont renforcé la place de la négociation nationale interprofessionnelle dans le processus législatif d'adoption de réformes sur le travail, l'emploi et la formation professionnelle, sans traiter de la question de la représentativité des organisations d'employeurs à cette échelle. Dans certains secteurs particuliers comme l'économie sociale, la notion d'interprofession fait désormais débat, autant du fait des activités professionnelles de ces secteurs, que de la situation juridique particulière des employeurs. Les actions de contestation menées par la principale organisation d'employeur (l'Usgeres) sont multiformes : constitution de nouvelles alliances aux élections prud'homales, négociations d'accords qualifiés d'interprofessionnels sans la signature du Medef, de la CGPME et de l'UPA, et contentieux devant le Conseil d'État. La création du Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels (FPSPP) en 2009 a redonné une actualité à ce débat en prévoyant une procédure originale de consultation des organisations d'employeurs situées hors-champ de la négociation interprofessionnelle. Ces réformes, comme ces mouvements de contestation des règles actuelles de représentativité, nous amènent à interroger la notion d'interprofession. Existe-t-elle réellement ou ne doit-on parler que d'interbranches ou d'intersecteurs? Se pose alors la question de la détermination du champ d'application et du « hors-champ » de ces accords nationaux interprofessionnels.

La représentativité des organisations patronales au niveau national interprofessionnel est source d'enjeux considérables. Comme le souligne le rapport HADAS-LEBEL (2006), elle confère des prérogatives spécifiques telles la négociation des accords collectifs, l'appartenance à un certain nombre d'instances consultatives, la participation à la définition et à la gestion du régime d'assurance chômage, des caisses de sécurité sociale, des régimes complémentaires de retraite et des organismes collecteurs du secteur de la formation professionnelle, l'octroi d'aides financières de l'État et des collectivités territoriales, etc. Or, à la différence des organisations syndicales de salariés, aucun texte ne vient établir clairement les modalités selon lesquelles est conférée la représentativité des organisations patronales au niveau national interprofessionnel⁽¹⁾, bien qu'elle suscite des interrogations et des réflexions depuis de nombreuses années (BUNEL, 1997). Semblent

être considérées comme telles les organisations siégeant au sein de la Commission nationale de la négociation collective (CNNC)⁽²⁾.

Depuis quelques années, on assiste à une contestation, aussi bien médiatique que juridique, des règles actuelles de représentativité patronale au niveau interprofessionnel. Ces contestations sont l'œuvre d'organisations d'artisans⁽³⁾, du secteur

(*) Laboratoire Droit et Changement Social (UMR 6297 CNRS) – Maison des Sciences de l'Homme Ange Guépin, Nantes.

(1) Seule la représentativité pour siéger dans des organismes et instances, ou participer à la négociation nationale interprofessionnelle est ici visée. La représentativité des organisations patronales ayant signé des accords collectifs ne se présume pas et fait l'objet d'enquêtes de représentativité, en vertu de l'article L. 2121-2 du Code du travail (Cf. l'article de J.-P. Le Crom dans ce même numéro).

(2) Article L. 2272-1 du Code du travail : « La commission nationale de la négociation collective comprend des représentants de l'État, du Conseil d'État, ainsi que des représentants des organisations d'employeurs représentatives au niveau national et des organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national ». La CNNC est composée de dix-huit représentants des employeurs dont douze membres du Medef, deux de la CGPME (Confédération générale des petites et moyennes entreprises), deux de la FNSEA (Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles), trois de l'UPA (Union professionnelle artisanale) et un de l'UNAPL (Union nationale des professions libérales ; article R. 136-3 du Code du travail). La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a institué le Haut conseil du dialogue social comprenant des représentants d'organisations représentatives d'employeurs au niveau national et d'organisations syndicales de salariés nationales et interprofessionnelles, des représentants du ministre chargé du Travail et des personnalités qualifiées. Y siègent le Medef, la CGPME, l'UPA, l'UNAPL et la FNSEA. Ces cinq organisations sont également membres du Comité de liaison des décideurs économiques (CLIDE).

(3) Cour de cassation, chambre sociale, 4 décembre 2007, 06-43 749.

des professions libérales ou de l'économie sociale, notamment à l'occasion de négociations portant sur la formation professionnelle tout au long de la vie, sources d'enjeux en termes de financement et de représentation dans les organismes de gestion. Ainsi que l'écrit le professeur GAURIAU (2012, p. 1239), le Medef d'aujourd'hui « essuie des reproches sinon identiques, du moins similaires à ceux qui furent adressés » à la principale organisation d'employeurs de l'entre-deux-guerres, la Confédération générale de la production française (CGPF) « créée sur la demande du gouvernement Clémenceau qui souhaitait l'apparition d'un organisme patronal capable de lui donner des renseignements nécessaires à l'action économique (...) à savoir de se croire en capacité d'engager tous les milieux patronaux, alors qu'elle manquait de contacts étroits avec les syndicats de province, de représenter essentiellement la grande industrie et le commerce au risque de sacrifier les intérêts des petites entreprises ».

Ainsi, à l'occasion de la négociation interprofessionnelle consacrée à la formation professionnelle de 2008-2009, le secrétaire général et président de la commission des affaires sociales de l'UNAPL (Union nationale des professions libérales), Gérard Goupil s'est présenté, accompagné d'un huissier, à l'ouverture des négociations, le 5 novembre 2008 au siège du Medef (Mouvement des entreprises de France), pour se voir refuser l'entrée par son directeur général. Au titre de leur intervention, les représentants de l'UNAPL faisaient valoir qu'une « entreprise sur quatre en France est dirigée par un professionnel exerçant sous le régime des professions libérales »⁽⁴⁾. Déjà, après l'accord national interprofessionnel du 20 septembre 2003 et la loi du 4 mai 2004, l'UNAPL avait conclu avec les organisations syndicales, le 28 février 2005, un accord relatif à « la formation professionnelle tout au long de la vie des salariés des professions libérales », que les signataires ont qualifié eux-mêmes d'*interprofessionnel*. Cette qualification a d'ailleurs été retenue par le ministère du Travail puisqu'un arrêté du 12 avril 2006 portait « extension d'un accord national interprofessionnel conclu dans le secteur des professions libérales »⁽⁵⁾. Au titre de ses arguments, l'UNAPL qui se définit sur son site internet comme une confédération interprofessionnelle, fait valoir qu'elle est membre de la CNNC depuis 1997, du Conseil supérieur de l'emploi, du Conseil d'orientation des retraites, de la Conférence de la ruralité, *etc.* et a des représentants au Conseil économique, social et environnemental (Cese), aux Conseils économiques, sociaux et environnementaux régionaux (Ceser) et au Comité économique et social européen. Le juge administratif a été plusieurs fois sollicité pour trancher des questions de représentativité au niveau national dans ce

secteur. On soulignera ainsi l'arrêt du Conseil d'État du 25 novembre 1991⁽⁶⁾, faisant accéder l'UNAPL aux émissions « Expression directe » dans les médias publics en annulant la décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) qui lui refusait le même temps d'antenne qu'aux autres organisations. Toutefois, depuis peu, ce secteur semble être traversé de soubresauts internes importants. Ainsi, le décret n° 2010-886 du 29 juillet 2010 relatif aux conditions de désignation des membres du Conseil économique, social et environnemental (Cese) dont l'article 4 prévoyait que les quatre représentants des professions libérales au sein du Cese soient désignés par l'UNAPL, fit-il récemment l'objet d'une requête en annulation pour excès de pouvoir, émanant de la Chambre nationale des professions libérales (Cnpl), écartée de ce processus de désignation. La réponse du Conseil d'État⁽⁷⁾ ne manquera pas de faire couler beaucoup d'encre et annonce des recompositions, non seulement au sein des organisations propres aux professions libérales, mais peut-être également pour l'ensemble des organisations d'employeurs. Le juge administratif considère ainsi que la représentativité des organisations professionnelles appelées à désigner des représentants des professions libérales au Cese doit être appréciée au regard de l'ensemble des critères de représentativité, « notamment de l'ancienneté, des effectifs et de l'audience ». Si l'UNAPL fait valoir qu'elle rassemble 65 organismes professionnels et constitue l'organisation professionnelle la plus représentative des professions libérales au plan national, la Cnpl, créée en 1976, soit un an avant l'UNAPL, regroupe 31 syndicats ou ordres professionnels ainsi que 60 chambres territoriales représentant environ 40 000 cotisants. Ainsi que le rappelle le Conseil d'État, elle a également remporté 63 % des voix, contre 33 % pour l'UNAPL, aux élections de 2006 aux caisses nationales d'assurance maladie au titre du régime social des indépendants et détient la présidence et 72 % des sièges, contre 21 % pour l'UNAPL, des conseils d'administration des deux caisses d'assurance maladie des professions libérales. Ainsi, « à la date du 29 juillet 2010, la Cnpl devait être regardée comme l'une des organisations professionnelles les plus représentatives des professions libérales au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 29 décembre 1958 : les dispositions du décret attaqué, qui confient à la seule UNAPL le soin de désigner les représentants des professions libérales au sein du Cese, méconnaissent les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 29 décembre 1958 imposant la désignation des représentants des professions libérales par les organisations professionnelles les plus représentatives ».

De la même façon, dans l'artisanat (RABIER, 2007), le Conseil d'État a rejeté la demande d'annulation,

(4) AEF, dépêche n° 104 140, 5 novembre 2008.

(5) Arrêté du 12 avril 2006, JO n° 97 du 25 avril 2006.

(6) Conseil d'État, 25 novembre 1991, n° 115 993.

(7) Conseil d'État, 8 octobre 2012, n° 343 082.

faite par le Medef et la CGPME, d'un arrêté d'extension d'un accord du 12 décembre 2001 relatif au dialogue social, signé par l'UPA dont la représentativité dans le champ d'application de l'accord n'est pas contestée, au motif que le Medef et la CGPME n'apportaient pas d'éléments de nature à établir leur propre représentativité dans ce secteur⁽⁸⁾. Plus récemment, l'UPA a également obtenu devant cette même juridiction l'annulation d'un arrêté de 1999, qui considérait la CGPME représentative dans le secteur des métiers. Pour le Conseil d'État, cette dernière organisation ne justifiait d'adhérents que dans le bâtiment mais pas de structure propre à l'artisanat bien que ses statuts l'aient pourtant prévue⁽⁹⁾.

Le secteur des «particuliers employeurs» est depuis peu traversé par de tels mouvements de contestation puisqu'à l'occasion d'une question écrite du sénateur Rainaud⁽¹⁰⁾ en 2009, a été soulevée la question de la représentativité de la Fédération des particuliers employeurs de France (Fepem). Se fondant sur sa qualité d'organisation représentative du secteur de l'aide à la personne et le recensement de 3,5 millions de particuliers employeurs en 2008, employant 1,6 million de salariés (et d'une masse salariale ainsi estimée à près de 9 milliards d'euros), la Fepem affiche, selon ce parlementaire, une volonté de siéger au sein des instances représentant les employeurs, telles que la CNNC ou la Caisse nationale d'allocation familiales (Cnaf). Dans sa réponse, le ministre du Travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville considère que cette demande de la Fepem relève du niveau national interprofessionnel. Or, si l'importance de la Fepem, «en termes d'emplois et de particuliers employeurs représentés, est indéniable», elle apparaît comme «une organisation essentiellement sectorielle dont le périmètre ne lui permet pas de prétendre au caractère interprofessionnel». Présente seulement dans deux branches et conventions collectives, sur les quelque 700 identifiées, la Fepem, ne peut donc par conséquent pas «bénéficier des mêmes prérogatives que les organisations d'employeurs qui bénéficient d'une représentativité au niveau de ces instances à caractère interprofessionnel»⁽¹¹⁾.

Évoqué à plusieurs reprises dans les débats parlementaires de la loi du 20 août 2008 portant

renovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail⁽¹²⁾, le secteur de l'économie sociale est également le théâtre d'une forte contestation des règles actuelles de représentativité nationale interprofessionnelle des employeurs. Trois organisations d'employeurs de ce secteur apparaissent particulièrement actives : le Gema, l'Unifed et l'Usgeres⁽¹³⁾. Leur coopération prend plusieurs formes, telle la signature de protocoles bilatéraux comme l'accord de coopération entre l'Unifed et l'Usgeres, du 20 septembre 2006 par lesquels ces deux organisations s'engagent à ne pas sortir du champ des branches professionnelles et ne fédérer que des «syndicats ou fédérations d'employeurs dont l'activité principale» relève de l'économie sociale, ce qui, en soi, limite le caractère interprofessionnel de leur couverture. La coopération peut également avoir pour objectif la création de structures en vue des élections prud'homales telles l'Association des employeurs de l'économie sociale (AEES), à but électoral, et l'Association prud'hommes formation des employeurs de l'économie sociale (APFEES) dont l'objectif est de proposer aux élus AEES tout au long de leur mandat des sessions de formation.

Afin de peser sur le paysage national de la représentativité patronale, l'action des employeurs de l'économie sociale s'est alors orientée sous trois angles (voir encadré 1).

(8) Conseil d'État, 20 juin 2003, n° 248 347. Le Conseil d'État relève que le fait que les statuts de ces deux organisations prévoient la représentativité dans l'artisanat, est insuffisant.

(9) Conseil d'État, 9 février 2005, n° 276 064. La jurisprudence sur la représentativité au niveau national interprofessionnel, sans être abondante, n'est pas nouvelle. Pour une étude complète et récente de cette jurisprudence, on se référera aux travaux de Franck HÉAS (2011).

(10) Question écrite n° 07 440 de M. Marcel Rainaud (Sénateur socialiste de l'Aude) publiée dans le *JO Sénat* du 12 février 2009, p. 36.

(11) Réponse du ministère du Travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville publiée dans le *JO Sénat* du 28 janvier 2010, p. 196.

(12) Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *JO* n° 0194 du 21 août 2008, p. 13 064.

(13) Groupement des entreprises mutuelles d'assurances (Gema), Union des fédérations et syndicats nationaux d'employeurs sans but lucratif du secteur sanitaire, médico-social et social (Unifed), Union de syndicats et groupements d'employeurs représentatifs dans l'économie sociale (Usgeres). Cf. Annexe «Les vingt-cinq organisations d'employeurs et groupements associatifs, coopératifs et mutualistes, membres de l'Usgeres».

Encadré 1

Actions entreprises par les employeurs de l'économie sociale pour peser sur la représentativité patronale

Une action électorale : les élections prud'homales de 2008 ont confirmé une « percée » de l'AEES dont le score est passé de 11,29 % en 2002 à 19,05 % en 2008, tous collèges confondus. Dans la principale section où elle était présente (« activités diverses », 36 % des employeurs inscrits), l'AEES a atteint le score de 34,4 % et son nombre d'élus est passé, au total, à 467, contre 279 en 2002 et 23 en 1997. Le Medef, la CGPME, l'UPA, l'UNAPL et la FNSEA, qui avaient formé des listes communes, partout en France, sous la bannière de l'Union pour les droits des employeurs (UDE), ont obtenu 72,09 % des voix, contre 80 % en 2002. Cependant, le fait de se présenter aux élections des conseils de prud'hommes ne présume pas une quelconque représentativité des organisations ayant des candidats. D'une part, pour être candidat dans le collège employeur, il suffit d'employer au moins un salarié⁽¹⁾. D'autre part, malgré de bons résultats, le choix fait par l'AEES de ne présenter de candidats que dans les sections « activités diverses » et « encadrement », mais pas dans celles de « l'agriculture », de « l'industrie » ou du « commerce et des services commerciaux », relativise évidemment les prétentions sur le caractère interprofessionnel des organisations de l'économie sociale.

Une action de négociation : en raison de leur exclusion du dialogue social national interprofessionnel, les trois organisations d'employeurs de l'économie sociale (Gema, Unifed, Usgeres) ont conclu, le 22 septembre 2006, un accord national avec la CFDT (Confédération française démocratique du travail), la CGT (Confédération générale du travail), la CFTC (Confédération française des travailleurs chrétiens) et la CFE-CGC (Confédération française de l'encadrement - Confédération générale des cadres) portant sur le droit à la formation professionnelle dans leurs branches et secteurs d'activité. Selon le préambule de ce texte, il s'agit de définir « le champ interprofessionnel initial de l'économie sociale »⁽²⁾, en termes d'activité économique et de statut juridique des entreprises et organismes concernés.

Une action contentieuse : par arrêté du 28 septembre 2007, le ministère du Travail a refusé l'agrément de l'accord du 26 septembre 2006 sur la formation professionnelle dans l'économie sociale au motif de l'absence de preuve sur la représentativité de l'Usgeres dans son champ d'application. Les trois organisations d'employeurs signataires ont alors saisi le Conseil d'État qui a partiellement annulé l'arrêté du ministère du Travail⁽³⁾.

Par ailleurs, au mois de juillet 2009, l'Usgeres a formulé une demande de reconnaissance de représentativité au ministre du Travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité⁽⁴⁾. Selon l'article R. 2121-2 du Code du travail, le silence gardé par le ministre du Travail pendant six mois, suite à une demande d'enquête de représentativité, ayant valeur de décision de rejet, l'Usgeres a donc déposé en février 2010, une requête en contentieux au Conseil d'État, pour faire reconnaître sa représentativité patronale au plan national.

(1) Peuvent ainsi se présenter les associés en nom collectif, les présidents de conseils d'administration, les PDG de sociétés anonymes, les gérants de sociétés à responsabilité limitée (SARL) ou d'entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée (EURL), les cadres munis d'une délégation particulière d'autorité, obligatoirement écrite, leur donnant le pouvoir d'embaucher et de licencier ou d'engager l'entreprise à l'égard de clients, de fournisseurs, etc., ces cadres étant alors candidats dans la section « encadrement » du collège employeur.

(2) Nous soulignons.

(3) Conseil d'État, 31 décembre 2008, n° 31 150.

(4) Communiqué de l'Usgeres du 25 février 2010 (<http://www.usgeres.fr/actu.php?id=66>).

Peut-être du fait de son caractère multiforme, l'offensive des employeurs de l'économie sociale amène nécessairement à repenser la diversité et les frontières de l'espace occupé par les organisations représentatives patronales (OFFERLÉ, 2009). Leur multiplication au niveau national interprofessionnel, et les recompositions que cela entraînerait inévitablement, ne sont-elles pas de nature à affaiblir le dialogue social, risque relevé par certains auteurs (JOBERT, 2009) ?

Les réformes récentes du dialogue social et la recodification du droit du travail ont consacré la négociation nationale interprofessionnelle sur le plan législatif, posant ainsi de façon plus prégnante, la question de la représentativité des organisations à ce niveau. Cependant, ces mouvements de contestation des règles actuelles nous amènent à interroger la notion d'interprofession. Existe-t-elle réellement ou ne devrait-on pas plutôt parler d'accords

interbranches ou multibranches ? Connexe à cette interrogation, se pose alors la question de la détermination du champ d'application des accords nationaux interprofessionnels, et donc des secteurs d'activités et branches situés « hors-champ » de ces accords. Non consacrée juridiquement et difficile à cerner, la notion de « hors-champ », particulièrement présente dans le domaine de la formation professionnelle, est toutefois une des clés permettant de cerner la notion d'interprofession.

La loi négociée : source d'enjeux pour les employeurs de l'économie sociale

L'adoption de la loi de modernisation du dialogue social⁽¹⁴⁾, tout comme la recodification du Code du travail⁽¹⁵⁾ ont explicitement fait des accords nationaux interprofessionnels (ANI) une catégorie juridique d'accords collectifs, tout en conférant à ce niveau de négociation une place importante dans le processus législatif. On est dorénavant en droit de se demander si les partenaires sociaux ne sont pas désormais devenus de véritables «pré-législateurs», sans pour autant que la loi ait traité la question de la représentativité des organisations d'employeurs à cette échelle, malgré les demandes des employeurs de l'économie sociale⁽¹⁶⁾.

Les accords nationaux interprofessionnels dans le Code du travail

La recodification du droit du travail, censée avoir été accomplie à droit constant (COMBRESSELLE, 2007; BERNAUD, 2008), a été l'occasion, pour les pouvoirs publics, de caractériser l'ANI, à travers la création d'une section particulière du nouveau Code du travail désormais consacrée à ce seul niveau de négociation⁽¹⁷⁾. Rappelons, en effet, que dans sa rédaction précédente, le code traitait, dans une unique section, les règles applicables aux «conventions collectives de branches et aux accords professionnels ou interprofessionnels»⁽¹⁸⁾. Ce faisant, la loi du 4 mai 2004 «a contribué à faire de la négociation interprofessionnelle un niveau de négociation identifiable et sans doute autonome, distinct de la négociation de branche» (GAURIAU, 2012). Assez brève (cinq articles), la nouvelle section du Code du travail consacrée aux ANI, définit le champ d'application territorial de ces accords (national, régional ou local), leur règles de validité à travers la détermination de l'audience électorale des syndicats signataires ou de ceux qui s'y opposent, le droit des organisations catégorielles de participer à la négociation et enfin, les facilités accordées aux négociateurs eux-mêmes, en termes de droit d'absence, de maintien de la rémunération, etc. Ainsi, la validité d'un accord interprofession-

nel est-elle subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli, aux élections prises en compte pour la mesure de leur audience, au moins 30 % des suffrages exprimés et à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés. Force est de constater que la seule représentativité des organisations syndicales de salariés fait l'objet de dispositions, sans que soit évoquée celle des organisations d'employeurs.

L'adoption de la loi de modernisation du dialogue social⁽¹⁹⁾ a également conféré à la négociation nationale et interprofessionnelle une nouvelle place dans le processus législatif d'adoption de textes concernant le droit du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle. En effet, l'article L. 1 du Code du travail, prévoit désormais que :

«tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation.

À cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options.

Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation.

Le présent article n'est pas applicable en cas d'urgence. Lorsque le Gouvernement décide de mettre en œuvre un projet de réforme en l'absence de procédure de concertation, il fait connaître cette décision aux organisations mentionnées au premier alinéa en la motivant dans un document qu'il transmet à ces organisations avant de prendre toute mesure nécessitée par l'urgence».

Face au caractère restrictif de cette disposition limitée aux seuls projets de loi (donc émanant du gouvernement), le Sénat comme l'Assemblée nationale ont respectivement adopté, le 16 décembre 2009 et le 16 février 2010, des protocoles «organisant, à titre expérimental, la concertation avec les partenaires sociaux préalablement à l'examen des propositions de loi relatives aux relations individuelles et collectives du travail, à l'emploi et à la formation professionnelle» pour le Sénat et «relatifs à la consultation des partenaires sociaux sur les propositions de loi à caractère social qui sont dans le champ de la négociation collective», pour l'Assemblée Nationale.

(14) Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, JO n° 27 du 1^{er} février 2007, p. 1 944.

(15) Loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail, JO n° 0018 du 22 janvier 2008, p. 1 122.

(16) Communiqué de l'Usgeres du 23 mai 2011 : «L'Usgeres fixe ses priorités d'actions pour les mois à venir», «elle aspire, dans un premier temps, à une représentativité au plan national dans trois instances du dialogue social» et souhaite «avancer sur la question de la représentativité des employeurs de l'économie sociale dans les instances du dialogue social national» (<http://www.usgeres.fr/actu.php?id=103>).

(17) Articles L. 2232-1 et suivants du Code du travail.

(18) Article L. 132-11 et suivants du Code du travail, antérieurement à la recodification.

(19) Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, *op. cit.*

À la différence de l'article L. 1 du Code du travail, le bureau du Sénat et la conférence des présidents de l'Assemblée n'ont pas souhaité entériner de façon définitive cette place des partenaires sociaux dans le processus législatif, puisque dans les deux cas, ces protocoles ont été institués à titre expérimental ; celui de l'Assemblée nationale aurait dû en principe faire l'objet d'une évaluation avant le 30 septembre 2011.

Si la caractérisation de l'ANI, la place de la négociation nationale interprofessionnelle dans la pratique législative (DESPAX, 1987) et la reconnaissance de la représentativité des organisations professionnelles renvoient à des mécanismes juridiques différents, ne serait-ce que par leur place dans le Code du travail⁽²⁰⁾, il est difficile de ne pas faire un lien entre eux, qui ne se réduit pas à la concomitance de leurs réformes⁽²¹⁾ : reconnaître la place de la négociation collective interprofessionnelle dans le processus législatif et préciser les règles de validité d'un ANI ne pouvaient que renforcer la volonté d'acteurs comme les employeurs de l'économie sociale de participer pleinement à cette construction particulière du droit national. Comme l'écrit le Professeur VERKINDT (2012, p. 1233), «on ajouterait volontiers, pour user d'une métaphore architecturale, que ces deux piliers [paritarisme et négociation collective] sont reliés par un arc dont la clé de voûte serait la représentativité syndicale dont on perçoit bien alors la centralité».

Tout projet ou toute proposition de loi relevant du champ de la négociation interprofessionnelle doit donc faire l'objet d'une concertation préalable avec les partenaires sociaux, qui ont alors la capacité de décider de l'ouverture d'une négociation collective à ce niveau. Ces dispositions posent deux questions. D'une part, les partenaires sociaux mentionnés dans ces nouveaux textes, sont-ils devenus parties prenantes d'une nouvelle forme de législation que l'on qualifie de «loi négociée» (SUPIOT, 2003)? D'autre part, quelles sont les organisations d'employeurs concernées par cette nouvelle procédure législative?

Le rôle « pré-législatif » des partenaires sociaux représentatifs au niveau national interprofessionnel

Faut-il considérer désormais les partenaires sociaux comme parties prenantes à part entière du processus législatif relatif au droit du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, aux côtés de l'Assemblée nationale et du Sénat, et assiste-t-on à la fin d'un clivage entre «intégrisme législatif» et «intégrisme conventionnel» (SUPIOT, 2010)?

(20) Articles L. 1, L. 2121-1 et L. 2232-1 du Code du travail.

(21) Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social et loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

D'une certaine façon, cette intervention dans le processus législatif français existe déjà depuis longtemps. Membre du Conseil économique, social et environnemental (Cese), auto-défini comme «troisième assemblée constitutionnelle de la République»⁽²²⁾, les organisations représentatives des salariés comme d'employeurs sont consultées, lorsqu'en vertu de l'article 69 de la Constitution, le Cese est saisi par le gouvernement pour se prononcer par avis sur des projets de lois, d'ordonnances et de décrets⁽²³⁾. Parmi les 233 membres de cette assemblée, 140 y figurent au titre «de la vie économique et du dialogue social»⁽²⁴⁾ (voir encadré 2).

Encadré 2

Membres du Cese au titre de «la vie économique et du dialogue social»

- 27 représentants des entreprises privées industrielles, commerciales et artisanales désignées par accord entre le Medef, la CGPME et l'Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie (ACFCI), dont un sur proposition du centre des jeunes dirigeants d'entreprise;
- 20 représentants des exploitants et des activités agricoles dont neuf désignés par la FNSEA, deux par Jeunes agriculteurs (ex-CNJA), un par la Confédération Paysanne (CP) et un par la Coordination rurale-action nationale;
- 10 représentants des artisans, dont cinq représentants désignés par accord entre les organisations professionnelles regroupées au sein de l'Union professionnelle artisanale (UPA), à savoir la Confédération nationale de l'artisanat, des métiers et des services, la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment, la Confédération générale de l'alimentation en détail (section artisanale);
- 4 représentants des professions libérales comprenant un représentant au moins de chacune des catégories suivantes : professions de santé, professions juridiques et autres professions libérales⁽¹⁾.

(1) Décret n° 84-558 du 4 juillet 1984 fixant les conditions de désignation des membres du Conseil économique, social et environnemental, version consolidée au 31 juillet 2010. Toutefois, comme nous le soulignons en introduction, l'article 4 de ce décret qui prévoyait que les représentants des professions libérales soient désignés par l'Union nationale des associations des professions libérales (UNAPL) a été annulé par un arrêt du Conseil d'État, en date du 8 octobre 2012 sur requête de la Chambre nationale des professions libérales (CNPL), considérée par le juge administratif plus représentative que l'UNAPL. CE, 8 octobre 2012, n° 343 082.

(22) Cf. site internet du Cese : <http://www.lecese.fr/>

(23) Le Conseil économique, social et environnemental est obligatoirement saisi pour tout projet de loi de plan ou de programmation à caractère économique, social et environnemental et peut être associé à leur élaboration. Pour tout autre texte en revanche, il ne s'agit que d'une possibilité.

(24) Loi organique 2010-704 du 28 juin 2010.

Cette consultation, constitutionnellement prévue, des organisations représentatives est dorénavant complétée par la reconnaissance législative de leur capacité à négocier un ANI, préalablement à l'élaboration de la loi. Est-ce à dire que les partenaires sociaux sont désormais membres à part entière du processus législatif et que Parlement comme gouvernement sont désormais liés par les résultats de leur négociation ?

Le législateur est-il toujours autonome face aux partenaires sociaux ?

Soulignons d'abord que cette place « pré-législative » de l'ANI n'est pas chose nouvelle en droit du travail français. Si les ANI se développent à partir de l'accord sur les régimes complémentaires de retraites des salariés cadres (Agirc) du 14 mars 1947, suivi de la convention collective d'assurance chômage du 31 décembre 1958 puis de l'accord sur les régimes complémentaires de retraites des salariés non cadres (Arrco) du 8 décembre 1961, les ANI entrant dans le champ de la formation professionnelle illustrent parfaitement ce rapport étroit entre négociation interprofessionnelle et loi.

En prévoyant l'ouverture de négociations sur ce thème, le protocole de Grenelle du 27 mai 1968, dans son point n° 6, a favorisé un mode spécifique de construction du droit français de la formation continue. L'engagement de négociations débouchant sur l'ANI du 9 juillet 1970, dont les principales dispositions sont reprises par la loi du 16 juillet 1971⁽²⁵⁾, a alors inauguré une règle non écrite : l'intervention préalable des partenaires sociaux à toute grande réforme législative de la formation est devenue une obligation sociale, sans n'avoir jamais été une contrainte juridique. Ainsi que le soulignaient Jean-Maurice VERDIER et Philippe LANGLOIS (1972, p. 260) à l'occasion de cette réforme, « l'exemple est significatif : un même accord collectif remet en cause la loi, la fait refaire mais demeure pour le plus grand nombre, le cadre concret d'application de la loi antérieure. Rien ne saurait mieux illustrer cette promotion de l'accord collectif, ainsi haussé au niveau du décret, sinon de la loi *stricto sensu* et parvenu, selon la formule du Doyen Savatier, à la dignité de source de droit ».

Après 1971, nombreuses ont été les illustrations de ce principe : des ANI du 21 septembre 1982 portant sur le financement du congé individuel de formation (CIF) et du 26 octobre 1983 relatif à l'insertion des jeunes et à l'alternance, repris par la loi du 24 février 1984, jusqu'à l'ANI du 9 janvier 2009 instituant notamment le Fonds de sécurisation des parcours professionnels (FPSPP), intégré dans la législation par la loi du 24 novembre 2009 relative

à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie (CAILLAUD, 2011). Rappelons que cet ANI a été négocié, sur initiative propre des partenaires sociaux, en dehors de l'application de l'article L. 1 du Code du travail, bien que l'on ait pu considérer qu'il y avait une injonction présidentielle à conclure un accord sur ce champ⁽²⁶⁾.

A contrario, il semble que le législateur ne pouvait déjà plus engager seul des réformes d'ampleur à l'exception de celles qui visaient spécifiquement les seuls salariés⁽²⁷⁾. À défaut, il s'exposait à une réaction forte des partenaires sociaux. Ainsi en a-t-il été de la loi quinquennale pour l'emploi du 20 décembre 1993. En se contentant de recevoir une à une les organisations d'employeurs et de salariés à Matignon, sans lancer de négociation et en déclarant ce projet urgent, le gouvernement Balladur n'a pas respecté ce principe bien que ce texte tentât de proposer d'importantes réformes : remise en cause de l'agrément des organismes paritaires, développement des mesures de formation en alternance, création du capital de temps de formation, etc. Hostiles à certaines de ces dispositions, les partenaires sociaux répondirent par l'ANI du 5 juillet 1994, maintenant les contrats de formation en alternance dans leur forme initiale, créant les Organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA) et affirmant leur compétence en matière d'apprentissage. La loi du 4 février 1995 ne put que reprendre les principales dispositions de cet accord.

L'article 56 du récent accord national interprofessionnel sur l'orientation et la formation professionnelle tout au long de la vie du 7 janvier 2009, témoigne encore de cette méfiance envers l'attitude des pouvoirs publics : « L'entrée en vigueur du présent accord est subordonnée à l'adaptation de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires nécessaires à son application. (...) Si les dispositions législatives et réglementaires n'étaient pas en conformité avec celles du présent accord, les parties signataires conviennent de se réunir pour examiner les conséquences de cette absence de conformité ».

Ce principe non écrit d'antériorité de la négociation sur la loi s'est également traduit par la difficulté des pouvoirs publics d'aboutir à une réforme en l'absence d'accord : ainsi, la timidité de la loi de

(25) Loi n° 71-575 du 16 juillet 1971 portant organisation de la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente.

(26) Nicolas Sarkozy, discours de Valenciennes, 25 novembre 2008, dépêche de l'AEF : « La réforme, je vais la booster drôlement, depuis le temps qu'elle est en cours, je voudrais qu'elle aille beaucoup, beaucoup, extrêmement plus vite. (...) Le 1^{er} janvier, soit vous vous êtes mis d'accord sur une belle réforme, soit vous ne vous êtes pas mis d'accord et on reprend le manche. (...) Je le dis, je préviens, l'État prendra ses responsabilités ».

(27) Ordonnance du 26 mars 1982 destinée à faciliter l'insertion sociale des jeunes de seize à dix-huit ans en leur assurant une qualification ou loi du 7 janvier 1983 transférant aux régions une compétence de droit commun en matière de formation professionnelle.

modernisation sociale du 17 janvier 2002, dont on attendait alors de grands développements annoncés par le livre blanc de Nicole PERY (1999), s'expliqua en réalité par l'échec des négociations de la «Refondation sociale» engagées sur le thème de la formation, à l'automne 2001.

Si les dispositions de l'article L. 1 du Code du travail ne s'appliquent pas en cas de procédure accélérée⁽²⁸⁾, on peut légitimement se poser la question de l'autonomie du législateur en cas de conclusion d'un ANI. L'État législateur a-t-il laissé la place à l'État régulateur (RAY, 2010)? Comme le souligne le professeur LANGLOIS (2008), deux décisions du Conseil constitutionnel de 2000 et 2007 avaient déjà semblé limiter cette marge de manœuvre parlementaire. Ainsi en est-il de la décision du 13 janvier 2000 relative à la seconde loi sur les 35 heures, dans laquelle le Conseil rappelle que s'il «était loisible au législateur de tirer les enseignements des accords collectifs conclus à son instigation en décidant, au vu de la teneur desdits accords, soit de maintenir les dispositions législatives existantes, soit de les modifier dans un sens conforme ou non aux accords; que, toutefois, sauf à porter à ces conventions une atteinte contraire aux exigences constitutionnelles susrappelées⁽²⁹⁾, il ne pouvait, dans les circonstances particulières de l'espèce, remettre en cause leur contenu que pour un motif d'intérêt général suffisant»⁽³⁰⁾. Plus récemment, le Conseil précisait que «le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que, s'agissant de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, du huitième alinéa du Préambule de 1946»⁽³¹⁾.

On peut toutefois tempérer cette analyse : sur le fondement de l'article 34 de la Constitution, la compétence parlementaire reste entière en ce qui concerne les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale. Cette absence de compétence liée fait ainsi écrire à certains auteurs : «Au risque de la caricature, le gouvernement initie, les partenaires sociaux proposent, le législateur dispose» (LANGLOIS, 2008, p. 347).

(28) Ancienne procédure d'urgence. Article 45 de la Constitution. À ce titre, l'article L. 1 du Code du travail n'a pas été adapté aux termes de la réforme constitutionnelle de 2008. Article 20 de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

(29) Article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

(30) Conseil constitutionnel, décision du 13 janvier 2000, n° 99-423DC.

(31) Conseil constitutionnel, décision du 16 août 2007, n° 2007-556 DC.

La détermination des organisations d'employeurs appelées à négocier l'ANI : l'enjeu de la représentativité

La reconnaissance d'une représentativité nationale interprofessionnelle permet ainsi à une organisation de rentrer dans le cercle fermé des rédacteurs (ANTONMATTEI, 2009) de la «loi négociée» (SUPIOT, 2003) ou du «dialogue légiférant» (CÉSARO, 2007). Comment déterminer les organisations représentatives d'employeurs concernées par l'article L. 1 du Code du travail? Ce dernier texte, aussi bien que les protocoles expérimentaux adoptés par les deux chambres du parlement, visent les «organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel».

Depuis de nombreuses années⁽³²⁾, sont considérées comme telles les organisations siégeant au sein de la CNNC, actuellement composée de dix-huit représentants des employeurs dont douze membres du Medef, deux de la CGPME, deux de la FNSEA, trois de l'UPA et un de l'UNAPL⁽³³⁾. De la même façon, comme nous l'avons indiqué plus haut, les représentants des organisations patronales siégeant au Haut conseil du dialogue social, créé par la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, sont des membres du Medef, de la CGPME, de l'UPA, de l'UNAPL et de la FNSEA⁽³⁴⁾. Au cours des débats parlementaires de ce texte, la commission des affaires sociales du Sénat a présenté un amendement prévoyant une négociation nationale interprofessionnelle devant fixer, avant le 30 juin 2010, les critères de représentativité des organisations patronales. Cet amendement a été repoussé par le Sénat lors de la discussion en séance publique.

Cette difficulté à identifier les organisations d'employeurs au niveau national interprofessionnel a fait l'objet de débats assez virulents à l'Assemblée nationale, à l'occasion de l'adoption de la loi de modernisation du dialogue social⁽³⁵⁾.

À l'initiative du député de l'Aveyron Yves Censi, a été présenté un amendement dont le but est d'intégrer les «organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel **ou au niveau intersectoriel des**

(32) Cette appréciation semble confirmée par une lettre du Premier ministre Pierre Mauroy aux membres du gouvernement, en date du 14 novembre 1983 : «Je vous rappelle que la représentativité des organisations professionnelles et syndicales est constatée par le ministre des Affaires sociales après enquête effectuée par ses services. Elle se manifeste par la présence de représentants des organisations représentatives au niveau national, au sein de la CNNC...». Archives de la DRT 2006/010 (12). Nous remercions Jean-Pierre Le Crom de nous avoir communiqué ce document.

(33) Article L. 2272-1 et R. 136-3 du Code du travail.

(34) Ces cinq organisations sont également membres du Comité de liaison des décideurs économiques (CLIDE).

(35) Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, JO n° 27 du 1^{er} février 2007, p. 1 944.

professions agricoles et libérales»⁽³⁶⁾. Présenté comme un «amendement de précision», il devait permettre, selon son auteur, de lever la confusion régnant autour de la notion d'organisation nationale et interprofessionnelle. Il s'agissait de mettre en conformité la nouvelle procédure créée par la loi en cours d'adoption avec la composition de la CNNC, englobant les professions agricoles et libérales. Le député Censi mettait en avant, qu'à défaut d'adoption de son amendement, deux catégories d'organisations d'employeurs, représentatives au niveau national allaient être consacrées : d'une part, celles pouvant négocier la loi (Medef, CGPME et UPA), d'autre part, celles ne pouvant être que consultées (FNSEA et UNAPL)⁽³⁷⁾.

L'amendement s'est heurté à une triple opposition, chacune présentant des arguments différents.

Le rapporteur de la loi, le député Perrut, souleva tout d'abord que seulement trois organisations d'employeurs sont réellement représentatives au niveau national interprofessionnel, et que l'argument selon lequel d'autres organisations participent aux réunions de la CNNC ne peut être retenu en l'état. Au contraire, ces organisations, «même aujourd'hui non représentatives au sens du code du travail, pourront être impliquées dans certaines des phases de mise en œuvre du dialogue social. Siégeant à la commission nationale de la négociation collective, qui sera consultée sur les avant-projets de texte de loi, elles seront de fait impliquées dans les nouvelles procédures»⁽³⁸⁾.

Le gouvernement objecta pour sa part que l'amendement confond deux notions, l'interprofessionnel (Medef, CGPME, UPA) et l'intersectoriel (FNSEA et UNAPL), sans pour autant expliciter cette dernière notion⁽³⁹⁾.

Enfin, les parlementaires de gauche opposèrent que cet amendement va exclure une partie des salariés des ANI, contrairement aux dispositions de l'article L. 132-1 du Code du travail d'alors, et instaurer un droit du travail «corporatiste», morcelé secteur par secteur⁽⁴⁰⁾.

Adopté dans un premier temps avec le soutien des députés UMP⁽⁴¹⁾, cet amendement fit l'objet d'une demande de seconde délibération de la part du gouvernement pour être finalement rejeté. Un amendement reprenant les mêmes termes a également été

déposé au Sénat⁽⁴²⁾ mais sans être défendu et discuté en séance publique⁽⁴³⁾. En effet, souhaitant se prémunir d'un nouvel incident, le ministre délégué au Travail, Gérard Larcher, apporte au début des débats les précisions suivantes qui aboutissent au retrait de cet amendement :

«Du côté des employeurs, les organisations concernées par le projet de loi sont les trois organisations interprofessionnelles représentant les employeurs qui sont en mesure de négocier un accord interprofessionnel : Medef, CGPME, UPA. (...) J'insiste sur le fait que l'équilibre du dispositif repose sur le caractère interprofessionnel – et ce mot a un sens particulier – de la concertation. En effet, la nouvelle procédure est réservée aux projets de réforme présentant un caractère général et ayant à ce titre vocation à s'appliquer à l'ensemble des entreprises du secteur privé. Seules les organisations reconnues comme étant représentatives au niveau interprofessionnel sont donc concernées. Lors des débats de l'Assemblée nationale, des inquiétudes légitimes sont apparues quant à la place de certains secteurs essentiels d'activité : je pense notamment à l'agriculture, avec la FNSEA, la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles, mais le raisonnement doit être étendu aux professions libérales, avec l'UNAPL, l'Union nationale des associations de professions libérales. (...) Il va de soi, et je m'y engage solennellement, que des projets de réforme relatifs au droit du travail qui concerneraient spécifiquement ces secteurs d'activité impliqueraient des procédures de concertation, sur l'initiative des pouvoirs publics, avec les organisations représentatives de ces secteurs, donc, par exemple, avec la FNSEA et l'UNAPL. (...) Cependant, le projet de loi qui vous est soumis, je le répète, ne vise pas ce cas de figure. Il porte sur les réformes à caractère général et sur le seul niveau interprofessionnel. **Il reste donc volontairement neutre quant à la question du dialogue social et de la négociation collective**⁽⁴⁴⁾ au sein des secteurs d'activité, et ne modifie en rien l'équilibre existant, dans lequel la FNSEA et l'UNAPL occupent une place particulière qui doit être préservée»⁽⁴⁵⁾.

Il apparaît ainsi clairement qu'à l'occasion des récentes réformes de la négociation au niveau national interprofessionnel, les pouvoirs publics se sont bien gardés de déterminer les organisations d'employeurs participant à ce niveau de négociation.

Or c'est bien cette détermination qui est au cœur de la contestation de la situation actuelle, menée par les employeurs de l'économie sociale, et plus précisément par l'Usgeres qui l'exprime avec régularité, bénéficiant apparemment du soutien de la CGPME⁽⁴⁶⁾. Au-delà de cette indétermination poli-

(36) Amendement n° 38 présenté par M. Censi. Nous soulignons «ou au niveau intersectoriel des professions agricoles et libérales».

(37) Assemblée nationale, débats parlementaires, 2^e séance du 6 décembre 2006, p. 8 619.

(38) *Ibidem*.

(39) *Ibidem*.

(40) Cf. les interventions des députés Alain Vidalies (PS), Martine Billard (Les Verts) et Maxime Gremetz (PCF), Assemblée nationale, débats parlementaires, 2^e séance du 6 décembre 2006, *JO*, débats parlementaires, p. 8 620.

(41) Cf. annexe au procès-verbal de la 2^e séance du mercredi 6 décembre 2006, *JO*, débats parlementaires, p. 8 634.

(42) Amendement n° 14 déposé par M. Gournac.

(43) Sénat, séance du 17 janvier 2007, *JO*, débats parlementaires, p. 292.

(44) Nous soulignons.

(45) Sénat, séance du 17 janvier 2007, *JO*, Débats parlementaires, p. 292.

(46) Communiqué de l'Usgeres du 1^{er} décembre 2011 : «L'Usgeres et la CGPME proposent une réforme de la représentativité patronale».

tique, identifier les organisations d'employeurs au niveau national interprofessionnel suppose, au préalable, de s'entendre sur la notion d'interprofession.

Les frontières de l'interprofession : la place de l'économie sociale

Selon les propos du ministre du Travail, tenus lors des débats sur la loi de modernisation du dialogue social, la signature d'un ANI par le Medef, la CGPME et l'UPA, en détermine le champ d'application (DAUXERRE, 2006), les entreprises privées dont les activités sont non couvertes étant considérées comme « hors-champ » de cet accord (LUTTRINGER, 2004). La contestation de ces règles de représentativité patronale, notamment par les organisations d'employeurs de l'économie sociale, soulève la question du champ d'application des ANI signés par ces organisations, et donc des conséquences juridiques de ces accords sur les secteurs professionnels « hors-champ », notion extrêmement importante dans le droit de la formation professionnelle continue. Ce faisant, cela amène alors à s'interroger sur le contenu de la notion même d'interprofession.

La notion de « hors-champ » : clé de l'interprofession ?

La notion de « hors-champ », qui ne connaît aucune consécration législative ou réglementaire, apparaît essentiellement dans les écrits de certains auteurs (LUTTRINGER, WILLEMS, 2009) et syndicalistes⁽⁴⁷⁾, ainsi que dans un récent rapport du Cese (URIETA, 2012). Elle est difficile à cerner à la lecture du Code du travail dans sa nouvelle rédaction. Rappelons, en effet, que la formulation de l'article L. 2211-1 du Code du travail, relatif à la négociation collective et aux accords collectifs de travail, dispose, aujourd'hui, que :

« Les dispositions du présent livre sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés. Elles sont également applicables :

- 1° Aux établissements publics à caractère industriel et commercial ;
- 2° Aux établissements publics à caractère administratif lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé. »

La lecture de cette disposition, intégrée sans débat dans le Code du travail, du fait de la recodification

par ordonnance⁽⁴⁸⁾, rend difficile l'appréhension de ce que serait le champ d'un ANI, et donc le « hors-champ ». Il est en effet difficile de concevoir quelles sont les entreprises susceptibles de ne pas faire partie d'un ensemble aussi vaste que celui formé par les employeurs de droit privé et les établissements publics, qu'ils soient établissement public industriel et commercial (EPIC) ou établissement public administratif (EPA).

Il faut donc se référer à l'ancien Code du travail pour mieux saisir les enjeux de cette notion. Dans la rédaction antérieure au 1^{er} mai 2008, l'article L. 132-1 du Code disposait que :

« Les dispositions du présent titre s'appliquent aux professions industrielles et commerciales, aux professions agricoles qui utilisent les services des salariés définis par l'article L. 722-20 du code rural, aux professions libérales, aux offices publics et ministériels, aux employés de maison, aux concierges et gardiens d'immeubles à usage ou non d'habitation ou à usage mixte, aux travailleurs à domicile, aux assistants maternels, aux assistants familiaux, au personnel des sociétés civiles, des syndicats professionnels, des sociétés mutualistes, des organismes de sécurité sociale qui n'ont pas le caractère d'établissements publics et des associations ou de tout organisme de droit privé, quels que soient leur forme et leur objet.

Elles s'appliquent aux entreprises publiques, aux établissements publics à caractère industriel et commercial et aux établissements publics qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial dans les conditions définies au chapitre IV du présent titre.

Elles s'appliquent également aux entreprises adaptées et aux centres de distribution du travail à domicile ».

Cette liste, qui pourrait s'apparenter à un inventaire à la Prévert des différents secteurs d'activité professionnelle de notre pays, traduit en réalité, une lente et progressive construction juridique visant à élargir le champ d'application de la législation du travail. C'est ainsi qu'on en trouve l'origine dans l'article 31 de la loi du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlements des conflits collectifs de travail, dont les dispositions ont été reprises quasiment à la lettre par l'article L. 132-1 du Code du travail. En effet, la loi du 24 juin 1936⁽⁴⁹⁾, qui rappelons-le complète les dispositions du Code du travail issues de la loi du 25 mars 1919, comme la loi du 23 décembre 1946, ne concernait que l'industrie et le commerce.

L'exemple des professions libérales fournit une parfaite illustration de cette construction progressive.

(47) Audition de René Valladon (CGT-FO) in Mallot J. (2010), « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi (n° 2499) visant à étendre la modernisation du dialogue social aux propositions de loi et sur la proposition de résolution (n° 2491) tendant à réviser le Règlement de l'Assemblée nationale », *Rapports législatifs*, n° 2582 et 2583, p. 11.

(48) Loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail, *JO* n° 0018 du 22 janvier 2008, p. 1 122.

(49) Loi du 24 juin 1936 modifiant et complétant le chapitre IV bis du titre II du livre 1^{er} du Code du travail : « De la convention collective de travail ».

Si ces dernières, de même que les offices publics et ministériels, ne se voyaient pas appliquer la loi du 24 juin 1936, une loi de Vichy du 21 mars 1941 relative à la « situation au regard de la législation du travail de certaines catégories de travailleur »⁽⁵⁰⁾ étendit aux « salariés des offices publics et ministériels, des professions libérales, des sociétés civiles, des syndicats professionnels et associations de quelque nature que ce soit » de nombreuses dispositions de tous les livres du Code du travail. Comme le relève un commentateur anonyme de cette législation (M. ***, 1941), la loi de 1941 ne faisait ainsi que couvrir toutes les personnes liées par un contrat de travail à un employeur, sans que soit prise en considération la profession de ce dernier. L'enjeu du texte était d'étendre à toutes les professions énumérées par la loi, les dispositions relatives à la négociation collective⁽⁵¹⁾. Ainsi, « il semble bien que la réglementation du travail ait atteint son champ d'application maximum : il n'embrasse certes ni le personnel domestique, ni les travailleurs agricoles, mais à ces deux catégories de salariés, les dispositions d'ensemble ne peuvent être appliquées que sous réserve d'une adaptation nécessitée par leur situation particulière » (M. ***, 1941, p. 19). La loi de 1941 n'étant pas validée à la Libération, il fallut attendre la loi du 11 février 1950 relative aux conventions collectives pour intégrer les professions libérales et les offices publics et ministériels, dans le champ du Code du travail.

L'ancienne rédaction de l'article L. 131-2 du Code du travail, qui énumérait les différents champs d'activités du secteur privé, permet donc d'identifier ce que l'on qualifie aujourd'hui de « hors-champ », c'est-à-dire les secteurs professionnels échappant au champ d'application des ANI signés par le Medef, la CGPME et l'UPA, ces dernières étant représentatives dans les professions industrielles et commerciales (voir encadré 3).

La notion de « hors-champ » a récemment retrouvé une actualité à l'occasion de la loi du 24 novembre 2009⁽⁵²⁾ qui institue le Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels (FPSPP). Ce fonds dispose comme ressources, de sommes correspondant à un pourcentage de la participation annuelle des employeurs au financement de la formation continue.

(50) Loi n° 1262 du 21 mars 1941 relative à la situation, au regard de la législation du travail, de certaines catégories de travailleurs, *JO* du 9 avril 1941.

(51) Sur la conception de la négociation collective sous Vichy, on se référera à LE CROM J.P. (1995), *Syndicats nous voilà. Vichy et le corporatisme*, Éditions de l'Atelier, Paris, notamment les pages 342 et suivantes.

(52) Loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, *JO* n° 0273 du 25 novembre 2009, p. 20206.

Encadré 3

Secteurs professionnels « hors-champ » des ANI (selon l'ancien article L. 131-2 du Code du travail)

- Les professions agricoles (qui utilisent les services des salariés définis par l'article L. 722-20 du Code rural);
- Les professions libérales;
- Les offices publics et ministériels;
- Les employés de maison, concierges et gardiens d'immeubles à usage ou non d'habitation ou à usage mixte;
- Les travailleurs à domicile, assistants maternels, assistants familiaux;
- Les personnels des sociétés civiles;
- Les syndicats professionnels;
- Les sociétés mutualistes;
- Les organismes de sécurité sociale (qui n'ont pas le caractère d'établissements publics);
- Les associations ou tout organisme de droit privé, quels que soient leur forme et leur objet.

La fixation de cette contribution fait l'objet d'une procédure originale. Ainsi ce pourcentage (qui variera entre 5 et 13 % selon la loi) est fixé annuellement par arrêté ministériel, sur proposition des organisations d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel, émise selon les modalités prévues par un accord conclu entre elles. La loi a renvoyé à un décret la définition des conditions dans lesquelles est recueilli et pris en compte l'avis des autres organisations syndicales d'employeurs ou des employeurs signataires de l'accord constitutif d'un organisme collecteur paritaire agréé, considéré comme « hors-champ ». Ce décret⁽⁵³⁾ prévoit que :

« les organisations représentatives d'employeurs et de salariés au niveau national et interprofessionnel adressent une proposition sur le pourcentage prévu aux 1° et 2° de l'article L. 6332-19 du code du travail aux organisations syndicales d'employeurs ou employeurs signataires de l'accord constitutif d'un organisme collecteur paritaire agréé ne relevant pas du champ des accords interprofessionnels. Ils adressent une autre proposition sur l'affectation des ressources du fonds mentionné à l'article L. 6332-21 du code du travail à ces mêmes organisations ou employeurs. Ces organisations syndicales d'employeurs ou employeurs destinataires d'une proposition disposent d'un délai de quinze jours à compter de sa réception pour communiquer leurs observations aux organisations représentatives d'employeurs et de salariés au niveau national et interprofessionnel ainsi qu'au ministre chargé de la Formation professionnelle.

(53) Décret n° 2009-1498 du 7 décembre 2009 portant application des dispositions des cinquièmes alinéas des articles L. 6332-19 et L. 6332-21 du Code du travail, *JO* n° 0284 du 8 décembre 2009.

Les organisations représentatives d'employeurs et de salariés au niveau national et interprofessionnel répondent à ces observations dans le même délai et adressent une copie de ces réponses au ministre chargé de la Formation professionnelle.»

Le choix opéré par les pouvoirs publics en matière de consultation des organisations «hors-champ» s'appuie, non sur la création d'une instance de dialogue et de consultation entre les organisations d'employeurs, représentatives et non représentatives, mais sur la formalisation d'une procédure écrite, de nature épistolaire. Il s'agit toutefois de la première procédure reconnaissant juridiquement une place aux organisations d'employeurs dites «hors-champ».

Dans cette procédure, le gouvernement n'est donc que le spectateur des échanges entre organisations d'employeurs «du champ» et du «hors-champ». Il lui reviendra *in fine* de fixer le taux par arrêté, mais sur proposition formelle des seules organisations d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel. Pourtant récente, cette procédure a déjà fait l'objet de critiques, notamment du Cese qui, dans la recommandation n° 22 de son rapport «40 ans de formation professionnelle : bilan et perspectives», souhaite une meilleure prise en compte du «hors champ» dans la gouvernance du fait, d'une part, de l'importance de sa contribution financière mais également de la connaissance des spécificités des secteurs concernés pour construire des réponses adaptées. Le Cese relève toutefois que cela suppose au préalable de régler la question de la détermination du périmètre des activités «du champ» et du «hors-champ» et, plus généralement, celle de la représentativité des organisations professionnelles (URIETA, 2011).

L'économie sociale est directement concernée par ces dispositions. Le souci du financement de la formation, qu'il s'agisse du taux des contributions des employeurs comme de la gestion des fonds, était d'ailleurs une des priorités de l'accord du 22 septembre 2006 sur la formation professionnelle, conclu dans ce secteur, qui prévoyait ainsi l'harmonisation des taux de contributions des entreprises couvertes, quel que soit le nombre de leurs salariés. Cette priorité accordée au financement de la formation apparaît également de façon très explicite dans le communiqué par lequel l'Usgeres se félicite de son extension⁽⁵⁴⁾.

La création du FPSPP et les modalités de son financement soulèvent un problème plus délicat pour l'économie sociale. Uniformation, organisme collecteur de l'économie sociale, étant considéré comme un OPCA «hors-champ», les organisations d'employeurs ayant signé l'accord l'instituant, c'est-à-dire l'Usgeres, ne peuvent donner qu'un avis

sur le pourcentage de la participation des entreprises versé au FPSPP ainsi que sur la gestion de ces fonds. Or, Uniformation qui assure actuellement la représentation de treize branches⁽⁵⁵⁾ et cinq secteurs⁽⁵⁶⁾ perçoit 177 millions d'euros de collecte, ce qui en 2010, le plaçait en huitième position de la centaine d'OPCA existants⁽⁵⁷⁾. On comprend alors aisément que l'Usgeres souhaite peser sur la détermination des fonds prélevés sur son OPCA.

Face à cette procédure, l'Usgeres a donc demandé à être associée aux prises de décisions du FPSPP par le biais d'une réunion formelle annuelle avec les organisations gérant le fond⁽⁵⁸⁾. Elle a par ailleurs engagé, pour son propre champ, une procédure d'adhésion aux ANI sur la formation professionnelle des 5 décembre 2003 et 7 janvier 2009 en application de l'article L. 2261-5 du Code du travail. Cette démarche s'est traduite par un courrier adressé le 15 juillet 2009 à l'ensemble des parties signataires des accords précités⁽⁵⁹⁾. Si cette adhésion était acceptée par les huit signataires de ces ANI, elle permettrait automatiquement à l'organisation adhérente de siéger dans les instances prévues par l'accord, et notamment au FPSPP.

Toutefois, cette solution n'est pas forcément satisfaisante puisqu'elle ne ferait que grossir le nombre de signataires et donc le nombre d'organisations présentes dans les organes de gestion de la formation professionnelle, amenant progressivement les organisations d'employeurs à dépasser celui des organisations de salariés.

Pour certains auteurs, cette exclusion des organisations d'employeurs «hors-champ» de la gestion du FPSPP peut être source de discrimination en permettant éventuellement aux organisations «du champ» de favoriser leurs adhérents par le choix des prestations financées (LUTTRINGER, WILLEMS, 2009).

Existe-t-il une solution satisfaisante, en dehors de la reconnaissance du caractère interprofessionnel de l'Usgeres? Une demande d'adhésion d'une nouvelle organisation d'employeurs à un ANI l'expose au refus d'une organisation signataire. Une extension de l'ANI⁽⁶⁰⁾ n'entraîne pas son application dans les branches d'activités «hors-champ» mais à toutes les entreprises du champ de l'accord. Enfin, un élargissement de l'ANI⁽⁶¹⁾ permet certes l'application de l'ANI aux activités

(54) Communiqué de l'Usgeres du 26 mai 2010 (<http://www.usgeres.fr/actu.php?id=69>).

(55) Cf. annexe.

(56) Comités d'entreprise, environnement, organisations humanitaires, secteur coopératif, secteur social.

(57) Annexe au projet de loi de finances 2012 «formation professionnelle» dit Jaune budgétaire.

(58) Rencontre entre Alain Cordesse et l'association des journalistes de l'information sociale, 7 janvier 2009. Source : <http://cides.chorum.fr/blobs/medias/1874732007894815644/les%20reformes%20sociales%20201210.pdf>

(59) Communiqué de l'Usgeres du 20 juillet 2009 (<http://www.usgeres.fr/actu.php?id=62>).

(60) Article L. 2261-15 du Code du travail.

(61) Article L. 2261-17 du Code du travail.

«hors-champ» mais n'implique pas la présence des organisations représentatives du «hors-champ» dans les organismes nationaux de gestion des fonds. Qui plus est, l'élargissement d'un accord suppose une absence ou une carence d'organisations dans la branche ou le secteur concerné, ce qui n'est justement pas le cas dans l'économie sociale.

Comment définir l'interprofession ?

L'analyse de la situation dans l'économie sociale, notamment à travers la position du ministre du Travail à l'occasion de l'extension de l'accord du 22 septembre 2006 sur la formation professionnelle dans ce secteur, soulève des questions quant à l'existence d'une unique interprofession. D'une part, comment faut-il qualifier le champ d'activités de l'économie sociale ? D'autre part, la notion d'«interbranche» peut-elle réellement être distinguée de celle d'interprofession ?

L'économie sociale : une «interbranche» ?

Le préambule de l'accord du 22 septembre 2006 portant sur la formation professionnelle dans l'économie sociale, vient définir «le champ interprofessionnel initial» de ce secteur en termes d'activité économique et de statut juridique des entreprises et organismes concernés, selon trois critères cumulatifs : les activités de ces entreprises, leurs statuts (voir encadré 4) et le respect des principes fondateurs de l'économie sociale.

Encadré 4

Entreprises et organismes de l'économie sociale

Entrent dans le champ de l'économie sociale les entreprises et organismes relevant des statuts coopératif, associatif et mutualiste⁽¹⁾, c'est-à-dire :

- les associations régies par la loi du 1^{er} juillet 1901 et par les articles 21 à 79-III du Code civil local applicable pour les associations d'Alsace-Moselle, ainsi qu'à leurs groupements ;
- les sociétés coopératives régies par la loi du 10 septembre 1947 limitées aux sociétés coopératives ouvrières de production régies par la loi du 19 juillet 1978 et aux sociétés coopératives d'intérêt collectif créées par la loi du 17 juillet 2001 ;
- les fondations régies par la loi du 23 juillet 1987 ;
- les mutuelles régies par le Code de la mutualité ;
- les sociétés mutuelles d'assurance relevant de la loi du 31 décembre 1989 et du Code des assurances.

Source : préambule de l'accord du 22 septembre 2006 portant sur la formation professionnelle dans l'économie sociale.

(1) «Ainsi que les filiales des associations, des coopératives et des mutuelles qu'elles ont créées ou qu'elles créent pour répondre à leur objet et dans le respect des dispositions obligatoires des conventions collectives ou secteurs dont ces filiales relèvent.»

La procédure d'extension de cet accord déposée au ministère du Travail était précédée d'une demande d'agrément obligatoire pour deux des quatorze branches entrant dans son champ d'application⁽⁶²⁾ : la branche du secteur sanitaire, social et médico-social et la branche de l'aide à domicile dont les conventions prévoient des taux de contribution à la formation professionnelle supérieurs aux taux prévus par l'ANI du 20 septembre 2003.

Par arrêté du 28 septembre 2007, le ministère du Travail a refusé l'agrément de l'accord pour absence de preuve sur la représentativité de l'Usgeres dans son champ d'application.

Suite à la contestation de ce refus par les trois organisations d'employeurs signataires, le Conseil d'État⁽⁶³⁾ a partiellement annulé cet arrêté du ministère du Travail au motif qu'«un accord collectif peut être valablement conclu sans que les organisations d'employeurs signataires aient à justifier de leur représentativité dans le champ d'application de cet accord». Un arrêté du 25 septembre 2009⁽⁶⁴⁾ vient donc agréer cet accord sous l'expression sibylline «d'accord national interprofessionnel sur la formation professionnelle tout au long de la vie dans l'économie sociale en date du 22 septembre 2006 dans l'interbranche de l'économie sociale»⁽⁶⁵⁾.

À la suite de cet agrément, une demande d'extension de l'accord a alors été déposée au ministère du Travail, extension accordée par un arrêté du 26 mai 2010⁽⁶⁶⁾. Si l'Usgeres se félicite de cette extension⁽⁶⁷⁾, aucune déclaration n'émane des deux autres organisations patronales signataires, le Gema et l'Unifed. Dans son communiqué, l'Usgeres met en avant l'application de l'accord «à toutes les entreprises du champ professionnel de l'économie sociale» et fait valoir que «80 % des branches et secteurs professionnels concernés ont d'ores et déjà négocié un accord de mise en œuvre», soulignant

(62) Il convient de bien distinguer l'agrément de l'extension d'un accord collectif. Du fait de l'importance des charges salariales dans le secteur social et médico-social, et dans la mesure où les accords et conventions collectives conclus par les employeurs sont, dans leurs conséquences financières, intégralement supportés par les financeurs publics, il a été décidé que les conventions collectives de travail, conventions d'entreprise ou d'établissement et accords de retraite applicables aux établissements de santé et établissements et services sociaux et médico-sociaux à but non lucratif ne pouvaient être opposables qu'à la condition d'être agréées par la puissance publique. Articles L. 314-6 et R. 314-197 à R. 314-200 du Code de l'action sociale et des familles.

(63) Conseil d'État, 31 décembre 2008, n° 311 501.

(64) Arrêté du 25 septembre 2009 relatif à l'agrément de certains accords de travail applicables dans les établissements et services du secteur social et médico-social privé à but non lucratif, JO du 2 octobre 2009.

(65) Nous soulignons.

(66) Arrêté du 26 avril 2010 portant extension d'un accord sur la formation professionnelle dans l'économie sociale, JO du 5 mai 2010.

(67) Communiqué de l'Usgeres du 26 mai 2010 (<http://www.usgeres.fr/actu.php?id=70>).

ainsi le caractère interprofessionnel de l'accord de 2006.

Or, l'extension de cet accord ne soutient pas cette interprétation. D'une part, sont exclues du champ d'application de l'accord les entreprises mutualistes, coopératives et groupements d'employeurs de l'agriculture. Par ailleurs, les termes «les mutuelles régies par le code de la mutualité; les sociétés mutuelles d'assurance relevant de la loi du 31 décembre 1989 et du code des assurances», et l'annexe relative à la composante du champ professionnel qui cible l'assurance sont également exclus de l'extension. Il en est de même de l'annexe relative aux codes NAF (nomenclature d'activités française) dont relèvent les entreprises coopératives, puisque, pour pouvoir être étendu, l'accord professionnel doit avoir été négocié et conclu en commission paritaire composée de représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré (article L. 2261-19 du Code du travail), ce qui en l'espèce, n'était pas le cas.

D'autre part, les termes «interprofessionnel», «interprofessionnelles» et «interprofessionnelle» figurant dans l'accord sont considérés comme contraires aux dispositions des articles L. 2232-1 et suivants du Code du travail. En procédant ainsi, les pouvoirs publics refusent donc de reconnaître le caractère interprofessionnel de cet accord.

Ces mouvements autour de la représentativité des organisations d'employeurs dans l'économie sociale soulèvent donc un problème juridique, également présent dans les débats parlementaires de la loi de modernisation du dialogue social⁽⁶⁸⁾ : la notion d'interprofession existe-t-elle réellement ou ne devrait-on pas parler d'interprofessions au pluriel, et d'accords multibranches ou interbranches ?

Interprofession(s) ou interbranches ?

Selon certains auteurs, l'interprofession ne doit pas être conçue comme une notion universelle mais fonctionnelle (BARTHÉLÉMY, 2008). Les accords interprofessionnels se distingueraient alors des accords *multibranches*, ou *interbranches*, non par la qualité des organisations d'employeurs qui les signent mais par celle des organisations de salariés : confédérations nationales pour un ANI, fédérations des branches concernées pour un accord multibranches.

Selon cette analyse, l'accord sur la formation professionnelle de 2006 dans l'économie sociale, entrerait dans la catégorie d'un ANI⁽⁶⁹⁾ en couvrant l'une de ces interprofessions.

De la même façon, l'agriculture comme les professions libérales constitueraient également des interprofessions différentes de celle que le Medef, la CGPME et l'UPA représentent (FLAMENT, 2010). À l'appui de cette interprétation, signalons dans le champ des professions libérales la signature d'un *accord cadre interprofessionnel* relatif à la formation permanente et à la création du Fonds d'assurance formation des professions libérales FAF-PL le 9 juillet 1987, d'un *accord interprofessionnel national* «Création du Plan d'épargne interentreprises (PEI) et du Presvi – Epargne salariale – professions libérales» le 27 novembre 2002, étendu par arrêté du 1^{er} août 2003⁽⁷⁰⁾, d'un *accord interprofessionnel* du 25 février 2005 relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie des salariés des entreprises libérales, etc.

Écartons toutefois le concept d'interprofessions retenu dans l'agriculture, à travers la législation relative aux «accords interprofessionnels agricoles» des articles L. 631-1 et suivants du Code rural ou aux «organisations interprofessionnelles agricoles» des articles L. 632-1 et suivants du Code rural. Les premiers désignent en effet les accords relatifs «à la commercialisation des productions agricoles et à l'approvisionnement des producteurs agricoles en vue de promouvoir et réglementer les rapports entre producteurs, acheteurs et transformateurs». Les seconds désignent «les groupements constitués à leur initiative par les organisations professionnelles les plus représentatives de la production agricole et, selon les cas, de la transformation, de la commercialisation et de la distribution reconnus en qualité d'organisations interprofessionnelles par l'autorité administrative compétente après avis du Conseil supérieur d'orientation et de coordination de l'économie agricole et alimentaire, soit au niveau national, soit au niveau d'une zone de production, par produit ou groupe de produits déterminés» (CORONEL, LIAIGRE, 2006). La représentativité dont il est ici question, porte sur des produits et non des employeurs liés à des salariés par un contrat de travail⁽⁷¹⁾.

(70) JO du 13 août 2003. L'arrêté d'extension ne porte aucune mention particulière excluant le mot «interprofessionnel» du titre de l'accord, à la différence de l'arrêté étendant l'accord signé dans l'économie sociale.

(71) Il convient de ne pas confondre les ANI du droit du travail avec ceux du droit rural. En vertu des articles L. 632-2-1 et suivants du Code rural, les organisations interprofessionnelles reconnues peuvent être consultées sur les orientations et les mesures des politiques de filière les concernant et peuvent définir, dans le cadre d'accords interprofessionnels, des contrats types, dont elles peuvent demander l'extension à l'autorité administrative, intégrant des clauses types relatives aux modalités de détermination des prix, aux calendriers de livraison, aux durées de contrat, au principe de prix plancher, aux modalités de révision des conditions de vente en situation de fortes variations des cours des matières premières agricoles, ainsi qu'à des mesures de régulation des volumes dans le but d'adapter l'offre à la demande.

(68) Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, JO n° 27 du 1^{er} février 2007, p. 1 944.

(69) Signé par quatre confédérations de syndicats de salariés.

Selon ces conceptions de l'interprofession, une difficulté existerait dans le cas de l'économie sociale : son originalité ne réside pas dans son champ d'activité qui relève bien de l'industrie, du commerce et des services (assurances, banques, secteur sanitaire et social, *etc.*) mais dans la nature juridique des employeurs qui la composent (associations à but non lucratif, coopératives, *etc.*), nature juridique qui les exclut du champ de compétence des chambres de commerce, puisqu'il ne s'agit pas là d'entreprises commerciales ou de services (BARTHÉLÉMY, 2008).

Cette coexistence d'interprofessions s'accompagnerait d'une étanchéité entre elles : l'interprofession des professions libérales ou de l'économie sociale ne peut pas entrer dans celle déterminée par le périmètre des activités couvertes par le Medef, la CGPME et l'UPA. La voie législative permettrait alors d'appliquer aux salariés de toutes les interprofessions les dispositions d'un ANI signé dans l'une d'entre elles (le cas le plus courant serait un ANI signé par le Medef, la CGPME et l'UPA) mais également de l'appliquer à d'autres formes d'emploi comme l'emploi public ou le salariat des entreprises publiques, *etc.* Cette conception de l'interprofession justifie donc la demande d'adhésion de l'Usgeres aux ANI du 5 décembre 2003⁽⁷²⁾ et du 7 janvier 2009 sur la formation professionnelle. Bien que restée sans suite, une telle adhésion autoriserait l'extension de ces accords dans les entreprises représentées par cette organisation et permettrait à cette dernière d'être présente à chaque nouvelle négociation⁽⁷³⁾.

Selon les enseignements de cette analyse, l'interprofession « universelle » n'a alors pas de consistance. Elle ne doit pas être perçue comme un niveau de négociation « homogène et global » mais comme « un ensemble hétéroclite fait d'un assemblage variable, selon les circonstances, de plusieurs branches et activités » (RADÉ, 2010, p. 285) ou à un « banal agrégat de branches professionnelles » (LANGLOIS, 2005, p. 641). Cette conception explique ainsi la représentativité des organisations patronales au niveau national et interprofessionnel, représentativité qui ne serait en réalité que « multibranches » ou « interbranches » : Medef et CGPME dans l'industrie, le commerce et les services, l'UPA dans l'artisanat, l'UNAPL pour les professions libérales⁽⁷⁴⁾ et la FNSEA pour l'agriculture, l'économie sociale posant problème justement parce qu'aucune

organisation n'assure cette représentativité. C'est en quelque sorte une interprétation que l'on pouvait tirer de la rédaction de l'ancien article L. 131-2 du Code du travail qui énumérait les différents champs d'activités du secteur privé⁽⁷⁵⁾.

Tout en reconnaissant qu'il s'agit là de la conception dominante de la représentativité au niveau national interprofessionnel, un autre courant doctrinal s'oppose à cette interprétation (RADÉ, 2010). D'une part, prenant l'exemple du Medef, des auteurs font ainsi valoir que, non seulement les statuts de cette organisation ne la restreignent pas aux seuls commerces, services et industries mais également que la composition des Medef territoriaux montre une adhésion d'employeurs agricoles, d'artisans ou de professions libérales (RADÉ, 2010). C'est donc aux négociateurs qu'il appartient de déterminer le champ d'application professionnelle de leur accord en termes d'activités économiques, selon l'article L. 2222-1 du Code du travail. D'autre part, avec la réécriture du Code du travail, les dispositions du livre relatif à la négociation collective sont désormais applicables « aux employeurs de droit privé et à leurs salariés »⁽⁷⁶⁾.

Selon cette nouvelle rédaction, il existerait alors bien une unique interprofession à côté de laquelle graviteraient éventuellement des activités éparses non couvertes mais susceptibles de l'être par l'extension, l'élargissement et la retranscription législative de l'accord. L'article L. 1 du Code du travail tend à renforcer cette analyse : on comprendrait peu que les organisations représentatives des employeurs et des salariés, consultées sur un projet de loi du gouvernement, ne couvrent pas l'ensemble de « l'interprofession ». Les organisations patronales désignées par les pouvoirs publics comme représentatives à l'échelle nationale et interprofessionnelle auraient donc « une vocation aussi générale et interprofessionnelle que le législateur » (RADÉ, 2010, p. 287).

*
* * *

En refusant la qualification d'interprofessionnel à l'accord du 22 septembre 2006 relatif à la formation dans l'économie sociale, les pouvoirs publics rejettent la coexistence d'« interprofessions » tout en reconnaissant l'existence d'accords « interbranches » ou « multibranches » signés par les confédérations nationales de salariés. Il appartient donc au Conseil d'État de trancher la question de la représentativité nationale et interprofessionnelle de l'Usgeres, à moins que cela ne soit le législateur qui le fasse dans le cadre d'une réforme, en principe, annoncée. Or, si la détermination de l'interprofession est évidemment une question juridique que

(72) Rappelons que l'ANI du 20 septembre 2003 a été « codifié » par les partenaires sociaux dans un ANI du 5 décembre 2003, qui reprend les dispositions de tous les ANI relatifs à la formation professionnelle, encore en vigueur, depuis l'accord initial de 1970.

(73) Selon l'article L. 2261-4 du Code du travail.

(74) Bien que l'arrêt récent du Conseil d'État du 8 octobre 2012 remette largement en cause la représentativité de la seule UNAPL au sein du secteur des professions libérales. Conseil d'État, 8 octobre 2012, n° 343 082. Cf. Introduction.

(75) Cf. *supra*.

(76) Article L. 2211-1 du Code du travail.

le juge administratif est en mesure de trancher, l'identification des employeurs pouvant participer au dialogue social légiférant est également une question politique à laquelle il appartient au gouvernement de répondre, « la détermination des acteurs à donner vie et consistance » au dialogue social étant au moins aussi importante que les règles qui l'encadrent (JOBERT, 2009, p. 137). Or, le délai écoulé depuis la demande de reconnaissance de représentativité faite par l'Usgeres au ministre du Travail et la requête devant le Conseil d'État qui a suivi, montre que ni le juge ni l'exécutif n'ont hâte de prendre la responsabilité de trancher la question.

Si l'on admet que l'interprofession générale n'existe pas mais qu'il n'y a que des accords et des organisations « multibranches » ou « interbranches », l'Usgeres pourrait alors se voir reconnaître le même régime que la FNSEA pour l'agriculture ou l'UNAPL pour les professions libérales⁽⁷⁷⁾. Reste qu'il semble toutefois difficile de cerner précisément en quoi le champ d'activité professionnelle de l'économie sociale se distingue du commerce, de l'industrie et des services, sauf à considérer la forme juridique de l'employeur comme une caractéristique de ce champ d'activité. Or, si cette particularité de statuts est actée par les organisations d'employeurs déjà représentatives au niveau national interprofessionnel, elle n'est pas moins qualifiée de « *patchwork* juridique (...), toujours considéré avec faveur par les pouvoirs publics » et surtout faussant les règles de concurrence dans le secteur marchand, grâce à des mesures fiscales et sociales, favorisant « ce type d'entreprise » (MEDEF, 2002, p. 21).

Par contre, si l'on admet l'existence d'une interprofession unique et générale, la demande de l'Usgeres sera évidemment rejetée car cette organisation n'a vocation à accueillir que certains employeurs particuliers, ce qu'elle a elle-même admis en ne présentant des candidats aux élections prud'homales de 2008 que dans deux sections sur

les cinq du collège employeur. Il deviendra alors difficile de justifier le maintien de la FNSEA et de l'UNAPL comme organisations représentatives d'employeurs pouvant siéger dans la CNNC.

En arrière plan, se pose donc la question de l'éclatement du droit du travail conventionnel au niveau national.

Reconnaître la représentativité de l'Usgeres pour siéger dans les instances nationales mais également participer à la négociation nationale interprofessionnelle, dans le cadre d'une unique interprofession, peut certes présenter le risque de multiplier les interlocuteurs pour les organisations de salariés, mais il s'agit là d'un risque qui pourra être réglé par l'instauration de règles mesurant une majorité au sein des organisations professionnelles d'employeurs signataires.

En revanche, en l'état actuel du droit, considérer que coexisteraient plusieurs interprofessions sur chacune desquelles règnerait une organisation d'employeurs pourrait aboutir à un éclatement du droit conventionnel à un niveau où il est pourtant attendu comme de nature pré-législative, et transformer cette coproduction en cacophonie juridique (RAY, 2010). Contribuer à voir se développer des règles sociales différentes dans cette concomitance d'interprofessions, à l'heure où les chantiers de sécurisation des parcours professionnels se développent pour répondre à la mobilité des salariés sur le marché du travail, paraît extrêmement dommageable et ne ferait que renforcer le constat d'un « dialogue social fragmenté, incomplet, fragile » (JOBERT, 2009, p. 131).

Il appartiendrait alors au législateur d'arbitrer d'éventuels conflits ou contradictions d'ANI. Mais, après tout, n'est-ce pas aussi son rôle, car ainsi que l'écrivait le professeur DESPAX (1987, p. 186), « si l'ANI ressemble à la loi, a la même teneur que la loi, ce n'est quand même pas la loi » ?

(77) Avec la réserve suscitée par la jurisprudence du 8 octobre 2012 pour l'UNAPL. Conseil d'État, 8 octobre 2012, n° 343 082. Cf. Introduction.

Bibliographie

- ANTONMATTÉI P.-H. (2009), «Accord national interprofessionnel et loi : un conflit de normes inattendu et inopportun», *Droit Social*, n° 5, mai, pp. 528-529.
- BARTHÉLÉMY J. (2008), «Les accords nationaux interprofessionnels», *Droit social*, n° 5, mai, pp. 566-570.
- BERNARD V. (2008), «Recodification ou décodification du droit du travail? Le Conseil constitutionnel tranche...», *Droit social*, n° 4, avril, pp. 424-433.
- BUNEL J. (1997), «Représentation patronale et représentativité des organisations patronales», *Travail et emploi*, n° 70, pp. 3-19.
- CAILLAUD P. (2011), «La contractualisation et l'individualisation de la formation professionnelle. 40 ans d'évolutions législatives et conventionnelles», *Chroniques du travail*, n° 1, décembre, pp. 177-190.
- CESARO J.-F. (2007), «Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social», *Semaine juridique social*, n° 8, pp. 9-17.
- COMBEXELLE J.-D., LANOUZIÈRE H. (2007), «Les enjeux de la recodification du Code du travail», *Droit Social*, n° 5, mai, pp. 517-521.
- CORONEL C., LIAGRE L. (2006), *Les interprofessions agroalimentaires en France. Note de synthèse*, Ministère des affaires étrangères-DPDEV, Iram/RéDév (Institut de recherches et d'applications des méthodes de développement / Réseau Développement Durable), mars, 44 p.
- DAUXERRE L. (2006), «Réflexions sur la question de la représentativité des organisations patronales», *Semaine juridique social*, n° 30, juillet, pp. 11-15.
- DESPAX M. (1987), «De l'accord à la loi», *Droit social*, n° 3, mars, pp. 184-193.
- FLAMENT L. (2010), «Quelques questions actuelles sur la représentativité des organisations patronales», *Revue de droit du travail*, n° 5, mai, pp. 273-275.
- GAURIAU B. (2012), «La négociation de branche et la négociation interprofessionnelle», *Semaine juridique social*, n° 22, 29 mai, p. 1239.
- HADAS-LEBEL R. (2006), *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales – Rapport au Premier ministre*, 136 p.
- HEAS F. (2011), «La représentativité des organisations salariées et patronales en droit français», *Revue de droit du travail*, n° 2, février, pp. 91-98.
- JOBERT A. (2009), «Vers un renouveau du dialogue social en France?», *Esprit*, n° 1, janvier, pp. 125-137.
- LANGLOIS P. (2005), «Qu'est-ce que l'interprofession?», *Droit Social*, n° 6, juin, pp. 640-642.
- LANGLOIS P. (2008), «Une loi négociée», *Droit social*, n° 3, mars, pp. 346-348.
- LE CROM J.-P. (1995), *Syndicats nous voilà. Vichy et le corporatisme*, Éditions de l'Atelier, Paris, 410 p.
- LUTTRINGER J.-M. (2004), «Formation professionnelle tout au long de la vie et négociation collective», *Droit social*, n° 5, mai, pp. 472-481.
- LUTTRINGER J.-M., WILLEMS J.-P. (2009), «La question de la représentativité patronale perturbe l'écosystème de la formation professionnelle», AEF, 8 juin 2009.
- M. *** (1941), «La loi du 21 mars 1941 et le champ d'application de la législation du travail», *Droit social*, n° 1, pp. 17-19.
- MEDEF (2002), *Concurrence : marché unique, acteurs pluriels : pour de nouvelles règles du jeu*, Rapport, mai, 69 p.
- OFFERLE M. (2010), «Représentation, représentabilité, représentativité : le cas des entreprises et de leurs chefs», *Revue de droit du travail*, n° 5, mai, pp. 269-273.
- OFFERLE M. (2009), *Sociologie des organisations patronales*, Paris, La Découverte, coll. «Repères», 124 p.
- PERY N. (1999), *La formation professionnelle. Diagnostics, défis et enjeux. Contribution du secrétariat d'État au droit des femmes et à la formation professionnelle*, Secrétariat d'État aux droits des femmes et à la formation professionnelle, 233 p.
- RABIER M. (2007), «Revue de littérature : Organisations patronales en France et en Europe», *Document d'études*, DARES, n° 130, 138 p.
- RADE C. (2006), «Recodifier le code du travail», *Droit social*, n° 5, mai, pp. 483-493.
- RADE C. (2010), «De l'accord national interprofessionnel», *Droit social*, n° 3, mars, pp. 284-288.
- RAY J.-E. (2010), «Les sources de la loi du 31 janvier 2007», *Droit social*, n° 5, mai, pp. 496-503.
- SUPIOT A. (2003), «Un faux dilemme : la loi ou le contrat?», *Droit Social*, janvier 2003, pp. 59-71.
- SUPIOT A. (2010), «La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative», *Droit social*, n° 5, mai, pp. 525-532.
- TEYSSIE B., CESARO J.-F., MARTINON A. (2011), «La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs», *Semaine juridique social*, n° 10, mars, pp. 11-14.
- URIETA Y. (2011), «40 ans de formation professionnelle : Bilan et perspectives», *Avis et rapports du Conseil économique, social et environnemental*, n° 15, 118 p.
- VERDIER J.-M., LANGLOIS P. (1972), «Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif», *Recueil Dalloz-Sirey*, 39^e cahier, Chr. pp. 253-260.
- VERKINDT P.-Y. (2012), «Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale», *Semaine juridique social* n° 22, 29 mai, p. 1233.

Annexe

Les vingt-cinq organisations d'employeurs et groupements associatifs, coopératifs et mutualistes, membres de l'Usgeres (Source : www.usgeres.fr)

Pour la Mutualité

UGEM : Union des groupements d'employeurs mutualistes

Pour la Coopération

Confédération générale des SCOP

Crédit coopératif

Pour les Associations du secteur sanitaire et social

ADESSA – A DOMICILE : Le réseau des associations d'aide à domicile

FNAAFP / CSF : Fédération nationale des associations de l'aide familiale populaire

Fédération des PACT : Fédération nationale des centres Pact Arim au service des personnes et de leur logement

SNALESS : Syndicat national des associations laïques employeurs du secteur sanitaire, social, médico-éducatif et médico-social

UNADMR : Union nationale des associations du service à domicile

UNA : Union nationale des associations de soins et services à domicile

UNIOPSS : Union nationale interfédérale des œuvres et organismes privés sanitaires et sociaux

Pour les Associations de l'animation, de l'éducation permanente, du développement social, culturel et sportif

CoSMoS : Conseil social du mouvement sportif

GFGA : Groupement français des golfs associatifs

CNEA - SADCS : Syndicat des associations de développement culturel et social

SATPS : Syndicat d'associations de tourisme, de promotion sociale, de vacances et de loisirs

SNAECSO : Syndicat national d'associations employeurs de personnels au service des centres sociaux et socio-culturels

CNEA - SNEFA : Syndicat national des employeurs de la formation et de l'animation

SNEFOS : Syndicat national employeur des foyers, des résidences sociales et services pour jeunes.

CNEA - SNOGAEC : syndicat national des organisations gestionnaires d'activités éducatives et culturelles

SERQ : Syndicat des employeurs des régies de quartiers

SNRL : Syndicat national des radios libres

SYNESI : Syndicat national des employeurs spécifiques d'insertion

SYNOFDES : Syndicat national des organismes de formation de l'économie sociale

UNML : Union nationale des missions locales, PAIO et organismes d'insertion sociale et professionnelle

CNEA - UNODESC : Union nationale des organismes de développement social, sportif et culturel

GSOTF : Groupement syndical des organismes de tourisme familial

Les organisations membres de l'Usgeres agissent dans les branches professionnelles et secteurs d'activités suivants :

- Aide à domicile ;
- Animation ;
- Centres sociaux ;
- Foyers de jeunes travailleurs ;
- Mission locale et PAIO ;
- Mutualité ;
- Golf ;
- Sport ;
- Tourisme social et familial ;
- Secteur de la coopération ;
- Logement social ;
- Radiodiffusion ;
- Régie de quartier.