

Convention collective et théorie de l'État

Contribution au XIIe Congrès de l'AFDC

Atelier n° 7 : Finances publiques, pouvoirs économiques et sociaux

Clément Gaubard

Docteur en droit de l'Université Paris Cité (CMH)

Qualifié aux fonctions de maître de conférences

1. La doctrine constitutionnelle contemporaine, à quelques rares exceptions près¹, ne semble guère s'intéresser au droit du travail. Faut-il s'en étonner ? Ce dernier ne se rattache-t-il pas nécessairement au droit privé dès lors qu'il régit les relations juridiques applicables aux employeurs et salariés ? Doit-on au surplus y voir le témoignage d'une doctrine constitutionnelle se focalisant sur l'étude de l'État, de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, et mettant de côté les thématiques et les droits se rapportant plus spécifiquement à la sphère de la société civile, et qui, *de facto*, ne relèveraient pas, *stricto sensu*, de son champ ? Force est pourtant de constater qu'il n'en fut pas toujours ainsi. La critique véhémement d'Hauriou à l'égard de la syndicalisation des fonctionnaires, formulée à l'occasion de ses commentaires de l'arrêt Boisson du 13 janvier 1922², a pu donner le sentiment d'un juriste conservateur, s'opposant à l'irruption, dans le droit public, de revendications et de formes d'expression collective empruntées au droit privé³. Toutefois, le Doyen de Toulouse a consacré des développements substantiels au salariat, puis à « l'organisation corporative », au sein de nombreux articles demeurant quelque peu et injustement négligés aujourd'hui⁴. Il a même, on l'oublie, plaidé en faveur de l'actionnariat salarié⁵. Par ailleurs, à la Libération, René Capitant s'est livré à une étude minutieuse du contrat de travail en vue de mettre en lumière les contradictions entre le salariat et l'idéal démocratique d'une société d'individus égaux, n'obéissant qu'aux normes dont ils ont participé à l'élaboration, directement ou au moyen

¹ Voir par exemple L. GAY, *Les "droits-créances" constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

² *La jurisprudence administrative de 1882 à 1929 (T. 3)*, Paris, Sirey, 1931, p. 151.

³ P.-Y. MOREAU, « Contre le contrat. Léon Duguit et Maurice Hauriou, inventeurs du statut des fonctionnaires », *RDP*, n° 4, juillet 2016, pp. 1086.

⁴ Voir notamment « La science sociale traditionnelle » in *Écrits sociologiques*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 388-385.

⁵ Voir B. SILHOL, « Maurice Hauriou et le droit du travail » in C.-M. HERRERA (dir.), *Les juristes face au politique*, Paris, Kimé, 2003, pp. 60-62.

de leurs représentants⁶. En cela, l'apport du « gaulliste de gauche » est essentiel, parce qu'il montre que quiconque s'intéresse au phénomène du pouvoir et à la liberté ne peut pleinement se détourner des problématiques liées au « monde du travail ».

2. Cet attrait passé n'a rien d'accidentel. Ainsi que le souligne Jean-Marc Sauvé, le droit du travail est mû par un objectif de cohésion sociale qui relève en soi de « l'intérêt général »⁷. Du reste, Georges Renard n'hésitait pas à affirmer, en janvier 1940, que le « nouveau droit social »⁸ forme une « troisième branche autonome de la science juridique qui présente un tempérament beaucoup plus proche du droit administratif que du droit civil »⁹. Le droit social repose en effet, comme le droit administratif, sur une relation d'inégalité : l'employeur, doté des capitaux, bénéficie d'un pouvoir de direction qui place ses employés sous son étroite subordination. Il s'ensuit que sa « vocation première est de semer l'inquiétude »¹⁰, de bouleverser les catégories juridiques et intellectuelles dominantes¹¹. Le droit du travail trouble le droit privé pour la raison que, par ses instruments et fondements singuliers, il relativise la liberté contractuelle et le dogme de l'autonomie de la volonté. Il peut, au demeurant, tourmenter tout autant le droit public, et en particulier le droit constitutionnel. D'abord, il ne repose pas sur des distinctions et logiques binaires comme celle, structurante, opposant l'État et l'individu. Mais surtout, il s'appuie sur une vision concrète de la nation et des relations sociales dans laquelle les individus sont appréhendés en fonction de leur place au sein des rapports de production. Il se singularise ainsi substantiellement, d'une part, du droit civil¹², lequel se refuse à voir dans « le véritable être humain »¹³, un « être de classe »¹⁴ et, d'autre part, du droit constitutionnel ; celui-ci ayant, on le sait, une large tendance à se focaliser sur la seule figure du citoyen tel que décrit par Georges Burdeau, c'est-à-dire un être idéal, fictif, détaché de toutes contingences matérielles¹⁵. En cela, les conceptions qui structurent le droit du travail se fondent sur la reconnaissance des antagonismes qui traversent un peuple dont les intérêts ne sont pas homogènes. Plus encore, il s'appuie sur un

⁶ R. CAPITANT, « Principes du droit public (1952–1953) » in *Écrits constitutionnels*, Paris, CNRS, 1982, p. 178-186.

⁷ « Le droit social, une œuvre collective » in *Le Conseil d'État et le droit social : colloque organisé le 26 et 27 octobre 2009 par la Faculté de droit de l'Université de Caen avec le concours du Conseil d'État et de l'Association française de droit du travail et de la Sécurité sociale*, [« https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-contributions/le-droit-social-une-oeuvre-collective »](https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-contributions/le-droit-social-une-oeuvre-collective)

⁸ « De la conception révolutionnaire à la conception thomiste de l'État et du droit », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, vol. 49, n° 1, janvier 1940, p. 6.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ N. ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Paris, LGDJ, 1980, p. 1.

¹¹ G. VALLÉE, D. GESUALDI-FECTEAU, « La constitutionnalisation du droit du travail : une menace ou une opportunité pour les rapports collectifs de travail ? » *Les Cahiers de droit*, vol. 8, n° 1-2, 2007, p. 153.

¹² Voir J. LE GOFF, « Juriste de gauche et droit social dans les années 1880-1920 » in C.-M. HERRERA (dir.), *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la IIIe République (T. 1.)*, Paris, Kimé, 2003, p. 15.

¹³ Pour reprendre la formule du juriste allemand Hugo Sinzheimer, « Das Problem des Menschen im Recht » in *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie : gesammelte Aufsätze und Reden*, Frankfurt, 1976, p. 79.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ G. BURDEAU, « Le destin de l'idée démocratique » in *Écrits de droit constitutionnel et de science politique*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2011, p. 318.

mode de production normative complexe où l'État occupe une place très importante et spécifique.

3. L'un de ses instruments les plus emblématiques, la convention collective, illustre tout particulièrement sa dimension déstabilisante à l'égard des notions, concepts et principes cardinaux du droit constitutionnel, et plus largement, des catégories juridiques. Comment en effet appréhender un tel objet ? Une convention collective s'apparente, en raison de son procédé d'élaboration, à un contrat, mais sa portée demeure principalement réglementaire. Duguit soulignait ainsi, dans son *Traité de droit constitutionnel*, qu'elle sortait du cadre du droit civil traditionnel dès lors que son but est de « résoudre le conflit qui s'est élevé ou a failli s'élever entre employeurs ou employés de la profession, éviter autant que possible la naissance de conflits à venir et établir la loi suivant laquelle devront être faits désormais les contrats individuels de travail »¹⁶. Néanmoins, en dehors de cette analyse pionnière, la convention collective a suscité peu de questionnements du côté des publicistes, à l'exception notable d'un article fondateur de Jean Rivero intitulé « *La convention collective et le droit public français* ». Le professeur de droit y affirme que la convention collective « opère une sorte de glissement de la démocratie politique vers la démocratie économique »¹⁷. Son irruption, puis son essor, témoigneraient d'une « démocratie syndicale qui monte et qui, face à la démocratie politique, accède progressivement aux prérogatives du pouvoir »¹⁸. Si cette projection s'est révélée trop optimiste, elle présente cependant un grand mérite. Elle expose la grande dimension heuristique de cet instrument original de production de la norme sociale, notamment pour ce qui touche à la manière dont on conçoit et organise le pouvoir, ainsi que les relations entre la puissance publique et les corps intermédiaires économiques.
4. La présente contribution entend s'inscrire dans le prolongement des premières analyses de Jean Rivero en soutenant que la convention collective intéresse de près le droit constitutionnel et, plus spécialement, la théorie de l'État, pour le dire autrement, l'étude des concepts et notions par lesquels sont pensés l'État ainsi que le pouvoir politique. Cette perspective implique donc de ne pas se concentrer uniquement sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel à l'égard des conventions collectives, du reste, particulièrement foisonnante, dès lors que le juge constitutionnel doit veiller au respect de la délicate articulation entre l'article 34 de la Constitution de la Ve République, qui confère à la loi le soin de définir les principes fondamentaux du droit du travail avec l'article 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui dispose que « tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises »¹⁹. La négociation collective, en tant que mode de

¹⁶ *Traité de droit constitutionnel* (T. 1), Paris, De Boccard, 1921, p. 306.

¹⁷ « La convention collective et le droit public français », *Revue économique*, vol. 2, n° 1, février 1951, p. 22.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ La doctrine souligne régulièrement la faible protection accordée par la jurisprudence constitutionnelle à l'égard de la « démocratie sociale » et du principe de participation. Voir par exemple A. LAQUIÈZE, « La démocratie sociale, la Constitution et la loi » in G. GROUX, R. ROBERT (dir.), *Le social et le politique*, Paris, CNRS, 2020, p. 204. Voir, pour un

formation de la norme sociale, est dès lors souvent invoquée comme vecteur d'incompétence négative dès lors que le Parlement habilite les partenaires sociaux à formuler des règles dont l'élaboration aurait pu lui revenir²⁰. C'est justement cette répartition complexe et propre au monde du travail, à la législation sociale, entre souveraineté législative et autonomie collective qui suggère d'étudier l'objet « convention collective » sous l'angle de la théorie de l'État.

5. De nombreuses interrogations ne manquent pas d'apparaître, alors même que la « problématique globale »²¹ de la convention collective « est largement ignorée dans le contexte des débats actuels sur la crise de la démocratie »²². Pourquoi l'État autorise-t-il des partenaires sociaux à prendre des normes, lesquelles, une fois reconnues, deviennent les « lois de la profession »²³ tout entière, précisant la loi étatique, et en mesure, parfois, de la contourner ? Faut-il y voir une forme de renoncement pour ce dernier à exercer sa propre souveraineté à l'endroit du monde du travail ? Que reste-t-il, dans ce contexte, de la loi - expression de la volonté générale - lorsque ses périmètres sont déterminés par des personnes morales de droit privé, en l'occurrence des syndicats, chargés non pas d'exprimer la collectivité indivisible des citoyens, mais de promouvoir les intérêts antagonistes de classes sociales ? En matière de législation sociale, le Parlement est-il réellement seul, d'un point de vue juridique, à « vouloir pour la nation »²⁴ ? Il en ressort que la portée déstabilisante de la convention collective semble résider dans sa propension manifeste à opérer un déplacement des notions, concepts et principes cardinaux de la théorie constitutionnelle, trop souvent appréhendés de façon quasi statique par une doctrine dominante se refusant à saisir leurs inévitables mutations sous l'effet des propres mouvements du langage et des évolutions de l'État.
6. En conséquence, la thèse soutenue dans cet article est la suivante. L'État, loin de se désengager, contrairement à ce que l'on pourrait *a priori* croire, construit et organise délibérément un cadre très spécifique dans lequel les syndicats sont habilités à prendre des normes de nature et

exemple jurisprudentiel, Cons. const., *déc. n° 77-79 DC - 05 juillet 1977, Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la Sécurité sociale.*

²⁰ Voir par exemple Cons. const., *DC - 29 avril 2004 - Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.* Sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel à propos des conventions collectives, voir O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Les principes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière sociale », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 4, n° 45, 2014, pp. 5-20.

²¹ F. SYROVATKA, « Tarifbürgerschaft. Zur demokratischen Essenz der Tarifautonomie » in F. RODL (dir.), *Tarifbürgerschaft : Die Tarifautonomie in der modernen Demokratie*, Frankfurt, Campus, 2025, p. 10. « L'occultation de l'autonomie tarifaire dans la théorie contemporaine de la démocratie des sociétés modernes n'est pas seulement un phénomène de théories centrées sur l'État, mais aussi de la théorie critique de la démocratie » (p. 15).

²² *Ibid.*

²³ B. SILHOL, « La réception des idées de Weimar en droit du travail français » in C.-M. HERRERA (dir.), *La constitution de Weimar et la pensée juridique française*, Paris, Kimé, 2011, p. 128. Ce principe d'extension a été consacré par la loi du 24 juin 1936. Voir L. MACHU, « Les syndicats et le droit des conventions collectives : l'exemple de la loi du 24 juin 1936 », in A. NARRITSEN, M. PIGENET (dir.), *Pratiques syndicales du droit. France XXe-XXIe siècles*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2014, pp. 267-279.

²⁴ Pour reprendre la célèbre formule de Barnave. « Discours du 10 août 1791 » in *Archives Parlementaires de 1787 à 1880*, t. 29, p. 331.

de portée très particulière. Il se met volontairement en retrait de la formation de ces dernières pour des raisons stratégiques et techniques. Dès lors, la convention collective opère d'importants glissements sur les notions de représentation (**I**) et d'État (**II**).

I. Convention collective et représentation

7. La convention collective entretient avec la représentation des rapports complexes, dont l'analyse s'avère particulièrement délicate. Voici que des délégués syndicaux se trouvent autorisés à parler, négocier, au nom d'un « peuple social » et à prendre, pour lui, des actes de portée générale et impersonnelle susceptibles de compléter, ou parfois de déroger à la loi étatique votée par les parlementaires élus de la nation. En cela, elle transparait comme un mode de régulation de la sphère sociale qui reconduit le schème propre à la notion de représentation telle que forgée à la fin du XVIII^e siècle. Elle produit ainsi des déplacements et glissements du gouvernement représentatif, de la loi - expression de la volonté générale (A), tout en révélant les tensions qui se nouent au sein même de la logique de la représentation lorsque celle-ci se voit appliquée à la sphère sociale (B).

A. La convention collective comme vecteur d'un glissement de la représentation

8. La convention collective, à la grande différence du contrôle de constitutionnalité, n'a pratiquement jamais été mobilisée pour témoigner du recul, à tout le moins, de la recomposition de la « loi - expression de la volonté générale » et plus largement des évolutions des conceptions cardinales du droit constitutionnel issues de la « matrice révolutionnaire »²⁵. Cette omission est particulièrement regrettable, car la convention collective, et, au-delà, le droit du travail, méritent de participer à ce travail d'analyse des mutations institutionnelles et conceptuelles.

9. Le principe de faveur, pilier du droit social, mais que le Conseil constitutionnel a refusé d'ériger en un « principe fondamental reconnu par les lois de la République »²⁶, en constitue une bonne illustration. Trouvant sa source dans l'article L. 2251-1 du Code du travail, il permet à la convention et à l'accord collectif de travail de prévaloir sur la loi, s'ils comportent des « dispositions plus favorables aux salariés ». Il participe de la sorte à relativiser l'impérativité de la loi, qui ne s'applique qu'à la condition qu'elle offre une protection plus élevée que la norme conventionnelle²⁷. Surtout, le principe de faveur repose sur un schéma de division du travail de production de la norme sociale qui induit une logique de mise en retrait de la représentation parlementaire. Dans ce cadre, cette dernière peut être encouragée à promouvoir une « législation plancher », autrement dit minimale, que les syndicats seront invités, par suite, à améliorer en concluant pour cela une convention collective. La norme conventionnelle vient ainsi

²⁵ Voir P. BRUNET, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoir*, vol. 3, n° 114, pp. 5-19.

²⁶ Conseil. const., n° 97-388 DC du 20 mars 1997.

²⁷ Voir M. BONNECHÈRE, « Sur l'ordre public en droit du travail : les principes sont toujours là », *Le droit ouvrier*, n° 714, janvier 2008, pp. 11-12.

perfectionner la norme étatique des représentants élus du peuple, ce qui confère un caractère d'incomplétude à la loi en matière sociale. La convention collective entend de la sorte corriger à la fois les limites du contrat de travail et de la loi. L'incapacité du salarié isolé et « menacé par la misère et le chômage »²⁸ à peser sur les clauses du contrat de travail se voit en effet quelque peu compensée par les répercussions d'une négociation collective, laquelle établit un vrai rapport de force entre le capital et le travail. De même, le caractère abstrait de la loi, soumise à un impératif de généralité²⁹, se trouve contrebalancé par la possibilité offerte aux partenaires sociaux de la préciser et de l'adapter aux « réalités de terrain ». Ce faisant, en permettant l'existence des conventions collectives et en encourageant même leur essor, le Parlement admet de surcroît que la concrétisation des objectifs de « l'État social » contemporain suppose une participation des délégués sociaux à la production des normes du droit du travail et, dans certaines hypothèses, la prévalence de la norme conventionnelle sur la loi. Aussi, la norme qui apparaîtra à la nation comme la plus protectrice est moins la loi - expression de la volonté générale - que l'accord collectif de travail, fruit de négociations entre des groupes sociaux opposés. On ne peut manquer de relever un paradoxe, voire une certaine tension. Par l'entremise des conventions collectives, les syndicats sont appelés à compléter une législation sociale qu'ils n'ont pourtant pas contribué à élaborer (formellement), compte tenu, tout particulièrement, de la faible saisine du CESE. Ainsi que le met en évidence Ernst-Wolfgang Böckenförde : « Il en résulte une situation dans laquelle certaines forces non étatiques (associations, groupes d'intérêts), bien qu'elles ne disposent d'aucune part au pouvoir de décision politique organisé conformément à la Constitution, participent néanmoins, de fait, à l'exercice du pouvoir de décision politique, et ce, d'une manière juridiquement garantie »³⁰.

10. Au surplus, les conventions collectives favorisent le développement de lois supplétives, et cette évolution provoque à son tour des déplacements à l'endroit de la représentation. Dans cette configuration, il n'est plus seulement question de préciser la loi, de l'améliorer. Le législateur va plus loin, en ce qu'il « habilite les syndicats représentatifs à substituer à l'application de la loi de la République, celle de la loi de la profession »³¹. La loi (étatique) s'applique, sauf s'il existe des dispositions contraires issues d'un accord collectif de travail, y compris lorsque celles-ci ne sont pas plus favorables aux salariés³². Si le Parlement conserve « la compétence de sa propre compétence »³³, il n'en reste pas moins qu'il prévoit et supervise les modalités dans lesquelles des

²⁸ R. CAPITANT, « Principes du droit public (1952–1953) » in *Écrits constitutionnels*, op. cit., p. 178.

²⁹ M. GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation (1789-1799)*, Paris, Gallimard, 1995, p. 16

³⁰ « Die politische Funktion wirtschaftlich-Sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie. Ein Beitrag zum Problem der Regierbarkeit », *Der Staat*, vol. 15, n° 4, 1976, p. 466.

³¹ A. SUPLOT, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Le Seuil, 2009, p. 245.

³² Voir notamment l'article L2242-13 du Code du travail.

³³ Voir Olivier Jouanjan, « Le problème de la souveraineté chez Georg Jellinek », *Cahiers parisiens/Parisian Notebooks*, vol. 4, 2008, University of Chicago, pp. 379 et s.

accords issus des partenaires sociaux peuvent évincer des règles provenant de la législation sociale étatique qu'il a pourtant lui-même formulées et votées. Ce mécanisme s'inscrit en opposition avec la tradition révolutionnaire dans laquelle l'autorité de la représentation nationale procède de sa dimension unifiante et transcendante à l'égard des intérêts particuliers³⁴, de sa faculté à régénérer la société³⁵. La loi étatique par laquelle s'exprime juridiquement la souveraineté nationale d'une nation censée être, en droit, indivisible³⁶, organise les conditions dans lesquelles certaines de ses dispositions pourront être évincées par des normes conventionnelles, de la société civile, et ce, au nom d'un impératif de subsidiarité et d'adaptabilité aux "réalités de terrain". En cela, la représentation nationale admet que la norme possiblement la plus en mesure de s'imposer au "monde du travail" n'est pas la loi étatique incarnant un intérêt général transcendant les intérêts particuliers, mais la convention collective, dans la mesure même où elle découle d'une confrontation entre ces derniers, d'une conciliation entre le capital et le travail. On saisit ainsi pourquoi le Conseil constitutionnel encadre strictement le recours aux lois supplétives en matière de droit du travail. Aussi, « lorsque le législateur autorise un accord collectif à déroger à une règle qu'il a lui-même édictée et à laquelle il a entendu conférer un caractère d'ordre public, il doit définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation »³⁷.

11. Dans ce prolongement, le « phénomène »³⁸ de la loi négociée « qui n'a cessé de gagner en importance »³⁹ ces dernières années suscite également des questionnements et des problématiques quant à la place et au rôle du Parlement en tant que vecteur de la volonté générale. Il s'agit de lois « qui reprennent les dispositions d'accords collectifs signés antérieurement par les partenaires sociaux »⁴⁰, à l'image de la loi du 16 juillet 1971 portant organisation de la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente. De cette façon, le Parlement invite les partenaires sociaux à dialoguer, négocier, et transcrit dans la loi tout ou partie de l'accord collectif qui en résulte. Par conséquent, ce mécanisme « brouille la frontière entre délibération et négociation »⁴¹ et « réduit la distance entre démocratie politique et démocratie sociale »⁴². La représentation nationale orchestre ainsi la juxtaposition de deux procédés d'élaboration de la loi sociale : la délibération parlementaire d'une part, où traditionnellement, seuls les intérêts « qui

³⁴ Voir notamment B. LECOQ, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale en droit constitutionnel français (1789-1794)*, Paris, Dalloz, 2021, pp. 280-300.

³⁵ Voir L. JAUME, *Le religieux et le politique dans la Révolution française : L'idée de régénération*, Paris, PUF, 2015, pp. 30-50.

³⁶ Voir B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel : contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 55-65.

³⁷ Cons. const., déc. n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*.

³⁸ A. SUPIOT, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du Droit*, op. cit., p. 245.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ J.-P. LE CROM, « L'État et la négociation collective aux débuts de la Ve République (1960-1980) » in M. ORTOLANI (dir.), *Études d'histoire du droit social. Hommage à Olivier Vernier*, Paris, Pulim, 2025, p. 348.

⁴¹ A. SUPIOT, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, op. cit., p. 245.

⁴² J.-P. LE CROM, « L'État et la négociation collective aux débuts de la Ve République (1960-1980) » in M. ORTOLANI, *Études d'histoire du droit social*, op. cit., p. 348.

concourent à l'unité nationale »⁴³ doivent être promus par les députés et les sénateurs, et, d'autre part, la négociation collective dont le fondement est à l'inverse de mettre en scène le conflit structurel qui oppose les salariés aux employeurs afin de dégager un accord qui procèdera de la conciliation de leurs intérêts divergents.

B. La convention collective comme révélateur des tensions de la représentation

12. Si la convention collective opère tant d'effets sur le gouvernement représentatif, c'est parce qu'elle repose, structurellement, sur un principe de représentation qu'elle transpose à la sphère sociale. Cet attribut, pourtant décisif, a fait l'objet de peu de commentaires, car la convention collective est souvent présentée comme un « acte contractuel »⁴⁴. Pourtant, à la grande différence du contrat, la convention collective n'a pas vocation à ne lier que ceux qui l'ont conclu. Elle s'impose, le plus souvent, à tous ceux qui entrent dans son périmètre, sans considération du fait qu'ils aient adhéré ou non à un syndicat signataire de la convention. L'article L2261-15 du Code du travail offre en outre la possibilité au ministre du Travail « de rendre obligatoires les stipulations d'une convention de branche ou d'un accord professionnel à tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application de cette convention ou de cet accord ». Ce procédé « d'extension »⁴⁵ confère ainsi un effet *erga omnes* aux conventions collectives. Ce faisant, ces dernières renvoient à un mode de gouvernement indirect et donc représentatif du monde du travail⁴⁶ dans lequel il n'appartient qu'à quelques individus d'exprimer la volonté de tous ceux qui composent la sphère socioprofessionnelle. En retour, les catégories issues du droit public, et particulièrement celles de la théorie constitutionnelle, présentent un intérêt majeur pour appréhender les conventions collectives dès lors que celles-ci s'appuient sur des mécanismes analogues à ceux du gouvernement représentatif : fiction, imputation, habilitation...

13. La convention collective se retrouve alors assujettie aux défis inhérents à la logique de la représentation, et ils sont nombreux. De quelle façon justifier que des règles négociées par quelques-uns seulement, en l'occurrence des délégués syndicaux, puissent s'imposer à l'ensemble d'un secteur professionnel ? Sur quels fondements et par quels critères un groupement d'intérêts est-il habilité à parler et à décider au nom des salariés ou des employeurs ? En d'autres termes, comment légitimer l'exercice d'un pouvoir indirect sur le monde du travail ? Une observation

⁴³ G. BURDEAU, *Traité de science politique* (T. 6., 3^e éd.), Paris, LGDJ, 1987, p. 43.

⁴⁴ F. ROUVIÈRE, « La téléologie et l'objectif social de la convention collective », *Revue de droit du travail*, n° 11, 2023, pp. 695.

⁴⁵ Voir J.-P. TRICOIT, *Droit du travail*, Paris, Ellipses, 2020, pp. 390-395.

⁴⁶ Ainsi que le souligne Nicholas Handler, « la démocratie permise par la négociation collective n'est toutefois pas une démocratie directe ». « Separation of powers by contract : how collective bargaining reshapes presidential power », *New-York University Law Review*, vol. 99, n° 45, 2024, p. 113.

s'avère à cet égard parfaitement éclairante. « Avec plus de 10 % de syndiqués, la France compte près de 95 % de salariés couverts par une convention collective »⁴⁷, et, parallèlement, le taux de participation aux élections professionnelles ne s'est élevé qu'à 36 % sur « le cycle 2021-2024 »⁴⁸. Cette situation problématique révèle que les principaux destinataires des conventions collectives n'ont que très peu contribué au choix des organisations habilitées à les conclure. Au demeurant, il n'appartiendra, par suite, qu'à ces dernières de désigner librement ceux qui, parmi leurs membres, seront autorisés à s'associer aux négociations collectives. Le champ de la convention collective s'appuie donc sur un procédé de légitimation qui, s'il ne relève pas, au sens strict, du « suffrage universel indirect »⁴⁹, repose toutefois sur de considérables mécanismes de médiation. La distance qui sépare les « gouvernants des gouvernés », pour reprendre une catégorie inhérente à la théorie de l'État, paraît ainsi encore plus importante au sein de la sphère socioprofessionnelle que dans la « démocratie » politique. C'est pourquoi Jean Rivero affirme que : « dans son principe, la démocratie syndicale est le gouvernement d'une minorité éclairée » qui, et cela est peut-être exagéré, « semble appeler la qualification d'oligarchie plutôt que celle de démocratie »⁵⁰.

14. L'intérêt que présente l'usage des notions et concepts du droit constitutionnel pour l'étude de la convention et de la négociation collective ne s'arrête pas en si bon chemin. Une pareille perspective offre également la possibilité de rendre compte de l'histoire du droit du travail. On est ainsi mieux en mesure de comprendre pourquoi la notion de « représentativité syndicale » fut forgée par le législateur consécutivement à l'adoption de la loi du 24 juin 1936, laquelle a « introduit une nouvelle catégorie de convention collective dont le régime est marqué par une forte dimension réglementaire »⁵¹. Dès lors que la convention collective se trouvait apte à provoquer des effets sur l'ensemble d'un secteur d'activité, il devenait impératif de déterminer des critères de légitimité permettant de sélectionner les organisations et groupements en mesure de signer de tels accords. Dans ce cadre, la « présomption irréfragable de représentativité »⁵² qui a longtemps profité aux cinq principaux syndicats illustre la trajectoire parfois parallèle de la notion de représentation appliquée en droit du travail et en droit constitutionnel. La qualité de représentant (*lato sensu*) - au sens d'autorité bénéficiant de la faculté de produire une norme

⁴⁷ M. FOUCAULT, G. GROUX, *L'État et le dialogue social*, Paris, Presses de Sciences Po, 2023, p. 28.

⁴⁸ < <https://travail-emploi.gouv.fr/representativite-syndicale-et-patronale-les-resultats-de-la-mesure-dauidience-2025> >

⁴⁹ Ainsi que le souligne Bruno Dageron, la notion de « suffrage universel indirect » pose de nombreuses difficultés pour la théorie constitutionnelle. Elle correspond, à de nombreux égards, à un suffrage restreint. « La notion de suffrage universel indirect », *RFHIP*, vol. 2, n° 38, 2013, pp. 329-366.

⁵⁰ J. RIVERO, « La convention collective et le droit public français », art. cit., p. 23.

⁵¹ L. BENTO DE CARVALHO, « Duguit et la convention collective de travail : le cas étasunien » in E. DUBESSET, N. HAKIM, *Duguit et les Amériques*, Éditions de la Sorbonne/HAL, p. 3. < <https://hal.science/hal-04421502v1/document> >

⁵² La présomption irréfragable de représentativité témoigne du fait qu'antérieurement à la loi du 20 août 2008, « certaines organisations étaient présumées représentatives au plan national en vertu d'arrêtés ministériels ». B. BOSSU, A. BARÈGE, C. LEBORGNE-INGELAERE, *Les indispensables du droit du travail*, Ellipses, 2017, p. 151.

générale - ne fut dès lors pas intrinsèquement rattachée, en “matière sociale”, au procédé électif, de même que dans le “domaine politique”. La « représentativité » n’est pas, dans ces deux ordres, une donnée naturelle engendrée par des caractéristiques sociologiques, ni même, nécessairement, le fruit de succès électoraux. Elle peut ainsi correspondre à une qualité offerte “par le haut”, attribuée par le droit, souvent en raison d’un ancrage historique. Concomitamment, l’évolution du droit du travail et du droit constitutionnel manifeste la place toujours plus grande conférée à l’élection comme technique de légitimation.

15. Par ailleurs, le paritarisme, au fondement de la négociation collective, lorsqu’il est pensé à l’aune des catégories conceptuelles issues de la théorie constitutionnelle, témoigne d’une autre manière de justifier l’exercice d’une gouvernance par représentation propre au monde du travail. N’y a-t-il pas lieu, en effet, de le rapprocher d’une forme de vote plural puisque le poids d’un groupe social, le patronat, n’est pas lié directement à son importance numérique ? Conséquemment, la « *loi de la profession* » ne repose pas sur la « *loi du nombre* », mais sur un type de légitimité distinct. Ce n’est pas la force de la majorité qui doit s’imposer, mais le compromis social entre deux groupes économiques pensés comme antagonistes et conviés à décider ensemble, en négociant. Il s’agit de cette façon d’éviter tout tourment révolutionnaire et de s’assurer que les conquêtes sociales s’obtiennent progressivement. La convention collective s’inscrit de ce fait dans l’héritage des théories de la balance du pouvoir, qu’elle renouvelle et adapte, à sa manière, aux spécificités du droit du travail. Son association avec la loi étatique, encadrée par la puissance publique, participe ainsi d’une union de deux types de légitimité qui façonnent la singularité de la législation sociale.

II. Convention collective et État

16. Le constat des glissements opérés par la convention collective sur le gouvernement représentatif conduit nécessairement à d'autres questionnements. On ne peut en effet que s'interroger sur ses potentielles incidences à l'endroit de la notion, dans une acception large, d'État, dont le Parlement est l'organe. À cet égard, il faut se méfier de toutes les conclusions hâtives qui verraient, dans l'essor des conventions collectives, un signe de dépérissement de la souveraineté. Une telle analyse manquerait assurément de nuance. La convention collective traduit effectivement certaines mutations affectant la notion de souveraineté (A), mais apparaît comme un instrument stratégique de « l'État social » qui contrôle et organise la sphère de la négociation collective (B).

A. La convention collective comme témoignage des transformations de la souveraineté

17. Il a pu être soutenu que « selon les catégories traditionnelles de la théorie constitutionnelle, le droit à la négociation collective est une liberté qui s'exerce envers l'État »⁵³, dès lors que celui-ci forme l'une des composantes du principe de participation consacré par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Dans certaines configurations, et d'un point de vue plus institutionnaliste, il est également possible de voir dans la négociation collective une liberté s'exerçant *par et pour* l'État. Celle-ci n'entraîne pas un véritable « désengagement de l'État »⁵⁴, car « c'est dans un cadre qu'il définit que les discussions paritaires doivent être menées »⁵⁵. En effet, « le législateur dispose d'une grande liberté pour fixer les principes et le champ d'intervention de la négociation collective »⁵⁶. D'ailleurs, dans bien des cas, c'est du politique que découle l'initiative de la négociation collective. Depuis la loi Auroux du 13 novembre 1982⁵⁷, les « obligations de négocier »⁵⁸ se sont multipliées⁵⁹. Dans cette situation, les partenaires sociaux ne négocient plus véritablement en vertu d'un droit (de participation) dont ils useraient spontanément, mais

⁵³ F. VALDES, V. BERNAUD, L. GAY, N. JACQUINOT, « Le droit constitutionnel des négociations et conventions collectives », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 13, 1997, p. 351.

⁵⁴ J.-P. LE CROM, « L'évolution du rôle de l'État en matière de relations professionnelles » in P. AUVERGNON, M. TALLARD (dir.), *L'État à l'épreuve du social*, Syllepses, 1998, p. 118.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ A. LAQUIÈZE, « La démocratie sociale, la Constitution et la loi » in G. GROUX, R. ROBERT (dir.), *Le social et le politique*, *op. cit.*, p. 205.

⁵⁷ Cette loi prévoyait que « les organisations qui sont liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels, se réunissent, au moins une fois par an, pour négocier sur les salaires et, au moins une fois tous les cinq ans, pour examiner la nécessité de réviser les classifications ». Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail. *JORF, Lois et décrets*, n° 265, 14 novembre 1982, p. 3414.

⁵⁸ A. SUPIOT, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, *op. cit.*, p. 270.

⁵⁹ Voir Y. LEROY, « Rendre la négociation obligatoire », *Le Droit Ouvrier*, vol. 5, n° 897, 2023, pp. 315-320.

seulement parce que l'État les y a contraints. En cela, ils contribuent, sur l'injonction du législateur, à la réalisation des objectifs que l'État s'est fixés. Mais surtout, "l'autonomie" normative conférée aux représentants des travailleurs dans le cadre de la négociation collective s'avère, somme toute, très relative. Plusieurs éléments tendent à le démontrer. D'abord, le principe de participation ne s'accompagne d'aucun droit, pour les citoyens, à concourir, par le biais des syndicats, à la législation sociale. Une convention collective ne peut déroger à la loi qu'à titre exceptionnel, sur le fondement d'une habilitation du Parlement. La loi étatique décide donc des conditions de sa propre supplétivité à l'endroit de la « loi de la profession ». Mais surtout, la portée de cette dernière appartient, pour une large part, à la discrétion du gouvernement en raison du mécanisme de l'extension, procédé qui, selon Jean Rivero, serait susceptible de justifier l'association de la convention collective aux « techniques de droit public »⁶⁰.

18. Aussi, l'essor des conventions collectives et l'injonction à négocier ne révèlent pas une sorte de "laisser-faire" qui témoignerait, dans une perspective autonomiste, d'un déclin de la souveraineté étatique. Il semble que l'on assiste plutôt à un glissement de celle-ci, à une reconfiguration de l'action de la puissance publique en matière sociale dans laquelle l'État, s'écartant du paradigme révolutionnaire que symbolise la loi Le Chapelier, s'appuie sur des corps intermédiaires pour intervenir dans le champ de l'économie et du monde du travail⁶¹. Ce que montre la convention collective, et, plus largement, l'étude des sources du droit du travail, c'est l'idée que l'État n'entend plus régir la sphère socioprofessionnelle au moyen d'une loi envisagée comme un commandement unilatéral⁶² dès lors qu'il organise les conditions dans lesquelles des normes conventionnelles, produites par les représentants des travailleurs, peuvent la préciser, voire la contourner. La souveraineté en matière sociale ne correspond donc pas, véritablement, à un vouloir (directement et entièrement) pour la nation. Elle se comprend plutôt comme la détermination des principes et règles directeurs du droit du travail ainsi que comme l'encadrement des processus par lesquels ceux-ci ont vocation à être complétés par des normes issues de la société civile. Aussi, la négociation collective est une liberté constitutionnellement garantie, mais dont l'usage tend parfois à la faire apparaître en tant qu'instrument d'une délégation fonctionnelle, supervisée et pilotée par l'État. C'est du moins ce que peut suggérer l'analyse du phénomène de la « loi négociée » et celle du mécanisme de l'extension.

19. En cela, la convention collective prend part à un « compromis de classe institutionnalisé »⁶³. Son essor témoigne alors d'une évolution sensible des représentations constitutionnelles et politiques. L'État social contemporain ne récuse pas la diversité des intérêts qui composent la société et le clivage entre le capital et le travail. En favorisant la négociation collective, et en articulant les relations entre la loi et la convention collective, il l'encourage même à s'exprimer à la

⁶⁰ « La convention collective et le droit public français », art. cit., p. 16.

⁶¹ E. SOREAU, « La loi Le Chapelier », *Annales historiques de la Révolution française*, juillet-août 1931, 8e année, n° 46, p. 300.

⁶² Voir, sur « l'unilatéralité de la loi du Souverain », O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, pp. 69-80.

⁶³ C. ANDRÉ, « État-providence et compromis institutionnalisés. Des origines à la crise contemporaine » in R. BOYER, Y. SAILLARD (dir.), *Théorie de la régulation. L'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 2002, pp. 144-152.

grande différence de l'État corporatif autoritaire qui la réprimait⁶⁴, et d'un modèle républicain et révolutionnaire qui était quant à lui porté à la nier, ou à la dissimuler⁶⁵. La convention et la négociation collective présentent ainsi un intérêt pour témoigner de la distinction entre un « État législateur »⁶⁶ dans lequel « la loi est l'instrument central d'un dispositif d'uniformisation rationnelle »⁶⁷ et un État qui se fait davantage *régulateur*. Toutefois, il serait présomptueux d'alléguer que la France serait passée, ces dernières décennies, du premier au second. La loi continue à occuper une place prédominante parmi les sources du droit du travail et, de surcroît, le paritarisme semble aujourd'hui connaître un essoufflement⁶⁸. En tout état de cause, la négociation et la convention collective attestent de la fin d'un schéma de « séparation » entre l'État et la société civile, que les juristes sont souvent enclins à décrire comme un principe encore structurant du constitutionnalisme « libéral »⁶⁹ et moderne⁷⁰. L'État social n'est pas séparé, mais « distinct »⁷¹ de la société civile, puisqu'il l'associe, au moyen de la négociation collective, à une fonction de régulation des conflits du monde du travail. La frontière entre le politique et le social ne s'en trouve que plus bouleversée.

B. La convention collective comme instrument stratégique de l'État social

20. Le fait qu'à bien des égards le droit à la négociation collective marque une rupture vis-à-vis des fondements historiques du constitutionnalisme interroge. Comment expliquer son apparition et son essor ? La raison est-elle simplement idéologique, liée à l'avènement de la social-démocratie ? Le grand spécialiste du droit du travail de la République de Weimar, Hugo Sinzheimer, remet en cause cette hypothèse. Selon lui, « l'État autorise la négociation collective non seulement parce que cette autonomie est dans l'intérêt des parties elles-mêmes, mais aussi parce que le développement du droit du travail à un niveau particulier requiert la négociation de conventions collectives »⁷². L'État-providence qui « a pour tâche principale de veiller au bien-être des citoyens »⁷³ n'aurait de la sorte pas d'autre choix que de permettre et d'encourager le développement de normes conventionnelles venant préciser et parfois enrichir les lois sociales

⁶⁴ Voir notamment, sur les fondements anti-pluralistes du corporatisme autoritaire, A. ROCCO, « La crisi dello Stato e i sindacati. Discorso inaugurale dell'Anno Accademico 1920-21 letto nell'Aula Magna dell'Università il 15 Novembre 1920 », *Annuario della R. Università degli studi di Padova per l'anno scolastico*, 1921, p. 15.

⁶⁵ Voir L. JAUME, *Le discours jacobin de la démocratie*, Paris, Fayard, 1989, p. 18.

⁶⁶ D. BARANGER, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, Gallimard, 2018, p. 47.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Voir G. ADAM, « Le paritarisme, une spécificité française menacée », *Constructif*, Hors-série, 2018, pp. 11-13.

⁶⁹ G. BURDEAU, *Droit constitutionnel comparé : les institutions politiques des démocraties contemporaines (1953-1954)*, Paris, Les Cours de droit, 1953-1954, p. 27.

⁷⁰ M. BARBERIS, « Idéologies de la constitution. Histoire du constitutionnalisme » in D. CHAGNOLLAUD, M. TROPER (dir.), *Traité international de droit constitutionnel (T. 1.)*, Paris, Dalloz, 2012, p. 128.

⁷¹ Voir E.-W. BÖCKENFÖRDE, « La signification de la distinction entre État et société pour l'État social et démocratique contemporain » in *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris, LGDJ, 2000, p. 177.

⁷² « Zur Frage der Reform des Schlichtungswesen » in *Reichsarbeitsblatt (VT)*, Teil II, 1929, p. 46.

formulées et votées par les parlementaires. La cause d'une telle mutation reviendrait à un facteur exogène, l'apparition d'un droit *social* - par son contenu et son champ - qui inciterait inmanquablement l'État à inviter la société civile à participer, sous son contrôle, à sa production. Le droit du travail moderne poserait ainsi un défi à l'État auquel celui-ci ne pourrait répondre qu'au moyen d'une évolution de ses relations avec la société civile s'opérant par la convention collective. Si cette dernière peut présenter un intérêt stratégique pour l'État social, c'est parce qu'elle remplit une triple fonction.

21. En premier lieu, la convention collective participe d'un allègement de la charge de l'État-providence, qui doit investir un champ extrêmement particulier : l'économie et la sphère socioprofessionnelle. C'est la thèse de Jean Rivero : « Depuis que les circonstances ont contraint l'État à s'engager dans la voie de l'interventionnisme, une sorte de désarroi se manifeste chez les élus à l'égard de problèmes dont la technicité les dépasse, une timidité les prend, et un doute sur leur compétence, qui renforce d'autant l'autorité du spécialiste, de l'expert, du technicien. Dans le retour à la convention collective, il y a un peu de cela : les organes de la démocratie politique se déchargent du soin de régler des problèmes difficiles sur ceux qui les connaissent parce qu'ils les vivent »⁷⁴. De cette façon, l'État n'assume pas seul la mission de formulation de normes spécifiques et complexes propres au monde du travail qui exigent un haut niveau de spécialisation. La convention collective « exonère »⁷⁵ l'État de ce poids, car celui-ci ne serait pas véritablement en mesure de déterminer, au moyen de lois ou de décrets, l'ensemble des dispositions applicables à des secteurs très particuliers où des contraintes singulières surgissent. Il demande alors, dans une perspective fonctionnelle, l'association de la société civile. On saisit ainsi aisément pourquoi il existe, par exemple, une convention collective propre à l'hôtellerie et à la restauration. Un tel texte offre à cet égard la possibilité d'adapter les durées maximales du travail de nuit à des professions très spécifiques.

22. En second lieu, la convention collective contribue à une action de canalisation au profit de l'État. Elle a vocation à capter des tensions sociales qui pourraient éclater et remonter vers l'État afin de les diriger vers les syndicats et les contenir par le biais de la négociation. En cela, la convention collective concourt à transférer le poids de la régulation sociale qui incombe par principe aux pouvoirs législatif et réglementaire aux partenaires sociaux, en donnant à ces derniers un moyen de résoudre des conflits par l'élaboration de normes conventionnelles procédant d'arbitrages et de compromis réciproques⁷⁶. C'est ainsi que Böckenförde explique la place centrale occupée par les conventions collectives en Allemagne. Selon lui, « Un parlement ou un gouvernement chargé d'adopter des lignes directrices salariales contraignantes, de fixer de manière

⁷³ C. LEFORT, « Les droits de l'homme et l'État-providence », *Esprit*, n° 108, novembre 1985, p. 66.

⁷⁴ « La convention collective et le droit public français », art. cit., pp. 21-22.

⁷⁵ I. ARTUS, « Tarifautonomie zwischen Institutionalisierung und Klassenkampf » in F. RODL, F. SYTOVATKA (dir.) *Tarifbürgerschaft : Die Tarifautonomie in der modernen Demokratie*, op. cit., p. 105.

⁷⁶ E. AUBRY, « Les régulations sociales et contractuelles face au législateur » in G. GROUX, R. ROBERT, *Le social et le politique*, op. cit., p. 192.

générale les hausses de salaire, de décider des volumes d'investissement, des priorités d'investissement serait inévitablement soumis à une pression politique et à un degré de responsabilité politique qu'il pourrait difficilement supporter tout en maintenant un processus politique démocratique ouvert»⁷⁷. Dans cette situation, la convention collective permet un «allègement substantiel pour les organes étatiques de décision et une forme efficace de décentralisation du pouvoir de direction»⁷⁸ en matière économique. L'État ferait, par exemple, l'objet d'une importante exposition s'il devait légiférer sur le recours au télétravail. Renvoyer cette thématique au champ de la négociation collective lui donne l'occasion de se libérer de potentielles contestations.

23. Enfin, la convention collective concourt à une mission de légitimation de la norme sociale. Il est permis de supposer, théoriquement, qu'une règle présente dans une convention collective, issue d'une négociation entre les partenaires sociaux, sera mieux acceptée qu'une règle étatique. Elle transparaîtra comme ayant fait l'objet de discussions et de négociations provenant du monde du travail, de ceux qui doivent spécifiquement défendre un secteur d'activité ou une classe sociale. Le recours à la «loi négociée» présente sur ce plan un intérêt stratégique pour l'État lorsqu'il souhaite insuffler une réforme sociale. On imagine difficilement dans quelle mesure les syndicats pourraient appeler à la grève à l'encontre de dispositions qu'ils ont eux-mêmes été chargés de négocier. Un pareil schéma permet à l'État d'apparaître comme l'instigateur du compromis social, un vecteur de pacification de la sphère économique.

⁷⁷ « Die politische Funktion wirtschaftlich-Sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie. Ein Beitrag zum Problem der Regierbarkeit », art. cit., p. 478.

⁷⁸ *Ibid.*