

1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies
Séance du 10 octobre 2012
Lecture du 26 octobre 2012

CONCLUSIONS

M. Alexandre LALLET, rapporteur public

Cette affaire interroge la place de l'économie sociale dans le paysage syndical français. Parfois appelée « économie solidaire », l'économie sociale se définit principalement par un critère institutionnel – le pouvoir reconnu aux salariés eux-mêmes dans la marche de l'entreprise – et par un critère téléologique – l'importance donnée au service rendu à la personne ou à la collectivité par rapport au profit. Son poids dans l'économie est tout à fait significatif : plus de 800 000 entreprises employant 2 millions de personnes soit environ 9 % de la population active. Pourtant, nombre d'instances nationales du droit du travail ne comportent aucune organisation de ce secteur.

C'est précisément le fondement de la contestation de l'USGERES, qui rassemble près de 30 % des employeurs de l'économie sociale. Cette organisation a demandé au Premier ministre de modifier trois dispositions du code du travail fixant la composition de la Commission nationale de la négociation collective (CNNC), du Conseil supérieur de la prud'homie et du conseil d'administration de l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (ANACT), afin d'y prévoir sa présence. Elle a également sollicité, dans le même sens, la modification des décrets qui avaient introduit puis codifié ces dispositions dans le code du travail. Elle vous demande à présent l'annulation du refus implicite né du silence du Premier ministre.

S'agissant des conclusions dirigées contre le refus de modifier le décret de codification du 7 mars 2008, vous pourrez vous borner à les rediriger contre les articles litigieux du code du travail comme vous le faites usuellement. Vous rejetterez en revanche les conclusions dirigées contre les décrets qui ont créé ces dispositions, qui ont été abrogés par le décret de codification du 7 mars 2008. Le Premier ministre ne pouvait faire droit à la demande d'abrogation sur ce point.

Venons-en à la question de fond, qui est de savoir si le Premier ministre pouvait légalement refuser que l'USGERES fasse son entrée dans ces trois instances.

Les articles législatifs qui régissent la composition des trois instances en cause posent une même condition à la représentation des organisations d'employeurs : celles-ci doivent être « *représentatives au niveau national* ».

Face à une disposition de cette nature, et s'agissant d'organismes régis par le code du travail ne s'occupant que de salariés de droit privé¹, vous appliquez les critères traditionnels de représentativité mentionnés à l'article L. 2121-1 du code du travail (CE, Ass., 5 novembre 2004, UNSA, n° 257878, au Rec.). Cette décision, rendue à propos d'organisations de salariés, est sans doute transposable aux organisations d'employeurs, dans la mesure où les critères de représentativité posés par le code du travail s'appliquent également aux secondes, sauf lorsque, par leur objet même, elles sont propres aux organisations de salariés (voyez pour un rappel : CE, 2 mars 2011, Syndicat national des entreprises du secteur privé marchand de la filière équestre des loisirs et du tourisme, n° 313189, aux T.)². C'est principalement au regard des effectifs d'entreprises et des effectifs de salariés au sein de ces entreprises qu'il convient d'apprécier la représentativité de ces organisations.

Encore faut-il déterminer le niveau professionnel auquel cette représentativité doit s'apprécier.

Dans votre décision Union syndicale Solidaires du 30 décembre 2009 (n° 310284, aux T.), vous avez ainsi rappelé que « *la représentativité s'apprécie, pour la composition d'un organisme, au niveau territorial ou professionnel auquel il siège* »³.

Eu égard au champ de compétences transversal des 3 instances ici en cause, il nous paraît certain que le niveau interprofessionnel est le niveau pertinent pour apprécier la représentativité. Par une décision du 6 novembre 1970, Fédération de l'éducation nationale (n° 74192, au Rec.), vous avez ainsi clairement jugé, en présence de dispositions analogues, que seules les organisations qui ont vocation à grouper les salariés sur le plan national et interprofessionnel peuvent prétendre à la qualification d'organisations représentatives pour siéger dans les conseils d'administration des caisses nationales de sécurité sociale, qui concernent l'ensemble des salariés. Vous avez confirmé implicitement cette analyse dans le précédent UNSA de 2004, en jugeant, précisément pour la composition de la CNNC, que la représentativité des organisations devait s'apprécier « *en tenant compte du champ d'application des conventions collectives tel qu'il est défini [par le code du travail]* ». Et vous avez considéré

¹ En l'espèce, la CNNC et le conseil de la prud'homie ne concernent que les salariés de droit privé. L'hésitation est certes permise pour l'ANACT, qui ne s'interdit pas d'examiner les conditions de travail dans la fonction publique. Mais son champ d'intervention reste tout de même centré sur les entreprises et les salariés de droit privé, en vertu de l'article R. 4642-1 du code du travail. Le ministre de la fonction publique n'en est d'ailleurs pas ministre de tutelle. La notion d'organisations de salariés mentionnée à l'article L. 4642-2 ne renvoie selon nous qu'aux salariés de droit privé.

² Lorsqu'en revanche, la population représentée excède les salariés de droit privé pour inclure la fonction publique, vous retenez une conception plus souple mais qui, en application du principe constitutionnel de représentativité, se fonde largement sur les mêmes critères (voyez votre décision du 30 décembre 2009, Union syndicale solidaires, n° 310284, aux T., à propos du Conseil économique, social et environnemental).

³ Il s'agissait d'une application du principe général de représentativité, et non du code du travail, puisqu'était en cause aussi la fonction publique. Mais ce point est sans incidence sur le raisonnement.

que la représentativité dans le champ de 24 conventions sur 300 ne suffisait pas. Les conclusions de Jacques-Henri Stahl confirment qu'il s'agissait bien de vérifier si l'UNSA était représentative au niveau national et interprofessionnel.

Or, depuis la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, la notion de « représentativité au niveau interprofessionnel » répond à une définition précise. Il résulte en effet de l'article L. 2122-9 que sont seules représentatives au niveau interprofessionnel les organisations qui non seulement satisfont aux critères de l'article L. 2121-1, mais également sont représentatives à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services, et, s'agissant des organisations de salariés, qui ont obtenu au moins 8 % des voix aux dernières élections professionnelles.

Il nous semble donc qu'une organisation représentative au niveau interprofessionnel au sens de l'article L. 2122-9 doit pouvoir désigner des représentants dans ces trois instances. Cela fait-il obstacle à ce qu'une organisation qui, tout étant relativement transversale, ne répond pas aux exigences de l'article L. 2122-9, puisse elle aussi siéger dans de telles instances ? Nous ne le pensons pas, pour trois raisons principales :

- La première est de texte : les dispositions législatives relatives à la composition des organismes en cause se bornent à faire état d'une exigence de « représentativité au niveau national », sans ajouter « au niveau interprofessionnel », alors que d'autres dispositions législatives, à commencer par l'article L. 1 du code du travail, prennent le soin de le préciser. Sans doute ce laconisme s'explique-t-il par l'ancienneté de ces dispositions, édictées à une date où le niveau interprofessionnel n'était pas clairement défini, comme nous vous l'avons dit. Mais, précisément, il nous paraît difficile de présumer que le législateur, en intégrant cette définition dans le code du travail sans modifier les dispositions renvoyant de manière générale à la « représentativité au niveau national », a entendu limiter la représentativité interprofessionnelle à celle qui résulte de l'article L. 2122-9.

- La deuxième raison est plus déterminante à nos yeux. La structuration en 3 niveaux qu'on trouve à l'article L. 2121-1 sur les critères de représentativité épouse celle des conventions et accords collectifs (accord national interprofessionnel ; convention de branche ; accord d'entreprise). Elle est conçue pour les besoins de la négociation collective. Ce qui est ici en cause, c'est la composition d'organismes. Or, à cet égard, votre fil conducteur est plus souple : c'est celui de la cohérence entre la finalité et le champ de compétence d'une institution, d'une part, et sa composition, d'autre part. C'est ce que rappelait M. Bertrand dans ses conclusions sur votre décision Fédération de l'éducation nationale déjà citée : « *la représentativité d'un groupement s'apprécie au regard de la finalité de l'institution où il prétend être représenté* ». Si un organisme à compétence générale comme le conseil supérieur de la prud'homie ou l'ANACT a sans aucun doute une vocation interprofessionnelle au sens commun du terme, cette notion n'a pas nécessairement le sens restrictif que lui donne l'article L. 2122-9 du code du travail, qui traite de la négociation collective. Et il y a place, dans cette logique, pour l'inclusion d'organisations représentant des secteurs qui présentent des spécificités pertinentes au regard des missions confiées à l'organisme. Sans doute cet argument apparaît-il moins pertinent, en première analyse, pour la Commission nationale de la négociation collective, qui traite, comme son nom l'indique, de négociation

collective. Mais vous noterez que, avant la recodification du code du travail, censée avoir été faite à droit constant, l'article L. 136-1 qui fixait la composition de la CNNC prévoyait expressément la présence de représentants des agriculteurs et des artisans parmi les organisations d'employeurs représentatives, ce qui montre que le législateur n'était pas insensible au particularisme de certains secteurs professionnels, y compris pour cette instance.

- La troisième et dernière raison est d'opportunité : elle tient à ce que le caractère très restrictif de la définition que donne l'article L. 2122-9 de la représentativité interprofessionnelle pourrait obérer le pluralisme de la représentation au sein de ces organismes, donc *in fine*, nuire à la qualité de leur action.

Nous vous proposons donc de juger que, pour l'application des dispositions législatives régissant la composition de ces trois instances à compétence nationale et interprofessionnelle, le pouvoir réglementaire peut et, le cas échéant, doit y inclure des organisations qui, sans répondre aux exigences très strictes de la représentativité interprofessionnelle au sens de l'article L. 2122-9, sont néanmoins représentatives au sens de l'article L. 2121-1 du code du travail dans un ou plusieurs secteurs d'activité dont les spécificités justifient qu'elles participent aux délibérations des organismes au sein desquels elles postulent, compte tenu des missions exercées par ces organismes.

Revenons aux moyens de la requête. L'USGERES soutient que le texte n'imposait pas d'être interprofessionnel au sens strict du terme et que d'autres organisations d'employeurs dont l'assise serait moindre que la sienne, comme l'UNAPL et la FNSEA, siègent dans ces instances ou dans certaines d'entre elles⁴.

En réponse, le ministre rétorque que l'USGERES n'est pas représentative au niveau interprofessionnel et que l'UNAPL et la FNSEA présentent des spécificités sectorielles qui justifient leur présence dans tout ou partie des trois instances en cause – sous-entendu, à la différence de l'USGERES.

Il nous semble que le ministre a, ce faisant, fait une exacte application des dispositions législatives que nous avons mentionnées. Il ne s'est pas borné à examiner si l'USGERES répondait aux exigences de l'article L. 2122-9 du code du travail, qu'il ne cite d'ailleurs pas, mais il a examiné si son assise professionnelle était suffisante pour justifier sa représentation. Autrement dit, qu'elle était suffisamment interprofessionnelle au sens commun du terme. Ceci résulte nécessairement de son argumentaire sur l'UNAPL et la FNSEA, deux organisations sectorielles qui ne sont sans doute pas interprofessionnelles au sens de l'article L. 2122-9. Et si vous nous avez suivi dans le mode d'emploi de ces dispositions, le critère tiré de la spécificité de certains secteurs que le ministre a utilisé pouvait légalement justifier la décision litigieuse, contrairement à ce que soutient l'USGERES en réplique.

⁴ A toutes fins utiles, même si le moyen n'est pas expressément soulevé, précisons que l'USGERES ne peut utilement se prévaloir de la présence d'autres organismes pour contester le refus de l'y introduire : un tel moyen dérivé du principe d'égalité est en effet inopérant, dès lors que n'est pas en cause un pouvoir discrétionnaire de l'administration pour lequel vous exigez, à défaut de motifs légaux, une certaine cohérence dans les motifs retenus (CE, Sect., 30 décembre 2010, Ministre du logement et de la ville, n° 308067, au Rec.).

Nous ne voyons donc aucune erreur de droit dans les motifs de la décision implicite litigieuse, révélés par le mémoire en défense du ministre.

Reste à déterminer si la décision est entachée d'une erreur d'appréciation dans l'application des critères. Votre contrôle est normal sur ce point, comme le juge la décision UNSA déjà mentionnée. Nous ne pensons pas qu'il y ait matière à censure.

D'une part, l'USGERES, qui admet qu'elle n'est pas représentative au niveau interprofessionnel au sens de l'article L. 2122-9, soutient qu'elle l'est dans 12 branches, soit 5 % des conventions de branche étendues. Nous sommes assez loin des 24 conventions collectives dans le champ desquelles l'UNSA était représentative, soit 8 % de l'ensemble des conventions, ce qui n'avait pas suffi à admettre en 2004 qu'elle siège à la CNNC. Sa représentativité est circonscrite à des secteurs précis, en particulier l'aide à la personne, le secteur sanitaire et social et le tourisme, l'animation et les sports. Et si le poids total de l'économie sociale dans l'économie française est tout à fait significatif, celui de l'USGERES dans le total des employeurs (environ 5 %⁵) et des effectifs salariés (moins de 4 %)⁶ ne nous paraît pas caractériser une représentativité suffisante pour justifier à elle seule son entrée dans les trois instances en cause.

D'autre part, l'USGERES ne soutient pas que les spécificités du secteur qu'elle représente justifieraient sa présence dans ces instances. En tout état de cause, si nous ne méconnaissons certainement pas les particularismes de l'économie sociale, sur le plan social et éthique en particulier, elles ne nous paraissent pas, en l'état, pertinentes au regard des missions des instances auxquelles elle postule, qu'il s'agisse de la négociation collective, du fonctionnement des juridictions prud'homales et du droit qu'elles appliquent, ou encore de la sécurité au travail. La situation est ainsi, à tous ces égards, bien différente de celle du monde agricole auquel l'USGERES se mesure. Vous noterez d'ailleurs que le code du travail ne donne pas de définition de l'économie sociale, pas plus que le reste du droit positif, et que cette définition est même débattue sur le plan doctrinal. Il ne s'agit donc pas à ce jour d'une catégorie juridique à laquelle s'appliqueraient des règles propres susceptibles de justifier que les organisations du secteur prennent part à ces instances du droit du travail⁷.

PCMNC au rejet de la requête.

⁵ Soit 60 000 employeurs sur près d'1,2 millions d'entreprises employeurs (hors agriculture) – INSEE, Répertoire des Entreprises et des Etablissements – Sirène, 2009.

⁶ Soit 700 000 salariés sur environ 19 millions de salarié du privé (y compris l'agriculture)

⁷ Même la loi du 20 juillet 1983 relative au développement de certaines activités d'économie sociale n'en donne pas ; elle se borne à régir le statut des coopératives, ce qui n'épuise pas le sujet. En l'état, cette notion relève finalement plus du label que de la catégorie juridique.