

CONCLUSIONS

Mme Sophie-Justine LIEBER, rapporteur public

La présente affaire vous donnera l'occasion de vous pencher sur les questions touffues que peut poser le calcul de la représentativité syndicale dans les branches professionnelles.

Les salariés de la Mutualité sociale agricole (MSA) bénéficient, en application de dispositions législatives et réglementaires particulières, de trois conventions collectives distinctes, la première pour l'ensemble des agents, la deuxième pour les agents de direction et la troisième pour les praticiens-conseils. Cette dernière, qui est au cœur de cette affaire, est prévue à l'article D. 723-147 du code rural et de la pêche maritime, lui-même pris en application de l'article L. 123-1 du code de la sécurité sociale¹. Elle a été conclue en janvier 2002, entre différents syndicats dont le Syndicat national des praticiens de la mutualité agricole, SNPMA. Elle donne lieu à une activité conventionnelle relativement soutenue, avec quelque 22 accords soumis pour agrément au ministre de l'agriculture depuis 2010.

Or, après la tenue des élections professionnelles, le ministre chargé du travail a fixé, par un arrêté du 24 décembre 2013, la liste des organisations représentatives dans la branche des praticiens conseils de la MSA - liste dans laquelle le SNPMA ne figure pas. Cette situation a amené le syndicat à saisir la CAA de Paris, compétente en premier et dernier ressort en vertu du 1° de l'article R. 311-2 du CJA, à la fois d'un recours en référé-suspension, qui a été rejeté par une ordonnance du JR du 28 mars 2014, et d'un recours en excès de pouvoir qui a également été rejeté, par un arrêt du 2 février 2015 contre lequel il se pourvoit régulièrement en cassation devant vous.

La question difficile posée par cette affaire est, vous l'aurez compris, de savoir comment s'apprécie la représentativité des syndicats qui peuvent négocier dans le cadre de cette convention, depuis l'intervention de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale.

1. Comme vous le savez, cette loi a profondément modifié les critères de reconnaissance de la représentativité syndicale, en supprimant la présomption irréfragable de représentativité dont bénéficiaient les cinq organisations syndicales de salariés figurant sur l'arrêté du 31 mars

¹ qui dispose que « les conditions de travail du personnel des organismes de sécurité sociale, de leurs unions ou fédérations, de leurs établissements et œuvres sociales sont fixées par conventions collectives de travail ».

1966, et en modernisant les critères de l'ancien article L. 133-2, devenu L. 2121-1 du code du travail.

1.1. Elle a notamment introduit un critère nouveau d'« *audience établie selon les niveaux de négociation conformément aux articles L. 2122-1, L. 2122-5, L. 2122-6 et L. 2122-9* ». Les organisations syndicales doivent donc désormais, au titre de ce critère, avoir obtenu un pourcentage minimum de voix par rapport aux suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles. Au niveau de la branche, le critère de l'audience est précisé par le 3° de l'article L. 2122-5 du code du travail : une organisation syndicale doit, pour être reconnue représentative, avoir « *recueilli au moins 8% des suffrages exprimés résultant de l'addition au niveau de la branche, d'une part, des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires aux comités d'entreprise (...) et, d'autre part, des suffrages exprimés au scrutin concernant les entreprises de moins de onze salariés (...)* ».

1.2. Le législateur a par ailleurs prévu des conditions particulières de reconnaissance de la représentativité pour les syndicats « catégoriels »², afin d'éviter que, par effet de dilution, ils ne puissent jamais atteindre le seuil requis. Il a donc aménagé la règle en prévoyant de calculer le seuil à atteindre à l'aune des suffrages exprimés non pas dans l'ensemble des collèges électoraux, mais dans les seuls collèges où le syndicat catégoriel a statutairement vocation à présenter des candidats, faisant ainsi jouer favorablement le principe de spécialité statutaire. Cette règle est déclinée, pour le calcul de représentativité dans la branche, par l'article L. 2122-7 du code du travail aux termes duquel que « *Sont représentatives au niveau de la branche à l'égard des personnels relevant des collèges électoraux dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats les organisations syndicales catégorielles (...) qui remplissent les conditions de l'article L. 2122-5 dans ces collèges* », à condition toutefois qu'elles soient « *affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale* ».

Cette « règle de faveur » n'a cependant pas permis au Syndicat national des praticiens de la mutualité agricole (SNMPA) de figurer sur l'arrêté litigieux. En effet, à l'issue des élections professionnelles dans les caisses de la Mutualité agricole, le ministre a rapporté les voix obtenues par le SNMPA au nombre total des suffrages dans le collège cadre – en l'absence de collège électoral propre aux praticiens-conseils.

1.3. Un tel collège aurait pu être instauré par un accord pré-électoral, en vertu de l'article L. 2324-12 du code du travail, qui permet de déroger à la répartition classique en 2 ou 3 collèges (employés-ouvriers / techniciens et agents de maîtrise et assimilés / cadres), fixée par l'article L. 2324-11 du même code. Mais il n'y a pas eu d'accord pré-électoral sur le fondement de ces dispositions, en faveur d'un collège des praticiens-conseils. Le SNPMA s'en était d'ailleurs préoccupé, puisqu'il a attaqué, sans succès, devant le juge judiciaire, les clauses des protocoles d'accord passés dans certaines caisses de la MSA, relatives au nombre des collèges électoraux, en faisant précisément valoir que, en confondant dans un même collège les cadres et les praticiens de la MSA, de telles clauses lui ôtaient toute possibilité de faire preuve de sa représentativité catégorielle. Mais la Cour de cassation a jugé que, n'étant pas affilié à une confédération syndicale catégorielle, il ne pouvait bénéficier des assouplissements prévus par le législateur (en l'occurrence, ici, d'un collège catégoriel) pour ces syndicats (Cass. soc., 22 octobre 2014, n° 14-10.878). Ajoutons que cet outil de l'accord préélectoral sera en tout

² au premier rang desquels la CFE-CGC.

état de cause d'autant plus difficile à mobiliser pour le SNMPA qu'il suppose un accord unanime de l'ensemble des syndicats... reconnus représentatifs, ce qu'il n'est plus...

1.4. Vous relèverez, au passage, que le ministre, en calculant le niveau d'audience par rapport au seul collège cadre et non à l'ensemble des collèges, a en l'espèce appliqué la règle de faveur au SNMPA... alors que celui-ci n'aurait, en principe, pas dû en bénéficier puisque cette règle n'est pas applicable aux syndicats de praticiens des caisses de sécurité sociale, qui, au niveau national, ne sont généralement pas affiliés à une organisation interprofessionnelle mais à un syndicat de médecin (Cass. soc., 24 septembre 2013, n° 12-60.556, Bull. n° 199 ; et Cass. soc., 22 octobre 2014, n° 14-10.878, préc.). Quoiqu'il en soit, l'application de cette règle de calcul même favorable a donné un niveau d'audience du SNMPA de 4,79%, bien inférieur au seuil de 8% imparti par l'article L. 2122-5.

2. Devant la cour, le syndicat avait fait valoir une erreur de droit du ministre dans l'application du 3° de l'article L. 2122-5 du code du travail, relatives à la mesure de l'audience syndicale, estimant que ce dernier aurait dû, de lui-même, calculer son audience en rapportant le nombre de voix qu'il avait obtenues, non pas aux suffrages exprimés dans le collège cadre, mais au nombre des électeurs de ce collège ayant la qualité de praticien-conseil, autrement dit en définissant un « sous collège » virtuel des praticiens-conseils. Il faisait ainsi valoir que les 192 voix qu'il a recueillies aurait dû être rapportées aux 614 praticiens-conseils de la MSA, et non aux quelque 4017 suffrages exprimés (sur 5316 inscrits) au sein du collège cadre. Cela aurait représenté un niveau d'audience, auprès des praticiens-conseils, de 31,3 %, au lieu des 4,79% calculés par le ministre. Et il ajoutait que le calcul effectué par le ministre aboutissait à lui conférer exactement le même taux d'audience s'agissant de la convention collective applicable aux agents de direction de la MSA, qui ressortissent, par construction, au même collège « cadres » que les praticiens-conseils.

2.1. La cour a cependant jugé qu'en l'absence d'accord pré-électoral permettant de déroger à la composition des collèges, le ministre n'avait aucune latitude pour créer un collège différent de ceux fixés par l'article L. 2324-11 du code du travail, l'article L. 2324-12 prévoyant que le nombre et la composition des collèges électoraux ne peuvent être modifiés que par une telle convention. Et elle en a logiquement déduit que le calcul effectué par le ministre n'avait pas méconnu les dispositions de l'article L. 2122-5. Son raisonnement est imparable et ne donne pas prise à l'erreur de droit invoquée par le requérant : l'application des dispositions législatives telles qu'elles sont aujourd'hui rédigées – et au sujet desquelles le syndicat requérant ne soulève pas de question prioritaire de constitutionnalité, au regard par exemple du 8^{ème} aliéna du préambule de la Constitution de 1946 – aboutit implacablement à cette solution. En outre, vous relèverez que la suggestion du syndicat, outre qu'elle n'est pas prévue par les textes, ne serait pas forcément très praticable dans la mesure où les procès-verbaux font apparaître les résultats par collège et non par classifications d'emplois, puisque précisément il n'y a pas de collège spécifique aux praticiens-conseils – contrairement à ce qui existe pour les journalistes (art. L. 7111-8 du code du travail) ou les pilotes de ligne (art. L. 423-9 du code de l'aviation). Par ailleurs, il n'est pas nécessairement évident de pouvoir identifier le nombre des praticiens-conseils ayant effectivement voté (ce sont les suffrages exprimés qui sont pris en compte et non le nombre des inscrits). Surtout, cette méthode ne permettrait pas de mesurer l'audience, cette fois-ci, des syndicats généralistes auprès des praticiens conseils.

2.2. Le moyen d'erreur de droit ne nous paraît pas pouvoir être accueilli. Faut-il, alors, en rester là ? Le raisonnement est robuste, mais la situation est injuste, puisqu'elle aboutit en

l'occurrence à écarter de la négociation d'accords concernant exclusivement les praticiens-conseils de la MSA un syndicat qui a obtenu environ 30% de leurs suffrages...

Le législateur a d'ailleurs commencé à prendre en compte certaines situations particulières pour lesquelles la loi du 20 août 2008 a créé des angles morts – notamment pour les salariés spécifiquement couverts par des conventions collectives en application de dispositions législatives spécifiques. C'est notamment le cas des agents de direction de la MSA, justement, ou du RSI, pour lesquels le législateur, par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, a aménagé la règle de calcul en prévoyant à l'article L. 2122-6-1 du code du travail que « *le seuil fixé au 3° de l'article L. 2122-5 (...) est apprécié au regard des suffrages exprimés* » non pas lors des élections professionnelles où ils ne sont ni électeurs ni éligibles, mais « *lors de l'élection des membres représentant les salariés aux commissions paritaires nationales instituées par leur convention collective nationale spécifique* », ce qui permet de prendre en compte la spécificité de leur représentation (cf. notamment les TP sur cette disposition, prévue par plusieurs amendements parlementaires). Cette disposition, qui n'est entrée en vigueur qu'après l'arrêt litigieux, n'est cependant pas applicable qu'aux agents de direction de ces organismes, et non aux praticiens conseils – la piste d'un aménagement de l'application du 3° de l'article L. 2122-5 n'est donc pas mobilisable en l'état actuel des textes. Elle montre toutefois que le législateur a pu, pour des situations très spécifiques, adapter la mesure de la représentation syndicale.

3. Reste la question de savoir si, compte-tenu du champ étroit de la négociation en cause et de la situation très particulière des praticiens-conseils de la MSA, le ministre était tenu de mesurer la représentativité des organisations syndicales en fonction des critères applicables aux branches. Autrement dit, devait-il considérer, comme il l'a fait, que les praticiens-conseils de la mutualité sociale agricole constituent une branche professionnelle au sens de l'article L. 2122-5 du code du travail, et que la représentativité des syndicats négociant dans ce champ devait donc s'apprécier à l'aune des critères de cet article ?

L'article L. 2122-11 du code du travail prévoit que « *Après avis du Haut Conseil du dialogue social, le ministre chargé du travail arrête la liste des organisations syndicales reconnues représentatives par branche professionnelle et des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel en application des articles L. 2122-5 à L. 2122-10.* » Une réponse négative à cette question impliquerait alors, *de facto*, que le ministre n'était pas compétent pour prendre l'arrêt litigieux. Un moyen d'ordre public a donc été communiqué aux parties sur ce point.

3.1. La difficulté provient de ce que la notion de branche professionnelle ne faisait pas, tout au moins jusqu'à l'intervention de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (« El Khomri »), l'objet d'une définition précise dans le code du travail. Le ministre du travail, dans la réponse très argumentée qu'il a fournie à ce MOP, explique ainsi qu'en l'absence de définition précise, la notion de branche professionnelle qui a déterminé le périmètre des arrêts de représentativité a fait l'objet d'une réflexion approfondie au sein du Haut Conseil du dialogue social, qui a débouchée sur l'idée « *qu'il existe une branche dès lors qu'existe une convention collective* », en se fondant, d'une part, sur le fait ce que la convention collective, qui a pour objet de traiter de l'ensemble des conditions d'emploi, de formation professionnelle, de travail et des garanties sociales des salariés, constitue le cadre principal dans lequel s'exerce le droit des salariés à la négociation collective, et d'autre part, sur le souhait de prendre en compte la réforme de la représentativité syndicale introduite par la loi

du 20 août 2008.

Autrement dit, la négociation crée, en quelque sorte, la branche - démarche que reflète d'ailleurs l'article L. 2222-1 du code aux termes duquel « *Les conventions et accords collectifs de travail (...) déterminent leur champ d'application territorial et professionnel. Le champ d'application professionnel est défini en termes d'activités économiques* ».

L'introduction par la loi du 8 août 2016 d'une définition de la branche professionnelle, à l'article L. 2232-5-1 du code du travail n'a pas remis en cause cette idée, puisque, selon le ministre, la branche y est définie « *prioritairement en tant qu'espace structurant de négociation* ». Cet article définit cependant la branche à travers ses missions, qui sont certes, d'une part, de définir, par la négociation, les garanties applicables aux salariés employés par les entreprises relevant de son champ d'application, ainsi que les thèmes sur lesquels les conventions et accords d'entreprise ne peuvent être moins favorables que les conventions et accords au niveau de la branche, mais aussi, d'autre part, de « *réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application* ».

Les travaux parlementaires sur cette nouvelle disposition (cf. rapport à l'AN sur l'article 24 de la loi), tout en rappelant la nécessité de soutenir les négociations au niveau de la branche, insistent par ailleurs sur « l'éparpillement du paysage conventionnel » et rappellent l'objectif de relance du chantier de la restructuration des quelque 700 branches professionnelles, très disparates - les branches les plus petites (moins de 5000 salariés) couvrant un nombre insuffisant de salariés pour permettre de négocier des avantages sociaux au même niveau que les branches plus importantes. L'objectif actuel est d'aboutir à 200 branches d'ici 3 ans (cf. page de présentation des branches professionnelles sur le site du ministère du travail).

3.2. Dans ce contexte général, les quelque 600 praticiens-conseils de la MSA se trouvent dans une situation très spécifique, puisqu'ils constituent une catégorie particulière de salariés mais sont couverts par une convention collective qui leur est spécifiquement dédiée. Cette convention collective n'a pas été initiée par les partenaires sociaux (alors que généralement, ce sont plutôt les employeurs qui sont à l'origine de la création d'une branche), mais par les pouvoirs publics puisque, comme on l'a vu, l'existence de cette convention résulte au départ d'une volonté du législateur - l'article L. 123-1 du code de la sécurité sociale dispose ainsi que « *les conditions de travail du personnel des organismes de sécurité sociale, de leurs unions ou fédérations, de leurs établissements et œuvres sociales sont fixées par conventions collectives de travail* », ces conventions ne devenant ensuite applicables qu'après agrément de l'autorité compétente de l'Etat. Plusieurs conventions collectives ont alors été mises en place pour les personnels des différents organismes de sécurité sociale, dont celle des praticiens-conseils de la MSA, prévue par l'article D. 723-147 du code rural et de la pêche maritime, aux termes duquel « *Les conditions d'emploi des praticiens-conseils et des médecins-conseils chefs de service sont fixées, sous réserve des dispositions du présent paragraphe, par une convention collective nationale. Cette convention n'entre en vigueur qu'après avoir reçu l'agrément du ministre chargé de l'agriculture* ». Il s'agit donc d'une micro-branche, que nous qualifierions plutôt de brindille au milieu du paysage des 700 branches professionnelles évoqué tout à l'heure, liée à l'existence d'une convention collective particulière puisqu'elle n'entre en vigueur qu'après agrément de l'Etat.

Dans ces conditions, il était, nous semble-t-il, délicat d'assimiler ce champ particulier de négociation concernant quelque 600 salariés, à une branche professionnelle au sens des articles L. 2122-11 et L. 2122-5 du code du travail. Nous pensons donc que le ministre n'était

pas compétent pour fixer, par voie d'arrêté, la liste des organisations syndicales représentatives dans cette convention collective, et que par conséquent, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit en ne relevant pas d'office cette incompétence.

3.3. On signalera que le ministre conserve toutefois la possibilité de mesurer la représentativité des syndicats pour négocier dans le champ de cette convention collective, sur le fondement, non plus de l'article L. 2122-5 du code du travail, mais de l'article L. 2121-2 du même code, qui lui permet de diligenter une enquête de représentativité « *s'il y a lieu de déterminer la représentativité d'un syndicat ou d'une organisation professionnelle autre que ceux affiliés à l'une des organisations représentatives au niveau national* ». Vous avez précisé qu'il appartient à ce titre au ministre d'apprécier la représentativité d'une organisation syndicale non seulement lorsqu'il envisage l'extension d'un agrément ou d'une convention signée, mais également lorsque celle-ci est contestée dans le cadre de la négociation d'une convention collective (voyez, fichée aux T. sur ce point, 14 octobre 1996, *Ministre du travail c/ Groupement professionnel national d'informatique*, n° 161902, aux T. ; plus récemment, 7 juillet 2004, *Union professionnelle Sud Télécommunications*, n° 213284, inéd.). Comme l'indiquait notre collègue Jean Lessi dans ses conclusions sur votre décision du 30 mars 2016, *Fédération autonome générale de l'industrie hôtelière touristique*, n°s 384903-384904, aux T., même après l'intervention de la loi du 20 août 2008, ces enquêtes de représentativité « ancienne facture » conservent une utilité dans certaines configurations, tenant par exemple à l'architecture des branches ou au paysage syndical. Au demeurant, cet article a subsisté à la réforme et reste donc dans l'arsenal des outils que le ministre du travail peut utiliser.

3.4. Ajoutons que, si vous nous suivez pour annuler l'arrêt de la cour au motif de l'erreur de droit à ne pas avoir soulevé d'office l'incompétence du ministre pour prendre l'arrêt de représentativité en cause, les effets de contagion pouvant découler de votre décision nous semblent limités aux autres métiers spécifiquement couverts par des conventions collectives, en application de dispositions équivalentes du code de la sécurité sociale, autrement dit essentiellement les praticiens-conseils du régime général de sécurité sociale et du régime social des indépendants (article L. 123-2-1 du CSS³).

Le ministre, dans son mémoire en réponse à la communication du MOP, indique que les agents de direction de ces deux régimes seraient également concernés. Mais dès lors que le législateur, par l'article L. 2122-6-1 du code du travail précité, a aménagé, au profit de ces agents de direction, la mise en œuvre du 3° de l'article L. 2122-5 du code du travail pour la mesure de la représentativité dans une branche professionnelle, il a implicitement reconnu l'existence de cette branche, et ces salariés ne seraient donc pas impactés par votre décision.

Votre décision ne prendrait en tout cas nullement parti sur la question de savoir si une branche peut ou non être purement catégorielle, mais indiquerait simplement que, compte-tenu de la spécificité de la convention collective des praticiens-conseils de la MAS, celle-ci ne peut être assimilée à une branche.

4.1. Si vous nous suivez pour annuler l'arrêt, vous pourrez aisément régler l'affaire au fond : dès lors que le ministre n'était pas compétent pour prendre l'arrêt fixant la liste des

³ L'article L. 123-2-1 du code de la sécurité sociale prévoit ainsi que « Les conditions de travail des praticiens conseils exerçant dans le service du contrôle médical et du régime social des indépendants font l'objet de conventions collectives spéciales qui ne deviennent applicables qu'après avoir reçu l'agrément de l'autorité compétente de l'Etat ».

organisations syndicales représentatives dans la convention collective des praticiens-conseils de la MSA, vous pourrez en effet annuler cet arrêté.

4.2. Si vous ne nous suiviez pas, vous seriez conduits à rejeter le pourvoi du SNMPA, dont les deux autres moyens s'écartent sans difficulté :

- le premier soutient que l'arrêt est entaché d'irrégularité dès lors que la formation de jugement comprenait, parmi ses membres, la personne ayant, en tant que juge des référés, rejeté la demande de suspension introduite par le SNPMA au motif « *qu'en l'état de l'instruction, aucun des moyens invoqués n'est de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité* » de l'arrêt attaqué – motivation « standard » qui, contrairement à ce qui est soutenu, ne permet pas de considérer que l'intéressé aurait préjugé l'affaire (cf. Sect. 12 mai 2004, Commune de Rogerville, n° 265184, au rec.) ;

- le second est tiré de la dénaturation et de l'erreur de droit à avoir écarté son moyen d'irrégularité de la procédure ayant conduit à l'adoption de l'arrêt litigieux, du fait de la présence au sein du Haut comité du dialogue social, consulté en vertu des dispositions de l'article L. 2122-11 du code du travail, de représentants des 5 organisations syndicales déclarées représentatives par l'arrêt litigieux et de 5 autres membres désignés par l'administration. Mais la cour n'a commis aucune erreur de droit en écartant ce moyen après avoir constaté, d'une part, que cette composition était conforme aux dispositions de l'article R. 2122-1 dont la légalité n'était pas contestée, et d'autre part, que le syndicat n'invoquait la méconnaissance d'aucun autre principe ou disposition ; elle n'a pas non plus dénaturé les écritures en indiquant qu'au surplus, le requérant n'assortissait pas ce moyen de précisions suffisantes pour en apprécier le bien fondé.

PCMNC nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt de la CAA de Paris ;

- à l'annulation de l'arrêt du ministre du travail du 24 décembre 2013 ;

- vous pourrez également accueillir les conclusions du SNPMA au titre de l'article L. 761-1 du CJA, à hauteur de 3.000 euros, et rejeter celles introduites au même titre par la confédération générale agro-alimentaire, partie défenderesse dans cette affaire.