**N^os^ 415927, 415928**
**Syndicat national des agents de direction de la mutualité sociale agricole et autre**

**1ère et 4ème chambres réunies**
**Séance du 12 décembre 2018**
**Lecture du 28 décembre 2018**

# CONCLUSIONS

**M. Charles TOUBOUL, rapporteur public**

La représentation des personnels de direction des organismes de sécurité sociale butte depuis plusieurs années sur différents obstacles. La présente affaire vous donne l'occasion de lever le dernier.

**1.** Vous savez que depuis la loi de 2008, qui a supprimé la présomption irréfragable de représentativité des cinq grandes centrales syndicales, l'appréciation de la représentativité repose essentiellement sur **l'audience** mesurée à l'issue des élections professionnelles soit au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, soit au niveau de la branche, soit au niveau national et interprofessionnel (5° de l'art. L. 2121-1 du code du travail). Au niveau de la branche, une organisation est représentative lorsqu'elle a recueilli 8% des suffrages au 1er tour des élections professionnelles (3° de l'art. L. 2122-5).

Et vous savez aussi qu'aucun texte général ne fixe *a priori* la liste des **branches** ni les critères selon lesquels elles devraient être délimitées. La loi n°2016-1088 du 8 août 2016 a certes défini les « missions » incombant aux branches (art. L. 2232-5), mais cela n'a pas modifié cet état de fait. Une branche reste, au fond, un périmètre pertinent de négociation défini par les partenaires sociaux eux-mêmes. C'est la raison pour laquelle on déduit l'existence d'une branche de celle d'une convention collective : là où il y a une convention, il y a branche. Et compte tenu de cette approche empirique, il n'y a -dans la plupart des cas- aucune difficulté à déterminer les organisations appelées à négocier.

Les choses se compliquent lorsque l'existence de la convention collective n'est pas le fruit du choix des partenaires sociaux mais est imposée par les lois et règlements pour une catégorie particulière de personnels. Si cette catégorie particulière ne dispose pas d'une expression propre lors des élections professionnelles, il devient impossible de mesurer l'audience et donc la représentativité des organisations syndicales pour cette catégorie et donc de déterminer celles qui sont appelées à négocier cette convention prévue par les textes.

**2.** Le cas des organismes de sécurité sociale est assez illustratif de ce type de **hiatus**.



*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Vous l'avez bien vu il y a un an, à propos des **praticiens conseils de la MSA**. Vous avez en effet constaté qu'ils devaient faire l'objet d'une convention spécifique en vertu de l'article L. 123-1 du code de la sécurité sociale et du cinquième alinéa de l'article D. 723-147 du code rural et de la pêche maritime mais aussi qu'aucune disposition ne permettait de mesurer l'audience des organisations syndicales pour cette catégorie particulière de personnel.

Cela vous a conduit à écarter, en définitive, la qualification même de branche au sens des dispositions de l'article L. 2122-5 et donc la compétence du ministre pour apprécier la représentativité des organisations syndicales dans ce périmètre (24 nov. 2017, Syndicat national des praticiens de la mutualité agricole SNPMA, n° 389203 T).

**Le cas des personnels de direction** des caisses est assez proche. Pour eux aussi, les textes prévoient une convention collective spécifique à l'article L. 123-2 du code de la sécurité sociale. Et pour eux aussi il y a une difficulté à mesurer l'audience liée au fait que cette catégorie ne recoupe pas celle des collèges électoraux constitués au sein des caisses, celui des cadres étant en particulier trop vaste.

S'y ajoute une difficulté qui n'existait pas pour les praticiens conseils, tenant au fait qu'en application de la jurisprudence judiciaire, ceux de ces personnels qui disposent d'une délégation d'autorité de l'employeur ou sont susceptibles de le représenter devant les IRP ne peuvent participer aux élections (v. not. Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 05-60.300, Bull).

Pour en sortir, les organisations concernées ont d'abord tenté une **percée constitutionnelle** à l'occasion de leur contestation des arrêtés dressant la liste des organisations représentatives, en soulevant une QPC contre les dispositions de l'article L. 2122-5 du code du travail en tant qu'il ne réservait pas leur situation particulière ; QPC que vous avez refusé de transmettre, non pas parce que vous doutiez du sérieux de la question, mais parce ce qu'elle ne résidait pas dans les dispositions que les requérants avaient choisi d'attaquer (23 déc. 2014, Syndicat UNSA des cadres et agents de direction du régime social des indépendants - UNSA, RSI CAD, n° 385030, inédit).

Plutôt que de tenter à nouveau leur chance avec une QPC mieux dirigée, les syndicats concernés ont opté pour une **percée législative** en sensibilisant les parlementaires à leur cause. Démarche couronnée de succès puisqu'à l'initiative de sénateurs et contre l'avis du Gouvernement, une disposition a été adopté lors de la discussion du projet de la loi dit « Rebsamen », devenue l'article 24 de la du 17 août 2015, introduisant un nouvel article L. 2122-6-1 du code du travail aux termes duquel, pour les personnels de direction « *qui ne disposent pas de modalités de représentation applicables à leurs spécificités, le seuil* [de 8 % des voix] *est apprécié au regard des suffrages exprimés lors de l'élection des membres représentant les salariés aux commissions paritaires nationales instituées par leur convention collective nationale spécifique* ».

Les organisations concernées n'étaient toutefois pas au bout de leur peine puisque le manque d'enthousiasme du Gouvernement s'est confirmé par la suite, le décret en Conseil d'Etat prévu par ces dispositions législatives n'ayant pas été pris. Elles ont alors tenté une **percée réglementaire**, en demandant au Premier ministre de prendre ce texte en septembre 2017, dont le refus implicite a ouvert la voie de votre prétoire.

**3.** C'est donc dans le cadre d'un contentieux fort classique de la carence du pouvoir réglementaire que vous avez aujourd'hui l'occasion de débloquer la situation, en statuant au



*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

fond sur la légalité de cette carence, le juge des référés ayant pour sa part rejeté la demande de suspension pour défaut d'urgence il y a un an (18 décembre 2017, n$^{os}$ 415925 et 415926). Depuis lors, la situation n'a pas significativement évolué : deux arrêtés ont certes été pris en mars et en juin 2018 pour les personnels de direction du RSI et de la MSA mais sans reposer sur une mesure spécifique de l'audience dans le périmètre de la convention.

Vous pourrez concentrer votre examen sur le moyen tiré de la carence du pouvoir réglementaire, les autres sont inopérants - ainsi de celui tiré d'un défaut de motivation du refus de prendre ce décret, alors qu'aucun texte n'impose la motivation d'un tel décret réglementaire - et/ou dépourvus d'autonomie par rapport à celui tiré de la carence du pouvoir réglementaire - ainsi de l'atteinte à la liberté syndicale et au principe de participation, qui sont au mieux des circonstances aggravantes de cette carence compte tenu des dispositions législatives sur lesquelles elle porte.

**3.1** Vous déduisez de **l'article 21** de la Constitution, aux termes duquel le Premier ministre assure l'exécution des lois et, sous réserve de l'article 13 de la Constitution exerce le pouvoir réglementaire, que l'exercice de ce pouvoir *« comporte non seulement le droit, mais aussi l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi, hors le cas où le respect des engagements européens et internationaux de la France y ferait obstacle* », formule de principe issue de votre décision d'assemblée Danthony du 7 juillet 2004, n°250688 rec, faisant suite à votre décision de section du 28 juillet 2000, Assoc. France nature environnement n° 204024, rec. et confirmée en dernier lieu en chambres réunies par votre décision du 16 mars 2018, Commune de Sucy-en-Brie, n°407725 inédite.

**La grille d'analyse** à mettre en œuvre pour apprécier le bien fondé d'un moyen tiré d'une méconnaissance de cette obligation est elle même assez classique. Les organisations requérantes se réfèrent à cet égard aux quatre critères mentionnés par Pascale Fombeur dans ses conclusions sur l'affaire « C… » du 28 mai 2003 (n° 247492 T.) tenant, en premier lieu, à l'absence d'incompatibilité de la loi avec une norme de droit international, en deuxième lieu au caractère nécessaire du texte pour appliquer la loi, en troisième lieu, à l'absence de liberté laissée par la loi au pouvoir réglementaire et, en quatrième et dernier lieu, au dépassement du délai raisonnable pour prendre le décret. L'examen de votre jurisprudence montre toutefois que l'application de cette grille n'est pas systématique. Le 3$^{ème}$ critère, sur le caractère facultatif de l'intervention du pouvoir réglementaire, s'est révélé en effet assez ambigu[1]. Quant au 2$^{ème}$ critère, sur la nécessité de la mesure pour appliquer la loi, il ne recoupe pas vraiment la question de l'entrée en vigueur[2]. Quoi qu'il en soit, le cas qui se présente à vous aujourd'hui ne nécessitera **aucune percée jurisprudentielle** car il ne se situe dans les zones les mieux balisées de votre jurisprudence.

**3.2** Il y a en effet peu de place pour le doute. Les dispositions de l'article L. 2122-6-1 dont les syndicats requérants attendent l'application, selon lesquelles le seuil de 8 % des voix est « *apprécié au regard des suffrages exprimés lors de l'élection des membres représentant les salariés aux commissions paritaires nationales instituées par leur convention collective nationale spécifique* » **ne sauraient s'appliquer sans texte d'application**. Non seulement il existe une pluralité de commissions paritaires nationales instituées par les conventions concernées, de sorte qu'il faudrait à tout le moins définir un mode de comptabilisation des

[1] V. not. les conclusions de L. Derepas sur votre décision du 7 mars 2008, Fédération Nationale des Mines et de l'Energie CGT, n°298138 T.
[2] V. en particulier les ccl de F. Lamy sur votre décision du 28 juillet 2000, Association France nature environnement, n°204023, rec,. V. aussi, bien que de manière moins nette : 5. déc. 2016, Association Alsace Nature, n°399965, T.



*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

voix entre elles, mais il y a un trou beaucoup plus béant dans le dispositif, tenant au fait que les commissions concernées ne sont pas composées sur un mode électif aux termes des conventions qui les instituent.

Le Gouvernement en a d'ailleurs tiré argument, dans le cadre de la procédure de référé et de nouveau au fond - mais au delà de la clôture d'instruction -, pour soutenir qu'il était confronté à une impossibilité de mettre en œuvre le décret contesté **qui empièterait sur la volonté des partenaires sociaux** dans les deux réseaux principalement intéressés que sont le RSI et la MSA. Il s'agit d'une vraie objection qui mérite que l'on s'y arrête un instant même si elle ne résiste pas à l'analyse.

Il résulte en effet des dispositions mêmes de l'article **L. 123-2** du code de la sécurité sociale prévoyant une convention collective spécifique des personnels de direction que celle-ci n'a vocation qu'à fixer des règles complémentaires ou supplémentaires par rapport à celles déterminées par le pouvoir réglementaire puisque cet article législatif prévoit que c'est « *sous réserve des dispositions fixées par décret en Conseil d'Etat* » que la convention collective a vocation à intervenir. Le pouvoir réglementaire a donc la primauté par rapport à la négociation collective dans cette configuration précise. C'est ainsi d'ailleurs que vous avez abordé les choses dans votre décision « J… » du 10 nov. 1999, n° 205083 (inédite).

Il est vrai que, si cette articulation ne soulève aucune difficulté lorsque le pouvoir réglementaire intervient en premier, les partenaires sociaux se nichant dans les espaces qu'il aura laissés vacants, on peut davantage hésiter en présence de l'enchaînement inverse, c'est à dire la possibilité pour le pouvoir réglementaire de réintervenir après les partenaires conventionnels en évinçant ainsi leur stipulations et ce, compte tenu de l'atteinte que cette réintervention pourrait porter à liberté contractuelle et au principe de participation.

En tout état de cause, il n'y a pas de véritable difficulté l'espèce, car, vous l'avez compris, la réintervention du pouvoir réglementaire ne résulte pas ici d'un choix du Gouvernement de réglementer plus précisément le statut des personnels de direction sur le fondement des dispositions préexistantes du code de la sécurité sociale mais de prendre les mesures d'application d'une disposition législative nouvelle : celles de l'article L. 2122-6-1 du code du travail adoptées par le Parlement alors que les conventions existaient. Si atteinte il y a, elle est donc le fait du législateur lui-même, qui est bien en situation de le faire, comme le confirme la jurisprudence du Conseil constitutionnel (p.ex. 99-423 DC du 13 janv. 2000).

Toute la question est donc en définitive de savoir si le législateur a bien entendu faire produire à ces dispositions un tel effet et donc une telle atteinte ici. En somme, a t-il entendu imposer l'élection dans tous les cas, y compris au RSI et à la MSA où aucune élection n'était prévue par les conventions applicables ou bien a t-il seulement entendu fixer une règle de décompte des résultats électoraux là où des scrutins étaient prévus par des conventions ?

La réponse n'est pas douteuse au vu des travaux préparatoires des dispositions en cause. L'article L. 2122-6-1 du code du travail est en effet issu de plusieurs amendements convergents au Sénat dont l'exposé sommaire mentionnait l'objectif de corriger l'anomalie constatée, « *en prévoyant la mise en place d'un dispositif électoral spécifique, qui permettra aux agents de direction des organismes de protection sociale d'être représentés dans le cadre des commissions paritaires nationales* », exposé sommaire qui citait explicitement les personnels de direction du RSI et de la MSA où, précisément aucune élection n'était prévue aux termes des conventions alors en vigueur. Il a donc bien nécessairement assumé les



*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

modifications que cela impliquerait dans l'économie du dispositif conventionnel pour ces deux réseaux.

Cette objection du Gouvernement ne tient donc pas. Et celle selon laquelle cette disposition législative serait **mal rédigée** -en englobant dans son champ le cas du régime général où, semble t-il, les personnels de direction ne rencontrent pas la même difficulté- ne convainc pas davantage de l'impossibilité de prendre les mesures d'application, à tout le moins pour les deux régimes où elles étaient attendues.

**4.** Nous pensons donc que l'intervention du décret était bien nécessaire à l'application de la loi qui ne méconnaît évidemment aucune convention internationale et n'ouvrait aucune option au Premier ministre quant à son adoption.

Le délai de deux ans et trois mois écoulé entre la date de publication de la loi et celle du refus implicite du Premier ministre de prendre le décret excède de beaucoup ce que votre jurisprudence admet généralement comme raisonnable. Et nous n'aurons pas la cruauté d'insister sur l'échéancier d'application des dispositions de cette loi, mis en ligne et tenu à jour sur Légifrance, qui -aujourd'hui encore- mentionne une publication du décret envisagée pour le mois de décembre... 2015.

Si vous nous suivez, vous annulerez donc ce refus du Premier ministre et ferez droit à la demande d'injonction de prendre ce décret. Il n'y a plus de temps à perdre, au moins pour ce qui concerne le RSI, qui est engagé dans des négociations d'ampleur en vue de son intégration au régime général dans 14 mois (conformément à l'article 15 de la LFSS pour 2018). Cela étant, s'agissant d'un texte qui supposera lui même probablement des concertations et consultations préalables, dont celle de la section sociale du Conseil d'Etat, nous vous proposons de retenir un délai de 4 mois.

**PCMNC** à l'annulation de la décision implicite de rejet du Premier ministre, à ce qu'il lui soit enjoint de prendre le décret en cause dans ce délai et à ce que l'Etat verse à chacune des deux organisations requérantes une somme de 1 500 euros au titre des frais exposés.



*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*