N° 387420
Confédération générale du Travail – force ouvrière (CGT-FO)

4ème et 5ème sous-sections
Séance du 16 décembre 2015
Lecture du 30 décembre 2015

CONCLUSIONS

Mme Sophie-Justine LIEBER, rapporteur public

Vous avez pour la première fois à connaître d'un arrêté pris en application des dispositions de l'article L. 2122-11 du code du travail, issues de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale[1].

Cette loi a profondément modifié les règles de la représentativité syndicale et de la négociation collective afin, d'après son exposé des motifs, de renforcer « *la légitimité des acteurs de la négociation en fondant celle-ci sur des critères rénovés, appréciés de façon périodique et incontestable, et reposant notamment sur la prise en compte de l'audience électorale* ». Elle s'est largement appuyée sur la « Position commune » issue d'une négociation entre les partenaires sociaux, signée le 10 avril 2008 par la CGT et la CFDT côté organisations syndicales représentatives des salariés, et par le MEDEF et la CGPME côté organisations patronales.

a) Afin de donner aux acteurs syndicaux de la négociation collective une légitimité fondée sur l'élection, cette loi a tout d'abord supprimé la présomption irréfragable de représentativité dont bénéficiaient les cinq organisations syndicales de salariés reconnues représentatives par l'arrêté du 31 mars 1966, et elle a modernisé, par son article 1er, les critères de l'ancien article L. 133-2, devenu L. 2121-1 du code du travail. Elle a ainsi remplacé le critère de l'attitude sous l'Occupation par un critère de respect des valeurs républicaines, et a ajouté aux critères fondés sur les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté du syndicat, ceux de la transparence financière, et, au 5° de cet article, celui de « *l'audience établie selon les niveaux de négociation conformément aux articles L. 2122-1, L. 2122-5, L. 2122-6 et L. 2122-9* » du code. Ces différents articles fixent les seuils d'audience électorale à partir desquels une organisation syndicale sera reconnue comme représentative, à différents niveaux – entreprise, branche, niveau national et interprofessionnel – l'article L. 2122-9 prévoyant, notamment, un seuil de 8% des suffrages exprimés pour être reconnue représentative au niveau national et interprofessionnel. Ce critère d'audience est prépondérant dans l'appréciation de la représentativité syndicale.

[1] Il y a eu cependant une décision de non-renvoi de QPC des 1/6 du 23 décembre 2014, UNSA RSI CAD, n° 385030, sur les dispositions de l'article L. 2122-5 définissant les conditions de la représentativé par branche.

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.

Pour reprendre les termes de Jean-Denis Combrexelle dans son article consacré, alors qu'il était Directeur général du travail, à « *La réforme de la représentativité syndicale : vue de la salle des machines* « (Droit social N°11 – Novembre 2013), il a été substitué au mécanisme « *descendant* » de présomption irréfragable de représentativité, via la désignation par l'autorité administrative, « *un mécanisme ascendant qui part des résultats dans l'entreprise, lieu où se mesure le mieux l'audience des syndicats auprès des salariés, pour aller à la branche et à l'interprofession* ».

La représentativité est appréciée périodiquement - tous les quatre ans au niveau national et interprofessionnel, à compter de la première prise en compte de l'audience. C'est le ministre chargé du travail qui est chargé d'assurer la mesure de l'audience, à travers un nouvel outil, le « *système de centralisation des résultats des élections professionnelles* », créé par le décret n° 2008-1133 du 4 novembre 2008 et codifié à l'article D. 2122-6 du code du travail. Le premier cycle électoral s'est déroulé du 1er janvier 2009 au 31 décembre 2012 et près de 5,5 millions de salariés ont voté.

b) C'est à l'issue de ces élections que le ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social a pris, le 30 mai 2013, après avis du Haut Conseil du Dialogue Social, un nouvel arrêté fixant la liste des organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel, en application de l'article L. 2122-11 du code du travail, lui aussi issu de la loi du 20 août 2008.

Cet arrêté comprend deux articles : l'article 1er, qui établit la liste des organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel, et l'article 2 qui précise, en fonction des résultats des élections, les poids relatifs, exprimés en pourcentage, de ces différentes organisations les unes par rapport aux autres. Or cette indication a des conséquences non négligeables. En effet, et c'est le deuxième aspect important de la réforme opérée par la loi du 20 août 2008, les articles L. 2232-2 et L. 2232-6 du code du travail subordonnent désormais la validité d'un accord professionnel ou d'une convention de branche à deux conditions qui sont cumulatives : d'une part, leur signature par une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueilli, seules ou ensemble, au minimum 30% des suffrages exprimés aux élections professionnelles ; d'autre part, l'absence d'opposition d'une ou de plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés. L'audience des organisations syndicales, telle que mesurée par les élections professionnelles, a donc une incidence forte et directe sur leur capacité à négocier des accords collectifs.

Cette réforme, dont les enjeux sont loin d'être anodins, n'est pas consensuelle. La position commune du 9 avril 2008 n'avait d'ailleurs pas été signée par plusieurs syndicats, dont celui qui vous saisit aujourd'hui, la CGT-FO[2].

Et pour cause, puisque l'arrêté contesté fixe à 18,28% le poids relatif de la CGT-FO, ce qui ne lui permet plus de négocier seule des accords interprofessionnels ou des conventions de branche. La CGT-FO a d'abord contesté cet arrêté devant la cour administrative d'appel de

[2] La CGT-FO avait d'ailleurs porté plainte en 2009 auprès de l'OIT, qui n'a cependant pas estimé que la loi du 20 août 2008 était inconventionnelle.

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.

Paris, compétente en premier et dernier ressort pour connaître des recours dirigés spécifiquement contre « *les arrêtés du ministre chargé du travail relatifs à la représentativité des organisations syndicales, pris en application de l'article L. 2122-11 du code du travail* » - comme le prévoient les dispositions de l'article R. 311-2 du code de justice administrative depuis l'intervention du décret n° 2012-1130 du 5 octobre 2012 modifiant l'attribution des compétences au sein de la juridiction administrative en matière de représentativité des organisations syndicales.

Sa requête ayant été rejetée, la CGT-FO conteste devant vous l'arrêt de cette cour du 24 novembre 2014.

1. Vous ne vous attarderez pas sur le premier moyen, tiré de la méconnaissance par l'arrêt de l'article R. 741-2 du code de justice administrative, faute de contenir l'analyse des conclusions et des moyens contenus dans un mémoire produit devant la cour par un autre syndicat, la CFE-CGC. La cour a effectivement visé ce mémoire en indiquant de façon lapidaire que la CFE-CGC avait « *présenté des observations* ». Mais le mémoire ne comporte pas de conclusions ni de moyens à proprement parler puisqu'il se borne à demander à la cour « *d'apprécier si les résultats issus du système de mesure d'audience ont été altérés par les imperfections de ce premier cycle électoral de façon à remettre en cause les scores obtenus* ». Compte-tenu de la rédaction de ce mémoire, émanant d'une organisation qui n'était pas partie à l'instance et qui ne s'associait d'ailleurs pas aux conclusions de l'une ou l'autre des parties, nous voyons mal comment censurer le parti-pris de la cour de le viser sans l'analyser ; nous vous proposons par conséquent d'écarter ce moyen.

2. Ne vous retiendront pas longtemps non plus les moyens tirés de l'insuffisance de motivation, de l'erreur de droit et de la dénaturation que la cour aurait commises en écartant le moyen selon lequel les questions du rattachement de certaines organisations syndicales d'outre-mer à des confédérations nationales et de la prise en compte des entreprises à statut auraient dûes être tranchées avant que le Haut Conseil du dialogue social ne donne son avis.

La cour a estimé que la circonstance que ces questions n'avaient pas été tranchées avant que le Haut conseil se prononce n'était pas de nature à remettre en cause la fiabilité des résultats de mesure d'audience. La CGT-FO affirme que son moyen en première instance critiquait en réalité la régularité de la procédure du Haut Conseil, dès lors que, les règles en question n'ayant pas été fixées, il n'a pas pu se prononcer sur des résultats fiables et exhaustifs. Mais c'est inexact : cet argument figurait au soutien d'un moyen de légalité interne, auquel la cour a correctement répondu, et non au soutien d'un moyen de régularité externe, comme la requête l'admet d'ailleurs elle-même. La cour n'avait donc pas à répondre à un moyen d'irrégularité de la procédure de consultation du Haut Conseil qui n'était pas soulevé devant elle.

3. La cour aurait ensuite commis une erreur de droit en jugeant que l'arrêté litigieux ne figurait pas au nombre des décisions devant être motivées en application de la loi du 11 juillet 1979.

Le syndicat estime que l'arrêté retire une décision créatrice de droits puisque, avant l'intervention de cet arrêté fixant à 18,28% son poids relatif, il avait la capacité de conclure, seul, un accord interprofessionnel - y compris lors de la période transitoire pendant laquelle

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.

l'article L. 2232-2 du code du travail n'était pas encore applicable faute d'élections professionnelles. Or l'intervention, à la suite de ces élections, de l'arrêté litigieux, qui lui attribue un poids relatif inférieur au seuil de 30% fixé à l'article L. 2232-2 précité du code du travail, lui a fait perdre cette capacité.

L'article 1er de l'arrêté mentionne la CGT-FO parmi les organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel – or vous avez jugé, par une décision du 7 avril 1999, *Fédération SUD ANPE*, n° 198378, aux Tables, qu'une liste arrêtant les organisations syndicales aptes à participer aux consultations du personnel et à désigner des représentants dans les organes représentatifs n'avait pas à être motivée (C. Bergeal indiquant d'ailleurs dans ses conclusions qu'il s'agissait d'une décision collective).

C'est toutefois moins évident pour l'article 2 de l'arrêté, qui donne les poids respectifs de ces différentes organisations et peut s'analyser comme une décision individuelle pour chacune des organisations dont elle donne le poids… Dans une décision du 10 juillet 1992, *Syndicat des médecins libéraux et autres*, n° 105440 et autres, au Rec., vous aviez ainsi estimé qu'un arrêté intervenu à la suite d'une enquête de représentativité, refusant le caractère représentatif à des organisations syndicales de médecins, était une décision refusant un avantage dont l'attribution constitue un droit, devant être motivée en application de la loi du 11 juillet 1979.

Cela étant, sans même vous prononcer sur le caractère individuel ou non de l'arrêté, nous pensons que vous pouvez écarter le moyen dès lors que, contrairement à ce qui est soutenu, il ne s'agit pas d'une décision retirant ou abrogeant une décision créatrice de droits : il arrête les résultats d'élections professionnelles et fixe, en fonction de ces résultats, les poids respectifs des OS représentatives. Par le jeu de l'effet de seuil prévu par l'article L. 2232-2, il a certes pour effet que la CGT-FO ne peut plus signer seule des accords interprofessionnels. Mais il ne retire ou n'abroge aucune décision créatrice de droit. Nous vous proposons donc d'écarter le moyen sur ce fondement.

4. Les moyens suivants portent sur la fiabilité et l'exhaustivité des résultats ayant permis d'établir la mesure de l'audience de chaque syndicat. Ils touchent au cœur même du dispositif. Comme nous l'avons vu, la mesure de l'audience est devenue le critère prépondérant pour définir les organisations syndicales représentatives et sert aussi à définir les poids relatifs de chaque organisation, qui vont être déterminants pour leur capacité de signature d'accords collectifs. La conséquence en est que les résultats des élections doivent être à la fois les plus exhaustifs et les plus fiables possibles.

a) Les textes ont par conséquent prévu un système spécifique de centralisation des résultats : l'article D. 2122-6 du code du travail prévoit ainsi que « *le système de centralisation des résultats des élections professionnelles (…) afin de mesurer l'audience des organisations syndicales doit : b) Permettre de s'assurer, par des contrôles réguliers, de la fiabilité et de l'exhaustivité des données recueillies et consolidées* ».

b) Le syndicat requérant reproche à la cour d'avoir commis une erreur de droit et inexactement qualifié les faits en écartant les moyens tirés de l'absence d'exhaustivité et de fiabilité des résultats, alors qu'elle a constaté qu'environ 10% des procès-verbaux (PV) d'élection avaient été écartés en raison d'anomalies.

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.

La CGT-FO avait notamment fait valoir devant la cour que l'importance du nombre des PV non pris en compte peut remettre en cause la sincérité du scrutin, dans la mesure où le nombre des anomalies ne permet pas de déterminer les poids relatifs de chaque organisation syndicale représentative avec certitude – le point est particulièrement sensible pour elle puisque l'arrêté attaqué lui attribue un poids relatif de 18,28%, et de 10,76 % à la CFE-CGC, le poids commun de ces deux organisations se situant donc à 29,04%, juste au-dessous de la limite de 30% nécessaire pour pouvoir conclure un accord interprofessionnel. L'argument ne manque pas de force : la démarche du juge de l'élection « classique », consistant à retrancher les anomalies des suffrages du candidat arrivé en tête et à vérifier l'impact de ce retrait sur les résultats, ne peut pas être conduite ici de la même manière puisqu'il ne s'agit pas de déclarer un vainqueur mais d'apprécier le plus finement possible, en fonction des votes, les poids relatifs des différentes organisations syndicales.

c) C'est pourquoi un système spécifique de collecte des données issues des élections a été mis en place, qui constitue un élément stratégique du dispositif. Rappelons que la mesure de l'audience résulte de l'agrégation des résultats enregistrés au cours de plusieurs élections qui se déroulent lors d'un cycle électoral – cela ressort notamment de l'article L. 2122-9 du code du travail fixant pour la représentativité au niveau national et interprofessionnel un seuil de « *8 % des suffrages exprimés résultant de l'addition au niveau national et interprofessionnel des suffrages exprimés* » dans les différentes élections professionnelles (élections des titulaires aux comités d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel) ainsi que lors des élections dans les très petites entreprises, mises en place par la loi n° 2010-1215 du 15 octobre 2010. Le premier cycle électoral a ainsi concerné plus de 12,7 millions de salariés inscrits, dont 42,8% ont voté, soit 5,45 millions de suffrages.

Il fallait ensuite faire remonter les informations issues des différents scrutins, afin de pouvoir exploiter les procès-verbaux dressés dans chaque entreprise à l'issue des élections professionnelles : l'article D. 2122-7 du code du travail prévoit ainsi qu'un exemplaire du procès-verbal de l'élection (ou, à défaut, un exemplaire du procès-verbal de carence), établi sur un formulaire homologué, soit transmis par l'employeur au prestataire agissant pour le compte du ministère du travail – en l'occurrence le Centre de traitement des élections professionnelles (CTEP). Comme l'explique Jean-Denis Combrexelle dans son article précité, la principale difficulté à laquelle le ministère a été alors confronté a été, justement, de pouvoir vérifier le contenu et l'exactitude de ces procès-verbaux. Aussi a-t-il élaboré, en lien avec les partenaires sociaux, une grille d'analyse très précise, chaque procès-verbal faisant en moyenne l'objet de 80 contrôles de conformité au référentiel ainsi élaboré. Sur 510.000 PV ainsi analysés, 185.000 cas de non-conformité ont été détectés, qui ont ensuite donné lieu à des courriers avec les entreprises concernées afin, le cas échéant, de pouvoir les rectifier – ce qui a été fréquemment le cas, une grand majorité d'anomalies concernant la convention collective de rattachement de l'entreprise. En définitive, 90,75 % des procès-verbaux traités ont été estimés fiables, selon une donnée non contredite du ministre chargé du travail.

d) La cour a-t-elle alors commis une erreur de droit en écartant le moyen selon lequel les données recueillies et consolidées par l'administration n'ont pas été exhaustives et fiables ? Nous ne le pensons pas. Le dispositif exige en réalité de concilier deux objectifs *a priori* difficilement compatibles :

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.

- la fiabilité des procès-verbaux retraçant les suffrages, d'une part, ce qui implique nécessairement d'écarter les procès-verbaux comprenant des anomalies qui rendent les données inexploitables ;

– et l'exhaustivité la plus large possible, d'autre part, afin de restituer le plus fidèlement possible les résultats du scrutin.

Après avoir notamment relevé qu'un nombre particulièrement élevé de salariés ont été consultés, que les PV ont fait l'objet d'un contrôle scrupuleux à partir d'outils définis en concertation avec les partenaires sociaux, ainsi que de processus itératifs pour parvenir à corriger le plus d'anomalies possibles, la cour administrative d'appel a ensuite souligné que les actions menées ont pu ramener le taux d'anomalies à moins de 10% ; puis elle a constaté que le syndicat requérant ne faisait « *état d'aucune insuffisance ou erreur particulière qui (…) aurait eu une incidence significative sur les résultats de la mesure de l'audience syndicale au niveau national et interprofessionnel de nature à porter atteinte à l'exhaustivité ou à la fiabilité des données recueillies* ». Elle a ainsi procédé à un recensement précis de toutes les actions mises en œuvre pour parvenir aux résultats les plus fiables et exhaustifs possibles, et elle a mis en regard l'absence d'indication précise sur les anomalies qui auraient pu avoir une incidence significative sur les résultats – raisonnement qui nous paraît exempt de l'erreur de droit reprochée.

L'erreur de qualification juridique nous paraît également infondée. Précisons tout d'abord que le contrôle ainsi proposé ne va pas entièrement de soi. En contentieux électoral « classique », y compris en matière d'élections professionnelles, vous exercez un contrôle de dénaturation sur l'appréciation portée par les juges du fond sur l'incidence d'irrégularités sur le résultat de l'élection (19 décembre 1994, *R…*, n° 139948, au sujet d'élections au conseil d'administration d'un IUFM ; 21 mars 1959, *Elections au conseil départemental de l'ordre des médecins de l'Hérault*, n°s 43982, 43984, aux Tables p. 1080, pour des élections professionnelles ; côté juge judiciaire : Cass. soc. 14 février 1989, n° 88-60.537). Mais, comme nous l'avons vu, il ne s'agit pas ici d'un contentieux électoral classique, mais de scrutins débouchant sur la définition des organisations syndicales représentatives et sur la détermination de leurs poids respectifs – qui va déterminer leur capacité de négociation. En outre, cour administrative d'appel de Paris intervenant en premier ressort, vous êtes « seulement » au 2ème niveau d'examen de l'affaire… Ces éléments nous conduisent à vous proposer d'exercer un contrôle de qualification juridique, qui, compte-tenu de ce qui a été dit précédemment, n'aboutit pas selon nous à remettre en question la qualification portée par la cour en jugeant que la règle d'exhaustivité avait été correctement appliquée et que la non prise en compte d'environ 10% des suffrages exprimés n'avait pas eu d'incidence significative.

e) Vous pourrez aller plus vite sur les deux derniers moyens tirés des erreurs de droit commises par la cour dans la façon dont elle a apprécié l'incidence de ces irrégularités sur les résultats de la mesure d'audience, qui sont en réalité très liés aux précédents : la cour a essentiellement relevé que la CGT-FO ne faisait état d'aucune erreur de nature à altérer d'une manière spécifique la mesure de l'audience et par ailleurs elle a bien procédé, contrairement à ce qui est soutenu, à une appréciation globale des conséquences des différentes anomalies invoquées.

Nous pensons donc qu'aucun des moyens ne peut être accueilli et par ces motifs nous concluons au rejet du pourvoi.

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.