

N° 432340

Syndicat Mixte de Savoie Grand Revard

1^{ère} et 4^{ème} chambres réunies

Séance du 13 janvier 2021

Lecture du 28 janvier 2021

CONCLUSIONS

M. Vincent VILLETTE, rapporteur public

Dans les zones de moyenne montagne, le réchauffement climatique a conduit, depuis 1960, à **une baisse de la durée d'enneigement de cinq jours en moyenne par décennie**¹. Cette diminution tendancielle est lourde de conséquences pour les stations de sport d'hiver concernées puisqu'elle raccourcit leurs périodes d'activité et rend plus erratiques leurs besoins en travailleurs saisonniers. Une telle évolution révèle l'importance concrète de la question soulevée par l'affaire appelée, qui va vous conduire à déterminer si une régie directe en charge du service des remontées mécaniques et des pistes de ski peut prétendre au régime de l'activité partielle.

Le litige concerne le syndicat mixte Savoie Grand Revard, en charge du développement touristique du plateau éponyme, situé dans le massif des Bauges. **Depuis 2010, le syndicat a choisi d'exercer cette mission au travers d'une régie directe, dotée de l'autonomie financière mais dépourvue de personnalité juridique, régie à qui il a confié la gestion de différents domaines skiabiles.** En décembre 2015, le syndicat mixte a formé auprès du préfet une demande d'autorisation préalable de mise en activité partielle pour le mois de janvier 2016 en raison du manque de neige. Cette demande a été rejetée par le représentant de l'Etat au motif que ce dispositif ne pouvait bénéficier aux régies directes dès lors que celles-ci n'étaient que des émanations des collectivités territoriales. Après un recours gracieux infructueux devant le ministre du travail, le syndicat a saisi le tribunal administratif de Grenoble, qui a annulé ces décisions. En appel, la cour de Lyon a inversé la solution et rejeté les conclusions du syndicat mixte, lequel vous saisit désormais en cassation.

Pour appréhender correctement ce litige, **deux séries de précisions** nous semblent nécessaires.

La première concerne l'économie générale de l'activité partielle, prévue à l'article L. 5122-1 du code du travail. L'actualité récente a tristement mis en avant ce dispositif de maintien et de sauvegarde de l'emploi, qui a succédé en 2013² aux différents dispositifs de chômage partiel instaurés à partir de 1931. Lorsqu'une entreprise doit interrompre ou réduire

¹ https://www.francetvinfo.fr/meteo/neige/infographies-y-avait-il-vraiment-plus-de-neige-avant_3185831.html

² Loi n° 2013-504 du 14-06-2013

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.

son activité pour l'un des motifs énumérés par le code du travail³, le régime d'activité partielle permet, après autorisation administrative, la suspension du contrat de travail des salariés concernés et le versement d'une indemnité correspondant en principe à 70 % de leur salaire horaire brut. Cette indemnité est versée par l'employeur, mais ce dernier reçoit ensuite, en contrepartie, une allocation financée conjointement par l'Etat et l'Unédic, d'un montant horaire de l'ordre de 7 euros. En 2020, avant la crise sanitaire⁴, ce dispositif était censé représenter un coût annuel total pour les finances publiques d'environ 155 millions d'euros⁵, dont 2/3 à la charge de l'Etat.

La seconde précision concerne l'organisation du service des remontées mécaniques et de l'exploitation des pistes de ski. Ce sont les communes qui en ont la charge en application de l'article L. 342-9 du code du tourisme, même si elles peuvent confier cette mission à un groupement de communes, ou au département par voie de convention. L'exécution de ce service est assurée soit en régie directe, soit au travers d'une régie personnalisée, soit par une entreprise conventionnée à cette fin⁶. Dans les faits, seules **75 stations de ski** restent gérées en régie directe sur l'ensemble des massifs français⁷.

Au bénéfice de ces explications liminaires, nous pouvons en venir à l'examen du pourvoi, très pur puisqu'il soulève un unique moyen tiré de l'erreur de droit qu'aurait commise la cour en jugeant que, **jusqu'à l'intervention de la loi du 28 décembre 2016**, le dispositif d'activité partielle ne s'appliquait pas aux régies dotées de la seule autonomie financière.

En première approche, il est vrai qu'une **évolution normative postérieure au litige** semble trancher la question dans un sens défavorable au pourvoi. En effet, l'article 45 de la loi dite « Montagne II » du 28 décembre 2016⁸ a prévu à titre expérimental que le dispositif de l'activité partielle serait, sous conditions, appliqué aux régies dotées de la seule autonomie financière, pour autant que leurs collectivités de rattachement se portent volontaires. En creux, il peut être tentant d'en déduire – comme la cour l'a fait – que **l'état du droit antérieur ne permettait pas à ces régies de bénéficier du dispositif**.

Mais ce premier mouvement doit être confronté à une **réalité plus équivoque**. En effet, il ressort nettement des travaux préparatoires que cette expérimentation avait surtout vocation à trancher un **désaccord persistant** entre les communes de montagne et l'administration du travail quant à la possibilité, pour ces régies, de prétendre à l'activité partielle dans le cadre du droit existant. C'est bien cette portée prudente que lui donne l'avis rendu par vos formations consultatives sur ce projet de loi⁹ ; c'est également en ce sens que les rapporteurs du texte devant le Sénat relevaient « *qu'en l'état actuel du droit, on pourrait estimer que ces régies entrent déjà dans le champ de l'activité partielle* », en soulignant également que la position des Direccte reposait sur un « *fondement juridique contesté* »¹⁰. **En somme, cette**

³ Art. R. 5122-1

⁴ Il s'est finalement élevé à 21 milliards d'euros pour la seule période courant de mars à juillet 2020 (*Activité partielle en période crise sanitaire : rupture ou continuité*, S. Tournaux, RDSS 2020.954)

⁵ <http://www.senat.fr/rap/119-385/119-3858.html>

⁶ art. L. 342-13

⁷ http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-eco/115b2735_rapport-information#

⁸ Le décret n° 2017-753 du 03-05-2017 pris pour son application n'ayant apporté aucune précision utile au présent litige

⁹ <https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publics/projet-de-loi-relatif-aux-territoires-de-montagne>

¹⁰ <http://www.senat.fr/rap/a16-185/a16-1854.html#toc28>

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.

expérimentation est intervenue dans un but de sécurisation juridique, pour dissiper les ambiguïtés persistantes quant à l'état du droit antérieur, nées d'un conflit entre acteurs.

A cette aune déjà, il nous semble que la réponse de la cour est un peu courte, dans la mesure où le changement de législation sur lequel les juges d'appel se sont appuyés à titre décisif n'est, en réalité, pas déterminant. Mais un tel raisonnement, pour maladroit qu'il soit, ne serait susceptible d'emporter la cassation que s'il apparaissait que les régies concernées pouvaient déjà prétendre à ce dispositif sous l'empire du droit commun antérieur. C'est ce qu'il convient désormais d'examiner.

Dans cette optique, il nous faut d'abord préciser que le service des remontées mécaniques et des pistes de ski présente le caractère d'un SPIC, **quelle que soit la forme sous laquelle il est exécuté** ; c'est ce que vous avez explicitement jugé par votre décision *Beaufils* de 2009¹¹, en écho à une jurisprudence constante du tribunal des Conflits¹² et du juge judiciaire¹³. En conséquence, même les personnels¹⁴ exerçant dans le cadre d'une régie non personnalisée sont dans une situation de droit privé¹⁵ et soumis à ce titre au code du travail, ce qui explique d'ailleurs la compétence des tribunaux judiciaires en cas de litiges avec leur employeur public¹⁶. C'est également en ce sens que la Cour de cassation a jugé que la convention collective étendue du secteur¹⁷ s'appliquait au personnel d'une régie municipale sans personnalité morale¹⁸.

Aussi, à s'en tenir à la situation de **l'employé**, la situation paraît relativement simple puisque rien ne semble faire obstacle à ce qu'il puisse bénéficier de l'activité partielle, ouverte à tous les salariés. Mais la question se complique à la lumière des spécificités de **l'employeur** ici en cause. En effet, compte tenu de l'absence de personnalité juridique de la régie, c'est bien la collectivité ou, ici, le syndicat mixte qui doivent être regardés comme les employeurs¹⁹. Or, vous savez qu'il arrive que cette circonstance conduise à des logiques dérogatoires dans la mesure où la législation sociale à laquelle ces personnes sont soumises n'est pas nécessairement la même que celle applicable à la généralité des acteurs privés. C'est ainsi, par exemple, qu'il a été jugé quai de l'horloge que la réduction de cotisation patronale dite « Fillon » n'était pas applicable à une régie non personnalisée²⁰, dans la mesure où la commune dont elle dépendait ne pouvait être regardée comme un employeur soumis à l'obligation d'adhésion à l'assurance chômage.

En somme le débat dont vous êtes saisis est sous-tendu par une tension entre la banalité du statut des salariés concernés et la singularité de celui de leur employeur. En l'occurrence,

¹¹ CE, 19-02-2009, *Mlle B... et M. et Mme B...*, n° 293020, A

¹² TC, 07-12-1998, *Consorts J...*, n° 03126, C (pour l'exploitation de remontées mécaniques) et TC, 15-12-2003, *Mme P... c/ SEM des Ecrins*, n° 3380 (pour l'exploitation du domaine skiable)

¹³ Cass. 1^{ère} civ., 19-03-1996, *G... c/ Société préservatrice foncière assurances et autres*, Bull. civ. I, n° 142

¹⁴ A l'exception du directeur du service et de l'agent comptable

¹⁵ TC, 18-04-2005, *Mme M... c/ Commune de Barr*, n° 3430, A

¹⁶ TC, 20-03-2006, *Mme C... c/ Syndicat intercommunal pour l'équipement du massif des Brasses*, n° 3487, B – sauf pour le directeur et le comptable public : TC, 13-01-2020, *M. Martinet c/ Commune du Plateau-des-petites roches*, n° 4177, C

¹⁷ En l'occurrence, cette convention prévoit en son article 16 qu'en cas de « manque de neige persistant à la date maximale d'embauche, le personnel sera embauché à partir de cette date et une demande d'indemnisation au titre du chômage partiel sera immédiatement faite auprès de l'autorité compétente ».

¹⁸ Cass. soc., 28-04-2006, *Commune de Baraduc-les-Bains*, n° 04-40.895, diffusé

¹⁹ Cass. soc., 19-09-2007, n° 06-60.203 ; rapp. aussi, CE, 28-11-2008, *Abisse*, n° 317587, B

²⁰ 2^{ème} Civ., 01-06-2011, n° 10-18.505, diffusé

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.

cette tension est encore accentuée par le caractère **profondément dual de l'activité partielle** qui, du point de vue de l'employé, se traduit par une indemnité compensatrice mais qui, du point de vue de l'employeur, ouvre surtout droit à une allocation versée par l'Etat et l'Unédic.

Au soutien d'une inapplicabilité de l'activité partielle à de telles régies, le ministre fait valoir que ce dispositif a été pensé comme **un moyen d'éviter les licenciements économiques en cas de difficultés temporaires**. Il en déduit qu'à partir du moment où les personnes publiques concernées ne sauraient procéder à de tels licenciements économiques, il n'y a pas lieu de les faire bénéficier du remède destiné à conjurer ce mal. Pour notre part, nous ne sommes pas convaincu par cette démonstration, ce à deux titres.

D'une part, il est certes exact que l'article L. 1233-1 du code du travail énumère les personnes susceptibles de recourir aux licenciements économiques et qu'il ne mentionne ni les collectivités ni les groupements qui les associent. Toutefois, cette liste n'est pas présentée comme exhaustive, de sorte qu'une absence ne correspond pas nécessairement à une exclusion tacite²¹. Et, en l'occurrence, l'on pourrait penser que cette omission²² relève ici davantage du « trou dans la raquette » que du silence délibéré. En effet, les régies dépourvues de la personnalité morale et exerçant un SPIC sont le plus souvent peu sujettes aux affres de la conjoncture (transport, distribution d'eau, abattoirs), ce qui peut expliquer qu'elles n'aient pas été ciblées par cet article chapeau. Or, une fois relativisé cet argument littéral, force est alors d'admettre qu'il peut paraître difficile de justifier, dans le silence des textes²³, que des employeurs publics dont le régime est par ailleurs aligné sur celui des entreprises privées **ne disposent pas des mêmes possibilités en matière de rupture du contrat de travail**. En ce sens, nous relèverons un avis rendu par vos formations consultatives en 1986, repris dans une réponse ministérielle en 2000, dont il ressort qu'à défaut de dispositions législatives contraires, **les règles du code du travail doivent s'appliquer à de telles régies**²⁴. Par suite, il pourrait sembler plus logique que ces employeurs puissent eux aussi prétendre à l'activité partielle pour éviter les suppressions d'emploi.

D'autre part, et en tout état de cause, il nous semble que le ministre retient **une vision trop restrictive de l'activité partielle** puisque les licenciements économiques ne peuvent concerner que les employés en CDI, alors même que l'activité partielle est également susceptible de bénéficier aux personnes recrutées en CDD. Le présent litige est à cet égard révélateur puisque les travailleurs en cause sont des saisonniers, à ce titre recrutés pour une durée déterminée. Dès lors, leur éligibilité à l'activité partielle se justifie non pas par la volonté d'éviter un licenciement économique, mais plutôt par le souci d'éviter que l'employeur ne renonce à recruter **par peur de l'aléa**. Or, l'on perçoit immédiatement que cette préoccupation est transversale, et qu'elle peut valoir pour tous les employeurs.

²¹ V. toutefois dans le sens d'une lecture plus littérale : à propos d'un syndicat de copropriétaires (Cass. soc., 01-02-2017, n° 15-26.853, P+B) ou de particuliers employeurs (Cass. soc., 18-02-1998, n° 95-44.721)

²² Le CGCT n'étant pas davantage éclairant sur cette question

²³ Dans votre décision *Société Giat industries*, vous avez d'ailleurs jugé que l'existence d'un contrat de travail était la « condition nécessaire » pour bénéficier du régime du chômage partiel alors en vigueur, sans autre précision : v. CE, 09-10-2002, n° 233596, B

²⁴V. Question n° 2616 sous la 12^e législature, et la réponse publiée au JO le 04-11-2002 : <http://questions.assemblee-nationale.fr/q12/12-2616QE.htm>

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.

Si les éléments avancés par le ministre ne nous semblent donc pas déterminants, **deux arguments** nous convainquent en revanche de ce que l'activité partielle doit être ici regardée comme susceptible de s'appliquer.

Premièrement, cette solution nous semble la plus à même de garantir **une égalisation des conditions de concurrence entre les opérateurs du secteur** quelle que soit la forme d'exploitation retenue. Autrement dit, nous sommes gêné par le fait que, dans un monde où l'enneigement devient plus rare, la position défendue par l'administration revienne à encourager l'externalisation, partielle ou totale, au détriment de la gestion directe, sans base légale en ce sens. Du reste, compte tenu de la généralité des termes de l'article L. 5122-1, nous aurions également du mal à justifier une différence de traitement entre les personnels selon qu'ils relèvent d'une régie dotée ou non de la personnalité morale²⁵, puisque cette différence de situation est en réalité, à nos yeux, sans rapport direct avec l'objet de l'activité partielle²⁶.

Deuxièmement, **cette approche nous semble aussi être la plus opportune**. En effet, en pratique, « *la structuration économique du secteur des domaines skiables est telle que, plus l'altitude baisse, plus la rentabilité décroît et plus la gestion tend vers l'internalisation* »²⁷ faute d'appétence d'acteurs privés. En conséquence, l'analyse de l'administration du travail conduit à ce que les stations de basse et moyenne altitude, le plus souvent gérées en régie directe, se retrouvent exclues par principe de l'activité partielle alors même que ce sont elles qui subissent le plus directement les conséquences du réchauffement climatique.

Reste qu'en l'état, la solution que nous esquissons est susceptible de conduire à une situation paradoxale dans laquelle **l'employeur pourrait bénéficier d'une allocation provenant pour partie de l'Unedic, alors qu'il ne contribue nécessairement au financement du régime d'assurance chômage** puisque, vous le savez, les collectivités territoriales et les EPA locaux sont en principe leur propre assureur au titre du risque chômage²⁸. Or, même s'il n'y a pas de lien légal entre l'assurance chômage conventionnelle et le chômage partiel, une telle situation paraît quelque peu incohérente. C'est la raison pour laquelle il nous semble nécessaire – comme l'a fait l'expérimentation – de subordonner²⁹ le bénéfice de l'activité partielle à la condition que l'employeur **ait rompu avec cette logique d'auto-assurance** en adhérant volontairement au régime d'assurance chômage en application du 1° de l'article L. 5424-2 du code du travail, choix qui le conduit alors à devoir acquitter la même cotisation que celle due par tout employeur³⁰. En pratique, relevons que cette exigence ne soulèvera pas de difficultés dans la mesure où il semble que toutes les régies concernées aient adhéré à l'Unedic³¹.

²⁵ *Les attentions portées au secteur du tourisme : des avancées en demi-teinte*, M. Courrèges, AJDA 2017.795

²⁶ Ce d'autant plus qu'il ne nous semble pas se déduire du code que l'inspection du travail ne pourrait pas venir contrôler le respect de cette réglementation (v. son champ d'intervention tel que défini à l'article L. 8112-1 du code du travail, dans sa version applicable, et, en creux, art. L. 8114-3)

²⁷ V. sur ces deux points : *Services publics – Remontées mécaniques en régie directe : pas de chômage partiel avant la loi « Montagne 2 »* - commentaire par P. Yolka

²⁸ Art. L. 5424-2 du code du travail

²⁹ Etant précisé que l'autre solution envisageable, consistant à permettre l'indemnisation des salariés tout en ne faisant pas bénéficier l'employeur de la fraction d'allocation correspondant aux sommes versées par l'Unedic (v. art 2 de l'ordonnance n° 2020-346 du 27-03-2020) ne saurait être dégagée de façon prétorienne.

³⁰ De l'ordre de 4 % de la rémunération brute

³¹ <http://www.senat.fr/rap/a16-185/a16-1854.html#toc28>

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.

Si vous nous suivez, vous devrez donc **censurer l'erreur de droit commise par la cour** à avoir jugé que le syndicat requérant ne pouvait prétendre au bénéfice de l'activité partielle, sans rechercher si celui-ci justifiait de son adhésion au régime d'assurance chômage. Pour clôturer notre propos, nous voudrions formuler deux dernières observations.

Premièrement, il faut souligner que cette solution ne serait pas dépourvue de conséquences concrètes. En effet, **l'expérimentation portée par la loi Montagne II** était plafonnée à 3 ans et la DGEFP en a tiré un bilan mitigé en septembre 2019³², constatant un faible recours à ce dispositif³³ et le non-respect, par les régies, des engagements leur incombant en matière de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC). Aussi, cette expérimentation – prolongée provisoirement du fait de la crise sanitaire³⁴ – n'a pas forcément vocation à être pérennisée, de sorte que ce que vous jugerez au titre du droit commun pourrait à nouveau trouver à s'appliquer pour l'avenir.

Deuxièmement, il nous semble que l'opposition résolue de la DGEFP et des Direccte à l'égard des régies non personnalisées s'explique par **une réticence plus fondamentale à ce que les stations de moyenne montagne puissent bénéficier de l'activité partielle** alors même que les difficultés d'enneigement, dans un contexte de réchauffement climatique, revêtent désormais un caractère structurel³⁵. Mais, d'une part, la légitimité du recours au chômage partiel ne se prête pas aux pétitions de principe mais doit plutôt faire l'objet d'une appréciation circonstanciée de façon à déterminer si le défaut d'enneigement, au regard de son ampleur et de sa récurrence, revêt ou non un caractère exceptionnel dans la station considérée³⁶. D'autre part, et en tout état de cause, ce débat aval sur les conditions d'éligibilité, indéniablement délicat, ne saurait selon nous rétroagir sur le débat amont tenant au champ d'application.

PCMNC :

- **A l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon ;**
- **Au renvoi de l'affaire devant cette cour ;**
- **A ce que l'Etat verse une somme de 3 000 euros au syndicat mixte Savoie Grand Revard au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.**

³² http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-eco/115b2735_rapport-information#

³³ Ce qui est un reproche paradoxal, puisque ce faible recours peut très bien s'expliquer par le niveau satisfaisant d'enneigement ou par la tempérance des stations concernées

³⁴ Art. 10 de l'ordonnance n° 2020-346 du 27-03-2020, applicable jusqu'au 31 décembre 2020 au plus tard

³⁵ V. en ce sens, s'agissant du caractère structurel de l'interruption des commandes publiques : CE, 13-11-1995, *Société Pierre Gicquel*, n° 156339, A

³⁶ 3° et 5° de l'art. R. 5122-1

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.