

N° 431275

Fédération du service aux particuliers

N° 431927

Fédération française d'équitation

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 22 octobre 2021

Décision du 22 novembre 2021

CONCLUSIONS

M. Raphaël Chambon, rapporteur public

Selon l'article L. 2151-1 du code du travail, la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs est déterminée d'après six critères cumulatifs : le respect des valeurs républicaines, l'indépendance, la transparence financière, une ancienneté minimale de deux ans, l'influence et l'audience. L'article L. 2152-1 du même code dispose que dans les branches professionnelles, sont représentatives les organisations professionnelles d'employeurs qui satisfont aux cinq premiers de ces critères, qui disposent d'une implantation territoriale équilibrée au sein de la branche et dont les entreprises et les organisations adhérentes à jour de leur cotisation représentent soit au moins 8 % de l'ensemble des entreprises adhérant à des organisations professionnelles d'employeurs de la branche¹ soit au moins 8 % des salariés de ces mêmes entreprises.

Le VI de l'article 29 de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale dont sont issues ces dispositions a prévu que la première mesure de l'audience de ces organisations, et donc la première déclaration de représentativité, intervienne à compter de l'année 2017. Cette mesure est intervenue, pour le niveau national et interprofessionnel, par un arrêté du 22 juin 2017 et, au niveau des branches professionnelles, par plusieurs arrêtés successifs pris entre juillet et décembre 2017.

Les deux affaires qui viennent d'être appelées vous donnent à connaître de litiges portant sur des arrêtés par lesquels la ministre du travail a fixé la liste des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives dans deux conventions collectives

¹ Satisfaisant aux critères mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 2151-1 et ayant fait la déclaration de candidature prévue à l'article L. 2152-5.

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.

nationales : celle du personnel des centres équestres (7012) et celle des services à la personne (3127).

Commençons par les centres équestres.

C'est par un arrêté du 27 décembre 2017 que la ministre du travail a fixé la liste des organisations professionnelles d'employeurs représentatives dans cette branche. Cet arrêté reconnaît le seul Groupement hippique national (GHN) comme représentatif dans cette convention collective, déniaient ainsi cette qualité à la Fédération française d'équitation, qui a demandé à la cour administrative d'appel de Paris d'annuler cette décision et se pourvoit en cassation contre l'arrêt rejetant sa requête.

Ainsi que le soutient la requérante, l'arrêt est entaché d'une **double erreur de droit**.

A la différence des organisations représentant les salariés pour la négociation conventionnelle, qui sont nécessairement syndicales depuis la loi du 11 février 1950², **les organisations professionnelles d'employeurs peuvent être constituées sous forme syndicale ou sous forme d'association loi 1901**³.

Aux termes de l'article L. 2231-1 du code du travail⁴, les conventions ou accords collectifs de travail sont en effet conclus, pour les employeurs, par « *une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs, ou toute autre association d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement* ». Cet article précise en outre que « *les associations d'employeurs constituées conformément aux dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, qui ont compétence pour négocier des conventions et accords, sont assimilées aux organisations syndicales pour les attributions conférées à celles-ci par le présent titre* ».

Seules les organisations constituées sous forme de syndicat sont soumises aux dispositions de l'article L. 2131-1 du code du travail disposant que les syndicats professionnels « *ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts* », une exclusivité héritée de la loi Waldeck Rousseau du 21 mars 1884⁵.

² Loi n° 50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail.

³ Voir sur ce point : Sophie Nadal, *Conventions et accords collectifs de travail : conclusion, effets, application et sanctions*, Répertoire Dalloz de droit du travail, § 16 à 19.

⁴ Dont la rédaction n'a guère varié depuis la loi du 11 février 1950 dont cet article est issu.

⁵ Article 3 de la loi du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels : « *Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles* ».

Or la cour, pour dénier à la FFE la qualité d'organisation professionnelle d'employeurs, a retenu qu'eu égard à son objet statutaire elle ne saurait être regardée comme ayant exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits et des intérêts de ses adhérents. Elle a ce faisant entaché son arrêt d'erreur de droit dès lors que cette circonstance n'était pas de nature à exclure que la FFE, qui est une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 ainsi que l'a relevé la cour elle-même, soit reconnue comme une association d'employeur ayant compétence pour négocier des conventions et accords au sens de l'article L. 2231-1 du code du travail et par suite comme une organisation professionnelle d'employeurs au sens de l'article L. 2151-1 du même code. Dit autrement, celle clause d'exclusivité de l'objet de défense des droits et intérêts des mandants n'étant applicable qu'aux syndicats professionnels et pas aux associations d'employeur, son non-respect constituait une considération inopérante à l'égard de la FFE qui n'est pas une organisation syndicale.

La cour a également entaché son arrêt d'erreur de droit en retenant que la FFE ne disposait pas de l'indépendance à l'égard des pouvoirs publics requise pour être regardée comme un syndicat professionnel au sens de l'article L. 2131-1 du code du travail. Outre que, ainsi que nous l'avons déjà souligné, la circonstance que la FFE ne soit pas un syndicat professionnel était sans préjudice de la possibilité de la regarder comme une association d'employeurs ayant compétence pour négocier des conventions et accords au sens de l'article L. 2231-1 du code du travail, la requérante est fondée à soutenir que la cour a commis une autre erreur de droit en important le critère de l'indépendance au stade de la qualification d'organisation capable de négocier. Ce critère est en effet l'un des six critères permettant de déterminer la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs.

Il nous semble qu'il y a bien deux étapes dans le raisonnement, que la cour a à tort fusionnées : d'abord la vérification de la capacité à négocier du groupement d'employeurs, qui suppose soit la qualité de syndicat dont l'objet est exclusivement l'étude et la défense des droits et des intérêts de ses mandants, soit celle d'association d'employeurs dont les statuts prévoient que son objet inclut la représentation des intérêts de ses adhérents, ensuite celle de la représentativité de l'organisation signataire, qui conditionne l'extension de l'accord par le ministre du travail et la possibilité donnée à une organisation de s'y opposer en vertu de l'article L. 2261-19 du code du travail. Contrairement à ce qui prévaut pour les organisations syndicales de salarié, la représentativité n'est pas une condition pour qu'une organisation professionnelle d'employeurs négocie et signe une convention ou un accord. L'absence supposée d'indépendance de la FFE était donc insusceptible d'être prise en compte au stade amont de la qualification d'organisation professionnelle (voir sur ce point les conclusions de Claire Landais sous votre décision *Syndicat national des entreprises du secteur privé marchand de la filière équestre des loisirs et du tourisme*⁶ sur laquelle nous reviendrons).

⁶ 1/6 SSR, 2 mars 2011, n° 313189, au Recueil.

Sans qu'il soit besoin de vous prononcer sur les autres moyens du pourvoi, qui ne méritent pas de vous être exposés, vous annulerez donc l'arrêt de la cour, doublement entaché d'erreur de droit. La substitution de motifs que vous demandent d'opérer tant la ministre du travail que le Groupement hippique national en fondant votre décision sur la circonstance que la FFE ne serait pas une organisation professionnelle d'employeurs n'est pas possible dès lors qu'un tel motif suppose de porter une appréciation sur des circonstances de fait (7/10 SSR, 13 mars 1998, *V...*, n° 171295, aux Tables).

Au regard de l'ancienneté relative de l'affaire et surtout de ce que la ministre du travail s'appête à prendre dans les prochains mois de nouveaux arrêtés définissant la liste des organisations d'employeurs représentatives dans les branches professionnelles à l'issue de la deuxième mesure d'audience de la représentativité patronale conduite ces derniers mois, nous vous invitons à régler l'affaire au fond.

Le directeur adjoint de la DGT, signataire de la décision attaquée, était compétent pour le faire en vertu du décret du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement et si la FFE se plaint de n'avoir pas été contactée préalablement à la consultation du Haut conseil du dialogue social sur le projet d'arrêté alors que d'autres organisations auraient été reçues par la DGT, à supposer qu'il faille voir là l'invocation d'un vice de procédure un tel moyen ne peut qu'être écarté dès lors qu'aucune disposition n'imposait à l'administration de respecter une procédure contradictoire préalable à la consultation du HCDS.

Nous pouvons donc sans attendre en venir aux moyens mettant en cause la légalité interne de l'arrêté en litige.

La FFE soutient qu'elle est bien une organisation professionnelle d'employeurs au sens de l'article L. 2151-1 du code du travail, contrairement à ce qu'a indiqué la DGT dans sa présentation au HCDS pour justifier le refus de reconnaître la représentativité de la fédération, et qu'elle remplit les critères de représentativité fixés par cet article, si bien que la ministre a entaché son arrêté d'erreur de droit en s'abstenant de l'inclure dans la liste des organisations représentatives dans la convention collective nationale du personnel des centres équestres.

La ministre se borne à soutenir, comme elle l'avait fait devant la CAA, que la FFE ne peut être regardée comme une organisation professionnelles d'employeurs.

Elle indique que pour apprécier si une association candidate à la représentativité patronale a cette qualité, elle vérifie que :

- les entreprises sont libres d'adhérer à l'association ;
- des personnes physiques salariées ne sont pas susceptibles de pouvoir adhérer à l'association candidate ;

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 négociation d'accords collectifs est une compétence de l'association candidate selon ses statuts.

La ministre soutient que la FFE ne remplit aucune de ces trois conditions.

Selon elle la seule mention dans la description de son objet statutaire de la défense des intérêts des groupements équestres adhérents et de leur représentation ne suffirait pas pour établir que la négociation collective entre dans son objet social. La liberté d'adhérer à la FFE ne serait en outre pas établie dès lors que cette adhésion serait en quelque sorte contrainte du fait des prérogatives exclusives que donne à la fédération la délégation que lui a délivrée le ministre chargé des sports en application de l'article L. 131-14 du code du sport, parmi lesquelles l'organisation des compétitions hippiques à l'issue desquelles sont délivrés des titres internationaux, nationaux, régionaux ou départementaux⁷. Enfin, la FFE, qui a aussi pour objet de représenter « les licenciés pratiquant l'équitation », soit des personnes physiques susceptibles d'avoir la qualité de salariés des associations adhérentes à la FFE.

La thèse du ministre ne nous apparaît guère convaincante dès lors que vous avez, opportunément à nos yeux, une approche souple des dispositions statutaires donnant compétence aux groupements d'employeurs pour négocier des accords collectifs (1/4 SSR, 15 mars 1999, *CGPME*, n° 198142, aux Tables sur un autre point). En outre, à supposer que ces considérations soient opérantes alors que les textes en vigueur n'en disent rien, l'adhésion à la FFE n'a rien d'obligatoire et les licenciés ne sont pas directement adhérents à la FFE et si l'objet statutaire de celle-ci inclut leur représentation c'est à l'évidence en tant que pratiquants des sports équestres et non au titre de leur qualité de salarié d'une structure adhérente à la FFE dont ils pourraient le cas échéant disposer par ailleurs.

Il nous semble que vous pourrez néanmoins rejeter le recours de la FFE dès lors que cette fédération ne remplit pas les conditions légales pour être reconnue comme organisation professionnelle représentative, faute de satisfaire, ainsi que le soutient le GHN, au critère d'indépendance défini par l'article L. 2151-1 du code du travail.

Historiquement, le critère d'indépendance, introduit dans la loi du 11 février 1950, visait l'indépendance des organisations syndicales de salariés vis-à-vis des employeurs, pour éviter les syndicats « jaunes »⁸, mais dès avant la réforme de la représentativité patronale traduite par la loi du 5 mars 2014, vous jugiez que les critères fixés par l'article L. 133-2 du code du travail puis par l'article L. 2121-1 du même code pour les organisations syndicales de salariés valaient aussi pour les organisations représentatives des employeurs. S'agissant du critère de l'indépendance, vous jugez que la satisfaction à ce critère par une organisation d'employeurs suppose de vérifier que les conditions de son organisation, de son financement

⁷ En vertu de l'article L. 131-15 du code du sport.

⁸ Comme l'illustrent les travaux parlementaires sur cette loi.

et de son fonctionnement permettent d'assurer effectivement la défense des intérêts professionnels qu'elle entend représenter, notamment dans le cadre de la négociation des conventions et accords collectifs (1/6 SSR, 2 mars 2011, *Syndicat national des entreprises du secteur privé marchand de la filière équestre des loisirs et du tourisme*, n° 313189, au Recueil). Ce critère implique l'indépendance du groupement d'employeurs vis-à-vis des pouvoirs publics. Comme le soulignait Claire Landais dans ses conclusions sous cette décision, une telle solution était déjà présente en filigrane dans une décision de Section du 19 janvier 1962 *Confédération nationale artisanale* (p. 46), les conclusions du commissaire du gouvernement publiées au Recueil justifiant la solution par le fait qu'une « organisation d'employeurs ou de salariés est dans le langage habituel un groupement libre, indépendant de l'Etat et dont la création se place en dehors du droit public ». Et Claire Landais d'approuver cette solution en jugeant opportun d'exclure qu'une organisation patronale puisse être regardée comme représentative si elle est dans la main des pouvoirs publics ou dans celle d'intérêts autres que ceux, professionnels, des employeurs.

Dans votre décision du 2 mars 2011, vous avez précisément jugé qu'alors que la FFE offrait à cette époque à chaque établissement équestre l'adhésion au Groupement hippique national, que la cotisation au GHN était perçue par la FFE qui la reversait au GHN, que le montant de cette cotisation était soumis chaque année à la FFE et que les représentants du GHN au sein des différentes instances professionnelles étaient désignés pour moitié en concertation avec la FFE, le GHN ne pouvait être regardé comme indépendant de la FFE, dont vous avez pris soin de relever qu'elle était chargée d'une mission de service public comportant notamment l'élaboration de la réglementation pour la filière équestre.

Il nous faut dire quelques mots du cadre juridique régissant les rapports entre l'Etat et les fédérations sportives.

Aux termes de l'article L. 111-1 du code du sport dans sa rédaction en vigueur à la date de l'arrêté querellé, l'Etat exerce la tutelle des fédérations sportives et veille au respect des lois et règlements en vigueur par celles-ci. Cette seule circonstance n'est cependant à nos yeux pas de nature à dénier par principe toute capacité d'une fédération sportive à respecter le critère d'indépendance défini par le code du travail. En effet, en vertu de l'article L. 131-1 du code du sport, « les fédérations sportives exercent leur activité en toute indépendance » et le Conseil d'Etat dans son étude annuelle 2019⁹ soulignait que la tutelle « juridique » de l'Etat sur les actes des fédérations est en réalité très limitée, le ministre chargé des sports n'ayant pas le pouvoir de réformer ou de suspendre un acte d'une fédération¹⁰, ni de suspendre ou de révoquer un président de fédération, et pas davantage déclarer les membres des organes dirigeants des fédérations démissionnaires d'office ou dissoudre une fédération. Comme l'indiquait une précédente étude du Conseil d'Etat de 1991, « si la loi a affirmé la tutelle (...),

⁹ *Le sport : quelle politique publique ?*, p. 70-71.

¹⁰ Section, 16 mars 1984, *B... et autres*, n° 50878, au Recueil, aux conclusions de Bruno Genevois.

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.

elle ne contient aucune indication sur les modalités de son exercice, notamment sur les sanctions dont elle pourrait être assortie »¹¹. L'inspection générale de la jeunesse et des sports est même allée jusqu'à qualifier la tutelle de l'Etat de « mythe plus qu'une réalité »¹², là où le Conseil d'Etat évoquait des « faux-semblants ».

Mais la FFE est au nombre des fédérations qui bénéficient d'une reconnaissance particulière de l'Etat et sont investies par lui de missions de service public.

Le ministre chargé des sports peut en effet, en vertu de l'article L. 131-8 du code du sport, délivrer un agrément aux fédérations sportives qui, en vue de participer à l'exécution d'une mission de service public, ont adopté des statuts comportant certaines dispositions obligatoires et un règlement disciplinaire conforme à un règlement type, les dispositions obligatoires des statuts et le règlement disciplinaire type étant définis par décret en Conseil d'Etat. Selon l'article L. 131-9 du même code, les fédérations sportives agréées participent à la mise en œuvre des missions de service public relatives au développement et à la démocratisation des activités physiques et sportives et seules ces fédérations peuvent bénéficier du concours de conseillers techniques sportifs (CTS) rémunérés par l'Etat (article L. 131-12).

Certaines fédérations agréées, comme la FFE, bénéficient d'un degré supérieur de reconnaissance par l'Etat qui se traduit par l'exercice de prérogatives de puissance publique en son nom. Il s'agit des fédérations délégataires. Selon l'article L. 131-14, « *dans chaque discipline sportive et pour une durée déterminée, une seule fédération agréée reçoit délégation du ministre chargé des sports* » et les fédérations délégataires ont notamment pour mission d'organiser les compétitions sportives à l'issue desquelles sont délivrés les titres internationaux, nationaux, régionaux ou départementaux et de procéder aux sélections correspondantes (article L. 131-15) ainsi que d'édicter les règles techniques propres à leur discipline ainsi que les règles ayant pour objet de contrôler leur application et de sanctionner leur non-respect par les acteurs des compétitions sportives (article L. 131-16). Vous jugez qu'en confiant aux fédérations sportives la mission d'organiser les compétitions nationales ou régionales, le législateur les a chargées, bien qu'elles soient des associations régies par la loi du 1er juillet 1901, de l'exécution d'un service public administratif (Section, 22 novembre 1974, *Fédération des industries française d'articles de sport*, n° 89828, p. 576 ; TC, 13 janvier 1992, *Préfet de la Région Aquitaine, c/ Association nouvelle des Girondins de Bordeaux*, n° 02681, p. 473 ; 2/7 SSR, 3 février 2016, *SASP Red Star FC et autres - Ligue de Football Professionnel et autres*, n° 391929 et 392046, aux Tables). Vos formations consultatives ont considéré que la mission de service public confiée à une fédération

¹¹ *Sport : pouvoir et discipline, l'exercice des pouvoirs disciplinaires des fédérations sportives*, éd. La documentation Française, Paris, 1991, p. 26.

¹² IGJS, *Mission relative au modèle sportif français : état des lieux des relations entre l'Etat et le mouvement sportif*, décembre 2017, p. 33 et s.

déléataire ne confère pas à celle-ci une simple faculté dont elle serait libre d'user ou de ne pas user mais lui impose de prendre les mesures réglementaires nécessaires pour atteindre l'objet sur lequel porte la délégation¹³.

Il nous semble que dans ces conditions, les fédérations sportives agréées ayant reçu délégation de l'Etat ne peuvent être regardées comme satisfaisant à la condition d'indépendance requise par l'article L. 2151-1 du code du travail. Certes, la FFE fait valoir que les financements publics, qui sont au demeurant ciblés sur des objectifs définis dans la convention pluriannuelle d'objectifs conclue avec l'Etat, représentent à peine 2 à 3% de son budget. Elle souligne en outre que le lien avec l'Etat résultant de l'agrément et de la délégation porte sur une partie circonscrite de son activité et se révèle inexistant s'agissant de l'activité de la fédération consistant à représenter les clubs équestres. Ces arguments peuvent faire hésiter mais ne nous apparaissent à la réflexion pas déterminants car l'Etat dispose bien de moyens de pression sur une fédération telle que la FFE. La solution est d'ailleurs plus ou moins engagée par votre décision du 2 mars 2011 même si la configuration du litige était différente puisqu'était en cause l'indépendance du GHN à raison de ses liens avec la FFE,

Nous nous sommes interrogés un instant sur la possibilité d'opposer le motif tiré de l'absence de satisfaction du critère d'indépendance pour rejeter la requête de la FFE alors que la ministre n'a jamais invoqué un tel motif lors de la consultation du HCDS et dans le débat contentieux, à la différence du GHN dans ses écritures devant vous. On sait en effet qu'une substitution de motifs ne peut être demandée au juge de l'excès de pouvoir que par l'administration auteur de la décision attaquée (Section, 6 février 2004, *Mme H...*, n° 240560, p. 48 ; 4/5 SSR, 5 février 2014, *Société Pludis*, n° 367815, au Recueil). Mais en réalité nous ne sommes pas dans un cas de substitution de motifs. D'abord parce que précisément la décision en litige n'est pas motivée. Ensuite parce qu'ainsi que le rappelait Vincent Daumas à ce pupitre il y a quelques années¹⁴, l'office du juge de l'excès de pouvoir est d'apporter aux moyens soulevés la réponse qui lui semble pertinente, quel que soit le contenu des écritures présentées en défense devant lui et sans que pèse sur lui l'obligation d'informer au préalable les parties. Or devant la CAA, la FFE soutenait que la ministre avait commis une erreur de droit en refusant de reconnaître sa représentativité alors qu'elle remplissait toutes les conditions légales pour une telle reconnaissance. Vous pouvez écarter son moyen en jugeant qu'elle ne les remplissait pas toutes, faute de satisfaire au critère d'indépendance.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt attaqué, au rejet de la requête de la FFE présentée devant la CAA, à ce que vous mettiez à la charge de la FFE le versement de la somme de

¹³ Avis sur l'étendue des pouvoirs des fédérations sportives titulaires d'une délégation en vertu du I de l'article 17 de la loi du 16 juillet 1984 et sur les conditions d'exercice de leurs compétences (Section de l'Intérieur : 28 octobre 2003 - Assemblée Générale : 20 novembre 2003, n° 369474).

¹⁴ Conclusions sur : 3/8 SSR, 4 février 2013, *Section de commune de Brousse-et-Selves*, n° 346584, aux Tables.

3 000 euros au GHN au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées en cassation par la FFE au même titre.

Nous pouvons en venir à la convention collective des services à la personne, dont la liste des organisations professionnelles d'employeurs représentatives a été fixée par arrêté du 21 décembre 2017. Elle inclut quatre organisations : la Fédération française des entreprises de crèches (FFEC), la Fédération française des services à la personne et de proximité (FEDESAP), le Syndicat des entreprises de services à la personne (SESP) et le Syndicat national des établissements et résidences privés pour personnes âgées (SYNERPA).

La Fédération du service aux particuliers (FESP), dont le SESP est adhérent, a contesté devant la CAA de Paris cet arrêté en tant qu'il avait retenu la représentativité de la FFEC, tandis que la FEDESAP l'a également déféré à la censure de la CAA mais en tant qu'il reconnaissait la représentativité du SESP. La cour a rejeté ces deux requêtes et la FESP se pourvoit en cassation contre son arrêt.

La fédération requérante critique **en premier lieu** la réponse apportée par la cour au moyen qu'elle avait soulevé devant elle, tiré de ce que la ministre n'avait pas procédé au contrôle qu'il lui appartenait d'opérer pour vérifier lesquelles des entreprises adhérentes de la FFEC exercent à titre principal une activité relevant du champ de la convention des services à la personne.

Selon l'article L. 2152-1 du code du travail, le nombre d'entreprises adhérent aux organisations professionnelles d'employeurs candidates à la reconnaissance de leur représentativité ainsi que le nombre de leurs salariés sont attestés, pour chacune d'elles, par un commissaire aux comptes dans des conditions déterminées par voie réglementaire. L'article R. 2152-8 du même code prévoit ainsi que pour la mesure de l'audience d'une organisation professionnelle d'employeurs dans une branche, sont prises en compte les entreprises relevant de la branche professionnelle concernée et adhérentes à cette organisation professionnelle à ce niveau ou à une structure territoriale statutaire de cette organisation ainsi que celles adhérent à une organisation professionnelle d'employeur elle-même adhérente à l'organisation candidate.

Il est donc exact de dire que seules les entreprises adhérentes à la FFEC relevant de la convention collective des services à la personne devaient être comptabilisées pour apprécier l'audience de cette organisation dans cette branche.

Mais la ministre du travail indiquait devant la cour que cette vérification est opérée par les commissaires aux comptes qui, en application de l'article R. 2152-6 du code du travail, attestent du nombre d'entreprises adhérentes des organisations candidates, en s'appuyant sur l'accès dont il dispose en vertu du même article aux données issues des déclarations sociales des entreprises, qui incluent la convention collective à laquelle chaque entreprise déclare se

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.

rattacher¹⁵. L'article R. 2152-6 prévoit que l'attestation du commissaire aux comptes est accompagnée d'une fiche de synthèse dont le modèle est arrêté par le ministre chargé du travail¹⁶, lequel modèle demande aux CAC de signaler les entreprises adhérentes dont aucun salarié ne relève de la convention collective dans laquelle l'organisation professionnelle d'employeurs se porte candidate.

La FESP a contesté cette affirmation en soutenant que le commissaire aux comptes n'est pas en mesure de vérifier si l'entreprise adhérente relève bien de la convention collective et reproché à la ministre de n'avoir pas procédé elle-même à cette vérification. La cour, sans doute influencée par l'ambiguïté de la présentation du moyen par la FESP, qui l'avait d'abord rangé dans la contestation de la légalité externe de l'arrêté, avant de le placer sous l'autel de contestation de sa légalité interne mais en évoquant maladroitement un vice de procédure, s'est bornée à relever qu'il ne ressortait d'aucune pièce du dossier « que l'arrêté attaqué serait entaché d'un vice de procédure faute pour la ministre de produire les pièces attestant de l'examen de la situation de la FFEC, dès lors que la FESP n'établit ni même n'allègue que le dossier de candidature de la FFEC n'aurait pas respecté les dispositions légales et réglementaires ». Il est vrai que cette réponse est un peu sèche et énigmatique mais y voir une insuffisance de motivation serait excessivement sévère et dès lors que la cour n'a pas pris parti sur le point de savoir s'il appartenait à la ministre de vérifier elle-même si les entreprises adhérentes de la FFEC relevaient bien du champ de la convention collective des services à la personne, le moyen tiré de ce qu'elle aurait commis une erreur de droit en jugeant qu'elle n'avait pas à le faire est inopérant.

La FESP soutient **en deuxième lieu** que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que les entreprises adhérentes de la FFEC relevaient nécessairement toutes de la convention des services à la personne dès lors qu'elles pratiquent une activité de garde collective d'enfants.

La FFEC défendait en effet cette thèse devant la cour, et le fait toujours devant vous. Cette thèse est pourtant clairement erronée.

La convention collective nationale des entreprises de services à la personne du 20 septembre 2012¹⁷ s'applique aux employeurs et aux salariés des entreprises à but lucratif et de leurs établissements, à l'exclusion des associations, dont « *l'activité principale est la prestation et / ou la délivrance de services à la personne* » et dont « *l'activité est réalisée sur*

¹⁵ L'identifiant de la convention collective (IDCC).

¹⁶ Arrêté du 13 juillet 2016 relatif aux modalités de candidature des organisations professionnelles d'employeurs dans le cadre de l'établissement de leur représentativité en 2017.

¹⁷ Dont le champ d'application a été défini par l'accord professionnel du 12 octobre 2007 relatif au champ d'application du secteur des entreprises de services à la personne, étendu par arrêté du 24 janvier 2011, dans le prolongement duquel la convention s'inscrit selon son préambule, qui renvoie explicitement à cet accord pour la définition de son champ d'application.

le lieu de vie du bénéficiaire de la prestation, qu'il s'agisse de son domicile, de sa résidence ou de son lieu de travail ». Il est précisé qu'il s'agit exclusivement de quatre catégories d'activités exercées à titre principal par l'entreprise : liées à la maison (travaux ménagers, de jardinage ou de bricolage notamment), à la famille (garde d'enfants à domicile, soutien scolaire à domicile notamment), aux personnes âgées, dépendantes ou handicapées, et enfin des services à la personne sur son lieu de travail, parmi lesquels la garde collective d'enfants.

Il est donc clair que la convention a entendu inclure dans son champ, outre la garde d'enfants à domicile, les entreprises qui ont une activité de garde collective d'enfants sur le lieu de travail, ce qu'on appelle communément les crèches d'entreprise, et non les entreprises de crèche qui ont une activité de crèche « classique », située dans un lieu propre dans lequel les parents déposent leurs jeunes enfants avant de partir travailler.

Contrairement à ce que soutient la FFEC, la circonstance que l'article L. 7231-1 du code du travail inclut la « garde d'enfants » sans autre précision dans les services à la personne est sans incidence sur le champ d'application de la convention collective, dès lors, d'une part, que cette définition ne vaut que pour l'application du titre III du Livre II de la septième partie du code du travail, qui comporte des dispositions relatives aux activités de services à la personne, notamment l'application d'un taux réduit de TVA et d'un crédit d'impôt sur le revenu¹⁸ et, d'autre part, que le champ d'application d'une convention collective est par construction défini par ses signataires, des auteurs ayant pertinemment souligné que « le premier enjeu de la négociation collective dans une branche consiste précisément à la définir »¹⁹.

La cour ne nous paraît cependant pas avoir commis l'erreur de droit alléguée en retenant la thèse erronée de la FFEC, malgré une rédaction un peu ambiguë dont la requérante tente de tirer avantage. En précisant que la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs par branche professionnelle est mesurée dans le champ de la convention collective à laquelle elles déclarent se rattacher en fonction de l'activité de leurs adhérents ou d'une partie d'entre eux, et en relevant que la convention incluait la « garde collective d'enfants » dans les services à la personne réalisés sur le lieu de travail, la cour, en jugeant que la ministre pouvait légalement reconnaître la représentativité dans cette branche d'une organisation professionnelle représentant les entreprises de crèches, a implicitement jugé qu'il en allait ainsi parce que parmi ces entreprises certaines au moins assurent des services de crèches d'entreprises. L'ambiguïté des motifs retenus par la cour s'explique sans doute par la circonstance qu'en l'espèce, la ministre du travail admettait avoir pris en compte l'ensemble des 410 entreprises adhérentes de la FFEC et non certaines d'entre elles seulement, en

¹⁸ Article L. 7233-2 du code du travail.

¹⁹ Gilles Béliet, Aurélie Cormier Le Goff, Henri-José Legrand, *Le nouveau droit de la négociation collective*, Wolters Kluwer, 6^{ème} édition, 2018, p. 287-288.

expliquant que toutes les entreprises adhérentes exerçaient l'activité de crèches d'entreprise, entre autres modalités d'exercice de l'activité de garde collective d'enfants.

La FESP critique **en troisième lieu** les motifs par lesquels la CAA a retenu que la circonstance que la FFEC ait adhéré à la convention collective des services à la personne postérieurement à l'établissement de la représentativité est sans incidence sur la légalité de l'arrêté dès lors qu'aucune disposition ne prévoit que cette adhésion soit une condition nécessaire pour déterminer la représentativité d'une organisation professionnelle. Outre que ces motifs sont exempts de toute erreur de droit²⁰, la critique exprimée en cassation, tirée de ce que la FFEC ne satisfaisait pas le critère d'ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation défini par l'article L. 2151-1 du code du travail est nouvelle et par suite inopérante.

Sont également critiqués, et c'est le moyen le plus intéressant du pourvoi, qui vous permettra de compléter votre jurisprudence sur ce point, les motifs par lesquels la cour a jugé que la FFEC satisfaisait le critère de l'influence.

Selon l'article L. 2151-1 du code du travail, celle-ci est prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience. Contrairement aux critères du respect des valeurs républicaines, de l'indépendance et de la transparence financière qui font l'objet d'une appréciation autonome et binaire, ce critère doit donner lieu à une appréciation globale avec l'ancienneté de l'organisation²¹ et son audience (4/1 CHR, 16 avril 2021, *Union nationale des entreprises du paysage*, n° 434192, aux Tables ; décision s'inscrivant dans la continuité de décisions antérieures rendues dans le cadre juridique antérieur à la loi du 5 mars 2014 : Cass. Soc., 29 février 2012, n° 11-13.748, Bull. 2012, V, n° 83 ; 1/6 SSR, 30 décembre 2013, *Union des syndicats de l'immobilier (UNIS)*, n° 352901, aux Tables sur un autre point)²².

²⁰ Ainsi que le relevait notre collègue Frédéric Dieu à ce pupitre récemment, aucun texte ne subordonne la reconnaissance de la représentativité dans une branche à l'adhésion préalable à la convention collective de cette branche. Cette indépendance entre l'adhésion à une CCN de branche et l'appréciation de la représentativité dans le champ couvert par cette CCN a aussi pour conséquence que l'adhésion d'une organisation d'employeurs à une CCN ne suffit pas à établir sa représentativité au niveau du champ qu'elle couvre (1/6 SSR, 24 février 2015, *Association des producteurs de cinéma et autres et Fédération communication conseil culture F3C*, n° 370629, aux Tables).

²¹ A condition que l'ancienneté minimale de deux ans soit respectée.

²² Les modalités de justification de leur influence par les organisations professionnelles d'employeurs sont précisées par l'arrêté du 13 juillet 2016 relatif aux modalités de candidature de ces organisations dans le cadre de l'établissement de leur représentativité en 2017, qui prévoit que les justificatifs sont notamment « *la référence de publications, la copie d'actes ou de programmes de colloques ou de congrès, ou de tout autre document permettant de démontrer que l'organisation professionnelle candidate mène des actions pour défendre les intérêts de la profession, du secteur représenté ou de l'interprofession et de ses adhérents, pour l'année en cours ou les années antérieures* ».

La requérante soutient que la cour ne pouvait sans erreur de droit considérer que le critère de l'influence était satisfait au seul motif que la FFEC démontrait son influence dans le champ des services à la petite enfance, qui ne représentent qu'une part minoritaire des services à la personne.

Vous avez récemment admis, dans le cas inverse, que la circonstance que les actions d'une organisation professionnelle d'employeurs ne concernent pas exclusivement le secteur de la convention collective concernée n'est pas, par elle-même, de nature à l'empêcher de satisfaire le critère de l'influence (décision *Union nationale des entreprises du paysage* déjà mentionnée). Si vous avez jugé que ne pouvait être regardée comme représentative dans la convention collective nationale de la production cinématographique une organisation d'employeurs ne comptant comme membres que quatre groupes réunissant au total neuf sociétés de production cinématographique, en relevant notamment qu'une part essentielle de l'activité de ces groupes relève d'autres secteurs, notamment de la distribution de films et de l'exploitation de salles de cinéma, qui ne relèvent pas de la branche de la production cinématographique (1/6 SSR, 24 février 2015, *Association des producteurs de cinéma*, n°370629, aux Tables), il ne s'agissait là que d'un des motifs retenus par votre décision qui s'est fondée pour l'essentiel sur la très faible part des entreprises de la branche que cette organisation regroupait et la part minimale de la production cinématographique française et des salariés de la branche qu'elle représentait. Même si la décision ne le dit pas explicitement, ces éléments se rattachaient au critère de l'audience et non de l'influence, ainsi que le montrent bien les conclusions d'Alexandre Lallet sous cette décision.

La question posée par le pourvoi ne nous paraît en revanche pas trouver de réponse dans votre jurisprudence, du moins pas de réponse explicitement tranchée : la circonstance que l'influence d'une organisation professionnelle d'employeurs ne soit établie que pour une part minoritaire des activités incluses dans le champ d'application d'une convention collective interdit-elle par principe au ministre de reconnaître sa représentativité ?

Nous n'avons guère de doute pour apporter une réponse négative à cette question et écarter la critique du pourvoi.

Nous relevons que votre approche en matière d'appréciation de l'influence est pragmatique. Dans la décision *Union nationale des entreprises du paysage*, vous avez admis la représentativité dans la convention collective des entreprises du paysage de la Chambre nationale de l'artisanat des travaux publics et des travaux publics alors même que, selon notre collègue Frédéric Dieu dans ses conclusions sous cette décision, seuls 17% des entreprises adhérentes de cette organisation sont des entreprises du paysage, les autres étant des entreprises de travaux publics.

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 approche souple nous semble parfaitement cohérente avec le mouvement actuel de restructuration des branches qui, en poussant à la fusion de branches autrefois séparées, ne peut que conduire à ce que, au moins dans un premier temps, des organisations hier représentatives dans l'une des branches fusionnées, soient actives dans une partie seulement du nouveau champ conventionnel. S'agissant du seuil minimal requis pour que l'influence de l'organisation candidate à la reconnaissance de sa représentativité soit regardée comme suffisante, tout est affaire d'appréciation, mais celle portée en l'espèce par la cour n'est pas contestée en cassation. Vous pourrez donc écarter le moyen d'erreur de droit.

Il nous reste à vous dire un mot du dernier moyen soulevé par la FESP, qui critique les motifs par lesquels la cour a écarté comme n'étant assorti d'aucune précision permettant d'en apprécier le bien-fondé le moyen tiré de ce que la FFEC ne disposait pas de représentations locales lui permettant d'être présente sur l'ensemble du territoire. Contrairement à ce qui est soutenu en cassation, en portant cette appréciation des écritures de la fédération requérante dénuée de toute dénaturation, la cour n'a pas fait peser sur celle-ci la charge de prouver que la FFEC ne respectait pas les critères légaux, si bien que le moyen tiré de ce qu'elle aurait ce faisant entaché d'erreur de droit ne peut qu'être écarté comme inopérant.

PCMNC au rejet du pourvoi et à ce que vous mettiez à la charge de la FESP le versement à la FFEC et au SYNERPA de la somme de 3 000 euros chacun.

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.