

N° 431431
Ministre du travail

N° 433536
Ministre du travail

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 22 octobre 2021
Décision du 22 novembre 2021

CONCLUSIONS

M. Raphaël CHAMBON, Rapporteur public

Depuis la réforme de la représentativité syndicale issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, l'audience des organisations syndicales, qui constitue désormais l'un des critères essentiels permettant d'établir la représentativité d'une organisation syndicale, est appréciée tous les quatre ans. Elle a été mesurée pour la deuxième fois au niveau national et interprofessionnel ainsi qu'au niveau des branches professionnelles, à partir de l'agrégation des scores enregistrés par les organisations syndicales sur le cycle électoral 2013-2016, lors des élections professionnelles organisées dans les établissements d'au moins onze salariés et du scrutin organisé auprès des salariés des très petites entreprises, conformément aux articles L. 2122-5 et L. 2122-9 du code du travail.

Par des arrêtés du 10 novembre 2017 et du 12 décembre 2017 pris en application de l'article L. 2122-11 du code du travail, la ministre du travail a fixé la liste des organisations syndicales reconnues représentatives dans la convention collective nationale de l'enseignement privé non lucratif¹, créée en juillet 2016 par la fusion de neuf conventions collectives nationales, et dans celle de l'enseignement agricole privé, créée en novembre 2016 par la fusion de trois conventions². Dans chacune de ces deux branches, ont été reconnues représentatives la CFDT, la CFTC et le Syndicat professionnel de l'enseignement libre catholique (SPELC). Cinq organisations syndicales, jusqu'alors regardées comme

¹ n° 3218.

² n° 7520.

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.

représentatives dans certaines des anciennes conventions collectives et qui ne le sont plus dans la nouvelle, faute d'avoir atteint le seuil de 8% des suffrages exprimés dans la branche, ont demandé l'annulation du premier de ces arrêtés, trois d'entre elles ayant aussi demandé l'annulation du second, et la CAA de Paris a fait droit à leurs requêtes par deux arrêts contre lesquels la ministre du travail se pourvoit en cassation.

Ces deux pourvois posent une même question, tenant à la prise en compte, pour apprécier l'audience des organisations syndicales dans chacune de ces conventions collectives, des suffrages exprimés lors des élections professionnelles par les agents publics enseignant dans les établissements d'enseignement privé.

Les établissements scolaires relevant des branches en cause ont en effet la particularité qu'**y sont employés à la fois des agents de droit privé et des agents de droit public**. Ces agents de droit public sont :

- dans les établissements d'enseignement privés du premier et du second degré sous contrat d'association, des « *maîtres de l'enseignement public* », c'est-à-dire des fonctionnaires relevant d'un corps de l'éducation nationale, et des « *maîtres liés à l'Etat par contrat* » qui ont la qualité d'agent public depuis que la loi du 5 janvier 2005 dite loi Censi³ a clarifié le régime juridique applicable à ces personnels⁴, l'article L. 442-5 code de l'éducation disposant que ces maîtres, « *en leur qualité d'agent public, ne sont pas, au titre des fonctions pour lesquelles ils sont employés et rémunérés par l'Etat, liés par un contrat de travail à l'établissement au sein duquel l'enseignement leur est confié* », ainsi que des documentalistes, régis par les mêmes dispositions en vertu de l'article L. 914-1 du code de l'éducation⁵ ;

³ Loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005 relative à la situation des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat.

⁴ Ainsi que le relevait Luc Derepas dans ses conclusions sous votre décision *Syndicat SNPEFP-CGT et autres* du 28 novembre 2008, vous tiriez des dispositions de la loi Debré du 31 décembre 1959 selon lesquelles ces maîtres « sont liés à l'Etat par un contrat » qu'ils avaient la qualité de contractuels de droit public (3/5 SSR, 26 juin 1987, *L...*, n° 75569, aux Tables ; Section, 26 mars 1993, *P...*, n° 95606, au Recueil), alors que la Cour de cassation, lorsque la question de l'application du code du travail à ces personnels lui était posée, faisait prévaloir le fait qu'ils étaient placés sous la subordination et l'autorité du chef d'établissement, et en concluait qu'ils étaient des salariés de droit privé (Cass. Soc., 29 novembre 1979, n° 79-60.708, Bull. n°927 ; 5 juin 1985, n° 84-60.678, Bull. V n° 329). Dans sa décision n° 2013-322 QPC du 14 juin 2013, Conseil constitutionnel a relevé à ce sujet qu'« en précisant que, en leur qualité d'agent public, les maîtres de l'enseignement privé ne sont pas, au titre des fonctions pour lesquelles ils sont employés et rémunérés par l'État, liés par un contrat de travail à l'établissement au sein duquel l'enseignement leur est confié, le législateur a entendu clarifier le statut juridique des maîtres de l'enseignement privé sous contrat pour mettre fin à une divergence d'interprétation entre le Conseil d'État et la Cour de cassation » (§ 8).

⁵ « *Les documentalistes exerçant leurs fonctions au profit des élèves des classes sous contrat des établissements d'enseignement privés du second degré bénéficient d'un contrat dans les mêmes conditions que les maîtres*

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.

- dans les établissements d'enseignement agricole privés sous contrat d'association, des personnels enseignants et de documentation liés par un contrat de droit public à l'Etat, qui les rémunère directement, l'article L. 813-8 du code rural et de la pêche maritime prévoyant aussi depuis la loi Censi qu'en leur qualité d'agent public, ils ne sont pas, au titre des fonctions pour lesquelles ils sont employés et rémunérés par l'Etat, liés par un contrat de travail à l'établissement au sein duquel l'enseignement leur est confié.

La conséquence de ces dispositions étant de **soustraire les personnels en cause du champ d'application du code du travail**, tant la Cour de cassation que vous-mêmes avez jugé que ces agents publics n'avaient pas la qualité de salarié des établissements ni par suite celle d'électeur et d'éligible aux élections prud'homales (1/6 SSR, 28 novembre 2008, *Syndicat SNPEFP-CGT et autres*, n° 319620, aux Tables ; 2e Civ., 2 avril 2009, n° 08-60.586, Bull. 2009, II, n° 85).

Mais pour tenir compte de ce qu'en pratique, ces personnes sont insérées dans la communauté de travail des établissements d'enseignement privé⁶, les mêmes dispositions législatives prévoient, dans leur rédaction applicable aux litiges dont vous êtes saisis, que nonobstant l'absence de contrat de travail avec l'établissement, **ces agents de droit public sont électeurs et éligibles pour les élections des délégués du personnel et les élections au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et au comité d'entreprise** et bénéficient de ces institutions dans les conditions prévues par le code du travail⁷. Ils participent donc aux élections professionnelles organisées dans leur établissement et la question posée par les deux pourvois est la suivante : **faut-il prendre en compte les suffrages de ces agents publics pour l'appréciation de la représentativité des organisations syndicales au niveau de la branche, alors que la convention collective ne s'applique pas à eux ?**

Précisons que ce dernier point nous paraît certain : **les agents de droit public en question ne sont pas régis par les conventions collectives applicables dans ces établissements**. En effet, l'article L. 2211-1 du code du travail prévoit que les dispositions du livre II relatif à la négociation collective et aux conventions et accords collectifs de travail, au

exerçant dans ces classes ».

⁶ La Cour de Cassation a estimé que la loi du 5 janvier 2005 ne faisait pas obstacle à ce qu'un maître de l'enseignement privé sous contrat d'association soit désigné comme délégué syndical dans son établissement dès lors que ces maîtres sont « intégrés de façon étroite et permanente dans la collectivité de travail de leur établissement » (avis du 15 janvier 2007, n° 07-00.002, Bull. 2007 Avis n°1, p. 1).

⁷ Ce qui a notamment pour conséquence qu'ils peuvent bénéficier d'heures de délégation dans les mêmes conditions que les agents de droit privé : Soc., 8 décembre 2016, n° 13-28.002, Bull. 2016, V, n° 244.

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.

sein duquel se trouvent les dispositions sur les conventions de branche, « *sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés* », ce qui exclut nécessairement les agents de droit public liés à l'Etat, l'article L. 2232-5-1 de ce code prévoyant de même que la branche a pour mission de « *définir les conditions d'emploi et de travail des salariés* ».

Au demeurant, les deux conventions collectives en question excluent explicitement ces agents publics de leur champ d'application, l'une stipulant qu'elle s'applique aux salariés des établissements « *à l'exclusion de ceux bénéficiant de dispositions statutaires spécifiques* »⁸, l'autre qu'elle ne s'applique qu'aux personnels des établissements « *dont la relation de travail est régie par un contrat de droit privé* »⁹.

La jurisprudence de la Cour de cassation est en ce sens dès lors qu'elle a jugé, à propos non d'une convention collective mais d'un accord collectif départemental conclu par une association de gestion des établissements d'enseignement catholique, que les stipulations d'un tel accord, conclu au profit de « tous les salariés, cadres et non cadres, enseignants et non enseignants » n'étaient plus applicables aux agents de droit public enseignant dans les établissements d'enseignement privés sous contrat (Soc., 6 février 2013, n° 11-19.382, Bull. 2013, V, n° 30).

Dès lors que les agents de droit public n'entrent pas dans le champ d'application des deux conventions collectives, nous croyons qu'il n'y a pas lieu de prendre en compte leurs suffrages pour le calcul de la représentativité des organisations syndicales de salariés au niveau de la branche professionnelle régie par ces conventions.

Certes, sont représentatives dans les branches professionnelles, selon l'article L. 2122-5 du code du travail dans sa rédaction alors applicable, les organisations syndicales qui ont recueilli au moins 8 % des suffrages exprimés, sans restriction, résultant de l'addition au niveau de la branche, d'une part, des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires aux comités d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, et, d'autre part, des suffrages exprimés au scrutin concernant les entreprises de moins de onze salariés. Mais il nous semble aller de soi que seuls les suffrages exprimés par les salariés entrant dans le champ d'application de la convention collective peuvent être déterminés pour apprécier la représentativité des OS au niveau de la branche¹⁰. Le régime dérogatoire créé pour les agents

⁸ Article 2 de la convention collective nationale de l'enseignement privé non lucratif.

⁹ Article 1^{er} de la convention collective nationale de l'enseignement agricole privé.

¹⁰ Le problème se pose très différemment au niveau de l'établissement. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle jugé, à propos d'un litige relatif aux sociétés France Télécom, Orange France, Orange Distribution et Orange Réunion, et alors que France Telecom employait simultanément des fonctionnaires et des salariés de droit privé conformément à la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative à France Telecom, qu'en principe, la

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.

publics en question par les dispositions du code de l'éducation et du code rural et de la pêche maritime en prévoyant leur participation aux élections professionnelles ne vaut qu'au niveau de l'établissement d'enseignement et pas au niveau de la branche, faute que le législateur en ait disposé ainsi.

Cette analyse n'est pas contestée par la ministre du travail.

La ministre du travail, à qui il appartient d'apprécier l'audience des organisations syndicales dans le champ de la convention de branche en se fondant sur les suffrages exprimés à l'occasion des élections professionnelles grâce à un système de centralisation des résultats dont les caractéristiques sont fixées par l'article D. 2122-6 du code du travail, pour autant que ces suffrages lui permettent, avec la fiabilité et l'exhaustivité requises¹¹, a toutefois été confrontée à une difficulté pratique.

Contrairement à ce qui a été prévu pour d'autres secteurs professionnels connaissant une problématique similaire¹², aucune disposition législative ou réglementaire n'a donné la marche à suivre en prescrivant l'organisation des élections professionnelles dans les établissements concernés par collèges distincts ou dans des urnes séparées regroupant, d'une part, les agents de droit public, d'autre part, leurs collègues de droit privé.

Ainsi, la plupart des établissements ont organisé le scrutin dans des conditions ne permettant pas de distinguer les suffrages des deux catégories d'agents.

Face à l'impossibilité d'isoler systématiquement et donc d'exclure les suffrages des agents publics, la ministre du travail a fait le choix d'exclure les seuls suffrages des agents publics lorsqu'avaient été mises en place des urnes distinctes, lesquels représentent 5% des suffrages valablement exprimés dans le champ de la convention collective de l'enseignement privé général, tandis que seuls quatre établissements relevant du champ de la convention

représentativité des organisations syndicales au sein des sociétés composant une unité économique et sociale où a été institué, pour l'élection des représentants du personnel, un collège électoral unique incluant des salariés de droit privé et des fonctionnaires, doit être appréciée au regard de la totalité des suffrages exprimés par l'ensemble des électeurs composant ce collège, sauf dispositions légales particulières (Cass., 2 juillet 2012, n° 12-00.009, Avis, Bull. 2012, n° 6).

¹¹ Voir sur ce point : 4/5 SSR, 30 décembre 2015, *CGT-FO*, n° 387420, au Recueil.

¹² Voir par exemple l'arrêté ministériel du 15 juillet 2014 fixant les modalités des élections des délégués du personnel et des représentants du personnel aux comités d'entreprise des offices publics de l'habitat, qui prévoit que les voix des agents de droit public des OPH sont comptabilisées dans des urnes séparées de celle des voix des autres membres du personnel, par collège électoral, afin de permettre leur prise en compte en vue de la constitution du Conseil commun de la fonction publique, du Conseil supérieur de la fonction publique territoriale, du Centre national de la fonction publique territoriale.

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.

collective de l'enseignement privé agricole avaient adopté un tel vote séparé et ont vu le procès-verbal des résultats du vote des agents publics exclu du décompte.

La ministre a revanche pris en compte, outre, naturellement, les suffrages des salariés de droit privé ayant voté dans des urnes séparées, tous les suffrages émis lorsqu'il y avait une urne unique, peu important qu'ils aient été pour partie émis par des électeurs ayant le statut d'agent public de l'Etat.

La CAA de Paris a annulé les arrêtés contestés en jugeant que dès lors que l'organisation des élections ne prévoyait pas d'urnes distinctes, il appartenait à la ministre de prendre en compte l'ensemble des suffrages exprimés, y compris par les agents de droit public, ce qui interdisait d'exclure les suffrages de tels agents ayant voté dans des urnes distinctes.

Ainsi que le soutient la ministre, la cour a ce faisant commis une erreur de droit, dès lors, nous l'avons vu, que les suffrages des agents de droit public ne pouvaient légalement être pris en compte.

Mais ainsi que le soutiennent les organisations syndicales qui avaient saisi la CAA, la ministre s'est arrêtée au milieu du gué en adoptant une solution bancale car elle ne pouvait pas davantage légalement prendre en compte les suffrages des agents de droit public ayant voté dans des urnes communes avec leurs collègues salariés. Les résultats que la ministre a pris en compte ne satisfaisaient en effet pas à l'exigence de fiabilité requise, eu égard à l'importance relative des agents de droit public parmi les effectifs des établissements d'enseignement privés concernés – sur ce point nous n'avons pas trouvé, au dossier ou disponible publiquement, de chiffres précis dont la fiabilité soit assurée¹³, mais il est certain que leur part est très significative.

Réglant les affaires au fond, vous annulerez donc les deux arrêtés en litige.

Vous pourriez vous demander : mais quelle attitude aurait donc dû adopter la ministre pour respecter les exigences légales dans la situation inextricable que nous avons décrite ? Il

¹³ Dans les établissements d'enseignement agricole privés, sur 3158 votants, 2130 étaient des agents de droit public selon le Syndicat national de l'enseignement initial privé CGT. Dans l'enseignement privé sous contrat « général », on dénombre plus de 45 000 enseignants de droit public dans le premier degré et plus de 97 000 dans le second degré (source : Direction de l'évaluation, de la prospective et de la performance, *Repères et références statistiques 2021*), tandis que, pour l'enseignement catholique qui représente une part très prépondérante des établissements, les organismes de gestion de l'enseignement catholique qui sont les employeurs des personnels de droit privé emploient plus de 80 000 salariés (source : les chiffres clés de l'enseignement catholique 2018-2019).

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.

nous semble qu'il n'était tout simplement pas possible de prendre des arrêtés de représentativité en se fondant sur les résultats des élections professionnelles en cause. La tierce solution consistant à ne prendre en compte que les seuls suffrages émis par des salariés de droit privé dans des urnes séparées n'était en effet pas davantage envisageable légalement dès lors que le nombre de suffrages qui auraient été ainsi pris en compte aurait été très faible et cette solution se serait heurtée à une autre exigence légale qui est celle de l'exhaustivité des suffrages pris en compte. Vous jugez en effet que si le ministre du travail est fondé, pour assurer la fiabilité des données requise pour l'établissement des mesures d'audience, à écarter les procès-verbaux dont les données ne sont pas exploitables en raison des anomalies qu'ils comportent, il lui appartient toutefois de veiller, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, à ce que les traitements opérés à ce titre ne remettent pas en cause, eu égard notamment au nombre des procès-verbaux concernés, l'exhaustivité nécessaire à l'établissement de ces mêmes mesures d'audience (4/5 SSR, 30 décembre 2015, *CGT-FO*, n° 387420, au Recueil). Aucune des solutions envisageables n'étant légale, les résultats étaient tout bonnement inexploitables et il nous semble que la ministre était dans l'impossibilité matérielle de prendre l'arrêté que la loi lui prescrivait de prendre.

Une telle situation contraint la ministre, dans l'hypothèse où des accords sont conclus et où des oppositions sont formées ou des demandes d'extension formulées, à apprécier la représentativité des organisations autrement, par exemple en faisant une enquête de représentativité sur le fondement de l'article L. 2121-2 du code du travail, comme cela était pratiqué avant la loi de 2008.

Vous pourriez vous poser la question de moduler dans le temps les effets des annulations que vous prononcerez. La CFTC l'avait demandé devant la CAA, s'agissant de l'arrêté du 22 décembre 2017, en se prévalant de la nécessité de ne pas fragiliser les accords qui avaient été conclus depuis son entrée en vigueur par les organisations qu'il avait reconnues comme représentatives, notamment un accord relatif à la prise en charge des frais de santé, un accord sur l'accompagnement du handicap et la désignation de l'opérateur de compétences compétent en matière de formation professionnelle. La CAA avait jugé que les effets de l'arrêté devaient être regardés comme définitifs sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de son arrêt contre les actes pris sur son fondement.

Dès lors que les arrêtés litigieux ont un caractère purement reconnaissant, ainsi que l'ont souligné avant nous plusieurs commissaires du gouvernement ou rapporteurs publics à ce pupitre¹⁴, leur annulation, eu égard à ses motifs, n'a pour effet de priver de représentativité les organisations qu'il a reconnues comme représentatives. Il nous semble donc que l'annulation des arrêtés n'aura pas nécessairement pour effet de rendre invalides les accords en question,

¹⁴ Notamment Claire Landais, Gilles Le Chatelier et le président Stahl.

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.

ce qu'il appartiendrait le cas échéant au juge judiciaire d'apprécier. En l'absence de tout autre élément fourni par les parties sur ce point, nous vous proposons de ne pas faire usage du pouvoir de modulation issu de votre jurisprudence *AC !*, comme vous avez déjà refusé de le faire dans votre décision du 2 mars 2011 *Syndicat national des entreprises du secteur privé marchand de la filière équestre des loisirs et du tourisme* par laquelle vous avez annulé une décision reconnaissant à une organisation professionnelle d'employeurs la qualité d'organisation syndicale représentative sur le plan national dans le secteur des centres équestres.

PCMNC à l'admission de l'intervention en demande présentée par la FEP-CFDT dans l'instance 431431, qui nous semble recevable, à l'annulation des arrêts attaqués et à l'annulation des deux arrêtés contestés.

S'agissant des conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du CJA :

- Dans l'instance 431431, vous mettrez à la charge de l'Etat le versement à chacune des cinq organisations requérantes devant la CAA d'une somme de 1 000 euros et vous rejetterez les conclusions présentées par la CFCT et par la FEP CFDT.
- Dans l'instance 433536, vous mettrez à la charge de l'Etat le versement à chacune des trois organisations requérantes devant la CAA d'une somme de 1 000 euros et vous vous rejetterez les conclusions présentées par le Syndicat professionnel de l'enseignement libre catholique, la CFCT et la FEP CFDT.

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.