

N° 434612
Ministre du travail
c/ SYNDICAT UNSA OPH

N° 439658
Syndicat national des pilotes de ligne (SNPL)

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 7 mars 2022
Décision du 6 avril 2022

CONCLUSIONS

M. Raphaël CHAMBON, Rapporteur public

Avant la réforme de la représentativité syndicale conduite en 2008, l'article L. 2122-1 du code du travail, dans sa rédaction issue en substance de la loi Auroux du 28 octobre 1982, dotait d'une présomption irréfragable de représentativité valant pour tous les niveaux de représentation et de négociation tous les syndicats affiliés à l'une des cinq confédérations syndicales reconnues représentatives au plan national visées par l'arrêté ministériel du 31 mars 1966 (CGT, CFDT, CGT-FO, CFTC, CGC-CGE).

Les syndicats qui n'étaient pas affiliés à l'une de ces organisations devaient en revanche prouver leur représentativité effective, au niveau et au moment où ils prétendaient exercer leurs prérogatives, soit le respect des cinq critères légaux définies par l'ancien article L. 133-2 devenu L. 2121-1. L'ancien article L. 133-3 devenu L. 2121-2 disposait à cet effet que « *s'il y a lieu de déterminer la représentativité d'un syndicat ou d'une organisation professionnelle autre que ceux affiliés à l'une des organisations représentatives au niveau national, l'autorité administrative diligente une enquête* », l'organisation intéressée devant fournir les éléments d'appréciation dont elle dispose, étant précisé que la jurisprudence de la Cour de cassation avait prétoriennement ajouté un critère d'audience électorale.

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, qui a profondément modifié les règles de la représentativité des organisations syndicales, a rénové la liste des critères de représentativité en y ajoutant notamment le critère de l'audience électorale, établie selon les dispositions des articles L. 2122-1, L. 2122-5 et L. 2122-9 du code du travail, selon lesquels le seuil d'audience est de 10 % dans les entreprises et 8 % dans les branches professionnelles et au niveau national

interprofessionnel, la mesure de l'audience s'effectuant tous les quatre ans. Le nouvel article L. 2122-11 prévoit que le ministre chargé du travail arrête, après avis du Haut Conseil du dialogue social, la liste des organisations syndicales reconnues représentatives par branche professionnelle et des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel en application des articles L. 2122-5 à L. 2122-10.

Cette loi a pourtant laissé inchangé l'article L. 2121-2 relatif à la conduite d'une enquête par l'administration pour déterminer « *la représentativité d'un syndicat (...) autre que ceux affiliés à l'une des organisations représentatives au niveau national* ». Vous jugiez dans l'état du droit antérieur à la réforme de 2008 qu'il appartenait au ministre d'apprécier suivant cette procédure la représentativité d'une organisation non seulement lorsqu'il détermine la composition d'une commission mixte au sein de laquelle un accord doit être négocié ou qu'il envisage l'extension d'une convention signée, mais également dans l'hypothèse où celle-ci est contestée dans le cadre d'une négociation engagée sur le fondement de l'article L. 2261-19 du code du travail, c'est-à-dire en commission paritaire (1/4 SSR, 14 octobre 1996, *Ministre du travail c/ Groupement professionnel national d'informatique*, n° 161902, aux Tables).

A ce pupitre, anticipant sur la jurisprudence administrative et judiciaire qui a depuis confirmé son analyse, Jean Lessi soulignait que cette disposition n'était pas nécessairement privée de portée par la réforme de 2008 en soulignant que « l'on peut imaginer des événements susceptibles d'en justifier l'usage entre deux mesures de l'audience, tenant au paysage syndical ou à l'architecture des branches, ou en raison de ce que l'audience n'est finalement que l'un des nouveaux critères de représentativité (aux côtés de la transparence, de l'ancienneté, etc.) et que l'on peut imaginer une évolution de la situation au regard des autres critères »¹.

C'est précisément la portée de cette disposition dans l'état du droit issu de la réforme de 2008 et son articulation avec les dispositions des articles L. 2122-5 et L. 2122-11 qui sont au cœur des deux pourvois dont vous êtes saisis.

Commençons par celui formé par le syndicat national des pilotes de ligne (SNPL), qui constitue le principal syndicat des personnels navigants techniques (PNT) dans les entreprises de transport et de travail aériens.

Si les personnels au sol de ces entreprises sont couverts par une convention collective nationale, ce n'est pas le cas de leurs personnels navigants techniques. Ce fut le cas par le passé, une convention collective ayant été signée en 1987² mais elle a été dénoncée en 1994 par la Fédération nationale de l'aviation marchande (FNAM), qui en était signataire côté patronal.

¹ Conclusions sur : 1/6 SSR, 30 mars 2016, *Fédération autonome générale de l'industrie hôtelière touristique (FAGIHT)*, n° 384903 384904, aux Tables.

² IDCC 1475.

En 2014, des négociations ont été engagées en vue de la conclusion d'une nouvelle convention collective applicable aux PNT. Afin de permettre ces négociations, à la demande des partenaires sociaux, le ministère du travail a mené une enquête de représentativité sur le fondement de l'article L. 2121-2 du code du travail qui l'a conduit à prendre, le 11 février 2015, une décision reconnaissant représentatives à l'égard des personnels navigants techniques des entreprises de transport aérien plusieurs organisations syndicales dont le SNPL, dont le poids était fixé à 91,57 %. Les négociations ont cependant échoué et aucune convention collective n'a été signée.

A l'issue du cycle électoral 2013-2016, le SNPLF a, par un courrier en date 19 janvier 2017 saisi la ministre du travail d'une demande d'enquête de représentativité à l'égard des personnels navigants techniques. En l'absence de réponse ministérielle, il a formé un recours pour excès de pouvoir contre la décision implicite de rejet. Le 14 décembre 2017, le SNPL a de nouveau saisi la ministre, en lui demandant cette fois de prendre un arrêté fixant la liste des organisations syndicales représentatives à l'égard du personnel navigant technique des entreprises de transport aérien. Il a également contesté le refus implicite opposé à sa demande.

Par un arrêt du 21 janvier 2020, la cour administrative d'appel de Paris a rejeté les deux requêtes du SNPL, lequel se pourvoit en cassation.

Même si la question n'est pas débattue par les parties, **il faut s'interroger d'office sur la compétence de la CAA de Paris pour connaître en premier et dernier ressort des requêtes sur lesquelles elle a statué par l'arrêt attaqué.** Selon l'article R. 311-2 du code de justice administrative la CAA de Paris est compétente pour connaître en premier et dernier ressort « *des recours dirigés contre les arrêtés du ministre chargé du travail relatifs à la représentativité des organisations syndicales de salariés et des organisations professionnelles d'employeurs, pris en application des articles L. 2122-11 et L. 2152-6 du code du travail* ». Cette disposition ne vise donc pas les recours dirigés contre les décisions prises en application de l'article L. 2121-2 du code du travail mais seulement ceux dirigés contre les arrêtés pris en application des dispositions issues, d'une part, de la réforme de la représentativité des organisations syndicales de 2008 et, d'autre part, de celle de la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs de 2014. Strictement entendue, elle pourrait exclure la compétence de la CAA dans un litige tel que celui dont vous êtes saisis aujourd'hui. Notons que le code du travail comporte des dispositions homologues, ses articles R. 2122-99 et R. 2152-19 disposant que les recours dirigés contre les arrêtés pris en application des articles L. 2122-11 et L. 2152-6 respectivement sont portés devant la juridiction désignée par l'article R. 311-2 du code de justice administrative.

Il nous semble toutefois qu'il serait très inopportun que le contentieux de la représentativité des organisations syndicales et professionnelles, sensible et déterminant la validité des accords signés par ces organisations, relève en premier ressort alternativement du tribunal administratif de Paris ou de la CAA de Paris. Il nous semble préférable au regard de la bonne administration de la justice de consacrer au bénéfice de la cour de Paris un bloc de

compétences incluant les quelques décisions prises en la matière par le ministre chargé du travail hors de l'application quadriennale des articles L. 2122-11 et L. 2152-6.

Si vous nous suivez sur ce point, **vous reconnaitrez implicitement que la CAA de Paris s'est compétemment prononcée** et vous pourrez vous prononcer sur l'argumentation du pourvoi du SNPL.

La cour a estimé que la ministre du travail ne tenait ni de l'article L. 2121-2 du code du travail ni d'aucune autre disposition du code du travail la compétence pour déterminer la représentativité des organisations syndicales dans le périmètre du personnel navigant technique des entreprises de transport aérien, au motif que ce dernier ne constitue pas une branche professionnelle au sens de l'article L. 2122-11 du code du travail et que les modalités de cette détermination sont exclusivement régies, depuis la réforme de la représentativité de 2008, par les seules dispositions des articles L. 2122-5 et L. 2122-11 du code du travail.

Ainsi que le soutient le SNPL, la cour a ce faisant entaché son arrêt d'erreur de droit.

Vous jugez en effet que, sans préjudice de l'application des règles d'appréciation de la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs propres aux accords interbranches ou aux accords de fusion de branches, le ministre chargé du travail est compétent pour, s'il y a lieu, arrêter, sous le contrôle du juge administratif, la liste des organisations professionnelles d'employeurs représentatives et leurs audiences respectives dans un périmètre utile pour une négociation en cours ou à venir, y compris lorsque celui-ci ne correspond pas à une "branche professionnelle" au sens de l'article L. 2152-6 du code du travail (4/1 CHR, 4 novembre 2020, *Ministre du travail et Fédération française du bâtiment*, n°s 434518 et 434574, aux Tables). Cette décision prise en matière de représentativité patronale vaut aussi à l'évidence pour la représentativité des syndicats de salariés. Elle tranche, dans le sens d'une réponse positive, la question, qui avait été débattue, de la compétence du ministre du travail, dans l'état du droit issu de la réforme de 2008, pour déterminer la représentativité d'organisations syndicales et professionnelles dans un champ ne correspondant pas à une convention collective nationale. La Cour de cassation a fait sienne cette position quelques semaines plus tard dans l'arrêt de la chambre sociale du 10 février 2021 (n° 19-13.383, à publier au Bulletin).

La ministre reconnaît en défense les erreurs de droit commises par la cour mais vous demande de substituer aux motifs erronés de son arrêt les motifs tirés de ce qu'aucune autre organisation, hormis le SNPL, n'avait manifesté auprès d'elle sa volonté de négocier dans le champ du personnel navigant technique des entreprises de transport aérien et de ce que par suite le personnel navigant technique des entreprises de transport aérien ne constituait alors pas un périmètre utile à une négociation en cours ou à venir.

Mais de tels motifs conduiraient le juge de cassation à procéder à des appréciations de fait et **la substitution de motifs demandée n'est donc pas possible** (7/10 SSR, 13 mars 1998, *V...*, n° 171295, aux Tables).

Vous annulerez donc l'arrêt attaqué et pourrez régler l'affaire au fond.

Cela suppose de prendre parti sur **la nature du contrôle que vous exercez sur le refus opposé par la ministre du travail à la demande d'enquête de représentativité formulée par le SNPL.**

Il est d'abord certain que **la ministre n'était pas tenue d'y faire droit**. En témoigne les mots « s'il y a lieu » figurant dans votre décision *Fédération française du bâtiment* déjà mentionnée.

Dans une décision *Fédération autonome générale de l'industrie hôtelière touristique* du 30 mars 2016 (1/6 SSR, n°s 384903 384904, aux Tables), seul précédent connu du contrôle opéré sur un refus de diligenter une enquête, vous avez jugé que lorsqu'elle est saisie par une organisation syndicale d'une demande d'enquête portant sur la représentativité d'une autre organisation, en vue de contester la faculté pour celle-ci de participer à la négociation d'un accord ou d'une convention, c'est sous le seul contrôle, par le juge de l'excès de pouvoir, de l'erreur manifeste d'appréciation, que l'autorité administrative décide, notamment au vu des éléments qui lui sont présentés et de l'intérêt général qui s'attache au bon déroulement de la négociation collective, s'il y a lieu de donner suite à cette demande.

Comme le montrent cependant bien tant la rédaction de cette décision et son fichage que les conclusions de Jean Lessi, vous avez alors tranché en faveur du contrôle restreint le seul cas de figure alors en litige, soit la demande d'une organisation syndicale tendant à vérifier la représentativité d'une autre organisation dans le but de l'évincer d'une négociation en cours ou envisagée. Vous aviez alors notamment tenu compte de l'absence de sanction juridique de la présence d'une organisation non représentative en commission paritaire et de la signature d'un accord par celle-ci, lesquelles ne font pas obstacle à l'extension de l'accord (1/6 SSR, 3 mai 2004, *Coordination rurale – Union nationale*, n° 252926, aux Tables sur un autre point).

Tout autre est le cas de figure aujourd'hui en litige et l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour de cassation nous conduit sans hésiter à vous proposer d'**opérer un contrôle normal sur le refus opposé à la demande du SNPL.**

Dans son arrêt du 10 février 2021, la Cour de cassation ne s'est en effet pas bornée à adopter la même position que celle retenue dans votre décision du 4 novembre 2020, elle a également jugé que les partenaires sociaux qui souhaitent négocier dans un champ professionnel qui n'a pas donné lieu à l'établissement d'une liste des syndicats représentatifs par arrêté du ministère du travail en application de l'article L. 2122-11 du code du travail ou à l'issue d'une enquête de représentativité en application de l'article L. 2121-2 du même code

doivent, avant d'engager la négociation collective, demander à ce qu'il soit procédé à la détermination des organisations représentatives dans le champ de négociation pour s'assurer que toutes les organisations syndicales représentatives dans ce périmètre sont invitées à la négociation.

La chambre sociale a ainsi semblé faire de la reconnaissance de la représentativité des organisations dans le champ de négociation souhaité un préalable obligatoire à l'engagement de la négociation. Cette jurisprudence donne une importance cruciale au refus opposé par le ministre chargé du travail à une demande d'enquête visant à déterminer la liste des organisations représentatives dans un champ dans lequel elle n'a pas encore été établie.

Dans ces conditions, un plein contrôle du juge de l'excès de pouvoir sur la décision de l'administration nous paraît s'imposer, alors même que la décision prise par l'administration sur une telle demande n'est encadrée par aucun critère légal.

Sans préjuger de la question délicate des motifs d'intérêt général qui pourraient le cas échéant justifier le refus opposé à une demande présentée conjointement par une ou plusieurs organisations syndicales et une ou plusieurs organisations patronales, il nous semble que la ministre est fondée à soutenir en défense que la réalisation d'une enquête de représentativité sur un périmètre ne constituant pas une branche professionnelle existante nécessite que les partenaires sociaux, c'est-à-dire au moins une organisation syndicale et une organisation patronale, aient préalablement affiché une volonté paritaire de négocier sur le champ considéré. La ministre fait valoir qu'il est d'autant plus important que cette demande ne soit pas unilatérale que la mesure de l'audience nécessite d'identifier les procès-verbaux d'élections professionnelles à prendre en compte pour déterminer l'audience des organisations syndicales dans le périmètre considéré, conformément à l'article L.2122-5 du code du travail, ce qui implique que les partenaires sociaux se soient accordés préalablement sur un champ d'application précis afin que le ministère soit en mesure d'identifier les entreprises dont le procès-verbal d'élections professionnelles doit être pris en compte. Elle indique qu'en pratique, cela prend souvent la forme d'un accord de méthode définissant le champ d'application de la future convention collective ou d'un courrier paritaire détaillant les codes APE des entreprises qui seront couvertes par la négociation envisagée.

Quid du cas d'espèce ?

Il est certain que le SNPL a présenté seul ses demandes et ne faisait valoir aucune perspective de négociation d'un quelconque accord avec une ou plusieurs organisations patronales³.

³ Dans son courrier du 14 décembre 2017 et non dans celui du 19 janvier 2017, il se bornait, pour justifier de l'intérêt d'actualiser la représentativité de chacune des organisations représentant les PNT, à indiquer que le renouvellement prochain du conseil d'administration de la caisse de retraite du personnel navigant de l'aviation civile (CRPNAC), lequel compte des administrateurs salariés au nombre desquels certains représentants des PNT, nécessitait de connaître le poids respectif de chaque organisation. Cet argument était dénué de toute pertinence car les représentants des affiliés au conseil d'administration de cette caisse sont, en vertu de l'article R. 426-2 du code de l'aviation civile, élus pour cinq ans au scrutin de liste dans des conditions fixées par arrêté

Nous pensons que vous devriez faire preuve de souplesse sur les modalités d'établissement d'une perspective de négociation justifiant l'établissement de la liste des organisations représentatives, lesquelles modalités ne doivent pas inclure nécessairement à nos yeux la conclusion d'un accord de méthode. Il s'agit en effet d'éviter une situation de blocage dans laquelle l'administration exigerait la preuve de l'œuf que constituerait une négociation tout à fait prête à être engagée pour accepter de produire la poule que constitue l'établissement de la liste des organisations représentatives. On peut penser que dans certains cas la partie patronale peut hésiter à s'engager dans une négociation lorsqu'il y a incertitude sur la liste des organisations syndicales représentatives et que dans de tels cas la poule peut aider l'œuf à advenir.

Mais force est de constater qu'au cas d'espèce, le SNPL, dont le caractère représentatif ne faisait aucun doute, notamment pour les organisations patronales, n'avancait strictement aucun élément et n'alléguait en réalité même pas qu'une négociation était envisagée. **Dans ces conditions la ministre n'a pas fait une application inexacte des dispositions de l'article L. 2121-2 du code du travail en refusant de faire droit à la demande dont l'avait saisie le SNPL aux fins qu'il soit procédé à une enquête de représentativité**, alors même qu'elle y avait procédé en 2014-2015.

S'agissant du refus de publier un arrêté sur le fondement de l'article L. 2122-11 et sans entrer ici dans le vieux et délicat débat sur la définition d'une branche professionnelle et sur l'absence de réduction pure et simple de cette notion à l'existence d'une convention collective, la portée que le législateur a entendu donner aux dispositions de cet article nous semble peu contestable : la définition quadriennale de la liste des organisations syndicales reconnues représentatives par branche professionnelle vise les branches couvertes par une convention collective matérialisant leur existence, si bien que le moyen tiré de ce que la ministre aurait méconnu les dispositions de cet article ne peut qu'être écarté, même si inversement l'existence d'une convention collective ne suffit pas toujours, dans certains cas particuliers, à révéler l'existence d'une branche au sens de ces dispositions (4/5 CHR, 24 novembre 2017, *Syndicat national des praticiens de la mutualité agricole*, n° 389203, aux Tables, à propos de la convention collective des praticiens-conseils de la mutualité sociale agricole, en l'absence de dispositions permettant de mesurer, dans le champ d'application de la convention collective qui leur est légalement applicable, l'audience des différentes organisations syndicales susceptibles de représenter lesdits praticiens-conseils).

Le SNPL se prévaut également de l'article L. 6524-3 du code des transports, lequel dispose que dans les entreprises de transport et de travail aériens, lorsqu'un collège électoral spécifique est créé pour le personnel navigant technique, est représentative à l'égard des personnels relevant de ce collège l'organisation syndicale qui satisfait aux critères prévus à l'article L. 2121-1 du code du travail et qui a recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique

ministériel, sans que la détermination par le ministre chargé du travail de la représentativité des organisations représentant les PNT soit en rien nécessaire.

d'entreprise dans ce collège et prévoit que dans les branches qui couvrent les activités de transport et de travail aériens, sont représentatives à l'égard du personnel navigant technique les organisations syndicales qui remplissent les conditions prévues à l'article L. 2122-5 du code du travail dans les collèges électoraux de personnels navigants techniques.

Mais cet article n'a pas la portée que le syndicat requérant lui prête : s'il vise à prévoir une appréciation de la représentativité des organisations syndicales spécifique au secteur du transport aérien en prévoyant qu'elle doit avoir lieu, lorsqu'un collège électoral spécifique est créé pour le personnel navigant technique, au niveau d'un tel collège, il n'a nullement pour effet de modifier les compétences que le ministre chargé du travail peut ou doit exercer en vertu des dispositions déjà longuement évoquées du code du travail.

Les refus opposés aux demandes du SNPL ne méconnaissent ni le principe de liberté syndicale ni la participation des salariés à la détermination collective de leurs conditions de travail garantis par les sixième et huitième alinéas du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, dès lors que, ainsi que nous l'avons indiqué, le refus de diligenter une enquête est justifié par l'absence de perspective de négociation, faute de négociateur volontaire côté patronal. A supposer que soit réellement soulevé un moyen distinct tiré de la méconnaissance de l'article 5 de la charte sociale européenne, dont vous avez semblé admettre l'effet direct (1/6 SSR, 23 juillet 2014, *Syndicat national des collègues et des lycées*, n°s 358349 et autres, aux Tables sur un autre point⁴), il ne peut qu'être écarté également pour les mêmes raisons.

Enfin, le détournement de pouvoir allégué n'est pas établi, si bien **que vous rejetterez les requêtes du SNPL**, ainsi que les conclusions présentées par ce syndicat au titre de l'article L. 761-1 du CJA dans l'instance de cassation dès lors qu'elle est *in fine* la partie perdante.

Nous pouvons en venir au pourvoi de la ministre du travail.

Les offices publics de l'habitat, régis par les articles L. 421-1 du code de la construction et de l'habitation, sont des établissements publics locaux à caractère industriel et commercial employant à la fois des salariés de droit privé et des agents publics territoriaux. En vertu du décret n° 2011-636 du 8 juin 2011 portant dispositions relatives aux personnels des offices publics de l'habitat, les dispositions relatives aux institutions représentatives du personnel prévues au sein des titres Ier, II et III du livre III de la deuxième partie du code du travail s'y appliquent au bénéfice de l'ensemble de leur personnel sous réserve d'adaptations prévues par ce décret, notamment l'exercice par le comité d'entreprise dont l'existence est prévue dans chaque OPH quel que soit son effectif, à l'égard des agents publics employés par cet office, de l'ensemble des compétences relevant des comités techniques prévues à l'article 33 de la loi du 26 janvier 1984, ainsi qu'une comptabilisation séparée des voix des agents

⁴ Dans ses conclusions sur cette décision, Alexandre Lallet estimait que les stipulations de cet article sont « certainement d'effet direct eu égard à l'objet de la Charte, à leurs termes précis et à l'absence de nécessité d'édicter des actes complémentaires en vue d'assurer leur mise en œuvre ».

publics et des salariés permettant une mesure d'audience syndicale pour les fonctionnaires. Ce décret prévoit que ses dispositions particulières applicables aux personnels des OPH n'ayant pas la qualité d'agent public peuvent être complétées par accord collectif étendu, conclu au niveau national entre les représentants de la Fédération nationale des offices publics de l'habitat, à laquelle adhèrent tous les offices, et les représentants des organisations syndicales représentatives.

Le tissu conventionnel se caractérisait par la présence d'une dizaine d'accords de ce type, mais il n'existait pas de convention collective et dans ces conditions, le ministre du travail n'avait pas pris d'arrêté de représentativité syndicale à l'issue des deux premiers cycles électoraux.

C'est dans ces conditions que sept organisations syndicales et la Fédération nationale des OPH ont signé le 6 avril 2017 la convention collective nationale des offices publics de l'habitat (IDCC 3220). A l'époque, la négociation a pu se tenir et la convention être signée en l'absence de définition préalable par le ministre chargé du travail de la liste des organisations syndicales représentatives dans le champ de la négociation.

La Fédération nationale des OPH et de trois des organisations syndicales ayant signé cette convention ont demandé à la ministre du travail de fixer la liste des organisations syndicales reconnues représentatives dans la nouvelle branche des offices publics de l'habitat.

La branche en cause ayant été constituée postérieurement à la clôture du cycle électoral 2013-2016, la ministre a alors décidé de procéder à une enquête de représentativité. Pour ce faire, elle a dans une première phase, effectué une mesure d'audience des organisations syndicales fondée sur les votes de l'ensemble du personnel des offices publics de l'habitat, essentiellement basée sur les élections professionnelles organisées simultanément par les offices le 4 décembre 2014, puis vérifié le respect par les organisations syndicales atteignant le seuil des 8 % de suffrages valablement exprimés dans la branche des autres dispositions de l'article L. 2122-5, soit la satisfaction des critères de représentativité fixés par l'article L. 2121-1 et l'implantation territoriale équilibrée au sein de la branche.

Après consultation du Haut Conseil du dialogue social, la ministre du travail a pris, le 6 février 2018, au visa de l'article L. 2121-2 du code du travail et non de ses articles L. 2122-5 et L. 2122-11, une décision dont l'article 1^{er} reconnaît représentatives dans le champ de cette convention la Confédération française démocratique du travail (CFDT), la Confédération générale du travail (CGT), la Confédération générale du travail Force ouvrière (CGT-FO). Son article 2 définit, dans le champ de cette convention, les audiences respectives de ces organisations syndicales pour la validité des accords dont la négociation est prévue par le décret du 8 juin 2011 et des avenants à la convention collective nationale du personnel des offices publics de l'habitat du 6 avril 2017.

A la demande de quatre organisations syndicales, la cour a annulé cette décision pour erreur de droit et la ministre du travail se pourvoit en cassation contre son arrêt.

Pour les raisons déjà indiquées, nous vous proposons d'admettre que la CAA s'est compétemment prononcée en premier et dernier ressort sur les requêtes dont elle était saisie, ce point n'étant pas davantage débattu par les parties que dans l'instance précédemment évoquée.

La cour a jugé que la ministre du travail ne pouvait, sur le fondement des dispositions de l'article L. 2121-2 du code du travail, déterminer la représentativité des organisations syndicales dans le champ d'une branche, même constituée postérieurement à la dernière mesure d'audience, dès lors que les modalités de cette détermination sont exclusivement régies par les dispositions des articles L. 2122-5 et L. 2122-11 du code du travail. La ministre soutient que la cour a ce faisant commis une erreur de droit.

Soulignons d'abord l'importance de l'enjeu que représente pour les acteurs sociaux la reconnaissance de la représentativité des organisations syndicales et professionnelles et l'intérêt que celle-ci peut présenter pour sécuriser la validité d'une convention collective ou de tout autre accord collectif.

Il faut rappeler que selon l'article L. 2232-6 du code du travail la validité d'une convention de branche ou d'un accord professionnel est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli, aux élections prises en compte pour la mesure de l'audience prévue au 3° de l'article L. 2122-5, au moins 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives à ce niveau, et à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés en faveur des mêmes organisations à ces mêmes élections.

La Cour de cassation juge qu'un accord collectif ne peut être conclu ou révisé sans que l'ensemble des organisations syndicales représentatives aient été invitées à sa négociation (Soc., 17 septembre 2003, n° 01-10.706, Bulletin civil 2003, V, n° 240, RJS, 2003, n° 1297). Vous jugez de façon convergente que le ministre ne peut légalement étendre un accord dont les étapes essentielles de la négociation ne se sont pas déroulées en présence de toutes les organisations reconnues représentatives dans le champ d'application de l'accord en cause (1/6 SSR, 29 octobre 2008, *Syndicat national des personnels de l'enseignement et de la formation privés*, n° 300844, aux Tables ; 1/6 SSR, 4 juillet 2012, *Fédération nationale des transports routiers*, n° 337698, au Recueil).

Il paraît donc très bienvenu que le ministre du travail puisse reconnaître la représentativité des organisations syndicales et professionnelles dans le champ d'une convention collective signée au cours d'un cycle électoral quadriennal, sans devoir attendre la fin de ce cycle, dans l'hypothèse où cette représentativité n'aurait pas été reconnue avant l'engagement des négociations ou durant celles-ci, comme tant votre jurisprudence que celle de la Cour de cassation l'encourage dorénavant. Il s'agit tant de rassurer *ex post* les signataires de la convention sur la régularité des conditions de sa négociation et sur sa validité

que de sécuriser pour l'avenir les éventuels avenants à cette convention qui seraient signés avant la prochaine vague quadriennale de reconnaissance de représentativité, ainsi qu'en l'espèce les éventuels accord des accords dont la négociation est prévue par le décret du 8 juin 2011, ainsi que l'indique la décision contestée.

Mais revenons au présent litige.

La CAA semble avoir retenu une approche consistant à regarder comme parfaitement étanches deux dispositifs visant à reconnaître la représentativité : l'un propre aux branches, celui prévu à l'article L. 2122-11, l'autre aux autres périmètres de négociation collective, régi par l'article L. 2121-2, cet article ne pouvant en aucun cas servir de fondement à la détermination de la représentativité des organisations syndicales dans une branche, même créée en cours de cycle électoral.

On peut interpréter son arrêt de deux manières : soit elle a considéré que la représentativité des organisations de la branche des OPH ne pourrait être reconnue que par l'arrêté pris par le ministre à l'issue du cycle électoral 2017-2020 et qu'en attendant l'issue de ce cycle aucune détermination de leur représentativité n'était possible, ce qui nous semble à la fois très inopportun et peu conforme à la volonté du législateur, soit elle a seulement entendu censurer la décision ministérielle pour erreur de base légale, ce qui nous semble pour les raisons que nous allons vous exposer excessivement formaliste et peu cohérent avec la lettre des dispositions relatives à la reconnaissance quadriennale de la représentativité. Dans les deux cas, son raisonnement nous semble s'exposer à la censure.

La ministre fait valoir en défense que les dispositions des articles L. 2122-5 et L. 2122-11 ne sont pas directement applicables lorsqu'une convention collective a été conclue en cours de cycle électoral. Il est vrai que l'article R. 2122-3 du code venu préciser les dispositions législatives dispose qu'à l'issue du cycle électoral de quatre ans prévu aux articles L. 2122-5 et L. 2122-9, le ministre chargé du travail présente au Haut Conseil du dialogue social les résultats enregistrés et le consulte sur la liste des organisations syndicales représentatives par branche et au niveau national et interprofessionnel, ce dont il se déduit que l'arrêté visé à l'article L. 2122-11 est pris seulement une fois tous les quatre ans.

Elle indique qu'en l'absence de dispositions légales portant spécifiquement sur ce type de situation, des règles particulières ont été déterminées avec les partenaires sociaux dans le cadre du Haut Conseil du Dialogue Social (HCDS). Le bilan du cycle 2013-2016 en ligne sur le site du ministère en témoigne. On y lit, dans un passage dédié à la détermination de la représentativité syndicale en cours de cycle que « concernant les conventions collectives nées en cours de cycle, le HCDS a été amené à mettre en œuvre les principes retenus en 2014 pour l'appréciation de la représentativité des organisations syndicales présentes dans le champ de branches professionnelles ne disposant pas de résultats d'élections professionnelles sur un cycle électoral complet. Ces règles prévoient que la représentativité est établie à l'issue d'une enquête de représentativité (article L. 2121-2 du code du travail). La mesure de l'audience est calculée à partir des procès-verbaux valides du cycle précédent. En raison du fondement

juridique spécifique, la représentativité est déterminée par décision du ministre chargé du travail », et non par arrêté. D'après la ministre, l'article L. 2122-11 n'étant pas directement applicable, l'article L. 2121-2 serait la seule base légale pour déterminer la représentativité des organisations syndicales dans une telle situation.

Il est vrai que l'article L. 2121-2 porte les stigmates d'une rédaction antérieure à la réforme de 2008 dont il résulte qu'il semble en apparence inapplicable dans un tel cas. Il fait référence à la détermination de la représentativité d'un seul syndicat et seulement d'un syndicat autre que ceux affiliés à l'une des organisations représentatives au niveau national.

Reste que la jurisprudence la plus récente déjà mentionnée, tant administrative que judiciaire, a admis un usage plus général de cette disposition pour mesurer la représentativité de toutes les organisations syndicales ou patronales dans des champs de négociation *sui generis*, comme le secteur du bâtiment, lequel ne constitue pas une branche (même si votre décision du 4 novembre 2020 et l'arrêt de la chambre sociale du 10 février 2021 citent à la fois l'article L. 2121-2 et l'article L. 2122-11 ou son équivalent pour la représentativité patronale).

En réalité la discussion théorique sur l'applicabilité de l'article L. 2121-2 ou de l'article L. 2122-11 nous semble un peu oiseuse, dès lors que nous sommes assez mal à l'aise avec une étanchéité totale entre les deux dispositifs dans une situation telle que celle donnant lieu au présent litige.

La différence pratique nous semble en effet très faible, sauf bien sûr à considérer que la détermination de la représentativité dans un tel cas doit nécessairement attendre l'issue du cycle électoral en cours, ce que nous excluons totalement : dans les deux cas, le ministre doit vérifier le respect des critères de représentativité fixés à l'article L. 2121-1 parmi lesquels l'audience établie, au niveau d'une branche, conformément à l'article L. 2122-5, donc en prenant en compte l'addition au niveau de la branche, d'une part, des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires aux comités sociaux et économiques, et, d'autre part, des suffrages exprimés au scrutin concernant les entreprises de moins de onze salariés. Il fait donc application des mêmes règles et il nous semble même que l'esprit des textes sinon leur économie générale devrait conduire à ce que la consultation du HCDS prévue à l'article L. 2122-11 s'impose aussi dans une situation comme le cas d'espèce – qui a d'ailleurs bien donné lieu à consultation du Haut Conseil.

Il nous paraît donc certain que la cour administrative d'appel a entaché son arrêt d'erreur de droit en censurant la décision de la ministre pour s'être fondée sur l'article L. 2121-2 du code du travail. Vous annulerez donc son arrêt et pourrez régler les affaires au fond.

Le directeur général du travail était compétent pour signer la décision en litige, ainsi en tout état de cause que les mémoires en défense de l'Etat devant la cour, et le moyen tiré de

ce que la décision aurait dû motiver en application de la loi de 1979, à le supposer opérant, manque en fait, tout comme celui tiré de l'absence de consultation du HCDS.

La présomption de représentativité dont se prévaut la CFE-CGC, prévue au niveau des branches par la loi de 2008 pendant une période transitoire de quatre ans à compter de la première détermination des organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au niveau des branches au bénéfice de toute organisation syndicale affiliée à l'une des organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel, ne pouvait trouver à s'appliquer pour la détermination des organisations syndicales représentatives dans le champ d'application de la convention collective en cause par la décision attaquée, en date du 6 février 2018, dès lors que la première mesure de représentativité prévue par la loi de 2008 est intervenue en 2013.

Les requérants ne peuvent reprocher à la ministre d'avoir pris en compte les suffrages exprimés par les salariés de droit privé et les agents de droit public des OPH, lors des élections professionnelles qui se sont tenues le 4 décembre 2014 et non ceux exprimés lors des élections ultérieures ayant eu lieu le 6 décembre 2018, dès lors que ce scrutin est intervenu postérieurement à la décision attaquée. La prise en compte d'audiences mesurées préalablement à la signature de la convention collective n'entache en rien d'illégalité la décision querellée.

Il ressort des pièces du dossier et en particulier des éléments tenant à la mesure de l'audience présentés au HCDS que la ministre du travail a fait application des dispositions de l'article L. 2122-7 du code du travail en se fondant, pour mesurer l'audience de la CFE-CGC, sur les résultats obtenus dans le périmètre regroupant les collègues comprenant les agents de maîtrise et assimilés ainsi que les cadres. Par suite, le moyen tiré de l'absence de prise en compte des dispositions du code du travail relatives aux syndicats catégoriels ne peut qu'être écarté.

La circonstance que l'UNSA OPH ait signé la convention collective du 6 avril 2017 n'imposait nullement que sa représentativité soit reconnue par la ministre dès lors qu'elle estimait, au regard des critères de représentativité fixés par la loi, que cette organisation n'était pas au nombre des organisations syndicales représentatives dans le champ de cette convention collective.

Enfin, le détournement de pouvoir allégué n'est pas établi, si bien que vous pourrez rejeter les deux requêtes ainsi que toutes les conclusions présentées par les organisations syndicales dans l'instance de cassation au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Tel est le sens de nos conclusions.