



AVIS DE Mme LAULOM, AVOCAT GENERAL

**Arrêt n° 213 du 10 février 2021 (chambre sociale)
Pourvoi n° 1913383**

**Décision attaquée : 10 janvier 2019 de la cour d'appel de Paris
La confédération de l'Artisanat et des petites entreprises du
bâtiment
Contre
le syndicat CFE-CGC-BTP**

1. Faits et Procédure

La Confédération de l'Artisanat et des Petites Entreprises du Bâtiment (CAPEB) a conclu, le 25 janvier 1994, un accord de branche avec la CFDT, la CGT, la CGT-FO, la CFE-CGC-BTP et la CFTC, accord étendu le 10 juin 1994. Cet accord a pour objet d'organiser la négociation collective pour les entreprises du bâtiment occupant jusqu'à 10 salariés en fixant la participation des entreprises au financement du dialogue social dans la branche et en répartissant cette participation entre les différentes organisations représentatives de salariés.

La CAPEB a organisé une réunion le 7 juin 2018 en vue de la négociation d'un avenant, portant sur la répartition de la quote-part revenant aux organisations syndicales aux fins de tenir compte des dernières évaluations de leur représentativité.

Le syndicat CFE-CGC-BTP n'a pas été convoqué à cette réunion et il a engagé une action en référé, sollicitant sa participation à la négociation collective. Il demande en appel la suspension de l'accord signé le 25 juin 2018 à la suite de la réunion du 7 juin 2018.

La Fédération Française du Bâtiment (FFB) est intervenue volontairement à l'instance.

La cour d'appel de Paris (arrêt du 10 janvier 2019) a déclaré recevable l'intervention volontaire de la Fédération Française du Bâtiment, elle a déclaré recevable la demande de suspension de l'accord signé le 25 juin 2018 et, constatant l'existence d'un trouble manifestement illicite faute de convocation du syndicat CFE-CGC, elle a suspendu la mise en oeuvre de l'avenant du 25 juin 2018.

La CAPEB s'est pourvue en cassation.

Le premier moyen reproche à la cour d'appel d'avoir déclaré recevable l'intervention volontaire de la FFB alors que celle-ci n'avait pas d'intérêt à agir, s'agissant d'une réunion relative à l'interprétation d'accords concernant exclusivement les organisations syndicales de salariés. La cour d'appel aurait délaissé ce chef de conclusions et aurait donc privé sa décision de motif en violation de l'article 455 du code de procédure civile.

Le second moyen, dans sa première branche, soutient que la cour d'appel aurait dû rechercher si la convocation à une réunion en vue de l'interprétation de cet accord n'excluait pas, par son objet, la nécessité de convoquer la CFE-CGC-BTP. Nous renvoyons sur ce point au rapport que nous rejoignons sur la proposition de non-admission.

Dans sa deuxième branche, le pourvoi soutient que la cour d'appel a violé les articles L. 2221-1 et L. 2261-7 du code du travail en se fondant, pour retenir la représentativité de la CFE-CGC-BTP, sur l'arrêté relatif non au seul périmètre concerné par l'accord, c'est-à-dire les entreprises du bâtiment employant jusqu'à 10 salariés, mais sur la représentativité du syndicat considéré dans l'ensemble du secteur du bâtiment.

En effet, dans le secteur du bâtiment, plusieurs arrêtés de représentativité cohabitent dont aucun ne correspond précisément au champ d'application de l'accord de 1994.

Il s'agit donc de déterminer si la CFE-CGC-BTP doit être reconnue représentative au regard d'un arrêté de représentativité où l'audience électorale est appréciée dans un cadre plus large (l'ensemble du secteur du bâtiment) que celui de l'accord renégocié (entreprises employant jusqu'à 10 salariés du secteur du bâtiment).

2. Sur le droit d'agir de la FFB (premier moyen)

Le premier moyen soutient que la cour d'appel aurait à tort délaissé le chef des conclusions de la CAPEB par lequel celle-ci faisait valoir que, dans la mesure où la FFB est une organisation syndicale d'employeurs, elle était dépourvue d'intérêt à agir, s'agissant d'une réunion relative à l'interprétation d'accords concernant exclusivement les organisations syndicales de salariés. En délaissant ce chef de conclusions, la cour d'appel aurait privé sa décision de motif en violation de l'article 455 du code de procédure civile.

La Fédération Française du Bâtiment (FFB) est une organisation patronale représentative dans le secteur des entreprises du bâtiment. Elle n'est pas signataire de l'accord de 1994. Elle est intervenue volontairement à l'instance.

Selon l'article L. 2132-3 du code du travail: *“les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice. Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la*

profession qu'ils représentent". Il résulte d'une jurisprudence constante que peuvent ainsi agir les syndicats professionnels de salariés, mais aussi d'employeurs dès lors qu'est porté préjudice à l'intérêt de la profession qu'ils représentent (voir notamment le contentieux du repos dominical dans les années 1990: Ass. plén., 7 mai 1993, pourvois n° 91-12.611, 91-12.704, Bulletin 1993 A P N° 10; Soc., 2 février 1994, pourvoi n° 90-14.771, Bull. 1994, V, n° 40).

Selon l'article L. 2262-10 du code du travail, "lorsqu'une action née de la convention ou de l'accord est intentée soit par une personne, soit par une organisation ou un groupement, toute organisation ou tout groupement ayant la capacité d'agir en justice, dont les membres sont liés par la convention ou l'accord, peut toujours intervenir à l'instance engagée, à raison de l'intérêt collectif que la solution du litige peut présenter pour ses membres".

Si la FFB n'est pas signataire de l'accord de 1994 et de ses avenants postérieurs, elle est bien représentative des employeurs dans le champ professionnel de cet accord, employeurs qui vont devoir appliquer l'accord étendu. Les membres du syndicat sont donc bien concernés par l'accord et l'intérêt à agir de cette organisation doit être reconnu en vertu des articles L. 2132-3 et L.2262-10 du code du travail, tel qu'interprétés par votre chambre.

La cour d'appel a ainsi motivé sa décision: "En outre la FFB produit l'arrêté du 21 décembre 2017 qui a reconnu sa représentativité dans le secteur des entreprises du bâtiment employant jusqu'à dix salariés. Elle communique l'arrêté d'extension du 10 juin 1994 concernant l'accord du 25 janvier 1994 signé entre la CAPEB et les organisations syndicales représentatives, accord sur lequel devaient porter les négociations mises en oeuvre par la CAPEB lors de la réunion du 7 juin 2018. Il n'est donc pas sérieusement contestable qu'elle dispose d'un intérêt à intervenir à l'instance portant sur la participation des partenaires habilités à négocier une éventuelle révision de l'accord du 25 janvier 1994. Son intervention volontaire est donc recevable".

La violation de l'article 455 du code de procédure civile ne peut donc être retenue.

AVIS DE REJET DU PREMIER MOYEN

3. Sur la représentativité de la CFE-CGC-BTP (Second moyen, deuxième branche)

Il s'agit de déterminer si le syndicat CFE-CGC-BTP peut être considéré comme étant représentatif dans le champ de l'accord. S'il l'est, et c'est ce qu'a admis la cour d'appel, alors il devait être invité à la négociation collective de l'avenant à l'accord du 25 janvier 1994 et le refus de la CAPEB d'inviter ce syndicat à la table des négociations constitue un trouble manifestement illicite.

La loi n°2008-789 du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, a institué un mécanisme de représentativité syndicale fondé sur une série de critères variant selon le niveau considéré. Pour être reconnues représentatives des salariés d'une branche professionnelle, les organisations syndicales doivent satisfaire aux critères énumérés aux articles L. 2121-1 et L. 2122-5 du code du travail. Concernant le critère de l'audience électorale, après examen du respect des critères de la représentativité, le ministre chargé du travail arrête, tous les quatre ans (la durée d'un cycle électoral), et après avis du Haut Conseil du dialogue social, la liste des organisations syndicales et des organisations

professionnelles d'employeurs représentatives "par branche professionnelle", conformément aux articles L. 2122-11 et L. 2152-6 du code du travail.

Pour le dernier cycle annuel (2017-2020), 411 arrêtés de représentativité syndicale et 295 arrêtés de représentativité patronale ont été édictés dans les branches professionnelles. La prochaine mesure d'audience syndicale et patronale était prévue en 2020 mais le scrutin est retardé du fait de la crise de la COVID 19¹.

Ces arrêtés de représentativité, qui définissent également le poids électoral de chaque organisation, servent de fondement aux organisations syndicales et patronales pour exercer les prérogatives rattachées à la représentativité.

La difficulté ici est qu'aucun arrêté de représentativité ne correspond précisément au champ d'application de l'accord dont la négociation est en cause. Cette situation trouve son origine dans une organisation conventionnelle complexe du secteur du bâtiment, organisation par ailleurs en cours de reconfiguration et qu'il convient de présenter afin de situer la décision que vous allez adopter dans son contexte.

3.1. L'organisation conventionnelle complexe du secteur du bâtiment

Le secteur du bâtiment (et non la branche, dans la mesure où ce secteur n'est pas organisé en une branche unique) connaît une architecture conventionnelle complexe, en cours de reconfiguration depuis le début du chantier de la restructuration des branches. Il était organisé autour de conventions collectives régionales (une quarantaine) et de conventions collectives nationales dont le champ professionnel était défini par rapport à la catégorie de salariés et à l'effectif de l'entreprise. Comme le montre d'ailleurs cette affaire, d'autres accords pouvaient avoir été conclus avec un champ d'application différent. Ainsi, l'accord collectif en cause, signé en 1994, est applicable à l'ensemble des salariés des entreprises du bâtiment employant jusqu'à 10 salariés.

Aujourd'hui, le paysage conventionnel de ce secteur se réorganise², avec la suppression des branches territoriales et autour de 4 conventions collectives nationales distinguant selon la

¹ Ord. n°2020-388, 1 avril 2020, relative au report du scrutin de mesure de l'audience syndicale auprès des salariés des entreprises de moins de onze salariés et à la prorogation des mandats des conseillers prud'hommes et membres des commissions paritaires régionales interprofessionnelles. Initialement programmé du 23 novembre au 6 décembre 2020, le scrutin pourrait donc se tenir au cours du premier semestre 2021.

² Voir S. Arnaud-Micha, "Restructuration des branches, Etat des lieux au 9 mars 2020", *JCP S*, n°13, 31 mars 2020, 1092. Voir également le rapport Romain (non encore officiellement publié et définitif), p. 10. La publication du Rapport Romain, sur la restructuration des branches professionnelles, était attendue au dernier semestre 2019. Sa publication a été retardée notamment pour intégrer l'apport de la décision du Conseil constitutionnel du 29 novembre 2019 (C.const. n°2019-816 QPC, du 29 novembre 2019) qui, outre quelques réserves d'interprétation, déclare inconstitutionnelle la disposition autorisant la fusion administrative de plusieurs branches pour renforcer la cohérence des champs d'application des conventions collectives. L'objet du Rapport Romain est de faire un point d'étape sur le mouvement engagé depuis 2014 et de définir des orientations prochaines de la poursuite et de l'achèvement de ce chantier de restructuration des branches professionnelles.

catégorie de salariés et, pour la catégorie des ouvriers, prenant en compte l'effectif des entreprises³.

C'est donc au regard de ces 4 conventions collectives nationales, à la suite du dernier scrutin de représentativité, que les arrêtés de représentativité ont été adoptés par le ministre du travail en juillet 2017, arrêtés qui déterminent les organisations syndicales représentatives dans chacun de ces 4 champs conventionnels.

Cette réorganisation, qui a dans un premier temps essentiellement concerné l'échelon territorial, a laissé subsister, comme le montre cette affaire, des accords dont les champs d'application ne correspondent pas aux 4 conventions collectives nationales.

La réorganisation du secteur du bâtiment se poursuit. C'est dans cette optique que des organisations syndicales représentatives de salariés et d'employeurs ont demandé à la ministre du travail d'établir la liste des organisations syndicales reconnues représentatives dans le champ du bâtiment (dans son ensemble), ainsi que leur poids, pour éventuellement négocier dans ce champ. C'est l'objet de l'arrêté du 22 décembre 2017 (modifié le 25 juillet 2018, JO n°0303 du 29 décembre 2017, texte n°87).

L'adoption de l'arrêté du 22 décembre 2017, listant les organisations syndicales représentatives et leur poids respectif dans le secteur du bâtiment, laissait présager de l'adoption d'une seule convention collective nationale dans le secteur du bâtiment. C'est ce que laisse entendre également le rapport Romain, dont la publication officielle est toujours attendue. Ainsi, selon ce rapport *“on peut s'interroger sur la cohérence en termes de concurrence du périmètre de certaines branches. Ainsi, par exemple, quel sens y-a-t-il de ce point de vue à distinguer deux branches professionnelles différentes selon que les entreprises du bâtiment emploient plus ou moins de 10 salariés ? Il ne s'agit évidemment pas de remettre en cause l'intérêt qu'il y a d'adapter les dispositions conventionnelles à la réalité des TPE et on comprend bien évidemment les considérations de gouvernance qui ont conduit à ce choix, mais on peut douter de la pertinence de ces périmètres en termes de cohérence du point de vue concurrentiel”*⁴.

Néanmoins, les organisations, qu'ils s'agissent des organisations syndicales ou des organisations professionnelles d'employeurs, ne partagent pas la même conception de ce que devrait être l'organisation conventionnelle future du secteur du bâtiment. Contrairement à la FFB, la CAPEB, qui représente les artisans et les petites entreprises du bâtiment, ne souhaite pas l'adoption d'une seule convention collective et elle privilégie, assez naturellement, une évolution vers deux conventions collectives: une pour les entreprises jusqu'à 10 salariés et une pour les plus de 10 salariés. Les deux organisations patronales s'affrontent ainsi sur la définition même de ce que devrait être la ou les futures branches du secteur du bâtiment. C'est ainsi que deux accords ont été signés le 14 mai 2019 dans le secteur du bâtiment, par différentes organisations syndicales et patronales représentatives:

- un accord, signé par les organisations patronales FFB, SCOP BTP, FFIE et les organisations syndicales FO, CFTC, CFE-CGC, prévoyant la mise en place d'une seule commission

³ Convention collective nationale concernant les ouvriers employés par les entreprises du bâtiment visées par le décret du 1 mars 1962, c'est-à-dire occupant jusqu'à 10 salariés (IDCC n°1596); Convention collective nationale concernant les ouvriers employés par les entreprises du bâtiment non visées par le décret du 1 mars 1962, c'est-à-dire occupant plus de 10 salariés (IDCC n°1597); Convention collective nationale des employés, techniciens et agents de maîtrise du bâtiment (IDCC n°2609); Convention collective nationale des cadres du bâtiment du 1 juin 2004 (IDCC n°2420).

⁴ Sur la distinction selon la taille de l'entreprise, p. 16 du rapport Romain.

paritaire permanente de négociation et d'interprétation en vue de la négociation d'une seule convention collective;

- un accord, signé par la CAPEB et par la CFDT, CGT et UNSA, qui prévoit la mise en place de deux CPPNI, une dans les entreprises du bâtiment occupant jusqu'à 10 salariés et l'autre pour les entreprises occupant plus de 10 salariés, afin de négocier deux conventions collectives.

Le premier accord a fait l'objet de l'opposition du syndicat majoritaire et la signature du deuxième accord a fait l'objet d'une contestation judiciaire par la FFB, pour l'instant en vain⁵.

Conséquences des restructurations en cours de ce secteur et des tensions entre organisations professionnelles, tant syndicales que d'employeurs, les arrêtés de représentativité relatifs à l'ensemble du secteur du bâtiment ont été contestés. Ainsi la cour administrative d'appel de Paris, suite au recours de la CAPEB, a annulé l'article 2 de l'arrêté du 21 décembre 2017 par lequel la ministre du travail a fixé la liste et le poids des organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives dans le secteur des entreprises du bâtiment employant jusqu'à 10 salariés⁶.

En outre, la cour administrative d'appel de Paris, par une décision du 12 juillet 2019, a annulé l'arrêté du 22 décembre 2017 fixant la liste des organisations syndicales représentatives dans le champ du bâtiment, suite au recours de l'UNSA, au motif que la ministre du travail n'a pas la compétence de "restructurer la branche du bâtiment".

Selon la cour administrative d'appel : "Il ressort, d'une part, des arrêtés litigieux qui visent les articles L. 2121-1, L. 2122-5 et L. 2122-7 et L. 2122-11 du code du travail, ainsi que le courrier du 11 juillet 2017 par lequel certaines organisations syndicales ont demandé à la ministre du travail que soit établie la liste des organisations reconnues représentatives dans le champ du bâtiment ainsi que leur poids pour négocier dans ce champ, et d'autre part, des écritures de la ministre en défense, que celle-ci a entendu agréer les résultats d'audiences obtenus dans le cadre de plusieurs conventions collectives du secteur du bâtiment pour définir un cadre de négociation élargi qualifié de "périmètre assimilable à une branche" et arrêter la liste des organisations syndicales représentatives admises à y prendre part. Toutefois, la ministre ne tire d'aucune des dispositions précitées le pouvoir de restructurer la branche du bâtiment, définie en termes d'activités économiques, et les organisations syndicales requérantes sont fondées à soutenir que les arrêtés litigieux sont dépourvus de base légale". "Il résulte de ce qui précède et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens des requêtes, que l'UNSA, l'UFIC-UNSA et la Fédération FO Construction, sont fondées à demander l'annulation de l'arrêté du 22 décembre 2017 et de l'arrêté modificatif du 25 juillet 2018 par lesquels la

⁵ Voir Liaisons sociales Quotidien, n° 17908, 1 octobre 2019, Interview de P. Liebus président de la CAPEB. Voir également, l'article du Moniteur de l'Artisan du 17 septembre 2019. En référé, devant le TGI de Paris puis la cour d'appel, la FFB soutenait que l'accord conclu par la CAPEB n'a pas été signé par des syndicats représentatifs dans le champ de l'accord et que le périmètre d'implantation des CPPNI n'est pas conforme à l'article L.2232-9 du code du travail qui impose la mise en place d'une seule commission paritaire par branche. La cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 11 juin 2020, rejette le recours en considérant, d'une part, que les organisations syndicales étaient bien représentatives, et d'autre part, que la liberté conventionnelle des partenaires sociaux les autorise à définir le périmètre de négociation de la branche ([Cour d'appel de Paris, 11 juin 2020, n°19/19063](#)). La question de la représentativité des organisations signataires tant patronales que syndicales risque de se poser si l'une des parties conteste l'accord ou si l'extension est demandée.

⁶ CAA de Paris, 12 juillet 2019, 18PA00682.

*ministre du travail a fixé la liste des organisations syndicales reconnues représentatives dans le champ couvert par l'ensemble des conventions collectives du bâtiment*⁷.

Dans l'attente d'une décision du Conseil d'Etat, la décision de la cour administrative d'appel de Paris ne peut qu'interroger sur la compétence du ministre du travail à adopter de tels arrêtés. Il faut noter à ce sujet qu'un projet de loi est en cours de discussion sur ce sujet, mais nul ne sait quand il sera adopté, s'il est adopté.

Un projet de loi en cours de discussion

Le bâtiment n'a pas été le seul secteur qui ait demandé au ministère de prendre de tels arrêtés. Un projet de loi, en cours de discussion devant le Parlement, propose ainsi de clarifier la compétence du ministre chargé du travail à cet égard. L'étude d'impact qui accompagne le projet de loi, publié en novembre 2019, fait le point sur cette pratique⁸:

“Par principe, les arrêtés de représentativité sont pris pour chaque convention collective, à la fois pour les organisations syndicales et patronales. Il peut, toutefois, être nécessaire pour la ministre d'arrêter la représentativité des organisations sur le périmètre composé de plusieurs branches, dénommé « périmètre assimilable à une branche » (PAB), dans les secteurs d'activité économique où coexistent différentes conventions collectives, que leurs champs couvrent seulement certains territoires, catégories de salariés (ouvriers/ETAM/cadres), professions (représentant différentes professions) ou type d'entreprises selon leur taille (plus ou moins 10 salariés).

Ce type d'arrêté répond à une demande des partenaires sociaux. Pour le cycle 2017-2020, 45 arrêtés sont concernés. En raison des restructurations opérées ou prévues, notamment entre conventions catégorielles et locales, ces arrêtés seront moins nombreux lors du prochain cycle mais seront toujours nécessaires.

La mesure proposée consiste à inscrire dans le code du travail une pratique déjà existante. Les secteurs d'activités concernés ont déjà fait l'objet d'arrêtés édictés sur des périmètres assimilables à la branche lors de la précédente mesure d'audience et ces périmètres pourront être renouvelés lors de la prochaine mesure. Ainsi, les partenaires sociaux pourront continuer de négocier soit à l'échelle de chaque convention collective, soit à l'échelle de l'ensemble des conventions collectives d'un même secteur d'activités”.

L'article 5 du projet de loi propose donc d'insérer un nouvel alinéa aux articles L. 2122-11 et L. 2152-6 du code du travail, qui permettrait au ministre chargé du travail, sur proposition d'une organisation syndicale représentative ou d'une organisation professionnelle d'employeurs représentative, au niveau national et interprofessionnel, d'arrêter la liste des organisations syndicales reconnues représentatives au sein de périmètres constitués de plusieurs branches professionnelles ayant des activités économiques proches ou identiques, en faisant application à ces périmètres des critères mentionnés à l'article L. 2122-5 (pour les organisations syndicales) et L. 2152-1 (pour les organisations professionnelles d'employeurs). L'arrêté pris par le ministre pourra alors se substituer à ceux pris par branche professionnelle.

⁷ CAA de Paris, 12 juillet 2019, 18PA00635. Un recours est actuellement pendant devant le Conseil d'Etat.

⁸ [Projet de loi, ratifiant diverses ordonnances prévues par la loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel et portant diverses mesures d'ordre social, enregistré le 13 novembre 2019.](#)

Pour l'heure néanmoins, le code du travail ne reconnaît pas explicitement la compétence du ministre du travail pour adopter des arrêtés de représentativité dans des champs qui ne coïncident pas avec ceux des conventions collectives de branche et la légalité de ces arrêtés a ainsi pu être contestée, parfois avec succès, comme nous l'avons vu dans le secteur du bâtiment. Le Conseil d'Etat ne s'est pas encore prononcé sur cette question.

La contestation de la représentativité de la CFE-CGC-BTP, afin de négocier l'avenant d'un accord, conclu bien avant d'ailleurs que ne débute la restructuration des branches du bâtiment, intervient dans ce contexte doublement incertain. D'une part, les tensions sont fortes entre les différents acteurs qui ne partagent pas la même conception de ce que devrait être la ou les futures branches du bâtiment. D'autre part, la contestation des arrêtés de représentativité qui ne correspondent pas à une branche établie génère une insécurité juridique qui devrait perdurer jusqu'à une décision du Conseil d'Etat ou l'adoption du projet de loi.

3.2. La représentativité de la CFE-CGC-BTP: l'application du principe de concordance

Comme nous l'avons vu, dans le secteur du bâtiment, coexistent les arrêtés de représentativité pour chacune des branches de ce secteur et l'arrêté du 22 septembre 2017, qui lui concerne l'ensemble du bâtiment, arrêté qui a été postérieurement annulé par la cour administrative d'appel de Paris dans sa décision du 12 juillet 2019.

Le champ d'application de l'accord du 25 janvier 1994, qui a vocation à s'appliquer aux entreprises du bâtiment pour les salariés employés dans les entreprises occupant jusqu'à 10 salariés, ne correspond à aucun des arrêtés qui ont été adoptés. En effet, celui dont se prévaut la CAPEB fixe la liste des organisations syndicales reconnues représentatives dans la convention collective nationale concernant les ouvriers employés par les entreprises du bâtiment visées par le décret du 1 mars 1962, c'est-à-dire occupant jusqu'à 10 salariés (n°1596). La convention collective en cause ne couvre donc pas l'ensemble des salariés, les autres catégories étant couvertes par d'autres conventions collectives. L'arrêté dont se prévaut la CFE-CGC-BTP ne correspond pas à une convention collective applicable mais il liste les organisations syndicales représentatives dans le champ du bâtiment, champ qui couvre l'ensemble des conventions collectives du bâtiment, il est donc plus large que le champ d'application de l'accord en cause qui ne s'applique qu'aux entreprises jusqu'à 10 salariés.

En résumé, dans le champ conventionnel le plus étroit, la CFE-CGC-BTP n'est pas représentative mais elle l'est dans le champ conventionnel plus large, qui englobe le champ d'application de l'accord en cause.

S'agissant d'apprécier la représentativité d'une organisation au niveau d'une branche⁹, la question posée dans cette affaire est inédite aussi bien devant votre chambre que devant le Conseil d'Etat. Elle résulte de la réforme de 2008, dont les conséquences ont été atténuées, dans les branches, par les dispositions transitoires. Jusqu'en 2017, au niveau des branches, les organisations syndicales affiliées à une organisation reconnue représentative au niveau national ont continué à bénéficier de la présomption de représentativité.

⁹ La question n'est pas posée ici, mais on peut se demander si l'accord en cause ici correspond véritablement à une branche. En tout état de cause, l'accord a vocation à s'appliquer à un niveau supérieur à celui de l'entreprise ou du groupe.

La nécessité d'agrèger les résultats électoraux au niveau de chaque branche pour déterminer si les organisations syndicales remplissent le critère de l'audience électorale rend essentiel l'adoption de ces arrêtés. Il n'en demeure pas moins, comme le montre cette affaire, que la complexité de l'architecture conventionnelle n'exclut pas qu'il puisse exister des accords dont le champ d'application ne correspond pas exactement aux branches (spécificité du secteur du bâtiment) ou pour lesquels il n'existe pas d'arrêtés de représentativité spécifiques. Le chantier de restructuration des branches est susceptible de multiplier les hypothèses où des acteurs syndicaux vont ouvrir des négociations sans que les arrêtés aient nécessairement été adoptés préalablement, que l'on soit à un niveau inter-branches, actuellement favorisé, ou à un niveau infra-branches.

Selon le principe de concordance ou de correspondance, la représentativité s'apprécie dans le cadre que vise la disposition ou la stipulation dont l'application est en cause. Ainsi, les critères de la représentativité doivent être appliqués et appréciés dans le cadre territorial et professionnel qui est celui de la question pour laquelle la représentativité syndicale est requise. On retrouve aujourd'hui ce principe à l'article L. 2231-1 du code du travail, selon lequel, la convention ou l'accord est conclu du côté des salariés par *"une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord"*.

Le Conseil d'Etat fait preuve d'un pragmatisme certain lorsqu'il est amené à mettre en oeuvre ce principe. Le contentieux a, jusqu'à présent, concerné l'appréciation de la représentativité d'organisations syndicales au sein de commissions locales, départementales ou d'établissements au sein de la SNCF, à des niveaux où il n'existait pas de mesure de l'audience des syndicats. L'application stricte du principe de concordance aurait conduit à refuser de reconnaître la représentativité de ces organisations syndicales. Le Conseil d'Etat admet, en cas d'impossibilité d'apprécier la représentativité à un niveau donné, que celle-ci puisse être faite au niveau immédiatement supérieur. Il convient alors de prendre en compte le niveau le plus proche de celui en cause¹⁰.

Maud Vialettes, dans ses conclusions sous l'arrêt du 11 octobre 2010, indiquait¹¹: *"il est admis, tant par le Conseil d'Etat que par la Cour de cassation, que la représentativité s'apprécie en faisant application d'une règle dite de concordance, c'est à dire qu'elle s'applique au niveau où la prérogative syndicale a vocation à s'exercer. La question que pose la présente affaire est de savoir si vous reprenez une acception intransigeante de cette règle, qui vous conduirait à exiger une stricte adéquation entre le niveau d'appréciation de la représentativité et le niveau d'exercice de la prérogative syndicale en cause ou si elle est susceptible d'une mise en oeuvre empreinte de pragmatisme. Nous penchons pour la seconde acception de cette règle. Il nous semble que la règle de concordance n'a pas la même force que le principe général du droit de représentativité. Elle nous paraît plus être un principe juridique, une ligne de conduite qui a été dégagée pour apprécier la représentativité ; elle en constitue une modalité d'appréciation, non la quintessence. La mise en oeuvre de cette règle permettait utilement de pallier le silence de la loi sur les modalités d'appréciation de la représentativité - ce qui n'est plus le cas, la représentativité étant désormais prouvée et non plus présumée - mais pour autant cette règle ne nous semble pas se situer au même plan que le principe général de représentativité lui-même. Dans ces conditions, il nous semble que **la règle de concordance implique qu'il y ait un rapport de cohérence entre le niveau d'exercice des prérogatives syndicales et***

¹⁰ CE 12 déc. 2018, n°415765, syndicat UNSA-Intérieur-ATS n°415765 aux tables; CE, Section, 29 décembre 1995, Syndicat national des personnels de préfecture CGT et Force Ouvrière, n°143017 Rec. p 459; CE, 11 octobre 2010, Fédération des syndicats de travailleurs du Rail Sud, n°s 327660 et 328312

¹¹ CE, 11 octobre 2010 n°327660 et 328312, *Droit social* 2011, p. 186.

celui d'appréciation de la représentativité des syndicats aptes à les exercer, non une parfaite et exacte coïncidence".

On peut prendre quelques exemples de cette jurisprudence. Dans la décision du 12 décembre 2018, la question se posait de savoir si l'autorité administrative compétente pouvait refuser à une catégorie d'agents toute représentation dans les instances locales de l'action sociale au seul motif qu'elle ne disposait pas, à ce niveau, de résultats électoraux lui permettant d'apprécier la représentativité des différentes organisations syndicales. Le Conseil d'Etat a estimé que ce refus n'était pas justifié dans la mesure où l'autorité administrative disposait des éléments permettant d'apprécier cette représentativité au niveau régional. Dans l'affaire Fédération des syndicats de travailleurs du rail Sud et autres, le Conseil d'Etat a également admis que les statuts des relations collectives entre la SNCF et son personnel puissent prévoir, d'une part, que la représentativité au niveau des comités d'établissements (niveau régional), soit appréciée en fonction des élections à ces comités, et, d'autre part, que seuls les syndicats représentatifs à ce niveau puissent désigner des délégués syndicaux au sein des établissements locaux qui en relèvent. *"Lorsque le ministre, dans le cadre de son pouvoir d'organisation du service, crée une instance de concertation composée de représentants du personnel désignés par les organisations syndicales en fonction de leur représentativité, il lui appartient d'apprécier cette représentation au niveau où l'instance est appelée à siéger, ou, à défaut, à un niveau aussi proche que possible de celui-ci"*.

En revanche, toujours pour le Conseil d'Etat, lorsqu'il y a un écart trop important entre les niveaux d'appréciation de la représentativité, il n'est pas légal de procéder ainsi¹².

La chambre sociale a également pu admettre une solution similaire, dans un contexte spécifique, lorsque la question de la représentativité de représentants syndicaux dans une entreprise s'est posée dans un périmètre plus restreint que celui de l'élection d'un comité d'entreprise. Ainsi dans un arrêt du 10 novembre 2010, vous avez pu décider *"qu'il résulte de l'article L. 2122-1 du code du travail que le score électoral participant à la détermination de la représentativité d'un syndicat est celui obtenu aux élections au comité d'entreprise ou au comité d'établissement quand bien même, en application d'un accord collectif, le périmètre au sein duquel le syndicat désigne un délégué syndical serait plus restreint que celui du comité et correspondrait à un établissement distinct dans le cadre duquel doit être organisée l'élection des délégués du personnel"* (Soc., 10 novembre 2010, pourvoi n° 09-72.856, Bull. 2010, V, n° 257). Ici néanmoins, les termes mêmes de l'article L. 2122-1 du code du travail, dans sa rédaction alors applicable, imposaient cette solution, l'article du code du travail prévoyant que ce n'est qu'à défaut d'élection du comité d'entreprise, que les résultats des élections des délégués du personnel devaient être pris en compte.

On pourrait donc admettre que, lorsqu'il existe une discordance entre le périmètre au sein duquel l'audience syndicale a été mesurée et le périmètre au sein duquel l'exercice de la prérogative syndicale est appelée à s'exercer, on prenne en compte la mesure de l'audience intervenue à un niveau supérieur ou plus précisément au niveau immédiatement supérieur.

Faut-il pour autant admettre une telle application "souple" du principe de concordance lorsque la question de la représentativité des organisations professionnelles se pose à ce niveau spécifique qui n'est pas celui d'une branche constituée, mais se situe à un niveau inférieur ou supérieur?

¹² v. pour l'impossibilité d'apprécier la représentativité d'organisations syndicales au niveau départemental à l'aune de celle des mêmes organisations au niveau national (CE, 9 mars 2007, syndicat des greffiers de France, n°270236, aux tables).

Cette application souple présente certains avantages. Elle est de nature à favoriser l'autonomie collective des partenaires sociaux, fondement de la négociation collective. Elle s'inscrit dans la jurisprudence antérieure.

Elle présente néanmoins deux inconvénients. **D'une part, des risques d'appréciations divergentes** ne sont pas à exclure entre juridictions judiciaires, amenées à se prononcer sur la représentativité d'une organisation syndicale au moment de la négociation d'un accord et juridictions administratives, amenées également à connaître de cette question si l'accord négocié venait à être étendu.

D'autre part, admettre que l'on puisse prendre en compte **en tout état de cause la mesure de l'audience intervenue à un niveau supérieur**, peut conduire à admettre la représentativité à un niveau décentralisé d'une organisation dont l'audience a été mesurée à un niveau beaucoup plus global voire même, en l'absence d'échelon intermédiaire, au niveau national et interprofessionnel. Cela serait très directement contraire aux objectifs de la loi de 2008, qui a privilégié une représentativité ascendante.

L'application stricte du principe de concordance éviterait ces deux écueils. Dans cette hypothèse, les organisations syndicales qui se prétendent représentatives devraient prouver qu'elles atteignent le seuil d'audience minimal exigé par la loi dans le champ d'application de l'accord en cause.

L'organisation syndicale devrait alors se tourner vers le ministre du travail afin de lui demander de prendre un arrêté mesurant son audience dans le champ de l'accord en application des articles L.2122-5 et L2122-11 du code du travail.

Si cette interprétation était retenue, nous serions en faveur d'un rejet du pourvoi sur le moyen substitué d'office tiré "de ce que dès lors que la négociation d'un accord ou d'une convention collective nécessite d'inviter à cette négociation toutes les organisations syndicales représentatives dans le champ d'application de celle ci, la négociation d'un accord professionnel dans un champ n'ayant pas donné lieu à l'établissement d'un arrêté de représentativité suppose que soit préalablement vérifié les organisations syndicales représentatives dans ce champ conformément à l'article L. 2122-5 du code du travail" (voir avis 1015 du rapporteur). Mais cela suppose que cette vérification puisse être effectuée.

Or la décision de la cour administrative d'appel de Paris du 12 juillet 2019 bloque pour l'instant cette voie dans la mesure où elle considère que le ministre du travail ne peut adopter de tels arrêtés qu'en présence d'une branche et non pour la restructurer¹³. Dans l'attente d'une décision du Conseil d'Etat et/ou de l'adoption, pour l'heure incertaine dans le contexte actuel, du projet de loi, cette voie semble obérée. Une autre voie possible est celle ouverte par l'article L.2121-2 du code du travail qui permet à l'autorité administrative de diligenter une enquête de représentativité "*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*

¹³ Où l'on retrouve ici la délicate question de la définition d'une branche professionnelle. Sur cette question, voir également la décision du Conseil d'Etat du 24 novembre 2017 (SNPMA n° 389203) et les conclusions du rapporteur public, Mme Lieber: "*qu'en l'absence, par suite, 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 les praticiens-conseils de la mutualité sociale agricole, cette convention ne peut être regardée, au sens des dispositions de l'article L. 2122-5 du même code, comme constituant une "branche" pour laquelle il appartient au ministre chargé du travail de fixer, par arrêté, la liste des organisations syndicales reconnues représentatives*".

représentatives au niveau national". Cette faculté, reconnue bien antérieurement à la loi de 2008, est ouverte non seulement lorsque le ministre envisage une extension d'un texte conventionnel, mais également lorsque la représentativité d'une organisation syndicale est contestée dans le cadre de la négociation d'une convention collective¹⁴. Ces enquêtes de représentativité peuvent ainsi conserver une utilité, même après la loi du 20 août 2008, "*dans certaines configurations, tenant par exemple à l'architecture des branches ou au paysage syndical. Au demeurant, cet article a survécu à la réforme et reste donc dans l'arsenal des outils que le ministre du travail peut utiliser*"¹⁵. Les termes de l'article L.2121-2 ne semblent néanmoins admettre cette hypothèse que pour les syndicats non affiliés à des confédérations reconnus représentatives au niveau national. Mais il est vrai que l'énoncé du texte est adapté à la situation antérieure à la loi du 20 août 2008, où les organisations affiliées étaient irréfragablement présumées représentatives. Surtout, la cour administrative d'appel de Paris dans une autre décision du 12 juillet 2019¹⁶, qui fait également l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat, a considéré 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. Il lui appartient de fixer l'audience des organisations syndicales par un arrêté sur le fondement des articles L.2122-5 et L.2122-11 du Code du travail*".

En l'état actuel, les deux décisions de la cour administrative d'appel de Paris limitent ainsi le recours des organisations syndicales au ministre du travail pour obtenir les résultats de leur audience électorale, à un niveau autre que celui de la branche constituée.

Dans ce contexte légal et jurisprudentiel incertain, qu'il est nécessaire de prendre en compte, une application stricte du principe de concordance serait très (trop) restrictive au regard du droit à la négociation collective des organisations syndicales qui pourraient avoir les plus grandes difficultés à démontrer qu'elles parviennent au seuil nécessaire d'audience électorale dans le champ de l'accord collectif en cause.

Une voie médiane serait alors possible, inspirée de la position du Conseil d'Etat. La prise en compte d'un arrêté de représentativité du niveau immédiatement supérieur serait admise à condition qu'il n'y ait pas d'écart trop important entre le niveau où est mesurée l'audience et le niveau où doit s'apprécier la représentativité. En d'autres termes, il doit exister une cohérence entre le niveau où l'audience est mesurée et celui où les prérogatives syndicales sont appelées à s'exercer et il serait possible d'écarter un arrêté dans l'hypothèse d'une incohérence manifeste, ce qui semble ici être le cas.

En l'espèce, la cour d'appel a considéré que "*Le champ d'application territorial et professionnel de l'accord du 25 janvier 1994 est par suite très large, et concerne l'essentiel des entreprises du bâtiment, sur le territoire national, qui emploient moins de 10 salariés. Le syndicat CFE-CGC-BTP verse aux débats l'arrêté du 22 décembre 2017 qui fixe la liste des organisations syndicales qui sont reconnues représentatives dans le champ de l'ensemble des conventions collectives du bâtiment, et dont il ressort qu'il figure dans la liste. La CAPEB invoque pour sa part l'arrêté du 20 juillet 2017 qui écarte le syndicat CFE-CGC-BTP de la liste des*

¹⁴ CE, 14 octobre 1996, *Ministre du travail c/ Groupement professionnel national d'informatique*, n° 161902; 7 juillet 2004, *Union professionnelle Sud Télécommunications*, n° 213284, inéd.

¹⁵ Conclusions du rapporteur public S.-J. Lieber sur CE 24 novembre 2017, n° 389203; voir également conclusions du rapporteur public J. Lessi sur CE 30 mars 2016, *Fédération autonome générale de l'industrie hôtelière touristique*, n° 384903-384904.

¹⁶ Voir décision de la CAA de Paris, 7^{ème} ch. 12 juillet 2019, n°18PA01228, note d'A. Teissier, JCP éd. S, n° 41, 15 oct. 2019, 1296.

organisations syndicales représentatives. Mais cet arrêté concerne le champ d'application de la convention collective nationale applicable aux ouvriers du bâtiment qui emploient jusqu'à dix salariés. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que le syndicat CFE-CGC-BTP devait être invité par la CAPEB à la négociation du 7 juin 2018".

On peut ici se demander si la cour d'appel a véritablement caractérisé l'adéquation entre le champ d'application de l'accord et celui de l'arrêté de représentativité sur lequel elle s'appuie pour admettre la représentativité de la CFE-CGC.

Or c'est cette cohérence qui nous semble faire défaut ici. Comme nous l'avons vu, l'accord collectif, dont la négociation est en cause, a vocation à s'appliquer à tous les salariés du bâtiment dans les entreprises occupant jusqu'à 10 salariés. Selon les chiffres clefs de l'artisanat, publiés en 2019 par la CAPEB, seul 8% des effectifs du bâtiment sont des ingénieurs, et assimilés cadres. Même en l'absence de statistiques précises sur le pourcentage de cadres dans les entreprises de moins de 10 salariés, on peut présumer que le nombre de cadres dans les entreprises de moins de 10 salariés reste faible. Pour cette raison, l'audience électorale de la CFE-CGC mesurée au niveau de l'ensemble du secteur du bâtiment ne nous semble pas en adéquation avec le niveau de négociation où ce syndicat demande à être reconnu comme représentatif. Une autre raison pragmatique nous conduit à la même conclusion. La réorganisation conventionnelle du secteur du bâtiment n'est pas sans générer des tensions entre les différents acteurs syndicaux et patronaux comme le montrent notamment les contestations des arrêtés de représentativité qui ont pu être adoptés par la ministre du travail. Dans ce contexte, il serait ici préférable de privilégier une coïncidence entre le niveau de la mesure de l'audience et celui du champ d'application de l'accord collectif en cause.

En conclusion, sans rejeter le principe selon lequel le principe de concordance doit être appliquée de manière souple et pragmatique et peut conduire à apprécier la représentativité d'une organisation syndicale au niveau immédiatement supérieur à celui où elle entend exercer la prérogative syndicale, la cour d'appel devait caractériser l'adéquation entre le champ d'application de l'accord et celui de l'arrêté de représentativité sur lequel elle s'appuie pour admettre la représentativité de la CFE-CGC BTP. C'est la raison pour laquelle nous concluons à la cassation.

AVIS DE CASSATION SUR LE SECOND MOYEN



**AVIS COMPLEMENTAIRE DE Mme LAULOM,
AVOCAT GENERAL**

**Arrêt n° 213 du 10 février 2021 (chambre sociale)
Pourvoi n° 1913383**

Décision attaquée : 10 janvier 2019 de la cour d'appel de Paris

**La confédération de l'Artisanat et des petites entreprises du
bâtiment**

**Contre
le syndicat CFE-CGC-BTP**

Cet avis complémentaire intègre à l'analyse deux décisions du Conseil d'Etat, rendues les 4 novembre, relatives à la compétence du ministre du travail d'adopter des arrêtés de représentativité. Tenant compte des solutions retenues par la juridiction administrative, l'avis conclut, contrairement au premier avis, au rejet du pourvoi.

Le premier arrêt du Conseil d'Etat concerne l'arrêté du 27 décembre 2017 par lequel la ministre du travail a fixé, à la demande de plusieurs organisations syndicales, la liste des organisations syndicales représentatives dans le secteur du bâtiment, ainsi que l'arrêté du 25 juillet 2018, le modifiant¹.

Le Conseil d'Etat, en se fondant sur les articles L. 2121-1 et L. 2121-2 du code du travail, revient sur les positions retenues par la Cour administrative d'appel de Paris² et admet "que,

¹ CE 4 novembre 2020, n° 434519, 434573, 434577.

² Sur les décisions de la Cour administrative d'appel, voir notre avis p. 7 et 13.

sans préjudice de l'application des règles d'appréciation de la représentativité des organisations syndicales 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 syndicales 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". La même solution est retenue dans le deuxième arrêt du même jour concernant les organisations professionnelles d'employeurs³.

C'est donc en application de l'article L. 2121-2 que le Conseil d'Etat retient, sans aucune ambiguïté, la compétence du ministre pour adopter des arrêtés de représentativité dans des champs ne correspondant pas nécessairement à une branche professionnelle, ce qui rend inutile la recherche d'une définition d'une branche professionnelle. Ce faisant, l'obstacle principal à une appréciation stricte du principe de concordance est levé dans la mesure où des organisations syndicales et professionnelles souhaitant négocier dans un champ où il n'existe pas d'arrêtés de représentativité pourront se tourner vers le ministre pour que soit arrêtée la liste des organisations syndicales et professionnelles représentatives dans ce champ. C'est donc au moment où les parties souhaitent négocier dans un champ spécifique, qu'il conviendra de vérifier qu'elles sont bien représentatives dans ce champ. Cette solution avait notre préférence mais nous l'avons rejeté au regard des doutes existant alors sur la compétence ministérielle (p. 13 du premier avis). Les arrêts du 4 novembre 2020 modifient le contexte juridique et nous conduisent ainsi à proposer un rejet du pourvoi.

Nous concluons donc au rejet du pourvoi sur le motif soulevé d'office, tiré de ce que, dès lors que la négociation d'un accord ou d'une convention collective nécessite d'inviter à cette négociation toutes les organisations syndicales représentatives dans le champ d'application de celle-ci, la négociation d'un accord professionnel dans un champ n'ayant pas donné lieu à l'établissement d'un arrêté de représentativité suppose que soient préalablement vérifiées les organisations syndicales représentatives dans ce champ conformément à l'article L. 2122-5 du code du travail.

AVIS DE REJET

³ CE 4 novembre 2020, n°434518, 434574.