



**AVIS DE Mme BERRIAT,
PREMIÈRE AVOCATE GÉNÉRALE**

Arrêt n° 1384 du 14 décembre 2022 – Chambre sociale

Pourvoi n° 21-19.551

Décision attaquée : Tribunal judiciaire de Créteil du 29 juin 2021

2SMA

C/

**La Direction régionale des entreprises de la
concurrence et de la consommation du travail
et de l'emploi d'Ile-de-France**

Rappel des faits et de la procédure

Le groupe DocteGestio est composé de trois UES dont une, sous la marque Doctocare, est dédiée aux métiers de la santé et partagée en deux établissements distincts.

L'accord collectif du 8 octobre 2019, relatif à la représentation du personnel au sein de l'UES santé « *vise à définir le périmètre de l'UES Santé du groupe DocteGestio* »¹. Il rappelle que la détermination des établissements distincts est un préalable nécessaire à la mise en place du comité social et économique et décide que l'UES est « *constituée de deux comités sociaux économiques d'activité (CSEA)* », le CSEA hospitalisation d'une part et le CSEA médical, dentaire, thermalisme, support, optique et audio d'autre part, ainsi que d'un comité social et

¹ Article 1^{er} de l'accord.

économique central². L'accord ne définit pas plus avant les activités rattachées à l'un ou l'autre des deux CSEA.

Une première réunion de négociation du protocole préélectoral avec les organisations syndicales représentatives s'est achevée le 21 novembre 2019 sur un désaccord quant à la définition des établissements distincts.

Le 29 janvier 2020, indiquant qu'ils n'avaient pu trouver un accord sur la répartition du personnel entre les collèges, l'ensemble des syndicats représentatifs a saisi la Direccte d'une demande de répartition du personnel et des sièges entre les collèges des deux CSEA. Au visa des articles L. 2313-8, L. 2314-13 et R. 2314-3 du code du travail l'administration a rejeté cette demande, considérant qu'il existait un quiproquo entre les parties sur les termes de l'accord passé le 8 octobre 2019 et qu'il convenait de définir le périmètre « *des deux UES du groupe DocteGestio Santé* » par un accord explicite.

Les organisations syndicales ont dénoncé l'accord le 20 juillet 2020. En l'absence de nouvel accord, celui-ci continuait néanmoins de produire effet pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis.

Le 23 novembre 2020, la direction demandait à son tour à la Direccte de répartir le personnel et les sièges entre les collèges électoraux en se fondant sur l'accord du 8 octobre 2019. L'administration répondait le 23 janvier 2021 par une nouvelle décision de rejet, motivée par l'impossibilité pour l'inspecteur du travail d'interpréter cet accord au caractère équivoque.

L'employeur a saisi le tribunal judiciaire d'un recours contre cette décision, en demandant au tribunal de constater qu'il n'y a pas lieu d'interpréter l'accord du 8 octobre 2019 comme devant conduire à rattacher le support à l'entité juridique ou au site géographique dans lequel le salarié travaille et de procéder à la répartition du personnel et des sièges entre les collèges électoraux.

Les organisations syndicales ont fait valoir que le tribunal était incompétent pour statuer sur ce qu'elles ne considéraient pas comme une demande de répartition mais comme une demande d'arbitrage sur le contenu de l'accord du 8 octobre 2019.

Par jugement du 29 juin 2021 le tribunal a constaté son incompétence matérielle et renvoyé les parties à mieux se pourvoir.

Le moyen

L'employeur s'est pourvu contre ce jugement et présente un moyen unique en deux branches. Il reproche au tribunal d'avoir constaté l'incompétence matérielle du juge, de l'avoir renvoyé à mieux se pourvoir et d'avoir rejeté ses demandes.

Il affirme dans une première branche qu'en l'absence de protocole d'accord préélectoral et à défaut de décision de l'administration l'employeur peut saisir le tribunal judiciaire pour qu'il soit statué sur la répartition du personnel au sein des collèges électoraux. Le tribunal judiciaire qui s'est déclaré incompétent aurait donc violé les articles L. 2313-2, L. 2314-13 et R. 2314-3 du code du travail.

La seconde branche, qui soutient à titre subsidiaire qu'en se déclarant incompétent le tribunal aurait dû désigner la juridiction qu'il estimait compétente, n'est pas de nature à entraîner la cassation.

² Article 2.2 de l'accord. L'article 3.2.1. prévoit que le CSEA hospitalisation comprend 17 titulaires et suppléants et dispose de 30 heures de délégation tandis que le CSEA dentaire, thermalisme, support et optique et audio compte 14 titulaires et suppléant et dispose de 29 heures de délégation.

Discussion

Définition des établissements distincts et des collèges électoraux

L'article 31 de la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 a introduit à l'article L. 433-2 du code du travail, relatif aux élections des représentants du personnel, un huitième alinéa qui prévoit implicitement que le découpage de l'entreprise en établissements distincts doit être prévu par accord³. Considérant que cet accord avait une nature électorale, la Cour de cassation exigeait qu'il soit conclu à l'unanimité (Soc 10 juin 1997, n° 96-60.118 P). Puis l'ordonnance n° 2005-1478 du 1^{er} décembre 2005, en renvoyant aux conditions de l'article L. 2314-3-1⁴, a précisé que l'accord instituant un établissement distinct devait être conclu selon les règles de la double majorité⁵. Enfin, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance 2017-1386, l'accord déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts n'est plus soumis qu'à la majorité simple définie par l'article L. 2232-12 premier alinéa⁶. La détermination des établissements distincts au moyen d'un accord permet aux partenaires sociaux de fixer librement leur nombre et leur périmètre en s'écartant des critères définis par la jurisprudence du Conseil d'Etat autrefois et désormais par l'article L. 2313-4⁷.

En ce qui concerne le nombre et la composition des collèges électoraux, pour l'élection des délégués du personnel comme pour celle des membres du comité d'entreprise, la loi du 28 octobre 1982 prévoyait initialement qu'ils pouvaient être modifiés par un accord conclu à l'unanimité, tandis que la répartition des sièges entre les différentes catégories et la répartition du personnel dans les collèges électoraux faisaient l'objet d'un accord de droit commun. A la condition d'unanimité, la loi du 20 août 2008 a substitué celle de la double majorité⁸.

En l'absence d'accord, il revenait à l'autorité administrative de décider de cette répartition, sous le contrôle des juridictions administratives⁹.

³ Article L. 433-2 alinéa 8 de l'ancien code du travail : « Dans chaque entreprise, à défaut d'accord entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales intéressées, le directeur départemental du travail et de l'emploi du siège de l'entreprise a compétence pour reconnaître le caractère d'établissement distinct. »

⁴ Article L. 2314-3-1 « Sauf dispositions législatives contraires, la validité du protocole d'accord préélectoral conclu entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées est subordonnée à sa signature par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation, dont les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise ».

⁵ Ordonnance n° 2005-1478 du 1^{er} décembre 2005 de simplification du droit dans le domaine des élections aux institutions représentatives du personnel.

⁶ Article 2232-12 : « La validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants ».

⁷ Article L. 2313-4 : « En l'absence d'accord conclu dans les conditions mentionnées aux articles L. 2313-2 et L. 2313-3, l'employeur fixe le nombre et le périmètre des établissements distincts, compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel. »

⁸ Article 4 I et VI de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

⁹ Articles L. 423-3 et L. 433-2 de l'ancien code du travail.

La loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 a réduit les cas d'intervention de l'administration en précisant que « *lorsqu'au moins une organisation syndicale a répondu à l'invitation à négocier de l'employeur et que l'accord [sur la répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel et la répartition du personnel dans les collèges électoraux] ne peut être obtenu, l'autorité administrative décide de cette répartition entre les collèges électoraux* ».

Lorsqu'aucune organisation syndicale n'a pris part à la négociation il revient à l'employeur de répartir le personnel et les sièges par une décision unilatérale qui peut être contestée devant le tribunal judiciaire¹⁰.

Transfert de compétence aux juridictions judiciaires

L'évolution la plus déterminante pour le traitement de ce contentieux résulte de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, qui a fait du tribunal d'instance la juridiction de recours pour l'ensemble du contentieux électoral. Ce transfert de compétence a été précisé par l'ordonnance n°2017-1386, qui exclut tout autre recours administratif ou contentieux.

Comme l'indiquent les travaux parlementaires pour la loi du 6 août 2015 cités au rapport, la volonté du législateur était de mettre fin aux « enchevêtrements des compétences qui peuvent être source de complexité pour les entreprises » et de simplifier le processus électoral pour les organisations syndicales comme pour les entreprises en regroupant l'ensemble des litiges devant une même juridiction, investie du pouvoir de trancher elle-même, sans question préjudicielle, tous les griefs qui lui seraient soumis.

Du tribunal d'instance, la compétence en matière d'élections professionnelles est passée, en application de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation pour la justice et de son décret d'application n° 2019-912 du 30 août 2019, au tribunal judiciaire qui statue en dernier ressort.

Etendue de la compétence du tribunal judiciaire pour statuer sur la décision de l'autorité administrative

Désormais, lorsque l'autorité administrative est saisie d'une demande de répartition du personnel dans les collèges électoraux et des sièges entre les différentes catégories de personnel, le tribunal judiciaire est compétent pour statuer aussi bien sur une demande d'annulation de sa décision que sur cette répartition-même, lorsque l'administration ne s'est pas prononcée dans un délai de deux mois¹¹.

Il en va de même lorsqu'elle est saisie en cas de désaccord sur la répartition des sièges entre les différents établissements et les différents collèges, comme le prévoit l'article L. 2316-8¹².

¹⁰ Articles L. 2314-14 et L. 2314-28 du code du travail ; Soc 6 octobre 2011, n° 11-60.035 P et Soc 18 mai 2022, n° 21-11.737 B.

¹¹ Article R. 2314-3 alinéa 3.

¹² Article L. 2316-8 : « Dans chaque entreprise, la répartition des sièges entre les différents établissements et les différents collèges fait l'objet d'un accord entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées, conclu selon les conditions de l'article L. 2314-6. /En cas de désaccord sur la répartition des sièges, l'autorité administrative dans le ressort de laquelle se trouve le siège de l'entreprise décide de cette répartition. (...) La décision de l'autorité administrative peut faire l'objet d'un recours devant le juge judiciaire, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux. »

En application de l'article R. 2316-2 « Le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi du siège de l'entreprise est compétent pour la répartition des sièges entre les différents établissements et les différentes catégories prévue au premier alinéa de l'article L. 2316-8. Le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi prend sa décision dans un délai deux mois à compter de sa saisine. Cette décision (...) peut faire l'objet d'un recours devant le tribunal judiciaire dans un délai de quinze jours suivant sa notification. / En cas de décision implicite de rejet du directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, l'employeur ou les organisations syndicales intéressées peuvent saisir, dans le délai de quinze jours, le tribunal judiciaire afin qu'il soit statué sur la répartition. »

Ainsi, qu'il y ait ou non décision de l'administration, le tribunal judiciaire est compétent pour statuer sur l'ensemble de ces répartitions.

Tenant compte de la volonté du législateur, vous avez décidé par un arrêt publié qu'il appartenait « au tribunal d'instance d'examiner l'ensemble des contestations, qu'elles portent sur la légalité externe ou sur la légalité interne de la décision de la direction régionale des entreprises, de l'économie, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte) et, s'il les dit mal fondées, de confirmer la décision, s'il les accueille partiellement ou totalement, de statuer à nouveau, par une décision se substituant à celle de l'autorité administrative, sur les questions demeurant en litige »¹³.

Ainsi il revient bien à la juridiction judiciaire de statuer sur l'ensemble des griefs portés devant elle.

Jugement attaqué

En l'espèce, la décision soumise au tribunal relevait dans un dernier considérant que « le caractère équivoque de l'accord du 4 octobre 2019 censé déterminer la composition de chacun des deux établissements distincts conventionnels de L'UES de la branche Santé DOCTOGESTIO ne permet pas de se prononcer sur une répartition des personnels et des sièges entre collèges de leurs comités sociaux et économiques faisant l'objet de la présente demande d'arbitrage administratif; qu'en tout état de cause il n'appartient pas à l'inspecteur du travail saisi d'une [demande] d'interpréter un accord d'UES qui ne mentionne pas sans équivoque la composition des entités composant l'UES ».

Cette réponse faisait obstacle à l'organisation des élections professionnelles alors même que l'employeur avait l'obligation d'y procéder, en application de l'article L. 2311-2 du code du travail.

Il aurait pu sortir obtenir de cette impasse si le tribunal judiciaire avait répondu à sa demande d'annulation de la décision administrative. Cependant, après avoir constaté que « Selon la jurisprudence, l'interprétation des accords d'entreprise relève de la compétence du tribunal judiciaire », ce tribunal a décliné sa compétence, au motif que « le juge judiciaire du contentieux électoral ne peut pas répartir le personnel dans les différents collèges dès lors que la Direction n'a fourni aucune information sur le nombre de salariés de chaque entreprise qu'elle considère appartenir à la fonction support et qui serait rattaché au comité social et économique. En effet, il n'est pas possible de se prononcer sur une répartition de salariés entre collèges si les propositions n'ont pas fait l'objet d'une négociation préalable avec les organisations syndicales représentatives ».

En d'autres termes, du refus de décider manifesté par l'administration le juge déduit qu'il est dans l'impossibilité de statuer, ce qui conduit à un déni de justice.

¹³ Soc 19 décembre 2018, n° 18-23.655.

Particularité de la décision prise par l'administration

En premier lieu, il est exact que la décision contestée s'écarte très largement de la mission impartie à l'administration par la jurisprudence administrative antérieure au transfert de compétence vers les juridictions judiciaires.

Car le Conseil d'Etat faisait obligation à l'administration de statuer en cas de désaccord des partenaires sociaux sur la répartition : *« L'inspecteur du travail, saisi d'une demande de répartition du personnel et des sièges dans les différents collèges électoraux, laquelle relève de sa compétence, est tenu, lorsqu'aucun accord n'est intervenu dans les conditions prévues à l'alinéa premier de l'article L. 423-3, de procéder à la répartition sur la base des deux collèges prévus à l'article L. 423-2, sauf à rappeler, en cas de contestation sur l'existence d'un accord, que cette contestation ne peut être tranchée que par le tribunal d'instance, juge de l'élection »*. (CE 22 novembre 1985, ministre du travail contre Syndicat national de l'audiovisuel C.F.T.C. et autres, n° 65779 B).

De même : *« Considérant que l'alinéa 1° précité de l'article L.426-1 du code du travail, permet à un accord collectif de comporter des clauses plus favorables que les dispositions législatives ou réglementaires en matière de désignation et notamment de nombre des délégués du personnel ; qu'en application de ces dispositions un accord entre l'employeur et deux des quatre syndicats représentatifs dans l'entreprise a été conclu le 6 octobre 1983 dans les conditions prévues par le code du travail, en vue de permettre l'élection d'un nombre de délégués du personnel supérieur à celui qui résulterait de l'application de l'article R.420-1 du code du travail ; que, dans ces conditions, l'inspecteur du travail de Bois-Colombes et le ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle saisis du désaccord sur la répartition du personnel dans les collèges électoraux et sur la répartition des sièges entre les différentes catégories ont méconnu l'étendue de leurs compétences en refusant de procéder à cette double répartition ; que, par suite, le ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Paris a annulé la décision de l'inspecteur du travail de Bois-Colombes en date du 16 novembre 1983 et la décision en date du 14 mai 1984 par laquelle ledit ministre a confirmé cette décision ; »* (CE 4 décembre 1987 ministère du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle contre Cie C.G.E.-Alstom n° 72841 C).

Le Conseil d'Etat jugeait que pour procéder au classement dans un collège, l'administration devait prendre en compte les fonctions effectivement exercées (CE 2 novembre 1957, Société des Hauts fourneaux de Rouen, p. 580, CE 11 juin 1982 Syndicat des personnels des organismes de sécurité sociale et des institutions sociales CFDT T p. 766, CE 24 juin 1987 Société Codex-Una).

Deux arrêts inédits définissent les éléments d'appréciation sur lesquels il revenait à l'administration de se fonder : selon un arrêt du 15 janvier 1988 Association des Salins de Bregille, n° 72323 *« en l'absence d'accord entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales intéressées dans le centre de rééducation fonctionnelle Pomponiana-Olbia il appartenait à l'inspecteur du travail de répartir le personnel dans les collèges électoraux sans pouvoir modifier la composition desdits collèges telle qu'elle était fixée par la loi et précisée par la convention collective susmentionnée ni retenir pour cette répartition un critère autre que celui de la nature des fonctions »* ;

Ces exigences sont confirmées par un arrêt Société Sodexho du 16 décembre 1994, n° 118416 selon lequel *« pour apprécier si la nature des fonctions exercées par [les salariés concernés] devait entraîner leur appartenance au premier ou au second collège défini par ces dispositions, l'inspecteur du travail pouvait légalement tenir compte de tous les éléments d'appréciation dont il disposait, y compris ceux qui étaient contenus dans la convention collective nationale des entreprises de restauration de collectivités applicable à l'entreprise ainsi que dans l'accord*

d'entreprise signé par la SOCIETE SODEXHO le 18 avril 1986, alors même que la convention collective n'était pas signée par l'une des organisations syndicales représentatives existant dans l'entreprise et que l'accord d'entreprise n'aurait pas été valablement signé par cette organisation syndicale ; »

Ces arrêts, certes anciens, n'invitaient pas l'administration à interpréter les accords collectifs mais lui imposait de procéder à la répartition en prenant en compte l'ensemble des informations dont elle disposait afin de déterminer les fonctions exercées par les salariés pour les répartir entre les collèges.

Nécessité d'annuler la décision administrative

La décision attaquée refuse de procéder à la répartition qui lui est explicitement demandée. Rendue en méconnaissance de l'article L. 2314-13, elle constitue une décision de rejet. Il revenait donc au tribunal judiciaire de l'annuler puis de statuer sur la répartition comme le prévoit l'article R. 2316-2 en cas de décision implicite de rejet obtenue lorsque l'administration ne s'est pas prononcée dans un délai de deux mois et comme l'exige votre arrêt du 19 décembre 2018.

Enfin, l'absence d'information sur le nombre des salariés de chaque entreprise appartenant à la fonction support ne constituait pas un obstacle à une telle décision car le tribunal judiciaire dispose du pouvoir d'ordonner les mesures d'instruction lui permettant de recueillir les données manquantes.

Par conséquent il y a lieu de casser le jugement attaqué par lequel le tribunal judiciaire s'est mépris sur sa compétence.

Avis de cassation