

ENTREPRISES PUBLIQUES – Comité d'entreprise – Consultation sur une réorganisation – Irrégularité – Contestation – Compétence juridictionnelle – Décision portant sur l'organisation du service public – Compétence de l'ordre administratif.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 5 janvier 2011

Pôle emploi région Ile-de-France et a.

contre **Comité d'établissement transitoire de Pôle emploi IdF et a.** (pouvoi n° 10-21.445)

Vu les articles L. 5312-1, L. 5312-3 et L. 5312-9 du Code du travail, la loi des 16-24 août 1790, ensemble le principe de la séparation des pouvoirs ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Pôle emploi a été créé le 18 décembre 2008 par fusion de l'ANPE, des Assedic et de l'Unedic, en application de la loi du 13 février 2008 relative à la réforme du service public de l'emploi, pour assurer notamment l'ensemble des services d'indemnisation et de placement des demandeurs d'emploi ; qu'en application de l'article L. 5312-9 du Code du travail, selon lequel les relations collectives des agents de cette institution sont régies par le Code du travail, un comité central, des comités d'établissement (CET) et des CHSCT, d'abord provisoires puis définitifs à l'issue des élections professionnelles tenues en décembre 2009, ont été mis en place ; que, conformément aux objectifs fixés par la convention pluriannuelle conclue avec l'Etat en application de l'article L. 5312-3 du Code du travail, Pôle emploi a prévu pour assurer ces services la mise en place de "sites mixtes" réunissant dans une même unité de production ou sous l'autorité d'un "manager" unique, un ensemble d'agents issus des organismes fusionnés, quelles que soient leurs fonctions dans une organisation du travail unique ; qu'après consultation du comité central de Pôle emploi en février 2009, la direction de l'établissement régional d'Ile-de-France a engagé une procédure de consultation du CHSCT et du CET de cet établissement, d'une part sur les principes généraux du déploiement des sites mixtes en Ile-de-France, d'autre part sur le détail des projets particuliers d'ouverture des sites mixtes ; que le CHSCT et le CET ont été réunis successivement les 28 août 2008 et 7 septembre 2009 pour donner leur avis sur les principes généraux de cette organisation ; que ces organismes, contestant la régularité de la procédure d'information-consultation et considérant qu'il avait été procédé à l'engagement de travaux, à des mouvements de personnel et à l'ouverture de sites mixtes sans consultation préalable du CET et du CHSCT sur certains projets particuliers, ont saisi le juge des référés de demandes tendant à constater l'irrégularité de la procédure de consultation et à ordonner la suspension de tous travaux sur les sites et de l'ouverture de tout nouveau "site mixte" dans l'attente de l'achèvement de cette procédure ;

Note.

I. *Pôle emploi* est issu de la fusion de l'ANPE et des Assedic, décidée par la loi du 13 février 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi. Selon l'article L. 5312-1 du Code du travail, le placement et l'accompagnement des demandeurs d'emploi sont effectués par "*une institution nationale publique dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière*", qui a pris le nom de *Pôle emploi* en application de l'article R. 5312-31 du Code du travail (1).

Attendu que pour infirmer partiellement l'ordonnance du premier juge et ordonner la suspension de tout engagement de travaux, d'affectation de personnel ou de toute ouverture d'un site mixte jusqu'à l'achèvement de la procédure de consultation, la cour d'appel retient que ces actes constituant des actes de simple gestion, distincts par nature de décisions structurelles d'organisation du service public dont ils assurent la mise en œuvre, le juge judiciaire est compétent pour en connaître et que l'absence d'information-consultation préalable du CET et du CHSCT nécessaire à la finalisation d'un projet particulier de "site mixte", constitue un trouble manifestement illicite ;

Attendu cependant que le juge de l'ordre administratif est seul compétent pour trancher un litige relatif à la procédure de consultation préalable des institutions représentatives du personnel, lorsqu'est en cause une décision portant sur l'organisation du service public ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la définition des principes généraux d'ouverture des sites mixtes, les décisions d'engagement des travaux, de mouvement de personnel et d'ouverture des sites mixtes qui s'inscrivent dans le processus de réorganisation du service public de l'emploi consécutif à la création de Pôle emploi, en vue d'assurer les services d'indemnisation et de placement des demandeurs d'emploi, constituent des décisions structurelles d'organisation du service public et que l'information et la consultation du comité d'établissement et du CHSCT de Pôle emploi Ile-de-France constituent des actes préparatoires qui conditionnent la régularité de ces décisions, la Cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé le principe et les textes susvisés ;

Vu l'article 627 du Code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 14 juin 2010, entre les parties, par la Cour d'appel de Paris ;

Dit n'y avoir lieu à renvoi ;

Déclare le juge judiciaire incompétent pour connaître des demandes du comité d'établissement et du CHSCT de l'établissement Ile-de-France de Pôle emploi.

(Mme Collomp, prés. - Mme Morin, rapp. - M. Cavarroc, av. gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, av.)

(1) M. Véricel « Restructuration du marché du travail et ouverture à la concurrence du service public de l'emploi » Dr. Ouv. avr.

2008 p. 209, spec. II/ A/, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

Cette structure, née officiellement le 19 décembre 2008, est le résultat d'une hybridation qui emprunte ses caractéristiques, sans rigueur ni logique, à différents organismes, publics ou privés, investis d'une mission de service public.

Les agents de Pôle emploi "*sont chargés d'une mission de service public*", en vertu de l'article L. 5312-9 du Code du travail ; il faut comprendre que l'institution est investie d'une mission de service public administratif (SPA) relevant en principe du droit administratif du fait de ses missions et de son financement (2).

Mais Pôle emploi entretient également des liens de droit privé, notamment en matière de relations de travail par le statut des personnels des ex-Assedic, des nouveaux salariés recrutés et des agents de l'ex-ANPE, qui optent pour la nouvelle convention collective (3) (les agents de l'ex-ANPE peuvent choisir de demeurer dans le statut d'agent contractuel de droit public déterminé par le décret du 31 décembre 2003 modifié par le décret du 17 septembre 2009). C'est ainsi que l'article L. 5312-9 § 1 du Code du travail a expressément prévu que "*les agents de l'institution nationale sont régis par le présent Code dans les conditions particulières prévues par une convention collective étendue agréée par les ministres chargés de l'emploi et du budget*". La fusion a aussi intégré des professionnels de l'AFPA (association pour la formation professionnelle des adultes).

Ce regroupement s'effectue par la mixité progressive des sites qui réunissent tous ces personnels sous un même toit et assurent la polyvalence des agents, tant pour le placement des demandeurs d'emploi que pour le paiement des allocations de chômage.

II. La direction de l'établissement régional d'Ile-de-France a engagé une procédure de consultation du CHSCT et du comité d'établissement sur le déplacement des sites dits "*mixtes*". Ces institutions ont contesté la régularité de la procédure d'information et de consultation et ont saisi le juge des référés afin d'ordonner la suspension de tous travaux sur les sites et de l'ouverture de tout nouveau site dans l'attente de l'achèvement de cette procédure.

Le juge des référés du Tribunal de grande instance de Bobigny – 9 décembre 2009 – puis la Cour d'appel de Paris – 14 juin 2010 – ont retenu leur compétence, constaté l'irrégularité de la consultation du CHSCT et du comité d'établissement et ordonné sous astreinte la suspension de tout engagement de travaux et de toute ouverture d'un site mixte jusqu'au complet achèvement des procédures d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel de Pôle Emploi Ile-de-France.

La Cour de cassation a, d'emblée, estimé que le juge judiciaire n'avait pas sa place dans cette affaire, qui, selon elle, relève de la compétence du juge administratif. Elle a cassé sans renvoi, le 5 janvier 2011 (ci-dessus, P+B). Il s'agit d'une décision lourde de conséquences pour les travailleurs de Pôle emploi, qui ne suscite pas notre approbation.

Le législateur, ainsi qu'il a été rappelé précédemment, s'est abstenu de qualifier Pôle emploi qui reste, à ce jour, une institution innommée (4). L'alternative consistant à la rattacher à la catégorie des établissements publics – et, en ce cas, certainement des établissements publics de caractère administratif (EPA) – ou à considérer qu'elle constitue une personne morale de droit public *sui generis* (5) est encore en suspens. Ce choix est toutefois, en lui-même, probablement sans incidence directe sur la résolution du litige, le critère organique de l'analyse des actes des personnes investies d'une mission de service public se voyant remplacé, en tant que de besoin, par un critère matériel (6).

Quoi qu'il en soit, la loi a prévu – article L. 5312-9 § 2 du Code du travail – que "*les règles relatives aux relations collectives de travail prévues par la deuxième partie du présent code s'appliquent à tous les agents de l'institution*". Cette disposition explicite doit seule guider la résolution du litige.

Pourquoi la Cour de cassation n'a-t-elle pas appliqué cette règle simple ?

Elle a dû la combiner avec les règles spécifiques aux services publics puisque, toujours selon l'article L. 5312-9 § 1 du Code du travail, "*les agents de l'institution nationale... sont chargés d'une mission de service public*".

(2) G. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, 2^e ed., 2007, Montchrestien, § 223.

(3) Signée le 21 novembre 2009 et étendue par arrêté ministériel du 19 février 2010, JO du 24/02.

(4) Rapport 2008 du Conseil d'Etat, p. 168.

(5) A l'instar par exemple de la Banque de France, CE 22 mars 2000, req. n° 203854, Dr. Ouv. 2001 p. 81.

(6) Obs. F. Saramito sous CE 12 nov. 1990, *Mahler*, Dr. Ouv. 1990 p. 340.

Depuis la loi des 18-24 août 1790, qui a posé le principe de la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire, en réaction aux anciennes juridictions royales qui s'opposaient au pouvoir exécutif, les activités administratives sont soustraites à la juridiction ordinaire : *"les fonctions judiciaires sont distinctes et demeurent toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne peuvent, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrations en raison de leurs fonctions"*.

Cette notion de la séparation des pouvoirs avait été théorisée par Locke en 1690 et Montesquieu en 1767, lequel précisait dans *De l'esprit des lois* : *"Tout serait perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles ou du peuple exerçait ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers"*.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, a considéré que *"relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle"*.

III. Décisions directement en lien avec l'organisation de la mission de service public ou décisions constituant des actes de gestion interne ? En matière de relations de travail dans les entreprises publiques, la Cour de cassation oscille, au gré de ses arrêts, entre ces deux orientations.

En 1994, elle considère qu'*"un projet de réforme des structures territoriales de l'agence EDF-GDF de Haute-Marne Sud tendant à la suppression de deux districts de zone rurale"* s'inscrivait dans un processus de réorganisation du service public constituant un acte préparatoire à l'adoption de la décision à intervenir : *"décision de nature administrative puisqu'affectant directement l'organisation de la distribution d'énergie"* : elle en déduit que la question de la régularité de la consultation du comité mixte à la production, ressortit à la compétence de la juridiction administrative (7). Le même jour, toujours à propos d'EDF-GDF, elle confirme la compétence administrative (8) pour un projet de la direction régionale de Reims de modifier ses structures territoriales existantes et, en conséquence, de supprimer des districts ruraux et des emplois.

Mais, dans un second temps, en 2005 et en 2007, l'effectivité des prérogatives des institutions représentatives du personnel retrouve grâce auprès de la Cour de cassation. La première chambre civile estime (9) que la décision de transférer d'un site à un autre des personnels EDF-GDF porte sur le fonctionnement interne du service, ne comporte aucune réorganisation de celui-ci et relève donc de la compétence judiciaire.

La Chambre sociale (10) poursuit dans cette nouvelle voie en relevant qu'un projet de regroupement sur un seul site d'une activité d'accueil téléphonique de la clientèle précédemment exercée sur deux sites *"n'est pas de nature à affecter l'organisation structurelle du service public de la distribution de l'énergie et du gaz par EDF et GDF"* et relève donc de la compétence judiciaire.

Retour au passé : l'arrêt ici commenté, d'une facture stricte, voire rigide, ne laisse aucune place à l'interprétation. D'une part, les ouvertures des sites mixtes de Pôle emploi *"s'inscrivent dans un processus de réorganisation du service public de l'emploi"*, d'autre part, *"l'information et la consultation du comité d'établissement et du CHSCT constituent des actes préparatoires qui conditionnent la régularité de ces décisions"*. La boucle est bouclée.

IV. Les conséquences sont désastreuses pour les agents dans leurs prérogatives collectives avec leur employeur. Pourtant, cette solution n'allait pas de soi. L'article L. 2321-1 du Code du travail précise, de manière générale, que les dispositions relatives au comité d'entreprise s'appliquent aux établissements publics à caractère administratif lorsqu'ils emploient du personnel dans des conditions de droit privé. Ce texte pourrait suffire pour en justifier l'application à Pôle emploi (réserve faite de l'assimilation de cette institution à un EPA). Tel n'est pourtant probablement pas le cas. En effet, le principe de recodification à droit constant – fermement maintenu jusqu'à maintenant par la Chambre sociale de la Cour de cassation – veut que l'interprétation des

(7) Sociale, 15 juin 1994, n° 92-13424.

(8) Sociale, 15 juin 1994, n° 92-17704, Bull. n° 198, Dr. Ouv. 1996 p. 352, n. P. Darves-Bornoz.

(9) Civile 1, 28 juin 2005, n° 03-18500, Dr. Ouv. 2005 p. 550, n. F. Saramito.

(10) Sociale, 16 mai 2007, n° 06-13044, Bull. n° 80.

(11) M. Cohen, L. Milet, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 9^e ed., 2009, LGDJ, p. 68.

textes ne soit pas modifiée par la seule adoption de la nouvelle rédaction. Or, de jurisprudence antérieure constante, les EPA étaient exclus du champ d'application de la législation sur les comités d'entreprise (11). Pour la clarté de l'exposé on conservera cette interprétation à droit constant (12).

On l'admettra d'autant plus aisément au cas d'espèce que l'article L. 5312-9 § 2 du Code du travail prévoit spécifiquement l'application à Pôle emploi des règles collectives de la deuxième partie du Code du travail. L'application de la législation sur les comités d'entreprise est donc indiscutable nonobstant toute discussion sur la nature juridique de l'institution. Et l'article L. 2323-15 du Code du travail dispose que "*le comité d'entreprise est saisi en temps utile des projets de restructuration et de compression des effectifs*".

Le contentieux de la régularité des instances représentatives du personnel devrait donc échoir au juge judiciaire, le juge administratif conservant celui de la régularité de la décision administrative de réorganisation (habilitation de l'organe décisionnel, conformité à la mission résultant du principe de spécialité, etc.).

Or, compte tenu du choix opéré par la Chambre sociale de la Cour de cassation, les personnels devront attendre la décision finale de réorganisation du service, car le contentieux des actes administratifs suppose un recours administratif préalable avant l'engagement de la procédure devant le juge administratif. Une fois le juge saisi, il sera trop tard : d'une part le référé administratif n'aura plus lieu d'être, d'autre part les réorganisations internes seront effectives et donc quasiment impossibles à revisiter.

La solution adoptée par la Cour de cassation est d'autant plus regrettable qu'elle eût pu être tout autre, si on veut bien considérer, comme elle l'avait fait en 2005 et en 2007, que l'ouverture des sites mixtes constitue un acte de gestion interne, ou tout au moins une décision qui n'affecte pas directement les relations du service public de l'emploi avec ses usagers, lesquels conservent tous leurs droits et sont astreints aux mêmes devoirs, qu'ils s'adressent aujourd'hui dans un seul site ou, hier, dans deux sites (ANPE et Assedic).

Outre le respect des droits des institutions représentatives du personnel dont l'assise constitutionnelle (13) aurait mérité un peu plus de considération, une telle solution aurait présenté une cohérence certaine avec une décision récente du Tribunal des conflits. Interrogé sur l'ordre de juridiction compétent pour statuer sur l'expulsion d'une agence de Pôle emploi, le juge régulateur a répondu : « *Le juge judiciaire est compétent pour prononcer l'expulsion d'une personne morale de droit public occupant sans droit ni titre un local qui appartient à une personne de droit privé et que celle-ci lui avait loué en vertu d'un bail expiré, dont les clauses, l'objet et le régime ne lui confèrent pas le caractère d'un contrat administratif ; dès lors, la demande [du bailleur] tendant à l'expulsion de l'ANPE, devenue Pôle emploi, qui s'est maintenue dans les lieux après la délivrance d'un congé ayant mis fin au bail consenti par la société propriétaire, relève de la compétence du juge judiciaire* » (14). Il est dès lors peu compréhensible que la (contestable) décision unilatérale de maintien dans les lieux prise par l'agence Pôle emploi soit renvoyée par le Tribunal des conflits au juge judiciaire – alors même qu'est directement en cause la continuité du service public s'agissant d'une expulsion ! –, tandis que la décision de mixité des sites, examinée ci-dessus par la Cour de cassation, est, malgré son évidente banalité, parée du label de mesure d'organisation du service public afin de la renvoyer au juge administratif.

Comme l'a écrit le 1^{er} décembre 2010 le secrétaire général du syndicat CGT Pôle emploi de Marseille au président du conseil d'administration, "*notre syndicat demande au conseil d'administration de l'institution de prendre les décisions qui permettent aux instances représentatives du personnel d'exercer pleinement leurs attributions comme le prévoit la loi dans le cadre de l'article L. 5312-9 du Code du travail*".

Pôle emploi – nonobstant la nature finale qui lui sera reconnue, EPA ou institution *sui generis* – utilise ainsi à bon compte son statut pour s'exonérer de ses obligations en matière de respect des accords collectifs ou pour faire fi des droits à l'information et à la consultation des instances représentatives du personnel. Ainsi qu'un observateur averti l'avait souligné il y a quelques années à propos des hésitations de la Chambre sociale : « *A l'évidence cette jurisprudence constitue un frein sérieux à un fonctionnement efficace des organismes de*

(12) Il faut en effet relever que la recodification a profondément modifié le texte et sa portée : d'un article L. 431-1 (issu de la loi du 28 oct. 1982) visant « *les établissements publics déterminés par décret qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial* » (c'est-à-dire les établissements publics à double visage), le code est passé à un article désignant les « *établissements publics à caractère administratif lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé* » (art. L. 2321-1) sans autre référence à la mission de l'institution. L'interprétation à droit constant deviendrait en

l'espèce *contra legem*, outre une absence totale d'intelligibilité et d'accessibilité de la règle de droit.

(13) Al. 8 du préambule de la Constitution « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». L'importance de ce fondement a été rappelée notamment par le conseil d'Etat lors du transfert du personnel de l'AFPA (rapp. ann. du CE, 2010, La Doc. Fr. p. 129).

(14) Tr. Conf. 21 juin 2010, C 3734.

représentation du personnel dans les entreprises publiques ; elle aboutit, de fait, à nier l'application de la loi du 28 octobre 1982 à ces entreprises de même que le caractère de droit privé des relations de travail dans ces entreprises. L'ironie du sort a voulu que cette jurisprudence fondée sur les missions de service public assurées par ces établissements publics soit utilisée pour défendre des réformes de réorganisation qui ont toutes pour but de supprimer les « contraintes » qui seraient celles des services publics et d'assurer une gestion de type privatiste en introduisant des pratiques managériales en application dans les entreprises privées » (15). Quinze ans plus tard, on ne saurait mieux dire concernant Pôle emploi (16).

"Je suis oiseau, voyez mes ailes... je suis souris, vivent les rats" (17). Pôle emploi, alors « ni panda ni porc-épic » (18) ? Le Tribunal des conflits arbitrera peut-être et dira "chauve-souris" ?

Michel Desrues

(15) J. Chorin, *Le particularisme des relations de travail dans les entreprises publiques à statut*, LGDJ, 1994, p. 286.

(16) M. Véricel « Sur la libéralisation totale du marché du placement des demandeurs d'emploi », *Dr. Soc.* 2010 p. 1176.

(17) Jean de la Fontaine, fable "La chauve-souris et les deux belettes".

(18) Selon l'expression imagée d'un syndicaliste de Pôle emploi.