N^{os} 438326, 438327
Commune d'Aix-en-Provence

8^{ème} et 3^{ème} chambres réunies

Séance du 18 novembre 2020
Lecture du 30 novembre 2020

CONCLUSIONS

M. Romain VICTOR, rapporteur public

1.- Grâce à la commune d'Aix-en-Provence (grâce surtout à la cour administrative d'appel de Marseille), vous allez goûter à nouveau aux charmes, et plus certainement aux vicissitudes, des élections professionnelles dans la fonction publique, dont vos chambres réunies avaient déjà eu un bon aperçu en statuant fin 2018 sur le pourvoi du *Syndicat CFDT Interco Moselle*, quelques jours avant le dernier renouvellement général des commissions administratives paritaires (CAP) (8^{ème} et 3^{ème} chr, 26 nov. 2018, n^o 412584, T. p. 733, à nos concl. AJDA 2/2019 n^o 126).

2.- Est en cause, encore et toujours, la diabolique règle de répartition entre les listes syndicales des sièges de représentants du personnel aux CAP, qui sont compétentes pour connaître, en application du principe de participation, de toutes les questions d'ordre individuel intéressant les fonctionnaires, y compris en matière de discipline.

On se souvient qu'il est créé au sein de chaque collectivité territoriale, ainsi que le prévoient les articles 28 et 29 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale¹, autant de CAP que de catégories de fonctionnaires A, B et C, ces commissions étant composées en nombre égal de représentants de la collectivité désignés par l'autorité territoriale et de représentants du personnel élus au scrutin de liste avec représentation proportionnelle, dans les conditions définies à l'article 9 *bis* du statut général de la fonction publique. Ce renvoi au statut général emporte deux conséquences. D'une part, les organisations syndicales représentatives disposent seules du droit de constituer des listes électorales. D'autre part, ainsi que l'a prévu la loi n^o 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, les listes de candidats constituées par ces organisations comportent un nombre de femmes et d'hommes « *correspondant à la part de femmes et d'hommes représentés au sein de l'instance concernée* », afin d'assurer une représentation équilibrée des deux sexes. Les autres modalités d'application ont été renvoyées à un décret en Conseil d'Etat.

¹ Loi n^o 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Ce décret « *relatif aux CAP des collectivités territoriales et de leurs établissements publics* », pris le 17 avril 1989², comporte, dans un chapitre II, plusieurs articles consacré aux élections. Il fixe à quatre ans la durée du mandat des représentants du personnel³. Il détermine par ailleurs le nombre de ces représentants, qui est fonction de l'importance de l'effectif de la catégorie de fonctionnaires concernée au sein de la collectivité⁴, tout en distinguant, au sein des représentants du personnel d'une même catégorie, ceux qui relèvent du groupe hiérarchique « de base » et ceux relevant du groupe hiérarchique « supérieur ».

Pour prendre un exemple, lorsque l'effectif d'une catégorie de fonctionnaires est au moins égal à 250 et inférieur à 500, 5 représentants doivent être élus à la CAP, mais il est précisé que 3 de ces représentants relèvent du groupe de base et 2 relèvent du groupe supérieur, cette répartition « 3-2 » s'inversant au profit d'une représentation « 2-3 » si les fonctionnaires du groupe supérieur sont plus nombreux que ceux du groupe de base.

Il importe de souligner à ce stade que le législateur avait fait référence à la notion de « groupe hiérarchique » pour les besoins de la procédure disciplinaire. Jusqu'à sa modification par l'article 31 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, qui a fait disparaître cette notion à compter du prochain renouvellement des CAP⁵, l'article 90 du statut⁶ prévoyait que la CAP statuant comme conseil de discipline ne devait comprendre que des fonctionnaires du même grade ou d'un grade au moins équivalent à celui du fonctionnaire poursuivi, renvoi étant fait à un décret simple pour fixer l'équivalence entre grades et emplois de la même catégorie, donc pour définir des groupes hiérarchiques. Un décret n° 95-108 du 14 septembre 1995, pris pour l'application de ces dispositions, avait par suite été pris pour répartir tous les grades et emplois de fonctionnaires territoriaux en groupes hiérarchiques, la catégorie C comprenant les groupes C1 (base) et C2 (supérieur), la catégorie B les groupes B3 (base) et B4 (supérieur) et la catégorie A les groupes A5 (base) et le A6 (supérieur). Dans ce système d'équivalence, les attachés, ingénieurs principaux, psychologues, secrétaires de mairie et capitaines de sapeurs-pompiers professionnels constituent des grades et emplois équivalents, constituant le groupe hiérarchique de base de la catégorie A.

En outre et indépendamment de la procédure disciplinaire, le décret du 17 avril 1989 prévoit que certaines questions ne sont pas portées devant la formation plénière de la CAP mais devant une « *formation restreinte* », c'est-à-dire ne comportant que les représentants du groupe hiérarchique dans lequel est classé le grade ou l'emploi du fonctionnaire intéressé mais aussi les représentants du groupe hiérarchique supérieur (ainsi bien sûr qu'un nombre égal de représentants de la collectivité), ce qui implique que les représentants du groupe hiérarchique supérieur sont appelés à siéger davantage que leurs homologues du groupe de base. Tel était le cas, en vertu de l'article 33 du décret, des questions relatives à la promotion

² Décret n° 89-229.

³ Art. 3.

⁴ Art. 2.

⁵ Qui statueront désormais en formation plénière.

⁶ Qui est le premier article du chapitre VIII consacré à la discipline.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

interne (art. 39 loi du 26 janvier 1984), à la notation (art. 76 de cette loi), à l'avancement d'échelon (art. 78 de la loi) et à l'avancement de grade (art. 80 de la loi). Depuis la modification de l'article 33 par décret du 29 novembre 2019⁷, les CAP ne siègent plus en « *formation restreinte* » que lorsqu'elles connaissent de questions relatives à la notation. Notons également que, lorsque le fonctionnaire dont le cas est soumis à une CAP siégeant en formation restreinte appartient au groupe hiérarchique supérieur, le ou les représentants titulaires du personnel relevant de ce groupe siègent avec leurs suppléants qui ont alors voix délibérative⁸.

Ceci étant rappelé, nous pouvons en venir aux dispositions qui intéressent plus directement le droit des élections professionnelles.

L'article 12 du décret du 17 avril 1989 fixe d'abord plusieurs règles relatives aux candidatures présentées par les organisations syndicales :

- les listes de candidats aux sièges de représentants du personnel au sein des CAP doivent d'abord comprendre un nombre de femmes et d'hommes correspondant aux parts respectives de femmes et d'hommes représentés au sein de la CAP ;
- les organisations syndicales n'ont pas, en revanche, l'obligation de présenter des candidats dans chaque groupe hiérarchique ; il leur est donc loisible de ne présenter des candidats que dans l'un des deux groupes de la catégorie de fonctionnaires concernée ;
- si chaque liste comprend, en principe, pour un groupe hiérarchique donné, autant de noms qu'il y a de sièges de titulaires et suppléants à pourvoir, deux exceptions sont à signaler :
 - i) une liste peut être excédentaire, c'est-à-dire compter plus de candidats que de sièges à pourvoir, dans la limite du double de sièges de représentants titulaires et suppléants ; présenter un nombre de candidats supérieur au nombre de postes à pourvoir peut avoir un intérêt lorsqu'il s'agit de départager deux listes en concurrence pour l'attribution d'un siège, si ces listes ont la même moyenne et le même nombre de voix, car c'est celle qui a présenté le plus grand nombre de candidats qui bénéficie du siège (cf. les « *dispositions spéciales* » du c) de l'article 23) ;
 - ii) une liste peut aussi être incomplète, c'est-à-dire compter moins de candidats que de sièges à pourvoir, ceci à deux conditions :

⁷ Art. 31 du décret n° 2019-1265 du 29 novembre 2019 relatif aux lignes directrices de gestion et à l'évolution des attributions des commissions administratives paritaires.

⁸ Dernier alinéa de l'article 33.

1°) que le nombre de candidats présentés dans chaque groupe hiérarchique soit un nombre pair

et

2°) que le nombre de candidats présentés soit au moins égal à un plancher fonction de l'effectif des fonctionnaires relevant de la CAP (par exemple : au moins 6 candidats pour un effectif compris entre 40 et 500).

L'article 23 du décret du 17 avril 1989 prévoit par ailleurs que la désignation des membres titulaires des CAP élus à la proportionnelle est effectuée en deux temps qui correspondent respectivement aux a) et b) de cet article :

a) le nombre de sièges à pourvoir, indépendamment des groupes hiérarchiques auxquels ils correspondent, est réparti entre les listes selon la règle de la répartition proportionnelle avec attribution des sièges restants à la plus forte moyenne ;

b) sur cette base, *« les listes exercent leur choix successivement dans l'ordre décroissant du nombre de sièges »* qu'elles ont obtenus, mais la priorité accordée au vainqueur est très largement tempérée par la phrase suivante, car l'article 23 précise aussitôt que *« La liste ayant droit au plus grand nombre de sièges choisit chacun d'eux, le cas échéant, dans un groupe hiérarchique différent sous réserve de ne pas empêcher par son choix une autre liste d'obtenir le nombre de sièges auxquels elle a droit dans les groupes hiérarchiques pour lesquels elle avait présenté des candidats. / Les autres listes exercent ensuite leur choix dans les mêmes conditions et sous les mêmes réserves »*.

Par vos décisions *Ville de Dieppe* (3^{ème} et 5^{ème} ssr, 15 oct. 1999, n° 195786) et dernièrement *Syndicat CFDT Interco Moselle*, vous avez dit que ces dispositions visent à garantir les droits des listes qui ne sont pas arrivées en tête ; il s'agit, en substance, d'une protection du faible contre le fort, du minoritaire contre le majoritaire ; en arrière-plan, il y a la volonté de faire respecter l'expression du suffrage dans sa diversité, en posant – c'est un thème classique de la philosophie – des limites à la liberté des uns, afin qu'elle n'empiète pas sur les droits des autres.

Et après ce travail d'exégèse du texte réglementaire, vous avez jugé qu'il résulte de ses termes mêmes que les listes qui ne sont pas arrivées en premier doivent être assurées, en raison des conditions imposées aux choix de la liste qui a obtenu le plus grand nombre de sièges, non seulement qu'elles obtiendront le nombre de sièges auxquels les résultats du scrutin leur donnent droit, mais encore qu'elles pourront obtenir ces sièges dans les groupes hiérarchiques pour lesquels elles avaient présenté des candidats, dans la mesure où le nombre des sièges qu'elles ont obtenus le leur permet.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Il reste à préciser que les représentants du personnel titulaires sont désignés selon l'ordre de présentation de la liste et qu'en cas d'égalité du nombre de sièges obtenus, l'ordre des choix est déterminé par le nombre respectif de suffrages obtenu par les listes en présence et par voie de tirage au sort en cas d'égalité du nombre des suffrages obtenus. Par ailleurs, dans l'hypothèse où une liste incomplète obtiendrait un siège de plus que le nombre de candidats qu'elle a présentés lui permet de pourvoir, ce siège est attribué à la liste classée immédiatement après elle.

Une fois les représentants titulaires désignés, il est attribué à chaque liste un nombre de sièges de représentants suppléants égal à celui des représentants titulaires, les suppléants étant désignés parmi les candidats venant immédiatement à la suite des candidats élus titulaires et dans l'ordre de présentation de la liste, à défaut par tirage au sort.

3.- C'est le principe même de cette règle de partage qui est au centre de la contestation élevée par le syndicat FSU Territoriale 13.

Par arrêté du 4 juin 2018, la date des élections professionnelles dans la fonction publique territoriale a été fixée au 6 décembre 2018 et la commune d'Aix-en-Provence (Bouches-du-Rhône), qui dispose de trois CAP de catégories A, B et C communes à ces services et aux services du CCAS a organisé le scrutin, en vue de l'élection :

- dans la CAP de catégorie A, de 5 représentants du personnel (3 en groupe de base et 2 en groupe supérieur) ;
- dans la CAP de catégorie B, de de 5 représentants du personnel (2 sièges en groupe de base et 3 en groupe supérieur) ;
- dans la CAP de catégorie C, de 8 représentants du personnel (3 sièges en groupe de base et 5 en groupe supérieur).

A l'issue du scrutin, les trois listes concourant pour la CAP de catégorie A ont obtenu respectivement :

- liste FSU, arrivée en tête, 49 voix ;
- liste UNSA, arrivée en deuxième, 47 voix ;
- liste FO, arrivée dernière, 45 voix.

Les quatre listes concourant pour la CAP de catégorie B ont obtenu respectivement :

- liste FSU, arrivée en tête, 68 voix ;
- liste UNSA, arrivée deuxième, 53 voix ;
- liste FO, arrivée troisième, 52 voix ;
- liste commune FA-FPT / CFTC / CFE- CGC, arrivée dernière, 16 voix.

Les six listes concourant pour la CAP de catégorie C ont obtenu respectivement :

- liste FSU, arrivée en tête, 300 voix ;
- liste FO, arrivée deuxième, 291 voix ;
- liste UNSA, arrivée troisième, 173 voix ;
- liste CGT, arrivée quatrième, 87 voix ;

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

- liste FA-FPT, arrivée cinquième, 79 voix ;
- liste commune CFTC / CFE- CGC, arrivée dernière, 30 voix.

Au vu de ces résultats, les listes ont commencé, comme le prévoit le décret de 1989, à se répartir les sièges à la proportionnelle soit, par ordre de classement :

- pour la CAP de catégorie A (5 sièges à pourvoir) :
 - 2 sièges pour la liste FSU,
 - 2 sièges pour la liste UNSA,
 - 1 siège pour la liste FO
- pour la CAP de catégorie B (5 sièges à pourvoir) :
 - 2 sièges pour la liste FSU,
 - 2 sièges pour la liste UNSA,
 - 1 siège pour la liste FO,
 - aucun siège pour la liste SA FA-FPT / CFTC / CFE- CGC ;
- pour la CAP de catégorie C (8 sièges à pourvoir) :
 - 3 sièges pour la liste FSU,
 - 3 sièges pour la liste FO,
 - 1 siège pour la liste UNSA,
 - 1 siège pour la liste CGT
 - aucun siège pour les listes FA-FPT et CFTC / CFE-CGC.

Les listes ayant obtenu des sièges ont ensuite procédé à la répartition entre elles de ces sièges entre les groupes hiérarchiques de chaque catégorie.

Nous précisons à ce stade que la liste FSU, arrivée en tête dans les trois scrutins, avait présenté des candidats dans les deux groupes de chaque catégorie, tandis que les listes UNSA et FO avaient présenté des candidats dans l'un seulement des deux groupes hiérarchiques de la catégorie concernée, selon une stratégie consistant à ne présenter des candidats que dans le groupe hiérarchique numériquement le plus important (A5, B4 et C2).

Dans la CAP de catégorie A, la liste FSU, qui souhaitait obtenir 1 siège dans chaque groupe, a obtenu ses 2 sièges en groupe supérieur (A6), tandis que la liste UNSA, qui n'avait présenté que des candidats en groupe de base, a obtenu ses 2 sièges en groupe de base (A5) et la liste FO, qui n'avait pas non plus présenté de candidats en groupe supérieur, a obtenu son unique siège en groupe de base. La déconvenue du syndicat FSU de n'avoir eu de représentants que dans le groupe supérieur, alors qu'il est arrivé en tête, a été redoublée par le fait que, n'ayant pas présenté suffisamment de candidats dans le groupe supérieur, les suppléants de ses titulaires ont dû être tirés au sort parmi les fonctionnaires relevant du groupe A6, alors que l'UNSA et FO ont obtenu la désignation des suppléants appartenant à leurs rangs dans le groupe A5, ce qui a fait dire à la FSU que, bien qu'arrivée première, elle n'avait obtenu que 2 sièges (titulaires), là où l'UNSA, arrivée deuxième, en avait obtenu 4 (2 titulaires + 2 suppléants) et FO 2 (1 titulaire + 1 suppléant)...

Dans la CAP de catégorie B, la liste FSU, qui souhaitait obtenir deux élus en groupe supérieur (B4), a obtenu ses 2 sièges en groupe de base (B3), tandis que la liste UNSA, qui

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

n'avait présenté que des candidats en groupe supérieur, a obtenu ses 2 sièges dans ce groupe et que la liste FO, qui n'avait pas non plus présenté de candidats en groupe B3, a obtenu son unique siège en groupe B4.

Enfin, dans la CAP de catégorie C, la liste FSU a obtenu 2 sièges en groupe de base et 1 siège en groupe supérieur, alors qu'elle aurait souhaité obtenir 3 sièges en groupe supérieur, la liste FO obtenant 3 sièges en groupe supérieur, la liste CGT son unique siège en groupe de base et la liste UNSA son unique siège en groupe supérieur.

Le syndicat FSU territoriale 13 a introduit le 11 décembre 2018 trois réclamations portant sur la répartition des sièges par groupe hiérarchique pour chacune des CAP, qui ont été rejetées le 13 décembre par autant de décisions du président du bureau de vote. C'est dans ce contexte que cette organisation a saisi le tribunal administratif de Marseille d'une protestation électorale enregistrée le 8 février 2019 que le président de la 1^{ère} chambre de ce tribunal a rejetée comme tardive et manifestement irrecevable par une ordonnance du 28 février 2019.

Toutefois, sur appel du syndicat, la cour administrative d'appel de Marseille a, par un arrêt du 16 décembre 2019, annulé cette ordonnance, refusé de vous transmettre une QPC, jugé que la protestation du syndicat FSU territoriale 13 était recevable et fondée et, par conséquent, annulé l'élection d'un certain nombre de représentants du personnel titulaires et suppléants dans chacune des trois CAP et proclamé l'élection de nouveaux représentants du personnel titulaires et suppléants, tout en enjoignant à la commune de compléter la CAP des agents de catégorie A par tirage au sort.

C'est contre les articles 3 à 8 de cet arrêt que la commune d'Aix-en-Provence s'est régulièrement pourvue en cassation sous le n° 438326, en introduisant sous le n° 438327 une demande de sursis à exécution.

4.- Examinant les règles applicables à l'attribution des sièges dans les divers groupes hiérarchiques entre les listes appelées à la répartition, la cour a commencé par poser, au point 16 de l'arrêt, aussitôt après la citation du considérant de principe *Ville de Dieppe*, que les dispositions du b) de l'article 23 du décret du 17 avril 1989 fixant les règles d'attribution des sièges entre les listes appelées à la répartition « méconnaissent tant le principe d'une représentation proportionnelle prévu à l'article 29 de la loi du 26 janvier 1984 que la volonté des électeurs lorsqu'elles conduisent à attribuer à une liste ayant recueilli plus de suffrages qu'une autre liste un nombre de sièges inférieur à ceux attribués à cette dernière » et que, dans une telle hypothèse, « elles sont illégales et doivent (...) être écartées ».

Un peu plus loin, la cour a précisé son raisonnement en estimant que les sièges de suppléants devaient aussi être attribués dans le respect du principe de représentation proportionnelle et de la volonté des électeurs et que c'est au niveau de l'ensemble formé par les sièges de titulaires et de suppléants qu'il convenait d'apprécier le respect de ces principes.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Puis les juges d'appel ont mis en œuvre la doctrine qu'ils venaient d'énoncer pour chacune des trois CAP.

En ce qui concerne la CAP de catégorie A, ils ont constaté que l'UNSA, arrivée deuxième, avait bénéficié de « 4 sièges » en groupe A5 (2 titulaires + 2 suppléants), tandis que la FSU, arrivée première, n'avait bénéficié, en raison du caractère incomplet de sa liste pour le groupe supérieur et du jeu des dispositions de l'article 23, que de « 2 sièges » en groupe A6 (2 titulaires en groupe supérieur, les 2 suppléants étant tirés au sort). Les juges d'appel ont par conséquent rebattu les cartes. Ils ont attribué à la FSU 1 siège en groupe de base (plus 1 suppléant), en laissant à cette liste 1 siège en groupe supérieur (plus 1 suppléant). L'UNSA a conservé ses 2 sièges en groupe de base. La liste FO n'a obtenu aucun siège (car elle n'avait pas présenté de candidat en groupe supérieur) et le dernier siège de titulaire en groupe supérieur a été attribué, de même que son suppléant, par tirage au sort.

CAP de catégorie A							
Répartition contestée				Répartition CAA Marseille			
GH de base - A5		GH supérieur - A6		GH de base - A5		GH supérieur - A6	
Titulaire	Suppléant	Titulaire	Suppléant	Titulaire	Suppléant	Titulaire	Suppléant
3	3	2	2	3	3	2	2
UNSA	UNSA	FSU	<i>tiré au sort</i>	FSU	FSU	FSU	FSU
UNSA	UNSA	FSU	<i>tiré au sort</i>	UNSA	UNSA	<i>tiré au sort</i>	<i>tiré au sort</i>
FO	FO			UNSA	UNSA		

En ce qui concerne la CAP de catégorie B, la cour a constaté que la répartition contestée aboutissait à ce que la CAP siégeant en formation restreinte pour le groupe supérieur ne comporte aucun représentant de la FSU, ce qu'elle a jugé contraire au principe de représentation proportionnelle et à la volonté des électeurs. Par conséquent, la cour a attribué à ce syndicat 1 siège en groupe supérieur. Elle a ensuite refusé d'attribuer 2 sièges en groupe supérieur à l'UNSA, car cette attribution aurait conduit l'UNSA à obtenir un nombre supérieur de sièges à celui de la liste présentée par le syndicat FSU au sein de la CAP siégeant en formation restreinte pour le groupe hiérarchique supérieur, alors que ce dernier a obtenu un plus grand nombre de suffrages. Le dernier siège en groupe supérieur a donc été attribué à FO. Et l'UNSA n'ayant pas présenté de candidats en groupe de base, le second siège de ce groupe a été attribué à la FSU.

CAP de catégorie B							
Répartition contestée				Répartition CAA Marseille			
GH de base - B3		GH supérieur - B4		GH de base - B3		GH supérieur - B4	
Titulaire	Suppléant	Titulaire	Suppléant	Titulaire	Suppléant	Titulaire	Suppléant
2	2	3	3	2	2	3	3
FSU	FSU	UNSA	UNSA	FSU	FSU	FSU	FSU
FSU	FSU	UNSA	UNSA	FSU	FSU	UNSA	UNSA

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

FO

FO

FO

FO

Enfin, en ce qui concerne la CAP de catégorie C, la cour a constaté que la répartition contestée aboutissait à ce que le syndicat FO, arrivé, en deuxième position, derrière la liste FSU, dispose de 3 sièges de titulaires au sein du groupe supérieur contre 1 seul pour la FSU. Elle a donc attribué 1 siège supplémentaire à la liste FSU dans ce groupe et retiré 1 siège à la liste FO, sans pouvoir lui attribuer 1 siège en groupe de base, faute que le syndicat FO ait présenté des candidats en groupe de base. Par suite, le siège précédemment attribué à la FSU en groupe de base a été attribué à la liste FA-FPT, arrivée en cinquième position et qui avait présenté des candidats en groupe de base.

CAP de catégorie C							
Répartition contestée				Répartition CAA Marseille			
GH de base - C1		GH supérieur - C2		GH de base - C1		GH supérieur - C2	
Titulaire	Suppléant	Titulaire	Suppléant	Titulaire	Suppléant	Titulaire	Suppléant
3	3	5	5	3	3	5	5
FSU	FSU	FSU	FSU	FSU	FSU	FSU	FSU
FSU	FSU	FO	FO	CGT	CGT	FSU	FSU
CGT	CGT	FO	FO	FA-FPT	FA-FPT	FO	FO
		FO	FO			FO	FO
		UNSA	UNSA			UNSA	UNSA

5.- Pardonnez-nous cet exposé déjà trop long, mais l'arrêt attaqué est là pour nous rappeler que l'enfer est pavé de bonnes intentions.

La cour de Marseille s'est employée toute seule, sans texte puisqu'elle a écarté certaines dispositions du décret du 17 avril 1989 qu'elle a jugées illégales, à bâtir un nouveau système de répartition, supposé plus équitable, c'est-à-dire censé refléter mieux l'expression du suffrage. Mais, si nous partageons avec les juges d'appel le sentiment que les dispositions réglementaires en cause, combinées aux stratégies électorales, peuvent aboutir à des résultats décevants pour les listes pourtant victorieuses, il nous semble que leur raisonnement est critiquable sur plusieurs points, en ce qui concerne aussi bien le diagnostic qu'ils ont porté sur le résultat auquel conduit l'application des dispositions réglementaires litigieuses, telles que vous les avez interprétées, que le remède au mal qu'ils ont cru identifier.

La cour a commis à notre avis une double erreur de focale, en utilisant une focale tantôt trop étroite, tantôt trop large, son erreur affectant les trois CAP.

D'une part, elle a considéré que le respect de la volonté des électeurs et de la règle de l'élection à la représentation proportionnelle devait s'apprécier au niveau de chaque groupe hiérarchique d'une catégorie donnée, comme le montre bien le point 26 de l'arrêt dans lequel elle a identifié une méconnaissance de ces principes résultant de ce que la CAP de catégorie B siégeant en formation restreinte pour le groupe hiérarchique supérieur ne comportait aucun représentant de liste FSU, pourtant arrivée en tête et qui avait présenté des candidats dans

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

cette catégorie. La cour a également jugé, pour la CAP de catégorie C, au point 31 de l'arrêt, que le syndicat FO, arrivé en deuxième position, ne pouvait obtenir, sur les 5 sièges à pourvoir au sein du groupe hiérarchique supérieur, les 3 sièges auxquels sa liste avait en principe droit, car le syndicat FSU, arrivé premier, n'en avait obtenu que 2 et que l'attribution d'un troisième siège à FO aurait conduit ce syndicat à disposer d'un relativement plus grand nombre de sièges en groupe supérieur.

Toutefois, l'article 29 de la loi du 26 janvier 1984 impose seulement que « *les membres représentant le personnel [soient] élus au scrutin de liste avec représentation proportionnelle dans les conditions définies à l'article 9 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires* », et l'attribution des sièges selon la méthode de la représentation proportionnelle constitue une étape amont qui n'est pas remise en cause par l'étape aval de désignation des représentants du personnel dans les différents groupes hiérarchiques. Quand un électeur glisse son bulletin dans l'urne, il vote pour la liste constituée par une organisation syndicale représentative pour l'élection à la CAP, pas pour une liste présentée au titre de tel groupe hiérarchique.

Or si l'on raisonne à l'échelle de la CAP toute entière, on constate que la répartition initiale arrêtée à l'issue du scrutin selon l'article 23 du décret aboutissait à ce que la FSU dispose au sein de chaque CAP de la totalité des sièges de représentants titulaires qu'elle avait obtenus, à savoir 2 en catégorie A, 2 en catégorie B et 3 en catégorie C, de sorte que le jeu de cet article ne pouvait être regardée comme dénaturant la volonté des électeurs qui s'exprimait par liste constituée au niveau de catégories de fonctionnaires et non par groupe hiérarchique à l'intérieur de ces catégories.

Nous ne sommes donc pas dans la configuration de votre arrêt d'Assemblée *Syndicat national des psychologues et a.* (2 juil. 1999, n° 183232, rec. p., concl. J. Arrighi de Casanova RFDA 2000 p. 353) ayant annulé les dispositions d'un décret définissant le mode de scrutin aux CAP de la fonction publique hospitalière, au motif qu'elles pouvaient conduire à méconnaître la volonté des électeurs, après avoir constaté que la règle du quotient électoral pouvait aboutir à ce qu'une liste ayant recueilli plus de suffrages qu'une autre liste, mais comportant moins de candidats, n'obtienne aucun siège, alors que la seconde en aurait un, ou obtienne moins de sièges que cette dernière.

D'autre part, la cour a considéré que le respect de la volonté des électeurs et de la règle de l'élection à la représentation proportionnelle devait s'apprécier par rapport à un ensemble constitué de la somme des représentants titulaires et des représentants suppléants.

Or cette manière de voir est étrange car, dans la méthode définie par le pouvoir réglementaire, les listes ayant obtenu des sièges de titulaires se voient automatiquement attribuer des sièges de suppléants en nombre égal.

S'il peut en aller différemment, c'est uniquement dans l'hypothèse dans laquelle une liste aurait déposé une liste incomplète, ce qui était le cas de la liste de la FSU territoriale 13 pour l'élection à la CAP de catégorie A, puisqu'elle n'avait présenté que deux candidats en

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

groupe supérieur alors que deux sièges étaient à pourvoir et qu'une liste complète requérait donc quatre noms (2 titulaires + 2 suppléants).

Dès lors, en déduisant l'illégalité des dispositions réglementaires de la circonstance que l'UNSA, arrivée en deuxième position, avait obtenu 4 sièges à la CAP de catégorie A (2 titulaires + 2 suppléants) alors que la FSU, arrivée première, n'en avait obtenu que 2 (titulaires), la cour a commis une seconde erreur de droit, qui est une erreur de diagnostic car la déconvenue de la FSU était directement imputable au fait qu'elle avait présenté une liste incomplète.

Enfin nous observons, même si le pourvoi s'abstient de pointer cette erreur de fait, que la cour a jugé, au point 30, que la répartition contestée aboutissait à ce que la CAP de catégorie C siégeant en formation restreinte pour le groupe hiérarchique supérieur ne comporte « *aucun représentant issu de la liste* » FSU, ce qui est matériellement inexact, puisque ce syndicat a bien obtenu un siège en groupe supérieur, comme le montre le procès-verbal dressé le 6 décembre 2018 par les membres du bureau de vote (DPA p. 456/510), avant de juger au point 31, de manière contradictoire, qu'il convenait « *en conséquence d'attribuer au syndicat FSU un deuxième siège de représentant titulaire au sein du groupe hiérarchique supérieur* ».

6.- Après cassation, nous vous invitons à régler l'affaire au fond pour deux motifs tenant, le premier, au caractère prioritaire du contentieux électoral, le second, à l'obligation morale dans laquelle nous estimons nous trouver de vérifier à nouveau que la règle issue du décret du 17 avril 1989 ne doit pas être aménagée par le juge.

Il vous appartient de statuer dans le cadre de l'évocation

Les protestations ont été enregistrées dans les délais.

La FSU soutient tout d'abord que les listes UNSA et FO présentées au titre de chacune des catégories A, B et C n'étaient pas régulières au regard des dispositions de l'article 12 du décret de 1989, en ce qu'elles ne comportaient pas de candidats dans chacun des deux groupes hiérarchiques de la catégorie de fonctionnaires considérée. Toutefois, l'article 12 ne peut être lu comme subordonnant la régularité des listes à la condition qu'elles comportent des candidatures dans chaque groupe hiérarchique puisqu'il se borne à prévoir que « *Chaque liste comprend autant de noms qu'il y a de sièges à pourvoir, titulaires et suppléants, pour un groupe hiérarchique donné, sans qu'il soit fait mention pour chacun des candidats de la qualité de titulaire ou de suppléant* » et à exiger que « *le nombre de candidats présentés dans chaque groupe hiérarchique [soit] un nombre pair* ». Aucun texte ni aucun principe n'exige pour le reste qu'une organisation syndicale représentative présente des candidats dans chaque groupe hiérarchique d'une même catégorie de fonctionnaires. Il nous semble que vous l'aviez implicitement admis par votre décision *CFDT Interco Moselle* – et c'est peut-être l'occasion de le dire explicitement. Il nous semble aussi que cette éventualité a été envisagée par le pouvoir réglementaire, puisque l'article 13 du décret du 17 avril 1989 prévoit qu'à défaut de rectification, sur demande de l'autorité territoriale, d'une liste

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

comportant un ou plusieurs candidats inéligibles, « *la liste intéressée est considérée comme n'ayant présenté aucun candidat pour le ou les groupes hiérarchiques correspondants* ».

La FSU avait par ailleurs soulevé dans son recours préalable obligatoire un grief tiré de ce que la désignation des représentants titulaires selon la méthode définie par les dispositions du b) de l'article 23 du décret du 17 avril 1989 aboutissait à méconnaître l'expression du suffrage et la volonté des électeurs. Contrairement à ce que soutient la commune d'Aix, le moyen présenté par voie d'exception devant les juges du fond, tiré de l'illégalité des dispositions réglementaires litigieuses, se rattache bien au grief invoqué dans les recours gracieux dont il constitue un développement ; il n'est donc pas irrecevable (cf. 6^{ème} et 2^{ème} ssr, 21 déc. 1977, *Elections municipales d'Erbajolo (Haute-Corse)*, n^{os} 8272, 8447, rec. p. 527).

Sur le fond, ce que vous aurez jugé au stade de la cassation vous conduira à juger que la FSU n'est pas fondée à invoquer l'illégalité des règles de désignation des représentants du personnel titulaires par les différentes listes, en ce que ces règles méconnaîtraient la volonté des électeurs et la règle de représentation proportionnelle, si l'on s'accorde à raisonner à l'échelle de chaque commission et non par groupe hiérarchique.

En ce qui concerne la CAP de catégorie C, la FSU, arrivée en tête avec 300 voix, a obtenu 3 sièges. Elle souhaitait obtenir ses 3 sièges en groupe C2 et n'en a obtenu qu'1 en groupe C2 et les 2 autres en groupe C1. Elle se plaint de ce que le syndicat FO, ayant obtenu moins de voix, a obtenu plus de sièges en groupe C2.

Mais, cette répartition est la stricte application de l'article 23 du décret de 1989, tel que vous en avez rappelé l'objet, qui est d'empêcher les listes mieux classées de procéder à des choix éliminatoires pour les listes moins bien classées. Or si la liste FSU avait désigné ses 3 représentants en groupe C2, pour lequel il y avait 5 sièges à pourvoir, son choix aurait été à l'origine de deux conséquences inacceptables puisque, d'une part, le syndicat FO n'aurait pu désigner que 2 représentants en C2 et aurait ainsi perdu un siège, car ce syndicat n'avait pas présenté de candidats en C1, d'autre part, l'UNSA n'aurait pu désigner aucun représentant en C2, alors qu'il avait droit à un siège. Et il n'aurait pas davantage été acceptable que la FSU obtienne 2 sièges en C2 car FO aurait alors été contrainte, soit de ne désigner que deux représentants en C2 pour permettre à l'UNSA d'obtenir son unique siège en C2, ce qui lui aurait fait perdre un siège, soit d'évincer l'UNSA, en faisant perdre son siège à cette dernière.

La méthode prévue par le décret n'est sans doute pas parfaite, mais (comme on dit parfois), c'est sans doute la moins mauvaise méthode car on voit bien qu'elle préserve les droits des listes moins bien classées, mais sans absolutisme, car il serait raisonnable de juger, comme l'ont fait plusieurs cours, qu'une liste mal classée ayant présenté des candidats dans les deux groupes et n'ayant obtenu qu'un seul siège ne peut pas contraindre la liste mieux classée à lui laisser une liberté de choix pour désigner son représentant dans le groupe qui a sa préférence (v. CAA Douai, 2^{ème} ch., 15 mars 2016, *Syndicat CGT des agents des collectivités territoriales du Beauvaisis*, n^o 15DA01346, en C+ ; CAA Marseille, 9^{ème} ch., 27 mai 2016,

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Syndicat SUD du SDIS de Vaucluse, n° 15MA 02340 ; CAA Douai, 2^{ème} ch., 28 mars 2017, *Syndicat Sud Collectivités territoriales 76*, n° 15DA02062 ; CAA Bordeaux, 2^{ème} ch., 9 oct. 2018, *Syndicat FO Toulouse Métropole*, n° 16BX01002).

Nous ajoutons, à ce stade, que votre jurisprudence *Ville de Dieppe* et *CFDT Interco Moselle*, dont les motivations sont claires, est désormais bien connue des syndicats, comme l'illustrent les pièces du dossier qui citent abondamment ces précédents, ce qui nous fait dire qu'il appartient à ces organisations de prendre en compte, dans la définition de leur propre stratégie électorale, les stratégies des listes concurrentes. Car en effet, si la FSU entendait obtenir tous ses sièges en groupe C2, il lui appartenait de ne présenter de candidats que dans ce groupe, moyennant quoi elle aurait fait perdre un siège à FO et évincé l'UNSA, résultat auquel elle ne pouvait en revanche pas prétendre en présentant des candidats en C1 et C2.

CAP de catégorie C (Hypothèse dans laquelle FSU, FO et UNSA présentent exclusivement des candidats en C2)	
C1 (3 sièges à pourvoir)	C2 (5 sièges à pourvoir)
CGT <i>tirage au sort</i> <i>tirage au sort</i>	FSU FSU FSU FO FO

En ce qui concerne la CAP de catégorie B, la FSU, arrivée en tête avec 68 voix, a obtenu 2 sièges en groupe B3. Elle souhaitait obtenir ses 2 sièges en groupe B4. Elle se plaint de ce que les syndicats UNSA et FO, ayant obtenu moins de voix, ont obtenu respectivement 2 et 1 sièges en groupe B4. Mais c'est le même raisonnement que précédemment. Si la FSU avait choisi ses 2 représentants en B4, elle aurait fait perdre à l'UNSA son deuxième siège dans ce groupe et aurait évincé FO. Ce résultat ne pouvait être atteint qu'à la condition que la FSU ne présente de candidats qu'en groupe B4.

En ce qui concerne la CAP de catégorie A, la FSU, arrivée en tête avec 49 voix, a obtenu 2 sièges en groupe A6. Elle souhaitait obtenir 1 siège en groupe A6 et 1 siège en groupe A5. Elle se plaint de ce que les syndicats UNSA et FO, ayant obtenu moins de voix, ont obtenu respectivement 2 et 1 sièges en groupe A5. Elle déplore également que sa représentation soit plus fragile car les deux suppléants des représentants titulaires dont elle a obtenu la désignation ont été tirés au sort. Mais ce tirage au sort est la conséquence directe du caractère incomplet de la liste que la FSU avait présentée en groupe A6. Aucune dénégation de la volonté des électeurs ne peut pour le reste être identifiée.

Nous en arrivons donc à la conclusion que la répartition qui résulte de l'application des dispositions du b) de l'article 23 du décret du 17 avril 1989, en dépit de ces désavantages

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

pour la liste arrivée première, n'est pas pour autant illégale et que la protestation du syndicat FSU doit être rejetée.

EPCMNC, sous le n° **438326**, à l'annulation des articles 3 à 7 de l'arrêt attaqué, au rejet de la protestation du syndicat FSU territoriale 13, à ce que ce syndicat verse la somme de 3 000 € à la commune d'Aix-en-Provence au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du CJA et au rejet des conclusions présentées par ce syndicat au titre des mêmes dispositions, et sous le n° **438327**, à ce que vous disiez n'y avoir lieu de statuer sur la demande de sursis à exécution.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.