

N° 443858  
UNSA

1<sup>ère</sup> et 4<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 20 octobre 2021  
Lecture du 19 novembre 2021

## CONCLUSIONS

### M. Vincent VILLETTE, Rapporteur public

La notion d'organisation syndicale « représentative » est d'origine internationale puisqu'elle prend racine dans les stipulations du Traité de Versailles du 28 juin 1919 qui a créé l'OIT<sup>1</sup>. Progressivement réceptionnée en droit interne, la représentativité **irrigue de longue date le droit du travail en ce qu'elle constitue un levier pour « structurer l'espace professionnel »**<sup>2</sup>.

D'une part, en effet, la représentativité permet de dépasser la fragmentation historique du paysage syndical français grâce à l'identification d'un « *nombre limité d'interlocuteurs sérieux et crédibles, susceptibles de recueillir, d'agréger et de formuler correctement les demandes des salariés ou des employeurs* ». D'autre part, dans un contexte de sous-syndicalisation chronique (de l'ordre de 8 % dans le privé), la représentativité permet « *par le jeu d'une [reconnaissance] juridique (...) de pallier la faible représentativité de fait des syndicats [en les positionnant] comme des interlocuteurs propres à parler au nom du monde du travail dans son ensemble ou d'une fraction conséquente de celui-ci* ». L'importance cardinale que revêt ainsi cette notion explique que celle-ci soit largement encadrée, dans les textes comme en jurisprudence. Dans ce cadre bien balisé, l'affaire appelée soulève toutefois une question inédite puisqu'il vous faut appliquer cette notion à un enjeu nouveau – en l'occurrence, la composition des observatoires départementaux d'analyse et d'appui au dialogue social et à la négociation.

Ces observatoires ont été créés par l'une des ordonnances dites Macron de l'automne 2017<sup>3</sup>. Inspirés d'une expérience réussie dans le Tarn-et-Garonne, ils ont pour mission de « *favoriser et encourager le développement du dialogue social et de la négociation collective au sein des entreprises de moins de cinquante salariés* »<sup>4</sup> de leur département. Plus exactement, ces observatoires se sont vus investis de trois missions<sup>5</sup>. La première est d'établir un bilan annuel du dialogue social dans le département. La deuxième est de pouvoir être saisi par les

---

<sup>1</sup> V. sur ce point les conclusions de JH. Stahl sur la décision CE, 05-11-2004, UNSA, n° 257878, A

<sup>2</sup> Les citations sont issues de : *A propos de la représentativité syndicale*, G. Tusseau, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, LGDJ, 2005, pp. 1-36

<sup>3</sup> Art. 9 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22-09-2017

<sup>4</sup> Art. L. 2234-4 du code du travail

<sup>5</sup> Art. L. 2234-6 de ce code

*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.*

organisations syndicales de toutes difficultés rencontrées dans le cadre d'une négociation. La troisième consiste à apporter leur concours et leur expertise juridique aux entreprises de leur ressort dans le domaine du droit social. **L'ambition sous-jacente, vous le percevez, est ainsi de remédier à l'atrophie du dialogue syndical dans les plus petites PME en instaurant un organe de proximité destiné à le faciliter.**

La composition de ces observatoires reflète ce souci de les positionner comme des **interlocuteurs susceptibles d'apporter une expertise équilibrée en réponse à des difficultés concrètes**. Ainsi, outre le représentant départemental de la DIRECCTE, ces structures sont composées de douze membres au maximum – jusqu'à six membres représentants des salariés et jusqu'à six membres représentants des employeurs (art. R. 2234-1). Ces membres doivent tous avoir leur activité dans la région. La composition se veut donc souple en fonction des réalités départementales et, si l'observatoire est tripartite, il n'a pas nécessairement à être paritaire. Les modalités concrètes de désignation des membres sont quant à elles asymétriques. S'agissant des organisations professionnelles d'employeurs, chaque syndicat représentatif « *au niveau national interprofessionnel et multi-professionnel* »<sup>6</sup> est appelé à désigner un membre. S'agissant de la désignation des représentants des salariés, les textes prévoient que le DIRECCTE publie tous les quatre ans la liste des « *organisations syndicales de salariés représentatives au niveau départemental et interprofessionnel* »<sup>7</sup> et les organisations ainsi identifiées doivent en retour notifier à l'administration les noms de leurs représentants respectifs au sein de l'observatoire<sup>8</sup>.

C'est en vue d'enclencher cette mécanique qu'en l'espèce, le DIRECCTE de la région Bourgogne-Franche-Comté a arrêté, en février 2018, la liste des six organisations syndicales de salariés autorisées à désigner des représentants au sein des observatoires de Haute-Saône, de la Nièvre et de l'Yonne. Alors qu'elles faisaient partie de ces *happy few*, les unions départementales CGT-FO ont contesté cette liste en tant qu'elle autorisait l'UNSA à désigner des représentants dans ces trois observatoires locaux. Ces recours n'ont pas prospéré devant le tribunal administratif de Besançon mais, saisie d'un appel concernant uniquement la situation de la Saône-et-Loire, la cour de Nancy a inversé cette solution en annulant la décision administrative contestée en **tant seulement qu'elle autorisait l'UNSA à désigner un représentant au sein de l'observatoire de ce département**. C'est donc l'UNSA qui vous saisit désormais d'un pourvoi.

Pour rejeter les requêtes, le tribunal s'était contenté de relever que le directeur régional n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation dès lors que le syndicat UNSA figurait au sixième rang des organisations syndicales ayant obtenu, dans chacun de ces trois départements, le plus de voix aux dernières élections professionnelles. La cour a pour sa part estimé que cette circonstance ne suffisait pas en Haute-Saône puisque, dans ce département,

---

<sup>6</sup> Art. L. 2334-5

<sup>7</sup> Art. R. 2234-2

<sup>8</sup> Art. R. 2234-3

*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.*

**l'UNSA n'avait récolté à cette occasion que 2,82 % des suffrages exprimés.** Aussi, après avoir souligné que le dossier ne comportait aucun autre élément permettant d'apprécier la représentativité de ce syndicat au niveau interprofessionnel départemental, elle en a déduit que le DIRECCTE avait commis, sur ce point, une erreur d'appréciation.

La comparaison de ces deux raisonnements met tout d'abord en lumière une différence d'approche **au sujet de l'étendue du contrôle du juge** sur l'appréciation portée par l'administration quant à la représentativité d'un syndicat. Ce désaccord est aisé à trancher puisqu'il est clair que le juge a vocation à exercer un contrôle normal en cette matière. En effet, cette orientation ressort nettement de votre jurisprudence puisque votre décision d'Assemblée *UNSA*<sup>9</sup> de 2004 est fichée sur ce point, à propos de la liste des organisations représentatives appelées à siéger à la commission nationale de la négociation collective. Or, nous n'imaginons pas que vous pourriez retenir un contrôle à géométrie variable en fonction du contexte dans lequel cette notion serait maniée. Du reste, cette solution paraît cohérente puisque, nous l'évoquions, la représentativité est une notion juridiquement encadrée, de sorte que le juge dispose de points d'appui solides à l'aune desquels exercer son contrôle – ce qui justifie, d'ailleurs, que vous exerciez ensuite un contrôle de qualification juridique à hauteur de cassation<sup>10</sup>.

Cette dernière considération nous mène alors à la deuxième question soulevée par cette affaire, **qui suppose de déterminer les critères déterminant la représentativité ici en cause**. En l'occurrence, nous l'avons dit, les textes concernant l'observatoire sont assez peu diserts puisqu'ils se bornent à prévoir que cette représentativité s'apprécie à l'échelle « *départementale et interprofessionnelle* » et qu'elle est réévaluée tous les quatre ans. Pour donner de la chair à cette notion, la cour a mobilisé deux principes. D'une part, elle a rappelé le principe méthodologique dit de concordance<sup>11</sup>, qui suppose d'apprécier la représentativité au niveau où la prérogative syndicale a vocation à s'exercer<sup>12</sup> – en l'occurrence, donc, à l'échelle départementale et interprofessionnelle. Cette logique, qui vous est familière, n'appelle aucune objection de notre part. D'autre part, elle s'est référée au principe général de représentativité pour faire émerger les critères, non exhaustifs, d'ancienneté, d'effectifs et d'audience. Cette approche ne nous paraît pas frontalement erronée. Vous savez en effet que vous-mêmes maniez le principe général de représentativité, que vous avez découvert en tant que PGD en 2010<sup>13</sup>, et vous lui associez, effectivement, ces critères d'ancienneté, d'effectif et d'audience<sup>14</sup>. Toutefois, un tel principe a une fonction par nature supplétive, de sorte qu'il doit s'effacer lorsque la loi contient des dispositions expresses qui explicitent la notion de représentativité. Or, il nous semble qu'en l'occurrence, les critères cumulatifs de

<sup>9</sup> Précitée – v. aussi en ce sens CE, assemblée, 21-01-1977, *CFDT et CGT*, n°s 93283-284, A

<sup>10</sup> V. CE, 16-04-2021, *Union nationale des entreprises du paysage*, n° 434192, B

<sup>11</sup> V. CE, 30-12-2009, *Union syndicale solidaires*, n° 310284, B

<sup>12</sup> V. sur ce point les conclusions de M. Vialettes sur la décision CE, 11-10-2010, *Fédération des syndicats de travailleurs du rail Sud et autres*, n°s 327660-328312, A

<sup>13</sup> Décision *Fédération des syndicats de travailleurs du rail Sud et autres* (précitée)

<sup>14</sup> V. en ce sens la décision *Union syndicale solidaires* (précitée) éclairée par les conclusions de J. Boucher

*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.*

représentativité énumérés à l'article L. 2121-1 du code du travail ont bien vocation à s'appliquer puisqu'ils sont transversaux et que l'observatoire en cause relève du champ du droit du travail. Ceci étant, les implications pratiques d'un tel glissement de base légale sont assez faibles dans la mesure où ces 5 critères législatifs, qui peuvent faire l'objet d'une analyse globale<sup>15</sup>, recoupent les critères prétoriens et ne modifient donc pas substantiellement la grille d'analyse à retenir.

Au bénéfice de ces précisions, vous pourrez en venir au cœur de la contestation, qui tourne autour de **l'erreur de qualification juridique** qu'aurait commise la cour en caractérisant une erreur d'appréciation. Même s'il y a matière à hésiter, nous pensons ce moyen fondé.

Nous commencerons par confesser **une certaine perplexité à l'égard de la pugnacité contentieuse de l'union départementale CGT-FO**, alors pourtant que la désignation d'un membre de l'UNSA ne la privait pas d'un siège. Cette perplexité est encore attisée par le fait que les attributions de cet observatoire départemental demeurent modestes – à tout le moins peu prescriptives – de sorte que les enjeux de pouvoir associés nous paraissent assez faibles. En réalité, plus que les conséquences attachées à la décision litigieuse, l'on comprend que c'est le fait même d'envisager l'UNSA comme une organisation représentative qui suscite, chez certaines de ses consœurs, une levée de boucliers.

Ceci étant posé, nous ne parvenons pas à nous convaincre que **la solution des juges d'appel est, en l'espèce, la bonne**. A nos yeux en effet, trois circonstances auraient dû les inciter à ne pas censurer le choix de l'administration.

Premièrement, les critères principaux à manier – l'audience, l'ancienneté, l'effectif – **ne se présentent pas sous la forme d'une logique « binaire »**, ce qui permet une certaine plasticité en fonction des circonstances concrètes. Relevons à cet égard qu'en l'absence de dispositions fixant, au niveau départemental, le seuil d'audience électorale en-deçà duquel un syndicat ne pourrait être regardé comme représentatif, l'administration disposait sur ce point d'une marge d'appréciation accrue. Autrement dit, ici, le maniement de critères législatifs transversaux ne fait pas obstacle à ce que « *la représentativité d'un syndicat [soit] appréciée en fonction de ce que pour quoi elle conditionne l'existence de prérogatives spécifiques* »<sup>16</sup>. Or, nous l'avons dit, l'enjeu associé à la reconnaissance de la représentativité est, en l'occurrence, pour le moins limité. Surtout, une approche malthusienne de la représentativité paraît d'autant moins pertinente que l'enjeu n'est pas de restreindre le champ des interlocuteurs à une poignée d'organisations crédibles mais, à l'inverse, d'alimenter une structure dont on peut penser qu'elle sera d'autant plus utile qu'elle s'enrichira d'une diversité de points de vue.

---

<sup>15</sup> V. en ce sens les conclusions de R. Chambon sur CE, 06-11-2019, *Fédération des entreprises de portage salarial*, n° 412051, B. S'agissant du juge judiciaire, v. Cass. Soc., 29-02-2012, n° 11-13.748, Bull. V n° 83

<sup>16</sup> *A propos de la représentativité syndicale* (précitée)

*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.*

Deuxièmement, nous l'avons évoqué, **la composition de l'observatoire laisse une marge de manœuvre à l'autorité déconcentrée** puisque le décret n'impose pas le paritarisme et se borne à prévoir un nombre maximal de membres, avec un plafond fixé à un niveau identique pour les salariés et pour les employeurs. Une telle latitude nous paraît en réalité destinée à éviter deux écueils. D'une part, cette souplesse permet d'assurer le fonctionnement de l'observatoire, alors même que l'une des organisations sollicitées – qu'elle soit d'employeurs ou de salariés – ne serait pas en mesure de désigner quelqu'un pour y siéger. D'autre part, les textes n'ont pas entendu forcer le DIRECCTE à désigner coûte que coûte 6 organisations de salariés alors même que le département compterait, dans les faits, moins de syndicats susceptibles d'être regardés comme représentatifs. Autrement dit, ils nous semblent seulement avoir voulu éviter de forcer l'administration à solliciter des organisations qui s'avèreraient par trop confidentielles. Au total, nous en déduisons que l'économie générale du texte invite à ce que les représentants des deux parties soient, dans l'idéal, en nombre égal même si les pouvoirs publics n'ont pas entendu faire du paritarisme une exigence bloquante s'agissant d'un observatoire aux attributions non décisionnelles. Par suite, par symétrie avec les 6 organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national, l'opportunité invitait l'autorité administrative à identifier 6 organisations syndicales de salariés représentatives à l'échelon départemental.

Troisièmement, en l'espèce, l'UNSA était en réalité arrivée cinquième dans le département aux dernières élections professionnelles, la sixième place revenant au syndicat CFE-CGC. Certes, ce syndicat catégoriel ne vise que les cadres, ce qui pose la question de sa représentativité en des termes différents<sup>17</sup>. Il n'en demeure pas moins que l'annulation de la désignation du syndicat requérant créait, optiquement, une situation singulière puisqu'un autre syndicat ayant récolté moins de suffrages restait lui regardé comme représentatif. Là encore, en droit, cette configuration n'est pas rédhibitoire, et elle découle avant tout de ce que la juridiction administrative était saisie d'une demande d'annulation ciblée d'une décision divisible. Pour autant, **une telle asymétrie nous paraît constituer un élément de contexte supplémentaire** qui aurait dû conduire les juges d'appel à plus de retenue.

Au total, même si l'UNSA n'a effectivement récolté que 2,82 % des suffrages exprimés – ce qui est objectivement faible – nous sommes d'avis que **la cour a inexactement qualifié les faits** en annulant sa désignation en tant qu'organisation syndicale représentative au niveau départemental et interprofessionnel, alors pourtant que, par ailleurs, le ministre se prévalait, notamment, de l'activité de cette organisation dans le département.

Si vous nous suivez, vous censurerez donc l'arrêt attaqué. [Dans la mesure où cette cassation trancherait le point dur du litige, **vous pourriez souhaiter apporter un point final à cette affaire clocherlesque**. Il vous faudrait alors annuler le jugement pour irrégularité car le

---

<sup>17</sup> V. sur ce point les conclusions de JH Stahl déjà évoquées – v. aussi CE, 11-04-1986, *Confédération française de l'encadrement CGC*, n° 60803, B

*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.*

tribunal avait omis de se prononcer sur un moyen opérant. Statuant par la voie de l'évocation, vous écarteriez les deux moyens de l'Union départementale CGT-FO. D'une part, contrairement à ce qui est soutenu, le DIRECCTE n'a pas cru qu'il était nécessairement tenu de désigner les 6 organisations ayant obtenu le meilleur taux d'audience lors du dernier cycle de mesure de la représentativité. D'autre part, au regard de ce qui précède, vous écarteriez le moyen tiré de l'erreur d'appréciation qu'il aurait commise en désignant l'UNSA].

**Mais PCMNC :**

- **A l'annulation de l'arrêt ;**
- **Au renvoi de l'affaire devant la cour de Nancy ;**
- **A ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de l'Union départementale CGT-FO de la Haute-Saône au titre de l'article L. 761-1 du CJA, et au rejet des conclusions présentées à ce même titre en défense.**

*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.*