

Bilan de la réforme de la représentativité syndicale

Position de l'UNSA

I - Mise en œuvre de la réforme de la représentativité au niveau de la branche et au niveau national interprofessionnel

1. Système Mars, règles de gestion, présentation, transformation, conformité des procès verbaux

Selon que l'on se situe au niveau d'accès « grand public » ou au niveau de l'accès « espace réservé », les constats diffèrent.

-L'accès grand public laisse apparaître des difficultés de pure forme :

L'accès aux procès verbaux, qui nécessite une codification intermédiaire, est quasi illisible et l'on constate souvent, qu'après quelques minutes de consultation, le site se bloque et on n'a plus accès à aucune information pendant plusieurs heures.

S'il n'y a pas de difficulté quant à la visualisation des procès verbaux, il a été constaté à plusieurs occasions que certains d'entre eux n'étaient pas des CERFA : Il semble important d'informer les entreprises pour que ces derniers soient réellement utilisés.

Il a en effet également été constaté que certains CERFA ne sont pas renseignés dans la partie haute du tableau : la raison sociale de l'entreprise n'étant pas indiquée, il a été quasi impossible d'attribuer le CERFA ; de même, certaines zones réservées aux IDCC sont remplies par les N° de brochure ou les codes NAF correspondant à la convention collective de référence...

Il nous semble, dès lors, indispensable de rappeler aux DRH la responsabilité qui leur incombe d'assurer la conformité des CERFA et l'accès le plus lisible que possible aux informations destinées au grand public.

-L'accès au volet espace réservé soulève différentes interrogations :

En ce qui concerne l'accès aux fichiers de procès verbaux, il existe un N° d'identifiant par PV.

Il semblerait plus lisible de voir apparaître la date du scrutin en premier lieu, puis la date du mandat et enfin, la date du précédent scrutin : cela afin de privilégier l'actualité et de faciliter la lisibilité du PV.

Lorsque l'on détaille la lecture d'un PV, on constate que plusieurs lignes peuvent correspondre au même collègue. Or, pour en avoir le détail, il est nécessaire d'utiliser le navigateur pour revenir dans la partie grand public.

Proposition : les fichiers étant présentés sous format excel dans l'espace réservé, il s'agirait de créer un lien qui dirige directement sur un accès aux détails du PV.

En matière de saisie des PV, un problème se pose quant à l'adéquation CE (comité d'entreprise)/ DP (délégués du personnel) et il en découle une difficulté au niveau de la mesure de l'audience sur le plan régional et/ou local.

Le fait de saisir à la fois le résultat des élections de DP et de CE, pour une même entreprise qui dispose d'un CE, perturbe la lisibilité des résultats. De plus, cela ne permet pas de déterminer comment la DGT aura comptabilisé ces résultats :

Le cas Léo Lagrange illustre cette interrogation : en effet, la fédération dispose de résultats d'élections au CE au niveau national, cependant, les résultats aux élections locales apparaissent également. Faut-il en déduire que la fédération apparaît en tant qu'unité autonome au niveau national malgré ces résultats locaux ?

De même, le cas de l'entreprise SFR amène à s'interroger sur la mesure de l'audience au niveau régional : dans cette entreprise, il existe des CE régionaux pour lesquels la DRH a saisi des résultats. Cependant, il n'est pas possible d'avoir une visibilité sur l'affectation régionale des résultats locaux : SFR dispose, par exemple, d'un CE à Nantes. Est-il rattaché aux résultats régionaux des Pays de la Loire ou à ceux de Bretagne ?

Nous avons une interrogation sur la mesure de l'audience au niveau régional : les résultats transmis par le ministère de l'intérieur correspondent à un cumul des voix du secteur privé par région et l'on peut se demander si la référence des calculs s'est faite à partir des résultats d'élections de DP localement ou de CE régionaux.

Or, les élections de DP ne sont qu'une déclinaison qui doit normalement s'effacer au profit des élections au CE pour une même entreprise.

Cette question de l'enregistrement de ces deux types d'élections qui, comme on le voit, sont parfois redondantes crée une véritable confusion.

Proposition : Ne faudrait-il pas retirer les informations relatives aux élections DP lorsqu'il existe également des élections au CE pour une même entité afin de favoriser une meilleure lisibilité de la mesure de l'audience au niveau régional (point de référence essentiel dans l'attribution des moyens matériels aux organisations syndicales représentatives dans les instances consultatives locales ?

Concernant les **règles de gestion, l'adéquation à la CCN** (convention collective nationale) mérite d'être précisée.

On rencontre tout d'abord le problème du choix de l'IDCC qui est fait par l'entreprise : s'agit-il de celui de la CCN applicable ou bien de celle qui est effectivement appliquée (selon la ou les activités de l'entreprise) ?

Par exemple, le PV d'élections de l'UES ANKAMA (groupe indépendant de création numérique qui œuvre dans le domaine du divertissement), a été inscrit sous la convention collective Syntec et non sous la CCN des films d'animation au motif que la majorité des

salariés était rattachée à Syntec, malgré plus de 8 CCN différentes ayant été répertoriées par la fédération Spectacle et communication de l'UNSA.

De même, on peut considérer l'exemple de la chaîne thématique Radio classique qui a obtenu une autorisation d'émettre et est rattachée à la CCN de la radiodiffusion. En définitive, l'entreprise a décidé d'appliquer en interne la CCN de la publicité... et a donc indiqué sur le PV de ses élections, l'IDCC de la CCN de la publicité... Décision acceptée par le ministère, alors qu'une jurisprudence du 16/11/1999 (n°98-60.356 et 98-60.386) indique que : « si la mention obligatoire sur le bulletin de paie de la convention collective applicable vaut reconnaissance de l'application de la convention à l'entreprise dans les relations individuelles du travail ; *dans les relations collectives, une seule convention collective est applicable laquelle est déterminée par l'activité principale de l'entreprise.* »

Qu'il s'agisse d'une erreur d'IDCC ou d'une décision unilatérale de l'employeur, dans tous les cas, cette saisie de code IDCC est faite sur une base déclarative.

Proposition : Il faudrait prévoir un dispositif d'alerte qui soit transmis par informatique au centre de traitement afin que ce dernier dispose d'un laps de temps suffisant pour effectuer la vérification auprès de l'entreprise concernée. Cela permettrait une meilleure interactivité entre l'accès grand public et l'espace réservé. La signature du PV par les organisations syndicales revêt là tout son sens. Si une irrégularité est observée, le représentant de l'organisation syndicale doit immédiatement agir jusqu'au contentieux si nécessaire.

En règle générale, il nous semblerait intéressant de proposer, sur le site MARS et, en complément, sur les sites des Direccte, une vidéo de démonstration – un mode d'emploi – qui précise visuellement les modalités de saisie des PV (rubrique par rubrique) et de destiner cet outil en priorité aux entreprises qui ont à organiser des élections au comité d'entreprise au sein de leur structure.

2.- Les critères de représentativité au niveau branche et nationale interprofessionnel

La loi du 20 août 2008 consacre la fin de la représentativité présumée : on constate la recherche d'une légitimité accrue des organisations syndicales

- La mesure et les enjeux du critère de l'audience

Dans le cadre de la loi du 20 août 2008, le critère de l'audience est devenu décisif : s'il reflète la participation des salariés à l'expression de la liberté syndicale, on constate un durcissement de son application, notamment renforcé par une abondante jurisprudence (1), point d'appui à la mise en valeur des enjeux que ce critère implique (2).

La prééminence du critère de l'audience en matière de représentativité syndicale

Fondement et cadre légal

- Définition : Les critères de représentativité

L'audience, qui se définit comme un seuil ou un score qui détermine la représentativité syndicale, est devenue l'un des nouveaux critères légaux de référence.

La loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale précise en effet dans son article L2121-1 que la représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères cumulatifs suivants:

- Le respect des valeurs républicaines
- L'indépendance
- La transparence financière
- Une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation
- L'audience établie selon les niveaux de négociation conformément aux articles L. 2122-1, L. 2122-5, L. 2122-6 et L. 2122-9
- L'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience
- Les effectifs d'adhérents et les cotisations

La Cour de cassation affirme qu'ils doivent être tous réunis (Cass. soc., 29 févr. 2012, no 11-13.748, PBR). Elle confirme également la place de critère majeur de l'audience, si cette dernière est au moins égale à 10% des suffrages exprimés.

La loi du 20 août 2008 a rénové les règles de représentativité des organisations syndicales notamment en matière de modalités des élections professionnelles.

Les nouvelles dispositions ont pour objet de renforcer la légitimité des acteurs sociaux mais également les accords qu'ils auront négocié aux différents niveaux interprofessionnel, de branche ou d'entreprise.

La représentativité syndicale est fondée sur la mesure de l'audience des syndicats qui se calcule sur la base des résultats au premier tour des élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel.

L'audience est calculée tous les quatre ans : le premier cycle de la mesure de l'audience aux niveaux des branches professionnelles, au niveau national et interprofessionnel s'est terminé le 31 décembre 2012 et les arrêtés annonçant les résultats seront publiés en juin 2013.

Différents seuils sont prévus pour mesurer l'audience au niveau de l'entreprise ou de l'établissement (10%), de la branche et au niveau national et interprofessionnel (8%).

La jurisprudence a défini plusieurs contextes permettant d'appréhender le critère de l'audience :

A Un cadre d'appréciation qui tient compte du critère en tant que tel

- ***Le critère de l'audience n'est pas contraire à la liberté syndicale***

La Cour de cassation a réfuté le jugement du tribunal d'instance de Brest du 27/10/09 qui considérait le seuil de 10% d'audience exigé pour reconnaître la représentativité d'une organisation syndicale comme contraire au droit européen et international.

En référence aux exigences qui découlent des normes internationales (conventions n° 98 et 135 de l'OIT, l'article 11 de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les articles 5 et 6 de la charte sociale européenne, et l'article 28 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne), elle a conclu qu'aucune prérogative inhérente à la liberté syndicale n'est méconnue.

Et a précisé que, non seulement cette exigence des 10 % ne constitue pas une ingérence arbitraire dans le fonctionnement syndical, mais bien au contraire, qu'elle tend à assurer la

détermination par les salariés eux-mêmes des personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à conduire les négociations pour leur compte (Cass.soc., 14/04/10, n°09-60.426 P).

Ce positionnement a été renforcé car la Cour de cassation a refusé de transmettre des QPC¹ portant sur cette question de liberté syndicale et de critère d'audience en rappelant que l'exigence d'un seuil raisonnable d'audience assure au contraire l'effectivité du principe de participation des salariés. (Cass.ass.plénière, 18/06/10, n°10-40.005, n°10-40.006 et n°10-40.007)

- *Le caractère d'ordre public absolu du critère de l'audience*

Le critère de l'audience est d'ordre public absolu (Cass.soc., 18/05/11, n°10-60.406), ce qui interdit à un employeur de reconnaître la qualité d'organisation syndicale représentative à une organisation qui n'a pas satisfait à cette condition. Cela correspond à la règle selon laquelle un syndicat n'est représentatif dans l'entreprise qu'à condition d'avoir recueilli au moins 10% des suffrages exprimés lors du premier tour de l'élection des membres titulaires du comité d'entreprise.

- *La mesure de l'audience*

Les organisations syndicales qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires du comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel, ou à défaut, des délégués du personnel quel que soit le nombre de votants satisfont au critère de l'audience, peu important qu'elles n'aient pas présenté de candidat dans chacun des collèges. (Cass.soc., 22/09/10 n°10-10.678)

Lorsque la désignation s'effectue au niveau d'une unité économique et sociale (UES), le seuil de 10 % fixé par l'article L. 2121-1 du code du travail se calcule en additionnant la totalité des suffrages obtenus lors des élections au sein des différentes entités composant l'UES. (Cass.soc., 22/09/10, n°09-60.435)

De même, l'audience recueillie par les organisations syndicales aux élections des délégués du personnel ne peut être prise en compte, pour apprécier leur représentativité, que s'il ne s'est pas tenu dans l'entreprise d'élections au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel permettant de mesurer cette audience (Cass.soc., 13/07/10, n°10-60.148)

- *L'appréciation de l'audience électorale*

Dans le contexte du décompte des suffrages et des ratures, les arrêts du 06/01/11 (Cass.soc., 06/01/11, n°10-17.653 et n°10-60.168) jugent que le nombre de voix recueillies par les organisations syndicales à prendre en considération pour le décompte des suffrages exprimés en leur faveur est le nombre de suffrages exprimés au profit de chaque liste, sans qu'il y ait lieu, s'agissant de la mesure de représentativité des organisations syndicales, de tenir compte d'éventuelles ratures de noms de candidats.

- *Le périmètre légal d'appréciation de la représentativité syndicale*

Un arrêt du 6 janvier 2011 (Cass.soc., 06/01/11, n°10-18.205) précise le caractère d'ordre public absolu des règles d'établissement de la représentativité syndicale et du périmètre d'établissement.

¹ QPC : question prioritaire de constitutionnalité

En effet, ni un accord collectif, ni un engagement unilatéral de l'employeur ne peuvent avoir pour effet de modifier les périmètres légaux d'appréciation de la représentativité : un syndicat peut être représentatif dans un ou plusieurs établissements sans l'être nécessairement dans tous. De même, la représentativité au niveau de l'entreprise étant déterminée par consolidation des résultats obtenus dans chaque établissement, un syndicat peut être légalement représentatif dans l'entreprise sans l'être nécessairement dans chacun des établissements qui la composent.

Au-delà de cette prise en considération intrinsèque du critère de l'audience, plusieurs distinctions s'imposent :

B Un cadre d'appréciation qui tient compte du critère selon différents contextes spécifiques

- L'audience au sein des syndicats catégoriels

Les syndicats catégoriels bénéficient d'une mesure spécifique de leur audience en fonction des suffrages obtenus dans les seuls collèges qu'ils ont vocation à représenter c'est-à-dire là où le syndicat affilié à une confédération catégorielle interprofessionnelle nationale a présenté des candidats. Cet avantage a été jugé conforme au principe constitutionnel d'égalité de traitement par le Conseil constitutionnel (Cons. Const., 07/10/10, n°2010-42 QPC) ainsi qu'aux articles 11 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (Cass.soc., 02/03/11, n°10-60.214).

- La situation des syndicats de métiers – syndicats catégoriels

Dans sa décision du 7 octobre 2010 (Cons. Const., déc. n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010), le Conseil constitutionnel a jugé que l'article L. 2122-2 du code du travail est conforme à la Constitution et que la différence de traitement qui résulte de l'article contesté entre syndicats catégoriels et syndicats inter catégoriels ne méconnaît pas les exigences constitutionnelles en matière d'égalité devant la loi.

Ainsi, pour être reconnus représentatifs, il suffit aux syndicats catégoriels affiliés à une confédération syndicale catégorielle nationale, telle que la CFE-CGC, d'obtenir au moins 10 % des suffrages dans le seul collège dans lequel leurs statuts leur donnent vocation à présenter des candidats.

En revanche, les syndicats inter catégoriels doivent avoir obtenu ce score, tous collèges confondus (C. trav., art. L. 2122-1).

L'audience électorale d'un syndicat de cadres, affilié à la CFE-CGC, qui, lors du second tour des élections des membres titulaires du comité d'entreprise, présente une liste de candidats dans le premier collège, doit être appréciée compte tenu des suffrages exprimés lors du premier tour de l'élection tous collèges confondus. Il perdra sinon son privilège légal s'il se comporte comme un syndicat inter catégoriel. (Cass.soc., 31/01/12, n°11-60.135 FSPB)

On trouve une autre illustration de ce principe dans un arrêt qui distingue la situation du syndicat national du personnel commercial navigant « qui a vocation à présenter des candidats dans tous les collèges électoraux » de la situation des organisations syndicales catégorielles « dont les règles statutaires ne donnent vocation qu'à présenter des candidats dans certains collèges électoraux déterminés » (Cass. soc. 14 déc. 2011, n°10-18699 P)

Ainsi, dans ce cas, le critère d'audience électorale nécessaire à l'établissement de la représentativité des syndicats inter catégoriels prend nécessairement en compte les suffrages exprimés par l'ensemble des salariés de l'entreprise, peu important que certains soient électeurs dans des collèges spécifiques (Cass.soc., 12/04/12, n°11-22289 et 11-22408) : la représentativité s'apprécie tous collèges confondus.

A propos des syndicats de pilotes de ligne, la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009, dite loi « transports », dans ses dispositions relatives à la représentativité des pilotes de ligne précise que le syndicat national de pilotes de ligne (SNPL) conservera sa représentativité spécifique. Dans les entreprises de transport et de travail aérien ou leurs établissements, lorsqu'un collège électoral spécifique est créé pour les pilotes de ligne, est représentative, à l'égard des personnels relevant de ce collège, l'organisation syndicale qui satisfait aux sept critères de représentativité prévus à l'article L. 2121-1 du Code du travail et qui a recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés dans ce collège au 1er tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise (Cass. soc. 14 déc. 2011, n°10-18699 P).

Concernant les syndicats représentatifs dans le collège des journalistes, dès lors qu'un accord préélectoral impose l'inscription de tous les journalistes dans un seul et même collège et interdit à un syndicat de journalistes de présenter des candidats dans d'autres collèges, la condition tenant à la création d'un collège électoral spécifique est bien remplie et cela correspond aux termes de l'article L 7111-7 du code du travail qui détermine la condition d'audience de 10% au premier tour des élections au comité d'entreprise (Cass.soc., 02/03/11 ; n°10-60.157).

- *La perte de l'audience électorale en cas de désaffiliation*

Le critère de l'audience constitue un élément essentiel du vote des électeurs en faveur d'une organisation syndicale : en cas de désaffiliation intervenant après les élections, le syndicat ne peut plus se prévaloir des suffrages ainsi obtenus pour se prétendre représentatif.

La Cour de cassation a récemment décidé que cela n'était effectivement plus le cas, quand bien même la décision de désaffiliation émane de la confédération. (Cass.soc., 28/11/12, n°12-14.528 FS-PB)

Finalement, la notion d'audience peut également s'apprécier par une approche individuelle liée au score personnel du salarié dans le cadre de la désignation d'un délégué syndical, mais cela n'entre pas dans le cadre de l'appréciation de la représentativité du syndicat (Cass.soc., 29/06/11, n°10-19.921 FPB et n°10-60.394) et (Cass.soc., 20/06/12, n°11-21425).

La détermination du critère de l'audience, pris dans sa globalité ou considéré selon des contextes particuliers, résulte d'une évolution jurisprudentielle récente issue de l'interprétation de la loi du 20 août 2008 qui lui confère un caractère incontournable en matière de mesure de représentativité syndicale.

Le contexte actuel préfigure un repositionnement des forces syndicales en présence qui résultera de la publication officielle des résultats du premier cycle de la mesure de l'audience aux niveaux des branches professionnelles, au niveau national et interprofessionnel.

En conséquence, le paysage syndical français pourrait se reconfigurer et la ligne de partage entre syndicats dits « contestataires » et syndicats « réformistes » pourrait évoluer.

- ***L'audience, instrument de légitimité***

On a pu constater que les résultats électoraux permettent de mesurer l'audience des syndicats auprès des salariés. De ce fait, la légitimité électorale est le fondement de la représentativité². Il faut néanmoins s'interroger sur les enjeux qui la sous-tendent.

La démocratie syndicale

Pourtant, la condition d'audience correspond à la manifestation d'un principe démocratique puisque son expression résulte du verdict des urnes et du seuil de 10% à atteindre. En effet, cette condition confère à l'action syndicale dans l'entreprise la légitimité et la responsabilité nécessaires : la représentativité des organisations syndicales reposant sur l'expression des salariés lors des élections professionnelles.³

- ***Le point de vue de la Cour de cassation sur la mesure de la représentativité***

Une consultation visait la question de la prise en compte des résultats des élections partielles dans la mesure de la représentativité et de leur capacité à la remettre en cause. Un arrêt du 13 février 2013⁴ a ensuite conforté la position de la Haute juridiction qui a finalement décidé de privilégier la stabilité.

Une réponse très attendue

L'arrêt rendu le 13 février 2013 est novateur et intervient dans un contexte d'évolution de la jurisprudence lui-même récent puisqu'issu de la loi du 20 août 2008.

En indiquant dans son premier attendu que « *la représentativité des organisations syndicales, dans un périmètre donné, est établie pour toute la durée du cycle électoral* » et en précisant que « *les résultats obtenus lors d'élections partielles ne pouvaient avoir pour effet de modifier la mesure de la représentativité calculée lors des dernières élections générales* », la Haute juridiction a clairement établi, par cet arrêt de principe, les dispositions auxquelles les organisations syndicales devront désormais se plier en matière de mesure de la représentativité d'entreprise fondée sur les suffrages obtenus lors des élections au comité d'entreprise.

En optant pour une mesure de la représentativité pour la durée du cycle électoral, cet arrêt remet en cause le contenu de la circulaire du 13 novembre 2008 qui précisait que les résultats des élections partielles devaient être inclus dans cette mesure et pouvaient conduire à la modifier.

Désormais, il convient de se référer uniquement aux élections générales.

Les problématiques sous-jacentes

² G.Bélier et HJ.Legrand - La négociation collective en entreprise – 2013 - Nouveaux acteurs, nouveaux accords, 4 ans après la loi d'août 2008 – Editions Liaisons

³ JF.Cesaro – La représentation des syndicats dans l'entreprise - JCP La Semaine Juridique – Edition sociale – N°22 – 29/05/12

⁴ Cass.soc., 13 février 2013, n° 12-18.3094

En sécurisant ainsi le processus de détermination de la représentativité, la Cour de cassation a voulu préciser ses conditions d'application et donner une réponse plus générale que la simple prise en considération des élections partielles⁵.

La loi du 20 août 2008 a pour objectif de légitimer les organisations syndicales aptes à participer à la négociation collective. Cette décision conforte le poids des négociateurs sur une période déterminée. Elle évite de remettre en cause leur action au gré des résultats électoraux intermédiaires au cours du cycle. Les élections partielles intervenant en cours de cycle ne permettent pas à un syndicat non représentatif à l'issue des dernières élections générales de le devenir⁶.

La Cour de cassation privilégie la stabilité et la sécurité des négociations collectives.

La position de l'UNSA en réponse à la consultation.

L'UNSA considère que les deux types d'élections ont des objets différents : les élections partielles visant à pourvoir à la vacance de postes (articles L2314-7 et L2314-10 du code du travail) tandis que les élections générales sont la norme de la mesure de la représentativité syndicale. Pour l'UNSA, rien ne justifie qu'on leur accorde la même influence.

De même, l'UNSA souligne les dangers potentiels qu'implique la prise en considération des élections partielles : la crainte d'une abstention massive à ces élections intermédiaires, les incertitudes dues au silence du législateur dans le cadre des modalités d'application.

Concernant l'évolution de la structure de l'entreprise ou du groupe, il importe de déterminer le périmètre géographique et fonctionnel à considérer sans porter préjudice aux organisations syndicales par l'éventuelle remise en cause des acteurs du dialogue social.

L'UNSA s'interroge sur les conséquences d'une prise en compte des élections partielles sur l'existence même du syndicat dans l'entreprise.

Il lui semble indispensable de rappeler la nécessaire prise en compte de l'esprit de la loi du 20 août 2008 dans le temps et sur les champs considérés : professionnels et géographiques, à propos de la mesure de la représentativité issue des élections partielles.

En conséquence, l'UNSA se prononce pour un respect des cycles électoraux. Elle considère que l'on peut définir le cycle électoral en entreprise en le bornant par le temps entre deux protocoles électoraux liés à des élections générales et que ceci a pour effet de légitimer un peu plus le rôle du représentant de section syndicale. La remontée des résultats au niveau interprofessionnel doit obéir à des cycles.

En conclusion de cet avis l'UNSA se montre prudente quant aux élections partielles liées à la modification de la structure de l'entreprise, indiquant qu'il serait bon dans ce cas de figer la représentativité de manière provisoire jusqu'aux élections générales suivantes.

En matière de consolidation et de recollement des résultats, l'UNSA se montre favorable à la notion de cycles permettant une stabilité au niveau de l'entreprise : cette notion de cycle imposant ainsi une photographie à un instant donné.

⁵ L.Pécaut-Rivolier – Représentativité et élections partielles : les arrêts du 13/02/13 – AEF – n°178844 - 15/02/13

⁶ La représentativité n'a pas à être recalculée à la suite d'élections partielles - Liaisons sociales quotidien – n°16286 - 15/02/13

L'UNSA souscrit aux termes de l'arrêt du 13/02/2013 de la Cour de cassation qui a su conforter la légitimité des partenaires sociaux dans leur capacité à représenter les salariés dans la durée sur la base des résultats obtenus pour chaque cycle électoral, l'objectif étant de ne pas favoriser un système trop précaire de représentativité⁷.

3.- Les règles de négociation collective (y compris révision, dénonciation, mise en cause des accords)

Ce que dit le code du travail

La loi du 20 août 2008 a modifié les contours de la négociation collective en redéfinissant ses acteurs et en modifiant les seuils impératifs de validité pour les accords collectifs.

Elle fait suite à la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 qui met en valeur le droit d'opposition dans le cadre de la modification du droit de la révision des accords collectifs (son article 34 fait référence à l'article L132-7 de l'ancien code du travail) et à la loi refondatrice du 4 mai 2004 qui a valorisé la logique majoritaire en matière de conclusion des conventions et accords collectifs et d'exercice du droit d'opposition.

L'article L2232-12 du code du travail stipule que *« la validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, et à l'absence d'opposition d'une ou de plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives⁸ ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés à ces mêmes élections, quel que soit le nombre de votants.*

L'opposition est exprimée dans un délai de huit jours à compter de la date de notification de cet accord, dans les conditions prévues à l'article L. 2231-8. »

Les règles de validité des accords collectifs d'entreprise et d'établissement sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

En ce qui concerne les accords de branche, leur validité est fixée par l'article L2232-6 et celle des accords interprofessionnels est régie par l'article L2232-2 du code du travail.

Plusieurs interrogations

Le bilan annuel de la négociation collective effectué par le ministère du travail met en évidence une progression continue du nombre d'accords d'entreprise depuis le début des années 1980⁹.

Certains auteurs font le lien entre l'aggravation de la crise économique et la montée en puissance de la négociation d'entreprise en considérant que c'était l'un des objectifs des lois

⁷ Idem à la note de bas de page n°17

⁸ Cette majorité d'opposition correspond à un seuil fixé à 50%

⁹ A.Jobert – La négociation d'entreprise dans la crise : innovations institutionnelles et sociales - Droit social – N°4 – Avril 2013

du 4 mai 2004 et du 20 août 2008 : « une négociation collective décentralisée au niveau de l'entreprise dérogatoire ayant pour fin d'aider les entreprises à traverser la crise »¹⁰.

Au niveau des accords de branche, nous devons chercher la consolidation des accords signés à un moment donné. En effet, la stabilité juridique permet généralement de mieux protéger les salariés. Si d'autres acteurs, c'est-à-dire d'autres syndicats, deviennent représentatifs et souhaitent modifier les accords signés, ils utiliseront à ce moment-là le nouveau rapport de force créé pour remettre en cause s'ils le souhaitent les accords de branche.

On peut également s'interroger sur le fait que toutes les organisations signataires de l'accord ne soient plus représentatives après de nouvelles élections. Dans ce cas, le code du travail ne prévoit rien qui permette la révision de l'accord.

Un nouvel article L2261-14-1 indique que « *la perte de la qualité d'organisation représentative de toutes les organisations syndicales signataires d'une convention ou d'un accord collectif n'entraîne pas la mise en cause de cette convention ou de cet accord.* »

A moins que l'employeur ne décide de déclencher une négociation visant à conclure un accord de substitution (avec les nouvelles organisations syndicales représentatives) et, en cas d'échec, les salariés conserveront le maintien des avantages acquis.

L'un des enjeux majeurs semble résider dans l'efficacité de ces accords et dans leur portée pour l'entreprise comme pour les salariés.

Il est important de pouvoir y associer davantage les représentants du personnel, notamment au niveau de leur mise en œuvre afin de garantir une souplesse et une adéquation avec les besoins des entreprises.

Du fait des seuils imposés par la loi du 20 août 2008 en matière de négociation collective, on peut considérer que cette dernière renforce la nécessité pour les organisations syndicales d'asseoir leur légitimité électorale afin d'y avoir accès. Le rôle des délégués syndicaux et des représentants au niveau de la branche doit, de fait, se recentrer sur cette mission qui leur est dévolue. La représentation des salariés au sein des entreprises devient un élément crucial qui légitime leur action.

En ce sens, la loi du 20 août 2008 semble apporter un élément positif quant à la rénovation de la démocratie sociale.

4.- Représentativité sur les périmètres autres que la branche

L'audience territoriale

Le critère d'audience doit être pris en compte au niveau territorial. L'audience territoriale permet aux organisations syndicales de siéger dans des commissions régionales, départementales, locales.

A notre avis, une organisation syndicale non représentative au niveau national et interprofessionnel peut, en fonction de l'audience recueillie dans la région, participer à des structures régionales.

Dans les CESER, il convient de prendre en compte la représentativité syndicale dans la région. C'est ce qu'a organisé la circulaire commune ministère de l'Intérieur/ministère du Travail à cet effet.

¹⁰ R.Vatinet - Négociation d'entreprise et négociation de groupe – JCP La semaine juridique édition sociale n° 22 – 29/05/12

Proposition : Ne serait-il pas utile d'harmoniser la représentation des OS sur un même territoire. Le critère d'audience, c'est l'addition des résultats publics-privés sur ce territoire.

Il semble que le critère territorial soit le plus pertinent pour représenter les organisations syndicales locales. Pour autant, le droit à l'information de toutes les organisations syndicales pouvant se présenter au premier tour des élections en entreprises, y compris celles qui ne satisfont pas au critère de l'audience est dans l'esprit de la loi du 20 août 2008.

II - Mise en œuvre de la réforme de la représentativité au niveau de l'entreprise

1.- Processus préélectoral et déroulement des élections professionnelles : règles de calcul des effectifs, règles de négociation et de conclusion du protocole d'accord préélectoral

- Règles de calcul des effectifs

La loi du 20 août 2008 a délimité des règles de calcul des effectifs qui, dans la majorité des cas ne posent pas de difficultés d'application.

Pour rappel, la mise en place des institutions représentatives du personnel (DP- article L2312-1, CE – article L2322-1 et DUP – article L2326-1 du code du travail) est obligatoire si le franchissement du seuil est réalisé pendant 12 mois consécutifs ou non au cours des 3 années précédentes.

En cas de renouvellement, le calcul de l'effectif se fait à la date du 1er tour des élections. En pratique, le calcul se fait souvent au moment de la négociation du protocole d'accord préélectoral.

L'article L1111-2 du code du travail précise quels sont les salariés inclus dans les effectifs.

Il faut également prendre en compte les salariés dont le contrat de travail est suspendu (Circ. DRT/13. 25 octobre 1983). Enfin, sont exclus des effectifs les apprentis, les contrats de professionnalisation, les stagiaires, le remplaçant d'un salarié absent, l'employeur et ses représentants et le personnel du CE (article L 1111-3 Code du travail).

L'exception constituée par les intermittents du spectacle au sein de la convention collective des entreprises artistiques et culturelles pose malgré tout la question des salariés intermittents en règle générale car, si leur prise en compte dans l'effectif est matériellement possible, au-delà, on est à même de s'interroger sur la quasi impossibilité pour cette partie de l'effectif d'avoir accès au statut d'électeur au sein des entreprises lors des élections professionnelles.

La CCN des entreprises artistiques et culturelle (IDCC 1285) prévoit expressément, dans son article III.1.2, des dispositions relatives à l'électorat et à l'éligibilité des personnels en CDD : elle prévoit notamment l'accès à l'électorat à partir d'un seuil de 55 jours d'activité (de manière continue ou discontinue dans l'année civile qui précède les élections).

La condition d'un accord collectif ou d'un PAP « pour régler la question de l'éligibilité des personnels en CDD » dans ce même article reste cependant difficile à appliquer.

Malgré la signature d'un PAP lors des élections à la SFP en 1996 (qui précisait ces critères d'électorat et d'éligibilité) ou encore la proposition de l'UNSA lors d'une commission mixte paritaire du 09/05/05 d'encadrer davantage les conditions d'ancienneté (par un nombre de jours minimum requis) dans le cadre de l'article III.1.2, le statu quo perdure.

Or, une multiplicité de contrats, même de courte durée et dans le cadre de différentes CCN, permettrait à ces salariés de totaliser un nombre d'heures dans la même entreprise sur une période plus longue et d'être ainsi intégrés au processus électoral.

Si, dans les faits, les salariés en CDD sont, dans certains secteurs autres que le spectacle, tels que l'hôtellerie-restauration (hors saisonniers), les loisirs (dans lequel la fidélisation est possible après quelques années)...assurés de cumuler de multiples contrats, le volume de travail dans l'année qui précède l'élection ne permet pas toujours d'être considéré comme électeur.

Mais, et même si l'on peut considérer qu'il soit difficile sur le plan pratique d'être à la fois salarié intermittent et représentant d'IRP, certains secteurs (comme la télévision) le permettraient.

Proposition : il serait intéressant d'autoriser un aménagement des critères électoraux (électorat et éligibilité) pour les salariés relevant de professions ou de secteurs d'activité déterminés par une liste spécifique (exemple : liste des secteurs d'activité des CDD d'usage). De même, il pourrait être prévu un élargissement des critères prenant en compte la présence du salarié intermittent dans l'entreprise (exemple : durée sous contrat dans l'entreprise supérieure à celle définie dans le calcul des effectifs par le code du travail pour cette même liste spécifique).

- ***Règles de négociation et de conclusion du protocole d'accord préélectoral***

L'article L2314-3 du code du travail stipule que « sont informées, par voie d'affichage, de l'organisation des élections et **invitées à négocier le protocole d'accord préélectoral** et à établir les listes de leurs candidats aux fonctions de délégués du personnel les organisations syndicales qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés.

Sur ce point, force est de constater que, trop souvent les RSS de l'UNSA sont les grands oubliés de cette partie de la procédure relative à l'organisation des élections, mais cela se produit également dans le cadre du renouvellement des DUP.

Cela occasionne parfois des **dépôts de liste de candidats** dans les limites les plus extrêmes (le PAP indiquant les dates ayant été signé sans que nos représentants en aient été informés).

Proposition : la rédaction d'un guide des élections par la DGT et contenant un annuaire des organisations syndicales par branche s'avèrerait nécessaire pour permettre aux employeurs de vérifier le suivi de la préparation des élections professionnelles.

Il serait bon, à notre avis, de rappeler les règles pour que les négociations autour du protocole d'accord préélectoral aboutissent, règles qui comportent des délais et encadrent très sérieusement les prorogations de mandats.

En règle générale, à propos du déroulement des élections, l'on peut déplorer un manque de transparence (les informations relatives au calendrier sont insuffisantes).

Proposition : Il faudrait obliger la DRH à informer l'ensemble du personnel de l'ouverture de la négociation du PAP et à le transmettre dès sa signature.

Cependant et malgré le manque d'opacité sur le processus préélectoral, on ne peut que se féliciter du progrès immense que représente, pour l'UNSA, l'accès au premier tour des élections qui a, de fait, supprimé tout un pan du contentieux lié à l'organisation des élections

En complément, on peut signaler plusieurs types de constats

- ***Difficultés dans le déroulement des élections professionnelles***

Sur le respect des modalités du vote par correspondance : le contrôle des émargements laisse souvent apparaître des irrégularités liées à la participation de membres du personnel qui, selon le PAP, n'auraient pas dû utiliser ce dispositif pour voter.

Le non respect des limites de la propagande électorale : on constate parfois des incitations au vote au sein des entreprises qui ne se situent pas dans le cadre délimité par la jurisprudence.

Au niveau des modalités de déroulement du vote : certaines irrégularités (enveloppes manquantes...) influent parfois sur le résultat du scrutin et justifient la demande d'annulation des élections.

Des notes de service erronées qui mentionnent que « seules les organisations syndicales représentatives sont habilitées à présenter des candidats au premier tour et des modalités de publication de PAP ou d'affichage tardifs de la liste électorale définitive (du fait de l'acceptation d'une liste supplémentaire hors délai) ont risqué de fausser le résultat des élections. TI Roubaix 21/12/12 UNSA SES

- ***Contournement de la participation du RSS à la négociation du protocole d'accord préélectoral***

La reconnaissance de la section syndicale et de la désignation d'un RSS est parfois difficilement acceptée par les DRH et conduit parfois ces derniers à **refuser le dépôt d'une liste** à une élection sous prétexte que le syndicat UNSA n'est pas représentatif dans l'entreprise et à ne pas convier le RSS à la négociation du PAP. Cf PARTENORD HABITAT Des erreurs volontaires dans l'**envoi de l'invitation à négocier** qui ont été considérées par le tribunal d'instance de Roubaix comme un non respect de la procédure et comme une entrave au fonctionnement des IRP et en l'occurrence à la fonction de RSS. Cf TI Roubaix 21/12/12 UNSA SES

- ***Manque d'information relatif à la répartition des collèges ou au nombre de sièges réservés***

Il semble que des **désaccords** existent entre les DRH et les RSS **sur la répartition des collèges** (décompte des effectifs, décision imposée et quasi unilatérale de la DRH ou luttes

d'influence entre syndicats pour maintenir des positions liées à la répartition des sièges) Cf UNSA MAE et UNSA MCRA (UNSA Télécoms)

2.- Droit syndical dans l'entreprise : moyens syndicaux et mandats

- Le représentant de section syndicale (RSS)

- Ce que dit la jurisprudence

Le code du travail a précisé les modalités de mise en place du RSS au sein des entreprises : il prévoit notamment les moyens syndicaux qui lui sont attribués (crédit d'heures de délégation, protection) ainsi que ses prérogatives (les mêmes que celles du DS mise à part la possibilité de négocier des accords collectifs (article L2142-1-1).

Il est cependant prévu un pouvoir exceptionnel de négocier dans certains cas (article L2143-23 et circulaire DGT 2008-20 du 13 novembre 2008, fiche 5-4).

Un bref rappel de la jurisprudence récente permet de constater une évolution positive en matière de désignation du RSS :

Deux arrêts du 14 novembre 2012 ont confirmé que, dès lors qu'un syndicat non représentatif est légalement constitué depuis plus de deux ans et que son champ professionnel et géographique couvre l'entreprise à la date de constitution de la section syndicale, la désignation d'un RSS est valable, même si le syndicat a modifié son champ statutaire pour élargir son champ d'action : *« la modification par le syndicat de son champ statutaire n'a pas pour effet de remettre en cause l'ancienneté qu'il a acquise à compter du dépôt initial des statuts. »*

Plus récemment, dans le cadre de la perte de sa représentativité par un syndicat, la Cour de cassation a considéré que *« l'article L2141-1 du code du travail n'interdit pas au syndicat de désigner en qualité de RSS un salarié qui exerçait avant les élections les fonctions de délégué syndical »* et constaté la régularité de la désignation du RSS.

Le 25 septembre 2013, la Cour de cassation a également écarté l'application de l'article L2141-1-1 du code du travail, qui interdit de désigner immédiatement après l'organisation des élections professionnelles en qualité de RSS le salarié qui exerçait cette même fonction au moment des élections.

Selon la Haute juridiction, *« les dispositions de cet article ne sont pas opposables au syndicat dès lors que le périmètre de ces élections est différent de celui retenu lors des élections précédentes et au sein duquel le RSS avait été désigné »*.

- La question de la fin du délai précédent la date des élections professionnelles suivante

L'alinéa 3 de l'article L2142-1 du code du travail précise que *« le salarié qui perd ainsi son mandat de représentant syndical ne peut pas être désigné à nouveau comme représentant syndical au titre d'une section jusqu'aux six mois précédant la date des élections professionnelles suivantes dans l'entreprise. »*

- Les difficultés rencontrées par le RSS dans sa mission

L'on constate souvent le fait que le RSS n'accède pas à un niveau d'information identique à celui des autres IRP.

Proposition : Il serait préférable que le RSS soit informé du déroulement des négociations qui ont lieu au sein de l'entreprise. Il lui faudrait une information spécifique qui lui permette de pouvoir développer en amont des axes argumentaires auprès des salariés dans le cadre de la préparation des prochaines élections.

- *L'accord de droit syndical*

En règle générale, l'accord d'entreprise de droit syndical donne accès à un droit complémentaire qui est réservé aux organisations syndicales représentatives à partir des résultats obtenus lors des élections et accorde un « forfait » à destination de toutes les organisations syndicales de l'entreprise.

Proposition : Le RSS doit disposer de moyens pour pouvoir gérer la relation avec les autres salariés (moyens matériels, outils de communication...). Il faudrait également fixer des règles pour permettre un respect de l'égalité de traitement entre toutes les organisations syndicales de l'entreprise.

- *Les relations avec les salariés « nomades »*

Dans plusieurs secteurs d'activité (visiteurs médicaux, commerciaux dans les compagnies d'assurance ...), il est très difficile pour les RSS d'être en contact avec ces salariés « nomades ».

Proposition : Il semble indispensable d'inclure la mission du RSS dans un accord de communication syndicale et de lui donner accès aux modes de communication qui en découlent.

- *L'accès à la Base de Documentation Unique*

Proposition : Le RSS devrait pouvoir avoir accès à la Base de Documentation Unique (cf Loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi) au même titre que les organisations syndicales représentatives.

Ce qui implique une évolution du cadre législatif des moyens accordés au RSS, notamment en matière d'accès à l'information et de crédit d'heures.