

COUR DE CASSATION

**BILAN DE LA MISE EN OEUVRE PAR LA
JURISPRUDENCE DE LA
LOI N°789-2008 du 20 août 2008**

REALISE PAR

**Jean-Marc Béraud
Jean-Guy Huglo
Sophie Lambremon
Laurence Pécaut-Rivolier
Nathalie Sabotier
Francoise Salomon
Yves Struillou**

Présentation générale de l'application de la loi du 20 août 2008 par la Chambre sociale

Entre le 8 juillet 2009 -date des premières décisions prises en application de la loi du 20 août 2008- et le 30 septembre 2013, la chambre sociale de la Cour de cassation a rendu près de quatre-cents décisions, dont plus de deux-cents publiées et plus une trentaine commentées au rapport annuel, apportant ainsi une contribution importante au dispositif normatif.

Elle a adapté ses modes habituels de traitement des dossiers aux particularités de cette loi en vue de donner aux praticiens des repères essentiels à une mise en oeuvre cohérente de ses dispositions.

Particularités de la loi

L'amont : mode d'élaboration de la loi

Des options sociales

Issue de choix effectués par les négociateurs de la Position commune du 10 avril 2008, signée par deux organisations syndicales et deux organisations patronales, la loi du 20 août 2008 exprime de grandes options sociales dont la traduction juridique n'est pas toujours aisée. Il en résulte des dispositions qui, selon qu'elles sont interprétées de manière exégétique, ou replacées dans le contexte des options des signataires, peuvent donner lieu à des décisions différentes. Ainsi en est-il de l'accès à la représentativité pendant la période

transitoire (Soc., 8 juillet 2009, n°09-60.032), ou du cumul des critères de représentativité (Soc., 29 février 2012, n°11-13.748), [V. Fiche n°3].

Il en résulte également des dispositions qui par leur généralité, soulèvent dans telle ou telle configuration particulière des difficultés d'adaptation, voire de compatibilité, avec des règles de droit interne ou de droit international. C'est ainsi que, tout en admettant aussi bien la constitutionnalité que la conventionnalité des dispositions qui obligent le délégué syndical, à s'être présenté sur les listes électorales et avoir obtenu au moins 10% des suffrages exprimés (C.trav., art. L2143-3), la jurisprudence a cependant aménagé le dispositif pour qu'il ne conduise pas, dans certaines situations, à rendre impossible la désignation d'un représentant syndical par une organisation ayant pourtant fait la preuve de sa représentativité (Soc. 27 février 2013, n°12-18.828) [V. Fiche n°5].

La nécessité de tenir compte des options sociales pour interpréter les textes issus de la loi du 20 août 2008 explique que la chambre sociale ait décidé, pour certaines questions, de consulter les acteurs sociaux.

Des travaux parlementaires peu significatifs

On sait que le recours aux travaux parlementaires est l'une des voies

privilegiées de la résolution des difficultés d'interprétation d'une loi. Dans le cadre de la loi du 20 août 2008, ce recours s'avère d'une utilité assez limitée. Les parlementaires ont en effet officiellement repris à leur compte les choix des négociateurs sociaux, et, à de rares exceptions près, se réfèrent à la Position commune pour expliquer les dispositions de la loi. Pour certaines dispositions nouvelles, qui n'ont pas leur source dans la Position commune, les débats parlementaires sont brefs ou inexistant. Il en est ainsi, notamment, de l'exigence introduite par la commission paritaire de la nécessité pour un syndicat, même représentatif, d'avoir deux élus pour pouvoir désigner un représentant syndical au comité d'entreprise (C.trav., art. L. 2324-2). Cette disposition qui a donné lieu à un contentieux très important ne résulte d'aucun fondement précisément exprimé [V. Fiche n°5].

La genèse des nouvelles dispositions ressort donc, là encore, des options des négociateurs sociaux, lesquelles cependant ne sont clairement exprimées dans aucun travail, ni préparatoire ni postérieur. Il a donc semblé nécessaire de disposer des commentaires de ceux qui ont élaboré le texte et de lignes directrices sur les buts poursuivis.

Bouleversement de l'existant

L'un des paradoxes de la loi nouvelle est que, modifiant en profondeur le régime de la représentativité syndicale, elle a des répercussions fortes sur d'autres domaines du droit, sans que le législateur pourtant ne soit intervenu. Au-delà de l'interprétation des dispositions nouvelles, la chambre sociale a dû revisiter des dispositions

anciennes, afin de les adapter au système nouveau. Tel est le cas notamment en matière d'élections professionnelles. Ainsi, la jurisprudence, qui considérait que le premier tour du scrutin ne pouvait être annulé indépendamment du second, est revenue sur cette position, affirmant à l'inverse que le premier tour devait impérativement être contesté dans les quinze jours suivant son déroulement (Soc. 23 mai 2010, n°09-60.453). Elle a également assoupli ses exigences en matière de vote par correspondance, lorsque la décision d'y recourir se fait par un protocole préélectoral unanime (Soc., 14 février 2013, n°11-25.696) [V. Fiche n°1].

La possibilité donnée à des syndicats non représentatifs de constituer une section syndicale et d'y désigner un représentant a également donné lieu à une nouvelle analyse de la place des syndicats représentatifs et non représentatifs, notamment dans le cadre des accords collectifs (Soc. 22 septembre 2010, n°09-60.410; Soc. 21 septembre 2011, n°10-23.247) [V. Fiche n°7].

L'aval : nécessité de réponses rapides

En matière d'élections professionnelles et de représentation syndicale, la loi prévoit traditionnellement des délais de traitement judiciaire réduits :

- délai de forclusion des actions de quinze jours,
- délais de convocation au tribunal d'instance de trois jours,
- délai de jugement de dix jours, absence d'appel,
- délais des pourvois en cassation de dix jours suivis d'une procédure

contradictoire dans des délais également brefs (1 mois pour le dépôt du mémoire en demande, 15 jours pour le dépôt du mémoire en défense, quand les délais ordinaires sont respectivement de 4 et 2 mois).

L'objectif est de régler au plus vite les litiges pouvant naître autour de la mise en place des institutions représentatives du personnel, pour que cette représentation puisse s'exercer.

Or, la loi du 20 août 2008, en ouvrant une multiplicité de questions nouvelles, a créé une attente contentieuse très forte pour obtenir des réponses permettant de sécuriser le processus électoral et représentatif, réponses souvent techniques, mais décisives: qu'est ce que la loi entend par "plusieurs" adhérents s'agissant des conditions de mise en place d'une section syndicale ou "plusieurs" élus s'agissant de la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise (plusieurs, c'est au moins deux, a répondu dans les deux cas la chambre sociale (Soc., 8 juillet 2009, n°09-60.032; Soc., 8 juillet 2009, n°09-60.015). Comment interpréter le terme de "participation" à la négociation préélectorale ? (Participer, c'est venir au moins une fois à la négociation : Soc., 26 septembre 2012, n°11-60.231) [V. Fiche n°1]

Face à cette attente, la chambre sociale a mis en place des mécanismes de réponse juridictionnelle inhabituels.

Particularités de la réponse jurisprudentielle

Traitement des dossiers par une section spécialisée de la chambre sociale

La "formation restreinte 1 bis", ou FR1bis selon le sigle qui lui est affecté, ne date pas de la loi du 20 août 2008. Elle avait été créée plusieurs années auparavant pour que le contentieux de la représentation du personnel puisse être appréhendé par des juges spécialisés dans ce domaine. Elle a connu, avec l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, un développement inattendu.

A ce jour, cette section est composée de sept magistrats, qui siègent dans les formations généralistes, mais également, de manière systématique, dans cette section. Son Président, Jean-Marc Béraud, y siège depuis 2006. Lorsque les affaires appellent une position de principe, la formation est présidée par le Président de la Chambre sociale, et le Doyen de la chambre est également délibérant.

Rapidité des procédures

Il a été souligné que la procédure gouvernant ces contentieux a pour objectif un traitement rapide des litiges. Rendus en dernier ressort sauf exception (reconnaissance d'UES...), les jugements des tribunaux d'instance sont directement soumis à pourvoi en cassation, et les délais applicables sont restreints (voir supra).

Le dossier est d'abord transmis à un conseiller qui dépose habituellement son rapport dans le mois ; il est ensuite examiné par un avocat général

avant d'être audiencé.

Alors qu'en moyenne, les pourvois sont traités par la chambre sociale en 509 jours (Rapport annuel 2012, livre V) ils sont, en matière d'élections et de représentation des syndicats, traités en 314 jours.

Dans certains cas particuliers, la chambre sociale a mis en oeuvre des procédures d'urgence qui ont permis d'intervenir dans des délais encore plus brefs. Ainsi, lors des élections pour la représentativité des organisations syndicales dans les TPE, le litige relatif à la capacité d'une organisation syndicale à présenter des candidats au scrutin a donné lieu à une décision exceptionnellement rapide: le jugement du tribunal d'instance a été rendu le 29 octobre 2012, et la décision de la chambre sociale est intervenue le 15 novembre 2012 (Soc. 15 novembre 2012, n°12-27.315).

Traitement des questions de constitutionnalité et de conventionnalité

La loi du 20 août 2008 a été remise en cause, notamment par des organisations syndicales non signataires de la Position commune, au titre de la constitutionnalité et de la conventionnalité.

Cette contestation a coïncidé avec la mise en oeuvre de la réforme relative à la question prioritaire de constitutionnalité (loi du 23 juillet 2008, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010). Elle a de ce fait contribué à forger les modalités du contrôle de la Cour de cassation.

Les quatre premières questions prioritaires de constitutionnalité en

relation avec la loi du 20 août 2008 ont d'abord été traitées par la formation spéciale de constitutionnalité que la loi organique avait mise en place, à l'origine. Trois de ces questions n'ont pas été considérées comme sérieuses et n'ont donc pas été renvoyées au Conseil constitutionnel (Soc.18 juin 2010, n°10-40.006 et 10-40.007: seuil d'audience pour la représentativité, Soc. 18 juin 2010, n° 10-14.749: représentant syndical au comité d'entreprise). En revanche, la quatrième a été renvoyée au Conseil (Soc.8 juillet 2010, n°10-60.189: égalité de traitement entre syndicats inter-catégoriels et syndicats catégoriels).

La question sur l'égalité entre syndicats catégoriels, renvoyée par la chambre sociale par une décision du 22 septembre 2010 n°10-19.113) [V. Fiche n° 3] a été la première question prioritaire de constitutionnalité traitée directement, comme c'est le cas désormais, par la chambre concernée par le sujet. Elle a été renvoyée au Conseil constitutionnel.

Depuis, une dizaine de questions prioritaires de constitutionnalité a été soumise à la chambre sociale sur des dispositions de la loi du 20 août 2008. Une seule de ces questions a été renvoyée au Conseil constitutionnel: celle relative à la constitutionnalité des dispositions de l'article L2324-2 du code du travail concernant les conditions de désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise (Soc.18 novembre 2011, n°11-40.066) [V. Fiche n° 6]. On peut s'étonner de ce renvoi alors que la question, posée devant la formation de constitutionnalité, n'avait pas été transmise. Mais, outre que sa formulation était différente en ce qu'elle axait sur les dispositions

transitoires, le recul plus important sur l'ensemble de la réforme du 20 août 2008 a pu faire apparaître plus nettement l'opportunité du renvoi.

La chambre sociale a par ailleurs eu à se prononcer sur la conventionnalité de certaines des dispositions de la loi du 20 août 2008. Elle n'a pas donné suite aux griefs d'inconventionnalité, que ce soit :

- sur les dispositions relatives aux conditions de désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise (Soc. 24 octobre 2012, n°11-25.530) [V. Fiche n°6] ;

- sur celles relatives à l'ancienneté nécessaire pour qu'un syndicat puisse exercer des prérogatives en entreprise (Soc. 29 février 2012, n°11-60.203) ;

- sur celles relatives aux syndicats catégoriels (Soc. 28 septembre 2011, n°10-19.113) [V. Fiche n°3] ;

- sur celles relatives à l'audience électorale nécessaire pour la représentativité d'un syndicat ou celles relatives à l'audience électorale nécessaire pour la désignation d'un délégué syndical (Soc. 14 avril 2010, n°09-60.426) [V. Fiches n°3 et n°5].

Consultation des partenaires sociaux

C'est probablement là l'une des innovations les plus notables dans les méthodes de travail. Estimant que certaines des décisions à rendre en appelaient plus à des choix sociétaux et syndicaux qu'à des normes juridiques préétablies, la chambre sociale a estimé nécessaire, à plusieurs reprises, de consulter les organisations syndicales et patronales pour disposer de leur point de vue. En

aucune façon, il n'a été demandé aux représentants des organisations de donner leur position sur l'analyse juridique des dispositions que la Cour de cassation doit interpréter. Mais il leur a été demandé de faire part de leur point de vue en tant que praticiens et acteurs de la réforme.

Elle a consulté :

- Les organisations syndicales et patronales signataires de la Position commune
- Les confédérations nationales non signataires représentatives sur le plan national
- Les confédérations nationales non représentatives

Ces consultations ont été d'une grande richesse, toutes les organisations concernées ayant apporté des éléments pertinents en lien avec leur expérience.

La première consultation, associant également des "sachants" a été effectuée sur la délicate question de l'effet d'une désaffiliation syndicale, postérieurement aux élections professionnelles dans l'entreprise. Elle a donné lieu à une réflexion sur le sens de l'affiliation syndicale, aussi bien avant qu'après la loi du 20 août 2008. Elle a permis les décisions du 18 mai 2011 (n°10-21.705, 10-60.069, 10-60.264, 10-60.300, 10-60.273) [V. Fiche n°3], et a servi de base à une construction jurisprudentielle continue sur les effets de l'affiliation [V. Fiche n°4].

D'autres consultations ont ensuite été menées, notamment :

- sur le représentant syndical au comité d'entreprise ;
- sur la situation des syndicats n'ayant

plus d'adhérents ayant recueilli 10% de suffrages exprimés aux dernières élections, notamment à la suite de désaffiliations ;

- sur l'établissement de la représentativité en cas d'élections partielles ou d'élections échelonnées [V. Fiche n°3] ;

- sur le renouvellement du mandat de représentant de section syndicale en cas de changement de périmètre électoral [V. Fiche n°5] ;

- est en cours, une consultation écrite menée par le parquet général de la chambre sociale et portant sur la représentativité en cas de modification de structures de l'entreprise.

Ces consultations ont eu pour effet, dans un cas particulier, d'induire une évolution de jurisprudence. Ainsi, par un arrêt du 12 mai 2012 (n°11-21.144), la chambre sociale affirmait qu'un syndicat qui avait désigné un délégué syndical pour l'entreprise ne pouvait désigner un représentant de section syndicale dans un des établissements de cette entreprise. Le raisonnement sous-tendant la décision était cohérent : une organisation syndicale affirmant sa représentativité sur le périmètre de l'entreprise toute entière ne peut, dans le même temps, revendiquer sa non-représentativité dans certains des établissements qui la composent.

Les partenaires sociaux ont fait valoir que c'est dans ses effets juridiques que la décision générait une incohérence susceptible de remettre en cause les grands équilibres jusque là recherchés par la jurisprudence. Il en résultait en effet que les syndicats représentatifs dans l'ensemble de l'entreprise, mais non dans certains établissements, se trouvaient avoir moins de droits dans ces établissements que les syndicats non

représentatifs.

Prenant acte de ce paradoxe, la chambre sociale a modifié sa position dans une décision du 13 février 2013 (n°12-19.662) où elle explique expressément les raisons de son revirement [V. Fiche n°5].

Dialogue avec le Conseil d'État

Le dialogue entre la chambre sociale et le Conseil d'État n'est pas né avec la loi du 20 août 2008. Des relations bilatérales ont toujours permis d'évoquer les questions de fond, transversales aux deux hautes juridictions. La coopération juridique s'est néanmoins très nettement renforcée par la création, en juillet 2009, d'un groupe de travail réunissant très régulièrement des membres de la chambre sociale et des membres du Conseil d'État pour aborder les questions juridiques pouvant intéresser les deux juridictions. Les questions ouvertes par la loi du 20 août 2008 ont été le terrain de prédilection de ces réunions. Ainsi en a-t-il été des conditions d'établissement de la représentativité, qui peuvent se poser de la même façon au niveau de l'entreprise et au niveau des branches, des conditions de désignation des représentants syndicaux, qui ont une influence sur la compétence de l'autorité administrative, ou des conditions de déroulement des élections professionnelles, qui impliquent le juge judiciaire autant que l'autorité administrative.

L'un des exemples les plus significatifs de cette collaboration est probablement la construction jurisprudentielle convergente à laquelle se sont livrées les deux

hautes juridictions à propos du protocole préélectoral. La question recélait des risques de divergence et de confusion, ainsi que le montrait le contentieux dont les deux juridictions se trouvaient saisies en même temps : le protocole préélectoral établi dans une entreprise avait, à un jour d'intervalle, été considéré comme non valide par l'autorité administrative, et valide par le tribunal d'instance. Par deux décisions, l'une du Conseil d'État du 31 mai 2012 (n°354.186), l'autre de la Cour de cassation du 26 septembre 2012 (n°11-60.231), les deux hautes juridictions ont organisé un système qui permet de garantir les recours sans les superposer. Pour cela, le Conseil d'État a admis la compétence de principe du tribunal d'instance pour statuer sur la validité d'un protocole préélectoral, en qualité de juge de l'élection. La Cour de cassation a affirmé le rôle incontournable de l'administration du travail pour intervenir en l'absence de protocole valide [V. Fiche n°1].

Dans des domaines où les sphères de compétence sont complexes, cette collaboration permet d'assurer le mieux possible la cohérence et l'homogénéité des solutions.

Souci de pédagogie

Lors des Rencontres de la chambre sociale 2012, le conseiller Frouin rappelait que la difficulté, pour la Cour de cassation, à élaborer une construction jurisprudentielle tient au fait qu'elle ne peut que répondre, au cas par cas, aux questions qu'on lui pose:

La Cour de cassation ne se saisit pas elle-même et elle est tributaire des questions de droit qui lui sont posées, lesquelles lui arrivent de manière un

peu fortuite et aléatoire, ce qui ne facilite pas la mise en œuvre d'une véritable politique jurisprudentielle. Et d'ailleurs, le plus souvent, en tout cas dans un grand nombre de cas, la jurisprudence s'élabore spontanément et ponctuellement, au gré des questions posées à la Cour, ce qui tient lieu alors de politique jurisprudentielle étant un simple souci de constance, d'unité et de cohérence entre les solutions adoptées¹.

Cependant, pour que la loi du 20 août 2008 puisse être mise en œuvre, la chambre sociale a dû adopter des techniques de réponse exceptionnelles.

Elle a ainsi:

- tenté de dégager de grandes lignes directrices d'interprétation, permettant de résoudre le litige en cours mais également des séries de litige pouvant naître ultérieurement. Ainsi du principe de la force de l'affiliation syndicale (Soc., 18 mai 2011, n°10-60.069) [V. Fiche n° 4] ; de l'importance de la transparence vis à vis des salariés électeurs (listes communes, affiliation apparente) [V. Fiche n° 2] et du socle des droits auxquels peuvent prétendre tous les syndicats, représentatifs ou non mais implantés dans l'entreprise, d'une part, et ceux auxquels peuvent prétendre les syndicats représentatifs, d'autre part.

- donné dans ses décisions des modes d'emploi pratiques pour résoudre certaines situations potentielles de conflit : ainsi, en cas de désignations concurrentes de représentants syndicaux (Soc., 29 octobre 2010,

¹JY Frouin, la technique de cassation, Bulletin d'information de la Cour de cassation, n°787 15 septembre 2013

octobre 2010, n°09-67.969), ou de difficulté à déterminer les salariés mis à disposition souhaitant voter dans l'entreprise d'accueil (Soc., 26 mai 2010, n°09-60.400) [V. Fiche n° 2], ou encore de calcul de la participation des syndicats catégoriels à une négociation collective intercatégorielle (Soc., 31 mai 2011, n°10-14.391)[V. Fiche n°7] ;

- élaboré des “obiter dictum” pour permettre des solutions efficaces : ainsi des règles applicables lorsque le protocole préélectoral n'est pas valide : suspension du processus électoral, prorogation d'office des mandats en cours (Soc., 26 septembre 2012, n°11-60.231) [V. Fiche n° Elections] ;

- comblé des vides législatifs sources de blocage évidents. La chambre sociale a ainsi fixé la composition de la délégation pouvant participer à la négociation du protocole préélectoral en se référant à celle prévue pour la négociation collective (Soc. 31 janvier 2012, n°11-16.049), fixé la composition par défaut du bureau de vote (Soc. 16 octobre 2013, n°12-21.448) [V. Fiche n° 2], élaboré le mode opératoire de mise en œuvre de l'option de vote des salariés mis à disposition (Soc. 26 mai 2010, n°09-60.400) [V. Fiche n°2] ou encore précisé la compétence du tribunal d'instance pour “constater” la représentativité ou l'absence de représentativité d'un syndicat (Soc. 31 janvier 2012, n°10-25.429).

Hommage aux juges d'instance

Ce panorama de l'appréhension de la loi du 20 août 2008 par la Cour de cassation est aussi l'occasion de rendre un hommage particulier aux tribunaux d'instance. Face à un

contentieux qui s'est multiplié de façon soudaine sans être pour autant un contentieux habituel des juges d'instance, qui nécessitait des connaissances techniques pointues avec une mise à jour permanente, et des réponses dans des délais brefs, les juges d'instance ont su être présents. La chambre sociale, saisie directement des décisions rendues, peut être le témoin de la qualité de ces décisions, et du souci constant de ces juges de concilier rapidité et respect du contradictoire, efficacité et qualité.

**En guise de conclusion :
quelques points méritant
une attention particulière**

Certaines questions délicates, pour la plupart développées dans les fiches annexées, paraissent devoir être signalées dans le cadre de ce bilan. Elles pourraient faire l'objet de retouches législatives.

1- Formalisation des résultats électoraux en termes de représentativité : Le constat, après élections, de la représentativité ou de l'absence de représentativité d'un syndicat n'est pas formalisé. En pratique les éventuelles contestations naissent donc au jour où est exercée, ou revendiquée, une prérogative subordonnée à la qualité de syndicat représentatif (désignation d'un délégué syndical, invitation des organisations à une négociation collective, par exemple). Ainsi, le tribunal d'instance qui est compétent pour constater la représentativité ou l'absence de représentativité d'un syndicat peut être conduit à le faire à tout moment (Soc.31 janvier 2012, n°10-25.429). De même, le fait qu'un jugement constate qu'un syndicat n'est pas représentatif n'a pas pour effet de rouvrir le délai de forclusion applicable à la contestation de la désignation, par ce syndicat, d'un délégué syndical (Soc. 26 juin 2013, n°11-25.456). Afin d'introduire plus de sécurité et de prévisibilité, il pourrait être envisagé d'instaurer un processus tendant, en même temps que la proclamation des élus, à la proclamation des syndicats représentatifs et ouvrant un bref délai de contestation à l'issue duquel la situation serait sécurisée pour toute la durée du cycle électoral.

2- Représentation syndicale au comité d'entreprise : L'exigence pour un syndicat d'avoir des élus au comité d'entreprise pour pouvoir y désigner un représentant syndical dans les entreprises d'au moins trois-cents salariés permet éventuellement à des syndicats non représentatifs d'être présents au sein de cette institution. Mais elle peut aussi conduire à exclure la présence de syndicats représentatifs, les privant ainsi d'une source importante d'information et d'un lieu privilégié d'expression alors pourtant qu'ils vont devoir négocier au nom des salariés. N'y a-t-il pas là un paradoxe d'autant plus important qu'il ne paraît pas relever d'une option retenue par les partenaires sociaux?

3- Droits des salariés mis à disposition : Le droit d'option des salariés mis à disposition d'une entreprise a pour ambition d'empêcher qu'un salarié vote à la fois dans l'entreprise de son employeur et dans celle auprès de laquelle il est mis à disposition. Cependant, compte tenu de l'ancienneté requise pour être électeur au comité d'entreprise (trois mois), un salarié changeant d'employeur peut donc voter dans plusieurs entreprises au cours d'une même période de quatre ans (théoriquement il pourrait voter seize fois). Au regard de ce constat, on peut se demander si le dispositif tendant à empêcher le double vote des salariés mis à disposition qui conduit à des litiges d'une grande complexité juridique et pratique de nature à affecter la régularité du processus électoral doit être maintenu. Son efficacité limitée au regard de l'objectif qu'il poursuit comparée aux risques importants qu'il fait courir en matière de validité des élections et de détermination des syndicats représentatifs justifie-t-elle son

maintien ?

4- Négociation collective dans le cadre d'une représentativité volatile

: La remise en cause quadriennale des situations syndicales acquises peut conduire à un renouvellement plus ou moins régulier des acteurs à tous les niveaux de négociation. Se posera alors la question de la gestion du dispositif conventionnel existant : qui pourra remettre en cause ou modifier un dispositif négocié et conclu par d'autres ? La chambre sociale sera certainement saisie de ces questions et y répondra. Mais ne serait-il pas envisageable qu'elle puisse s'appuyer sur des dispositions légales appropriées à ce contexte nouveau et, pour l'heure, inexistantes ?

5- Représentativité des organisations syndicales et transfert d'entreprise :

La chambre sociale est actuellement saisie de nombreux litiges posant la question de savoir si un syndicat représentatif dans une structure perd sa représentativité lorsque cette structure est transférée, sans constituer une entité juridique autonome dans l'entreprise d'accueil. Cette question, qui a fait l'objet d'une consultation, semble ne pas pouvoir avoir de réponse totalement satisfaisante en l'état de la législation. En effet, s'il est décidé, en application de la règle de la représentativité par cycle électoral, que n'ayant pas participé aux élections dans l'entreprise d'accueil, le syndicat perd sa représentativité, les salariés transférés ne pourront être représentés par leurs anciens syndicats dans le cadre, notamment, des négociations d'adaptation. S'il est décidé que les syndicats peuvent conserver leur représentativité, le

critère d'audience électorale, et le calcul du pourcentage de voix qu'ils représentent dans la négociation collective, en rapport avec les syndicats de l'entreprise absorbante; est extrêmement complexe.

6- Réforme de la procédure devant les tribunaux d'instance :

Si la procédure devant les tribunaux d'instance n'a pas été modifiée par la loi du 20 août 2008, certaines de ses failles sont apparues de manière béante en raison de l'augmentation du contentieux, et de son importance, depuis la loi nouvelle. Plusieurs points devraient être modifiés pour permettre un meilleur fonctionnement : modification des délais et des conditions de convocation, possibilité pour le requérant d'obtenir des informations sur les coordonnées des défendeurs auprès de celui qui les détient, création d'un bloc de contentieux élections/ désignation des représentants syndicaux relevant du tribunal d'instance pour éviter la compétence de droit commun du tribunal de grande instance sur quelques éléments épars ne figurant pas actuellement dans la compétence d'attribution du tribunal d'instance (représentant syndical au CHSCT...). Un projet de décret intégrant ces modifications avait été un temps soumis pour avis à la chambre sociale. Il serait opportun d'en reprendre au moins les dispositions qui concernent les points sus évoqués.

FICHE N° 1

PROCESSUS ÉLECTORAL ET PROTOCOLE D'ACCORD PRÉÉLECTORAL

1-Cadre général

Seuil d'effectif :

L'article L.1111-3 du code du travail exclut des effectifs certains salariés titulaires de contrats de travail dits « aidés » (apprentis, titulaires d'un contrat initiative emploi, etc.). Cette disposition, en ce qu'elle a pour effet d'exclure des salariés du droit de participer à la détermination des personnes pouvant les représenter, a été soumise au Conseil constitutionnel par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) transmise par la Chambre sociale (Cass. soc., 16 février 2011, n°10-40.062). Le Conseil constitutionnel ayant par une décision du 29 avril 2011 (n°2011-122 QPC) décidé que la disposition ne heurtait aucun principe constitutionnel, le syndicat à l'origine du litige a soulevé l'inconventionnalité de l'article L.1111-3 au motif qu'il serait contraire aux dispositions de la directive n°2002/14/CEE du 11 mars 2002 et à l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, reconnaissant un droit à l'information et à la consultation directe des travailleurs.

La question ainsi posée était d'autant plus sérieuse que, par une décision du 18 janvier 2007 (aff. C-385-05), la Cour de justice des Communautés européennes, saisie à titre préjudiciel par le Conseil d'État, avait jugé que les dispositions de la directive s'opposent à ce qu'une réglementation nationale puisse exclure, fût-ce temporairement, une catégorie déterminée de travailleurs du calcul du nombre de travailleurs employés. Le Conseil d'État en avait déduit qu'étaient illégales les dispositions de l'ordonnance du 2 août 2005 relative à l'aménagement des règles de décompte des effectifs des entreprises et prévoyant que tout salarié âgé de moins de vingt-six ans ne serait pas pris en compte dans le calcul de l'effectif du personnel de l'entreprise dont il relève, quelle que soit la nature du contrat qui le lie à cette entreprise (CE, 6 juill. 2007, n°283.892, CGT et a utres).

Le pourvoi dont était saisi la Chambre sociale soulevait des questions majeures : si la faculté d'invoquer à l'appui d'un acte administratif les dispositions d'une directive est admise (« l'invocabilité verticale »), en revanche, cette possibilité est discutée dans le cadre d'un litige entre particuliers (« l'invocabilité horizontale »). De même, le pourvoi posait la question de l'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux dans ce type de litige.

Dans ces conditions, la chambre sociale a décidé de poser directement ces questions à la Cour de justice de l'Union européenne par une décision du 11 avril 2012 en ces termes (Cass. soc., n°11-21.609, Bull. 2012, V, n°122) :

« 1°) le droit fondamental relatif à l'information et à la consultation des travailleurs, reconnu par l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, tel que précisé par les dispositions de la Directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, peut-il être invoqué dans un litige

entre particuliers aux fins de vérifier la conformité d'une mesure nationale de transposition de la directive ?

2^o) dans l'affirmative, ces mêmes dispositions doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une disposition législative nationale excluant du calcul des effectifs de l'entreprise, notamment pour déterminer les seuils légaux de mise en place des institutions représentatives du personnel, les travailleurs titulaires des contrats suivants: apprentissage, contrat initiative-emploi, contrat d'accompagnement dans l'emploi, contrat de professionnalisation ? ».

Délégation unique du personnel (DUP)

Mise en place :

Par un arrêt du 28 septembre 2011, il a été jugé que si la détermination des modalités du scrutin permettant l'élection des membres de la délégation unique du personnel relève, classiquement, du protocole préélectoral, la décision préalable de mettre en place une représentation sous forme de délégation unique du personnel relève de la seule initiative de l'employeur, dès lors que les conditions prévues par l'article L.2326-1 du code du travail sont réunies (Soc., n^o10-21.752, Bull. V, n^o200).

Éligibilité des salariés mis à disposition :

La loi du 20 août 2008 ayant, sous certaines conditions, admis l'éligibilité des salariés mis à disposition aux élections des délégués du personnel (DP) au sein de l'entreprise d'accueil (art. L.2314-18-1) mais exclu leur éligibilité aux fonctions de membres du comité d'entreprise (art. L.2324-17-1), la question s'est posée de savoir si les salariés mis à disposition peuvent, ou non, être candidats lorsque l'employeur a décidé de mettre en place une délégation unique du personnel sur le fondement des dispositions de l'article L.2326-1.

En faveur de la solution de l'inéligibilité pouvait être invoqué l'argument tiré de ce que la raison ayant conduit le législateur à écarter les salariés mis à disposition de la présence au comité d'entreprise— éviter la connaissance par des salariés extérieurs à l'entreprise d'informations sensibles et le risque de diffusion— joue également s'agissant des membres de la délégation unique du personnel, lesquels exercent de par la loi les fonctions et attributions dévolues au comité. En faveur de la solution contraire, il pouvait être soutenu que le droit de participation – principe de valeur constitutionnelle— ne peut être restreint que par une disposition législative expresse posant la règle de l'inéligibilité des salariés mis à disposition à la délégation unique du personnel. Or, non seulement une telle interdiction n'a pas été posée par la loi mais celle-ci a reconnu à ces salariés le droit de se présenter aux élections des délégués du personnel, lesquels constituent « la délégation du personnel au comité d'entreprise ». S'ajoute à ces considérations le fait que la mise en place de la délégation unique du personnel résulte d'un choix unilatéral de l'employeur. Il s'ensuit que ce dernier, si était adoptée la solution de l'inéligibilité, se verrait reconnaître, dans les faits, le pouvoir de fixer de manière discrétionnaire le « périmètre » de l'inéligibilité.

C'est finalement dans le sens d'une interprétation restrictive des règles d'inéligibilité que la chambre sociale a tranché en jugeant, par son arrêt du 5 décembre 2012 que «les travailleurs mis à disposition d'une entreprise, qui remplissent les conditions fixées par l'article L. 2314-18-1 du code du travail pour être éligibles en qualité de délégué du personnel, peuvent, à ce même titre, en l'absence de dispositions légales y faisant obstacle, être candidats à la délégation unique du personnel» (Soc., n°12-13.828, Bull. V, n°323.).

2- Protocole d'accord préélectoral (PAP)

Portée de la règle de la double majorité

Un arrêt du 6 octobre 2011 a levé les incertitudes sur la règle de validité des clauses du PAP relatives à la détermination des modalités matérielles d'organisation du scrutin - délais, conditions du vote, etc. - (Soc., n°11-60.035, Bull. V, n° 228): pour être valides, ces clauses doivent répondre à la condition de la double majorité. La solution n'allait, toutefois, pas de soi, compte tenu d'une rédaction incertaine des textes. La chambre sociale a opté pour la solution s'inscrivant dans la ligne directrice dégagée par son arrêt du 2 mars 2011 selon lequel en l'absence de dispositions légales particulières, la règle de validité de « droit commun » est celle de la double majorité (Soc., n°09-60.419, Bull. V, n°60.).

Juridiction compétente pour connaître d'un litige portant sur la validité du PAP

Le tribunal d'instance, saisi avant ou après les élections, a toute compétence pour vérifier si le PAP répond ou non à la condition de la double majorité, même si le litige porte, au fond, sur la détermination des établissements distincts ou sur la composition des collèges (Soc., 2 mars 2011, n°09-60.483, Bull. V, n°67) : en cas de litige c'est au juge judiciaire, et à lui seul, d'apprécier si le PAP répond ou non aux exigences légales pour être valide.

Toutefois, l'autorité administrative ayant compétence, en l'absence de PAP répondant à la condition de double majorité, pour procéder à la répartition du personnel et des sièges entre les collèges (cf. infra), des difficultés peuvent naître en cas d'appréciation divergentes sur le respect ou non de la condition de double majorité, l'autorité administrative pouvant estimer que cette condition n'est pas remplie et qu'elle est donc valablement saisie et, à l'inverse, le juge judiciaire pouvant considérer que le PAP est valide.

Les litiges portés devant les deux ordres de juridiction nés de l'organisation des élections dans la même entreprise ont permis aux Hautes juridictions des deux ordres de définir, après un dialogue approprié, les lignes directrices suivantes :

- l'autorité administrative ne peut valablement intervenir que lorsque soit aucun PAP n'a été conclu, soit lorsque « manifestement » le PAP ne satisfait pas à la condition de la double majorité (CE, 31 mai 2012, n°354.186, Sté Avis Location de Voitures, au Rec., concl. C. Landais). Autrement dit, la compétence de l'administration du

travail doit reposer sur une évidence : dès lors qu'un doute existe, l'autorité administrative doit renvoyer les parties à agir préalablement devant le tribunal d'instance pour que le litige sur la validité du PAP soit tranché ;

- si, en l'absence d'un PAP valide et nonobstant la saisine de l'autorité administrative, l'employeur poursuit malgré tout le processus électoral et si les élections sont organisées avant que le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) ne statue, ce dernier doit se déclarer incompétent (CE, 31 mai 2012, précité) ;

- le juge des référés du tribunal administratif saisi de conclusions tendant à la suspension de la décision du DIRECCTE doit rejeter ces conclusions comme irrecevables dès lors que la demande de suspension a été présentée postérieurement à l'organisation des élections (CE, 31 mai 2012, précité) ;

- si, in fine, le PAP est jugé non valide par le tribunal d'instance, le processus électoral est alors irrégulier et les élections doivent être annulées, l'employeur ayant méconnu la compétence réservée par la loi à l'administration (Soc., 26 sept. 2012, n°11-60.231, Bull. 2012, V, n°241, Syndicat CFTC de la métallurgie des Bouches-du-Rhône c./ Sté Avis Location de Voitures) ;

- en l'absence de PAP signé à la double condition de majorité, le juge d'instance peut être saisi, par l'employeur ou par une organisation syndicale, pour fixer les modalités du scrutin : en ce cas, il a toute compétence pour prendre les mesures nécessaires au bon déroulement des opérations électorales, et peut aussi le cas échéant fixer un calendrier contraignant pour la négociation préélectorale (Soc., 26 sept. 2012, n°11-26.659, Bull. V, n°243).

La répartition des compétences qui a ainsi été définie par le Conseil d'État et la Cour de cassation est de nature à prévenir les conflits de compétence entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire et les imbroglios contentieux pouvant perturber le bon déroulement du processus électoral.

Appréciation du respect de la condition de double majorité

La notion de « participation à la négociation » a donné lieu à des interprétations diverses. La Chambre sociale a tranché : est considérée comme ayant participé à la négociation du PAP l'organisation syndicale qui est venue à au moins une réunion, même si elle a quitté la table de la négociation avant son issue. Le refus de l'organisation syndicale de poursuivre la négociation, qu'elle a pourtant entamée, doit en effet être regardé comme un refus soit de ses modalités, soit de son contenu et doit donc être pris en compte pour apprécier si les conditions de majorité sont respectées (Soc., 26 sept. 2012, n°11-60.231, Bull. , V, n°241).

Par ailleurs, la chambre sociale a précisé, s'agissant de la composition de la délégation syndicale négociant le PAP, qu'aucune disposition légale n'impose aux organisations syndicales de composer leur délégation de salariés de l'entreprise et d'y faire figurer le délégué syndical ou le représentant de la section syndicale et que chaque délégation peut comprendre, sauf accord avec l'employeur, jusqu'à trois ou

quatre membres selon que l'effectif de l'entreprise permet la désignation d'un seul ou de plusieurs délégués syndicaux (Soc., 21 janvier 2012, n°11-16.049, Bull. V n°40).

3- Contrôle du juge judiciaire sur les modalités du processus électoral

Lorsque ces modalités sont fixées par un PAP valide

Si le protocole répond à la condition de la double majorité, ses stipulations relatives au déroulement du scrutin ne peuvent plus être contestées devant le juge judiciaire, sauf si le protocole contient des stipulations contraires à l'ordre public, notamment en ce qu'elles méconnaîtraient les principes généraux du droit électoral (Soc., 6 oct. 2011, n°11-60.035, Bull. V, n°228).

Le PAP valide s'impose à tous, sans qu'aucune dérogation ne puisse être admise.

Ainsi, l'employeur ne saurait, au motif d'un report de la date des élections, fixer unilatéralement un nouveau calendrier électoral : si des modifications négociées entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales intéressées peuvent être apportées à un PAP, ces modifications, y compris lorsqu'elles portent sur ce calendrier, ne peuvent résulter que d'un avenant soumis aux mêmes conditions de validité que le protocole lui-même (Soc. 26 oct. 2011, n°10-27.134, Bull. V, n°242).

Les clauses du PAP doivent être strictement respectées : une organisation syndicale ne saurait déposer sa liste de candidature le dernier jour à 22 heures lorsque le protocole préélectoral a fixé 17 heures comme heure limite (Soc., 9 nov. 2011, n°10-28.838, Bull. V, n°256).

Le juge d'instance ne peut être utilement saisi que si les clauses du protocole sont contraires aux principes généraux du droit électoral (Soc., 6 oct. 2011, n°11-60.035, Bull. V, n°228 ; 9 nov. 2011, n°10-25.766, Bull. V, n°254).

L'arrêt du 20 mars 2013 illustre l'exception ainsi posée (Soc., n°12-11.702, Bull. V, n°79) : était contesté le droit d'un salarié d'être désigné représentant syndical au comité d'entreprise au motif que le PAP avait exclu de l'électorat et de l'éligibilité les « managers commerciaux, à partir de la fonction de responsable d'agence » en les assimilant au chef d'entreprise. La Chambre sociale a jugé qu'un PAP ne peut exclure de l'éligibilité au comité d'entreprise, et par suite du droit à y être désigné représentant syndical, des salariés qui remplissent les conditions légales pour en être membres.

En l'absence d'un PAP valide

Si la condition de la double majorité n'est pas atteinte, l'employeur n'a pas l'obligation de saisir le juge d'instance : la seule circonstance que les modalités matérielles d'organisation du scrutin aient été fixées par l'employeur seul ou avec seulement quelques syndicats ne rend pas les élections irrégulières, mais autorise toute partie qui y a intérêt à saisir le juge d'instance pour que celui-ci statue sur les conditions d'organisation du scrutin (Soc., 6 oct. 2011, n°11-60.035, Bull. V, n°228).

L'arrêt du 6 octobre 2011 conduit ainsi à distinguer ainsi deux notions que le terme « validité » tend à confondre : « l'applicabilité » - les clauses du PAP ne répondant pas à la condition de double majorité sont applicables- et la « licéité » – lorsque ces clauses ne sont pas conformes au droit.

Si le PAP ne répond pas aux conditions de validité, une organisation syndicale ne peut contester la régularité du processus électoral après le déroulement du scrutin lorsqu'elle a, dans l'intervalle, présenté une liste de candidats sans émettre de réserves (Soc.9 nov. 2011, 10-28.587 confirmant Soc., 2 mars 2011, n°10-60.201, Bull. V, n°61).

L'employeur peut donc, à la différence des clauses relatives au périmètre électoral (détermination des établissements distincts) et à la répartition des sièges et électeurs dans les collèges, décider seul des modalités du scrutin. Si nul ne saisit le juge d'instance en période préélectorale pour les contester, elles seront a priori valables.

Toutefois, l'employeur ne peut imposer aux organisations syndicales de contraintes qui ne soient pas justifiées par les nécessités du bon déroulement du scrutin. Ainsi, il a été jugé qu'il ne peut impartir aux organisations syndicales un délai trop court pour déposer leur liste de candidats et que le tribunal d'instance est fondé dans ces conditions à annuler les élections (Soc., 26 sept. 2012, n°11-20.459). De manière plus générale, les modalités d'organisation du scrutin, fixées unilatéralement par l'employeur en l'absence d'accord valide, ne peuvent conduire à écarter une liste de candidature que si les modalités de dépôt de cette liste portent atteinte au bon déroulement des opérations électorales (Soc., 26 sept. 2012, n° 11-26.399, Bull. V, n°240).

De ce point de vue, le régime contentieux applicable aux modalités de déroulement du scrutin est radicalement distinct selon que ces modalités sont déterminées par un PAP valide ou non. En effet, dans le premier cas, elles s'imposent tant à l'employeur qu'aux organisations syndicales sans qu'il soit nécessaire pour le juge de vérifier les effets concrets de la méconnaissance des clauses du protocole (cf. supra). Dans le second cas, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation sur l'adéquation des modalités retenues avec les nécessités concrètes du scrutin en cause.

4 Processus électoral, quelques questions particulières

Vote électronique

Sa mise en œuvre est subordonnée à des conditions procédurales et de fond qui ont été précisées.

Il résulte des dispositions combinées des articles du code du travail relatifs à cette modalité de vote (art. L. 2314-21, L. 2324-19 et L. 2261-1) que la validité du protocole préélectoral prévoyant la mise en œuvre du vote par voie électronique est subordonnée à l'entrée en vigueur de l'accord d'entreprise conclu à cet effet (Soc., 28 sept. 2011, n°11-60.028, Bull. V n°203).

Le dépouillement des suffrages par voie électronique est possible, mais à la condition que le procédé mis en œuvre ne conduise pas à violer les principes du secret et de la sincérité du vote. Suivant directement les préconisations de la CNIL, la chambre sociale a posé deux conditions à la régularité du dépouillement électronique: il doit avoir été décidé par le PAP et non par l'employeur de manière unilatérale ;

le PAP doit fixer « les garanties appropriées au respect du secret du vote par la mise en œuvre de procédés rendant impossible l'établissement d'un lien entre l'identité de l'électeur et l'expression de son vote ».

Tel n'est pas le cas lorsque le système de dépouillement électronique des votes par correspondance prévoit de faire figurer le dispositif d'identification des électeurs sur les bulletins de vote sans que l'on sache quelles garanties sont prises pour que le secret du vote soit préservé (Soc., 10 mai 2012, n°11-25.029, Bull. V, n°140).

En revanche, le recours au dépouillement électronique est valide lorsqu'il a été prévu par un PAP, que ses conditions ont été portées à la connaissance des électeurs, et qu'il est prévu un mécanisme, sous la responsabilité d'un intervenant extérieur, de nature à assurer l'identification des électeurs ainsi que la sincérité et le secret du vote, peu important que le système ne prévoit ni enveloppes opaques, ni signature du salarié sur l'enveloppe du vote par correspondance (Soc., 26 sept. 2012, n°11-22.598, Bull. V, n°239).

S'agissant de l'adressage des moyens d'authentification sur la messagerie professionnelle des salariés, prévu par un PAP, la chambre sociale a jugé que ces modalités ne respectaient pas l'obligation de confidentialité prescrite par le code du travail dès lors qu'aucune précaution complémentaire (cryptage, double code, etc.) n'était prévue pour s'assurer que le salarié était bien le seul à pouvoir connaître ses codes d'authentification pour le vote (Soc., 27 févr. 2013, n°12-14.415, Bull., V, n°60).

Vote par correspondance

Le recours au vote par correspondance n'était traditionnellement considéré comme licite par la jurisprudence qu'à la condition d'être mis en place, de manière exceptionnelle, au profit de certaines catégories de salariés déterminés. Les dispositions introduites par la loi du 20 août 2008, notamment la condition de validité du PAP, ont conduit la chambre à réexaminer sa jurisprudence.

Par son arrêt du 13 février 2013 (n°11-25.696, Bull. V, n°38), elle a admis que le recours au vote par correspondance n'est pas contraire, en soi, à un principe d'ordre public.

Il s'en déduit que :

- si le recours au vote par correspondance est prévu par un PAP qui ne remplit pas la double condition de majorité, ou décidé par le juge d'instance, il doit, comme auparavant, être justifié par des circonstances exceptionnelles, le vote physique étant la règle en l'absence de dispositions conventionnelles dérogatoires ;

- si le recours au vote par correspondance est prévu par un PAP valide, ses conditions de mise en œuvre ne peuvent plus être contestées devant le juge d'instance.

Composition du bureau de vote

Pour sécuriser le processus électoral, la chambre sociale a jugé qu'à défaut de dispositions spécifiques prévues par un protocole préélectoral signé à la double condition de majorité, et en l'absence de désignation des membres du bureau de vote par accord entre l'employeur et les organisations syndicales ayant présenté des listes aux élections, le bureau de vote est composé, conformément aux principes généraux du droit électoral, des deux salariés électeurs les plus âgés, et du salarié électeur le plus jeune (Soc., 16 octobre 2013 n° 12 -21.448, au Bull., voir également fiche n°2).

Mention des heures d'ouverture et de clôture du scrutin sur le procès-verbal

Il a été jugé que dès lors que le président du bureau n'a pas mentionné au procès-verbal établi immédiatement après la fin du dépouillement, les heures d'ouverture et de clôture du scrutin, contrairement aux prescriptions de l'article R. 57 du code électoral, cette circonstance est de nature à affecter la sincérité des opérations électorales et, s'agissant d'un principe général du droit électoral, constitue une irrégularité justifiant à elle seule l'annulation des élections (Soc., 16 octobre 2013, au Bull.).

Dans ces conditions, il serait opportun que le document administratif mis à la disposition des entreprises comme procès-verbal des élections comporte une rubrique relative aux heures d'ouverture et de clôture du scrutin.

Irrégularités de nature à entraîner l'annulation du scrutin

Traditionnellement, la Chambre sociale limitait les cas d'annulation du scrutin aux situations dans lesquelles les irrégularités relevées étaient susceptibles d'avoir eu une incidence sur les résultats, c'est-à-dire sur l'élection ou la non élection des candidats, soit en raison de leur nature, soit en raison de leurs effets. Eu égard aux nouveaux enjeux des élections professionnelles en matière de représentativité, la chambre sociale a dû faire évoluer sa jurisprudence : sauf dans le cas où elles constituent directement une violation des principes généraux du droit électoral, les irrégularités commises dans l'organisation et le déroulement du scrutin ne peuvent constituer une cause d'annulation que si elles ont exercé une influence sur le résultat des élections ou si, s'agissant du premier tour, elles ont été déterminantes de la qualité représentative des organisations syndicales dans l'entreprise, ou du droit pour un candidat d'être désigné délégué syndical (Soc., 13 janv. 2010, n°09-60.203, Bull. V n°7).

Contestation des résultats du premier tour des élections

Revenant sur sa jurisprudence antérieure selon laquelle en l'absence d'élus au premier tour faute de quorum, les résultats du premier tour ne pouvaient être

contestés indépendamment de ceux du second tour (Soc., 20 déc.2006, Adecco, n° 05-60.345, Bull. V n°399), la chambre sociale a jugé que, eu égard aux enjeux du premier tour des élections, la contestation des résultats du premier tour des membres du comité d'entreprise n'est recevable que si elle est faite dans le délai de quinze jours suivant ce premier tour (Soc., 26 mai 2010, n° 09-60.453, Bull. V n°113).

5- Intervention de l'autorité administrative

Compétence pour déterminer les établissements distincts et la répartition des électeurs et des sièges dans les collèges :

En l'absence d'accord sur la détermination des établissements distincts et la répartition des électeurs et des sièges entre les collèges, conclu à la double majorité, le DIRECCTE, qui peut être saisi par l'employeur ou tout syndicat intéressé, est seul compétent pour décider du périmètre des établissements distincts et des répartitions des sièges et électeurs dans les collèges.

Le tribunal d'instance ne peut en aucun cas fixer lui-même la répartition des personnels entre les collèges, quand bien même les parties auraient indiqué ne pas vouloir soulever l'incompétence du tribunal sur ce point (Soc., 9 nov. 2011, n°10-28.253, Bull. civ. V n°255).

Si l'employeur décide seul de ces paramètres, l'élection n'est pas valablement organisée (Soc. 9 nov. 2011, n°11-60.029, Bull. V, n°255).

Effets de la saisine de l'autorité administrative

La saisine de l'autorité administrative suspend le processus électoral, afin que la décision à venir puisse être prise en compte, sans que nul ne puisse reprocher à l'employeur d'avoir, pour ce motif, repoussé l'organisation du scrutin. La Chambre sociale en a déduit une conséquence logique : dans l'attente de la décision du DIRECCTE, les mandats sont prorogés jusqu'à la proclamation des résultats du premier tour du scrutin (Soc., 26 sept. 2012, n°11-60.231, Bull. 2012, V, n° 241). Cette prorogation de droit, qui constitue une innovation majeure, est justifiée par la volonté de ne pas laisser les salariés sans représentation alors que la valeur juridique constitutionnelle du droit de participation a été consacrée par le Conseil constitutionnel et par les deux ordres de juridiction.

FICHE N°2

DÉROULEMENT DU PROCESSUS ÉLECTORAL

1- Listes communes

Il a toujours été possible à des organisations syndicales de présenter des listes communes de candidats aux élections professionnelles dans l'entreprise. Mais depuis la loi du 20 août 2008, l'importance du score électoral étant devenu l'un des éléments de la représentativité de ces organisations, cette possibilité a été encadrée par l'article L 2122-3 du code du travail qui dispose qu'en cas de liste commune, la répartition des suffrages exprimés se fait sur la base indiquée par les syndicats colistiers lors du dépôt de leur liste et, qu'à défaut d'indication particulière, elle s'opère à parts égales.

Ce texte qui tend à favoriser la constitution de listes communes, en autorisant les syndicats à prévoir une répartition des suffrages entre eux qui ne soit pas égalitaire, n'a pratiquement pas été discuté. Il ressort des débats parlementaires et de la circulaire du ministère du travail du 13 novembre 2008 que le seul impératif auquel s'est référé le législateur est que cette répartition soit fixée avant le déroulement des élections, et qu'elle ne puisse pas être l'objet de discussions après. Mais la loi ne précise pas qui doit être informé de cette répartition inégalitaire des suffrages. S'il n'est pas contesté que l'information doit en être donnée à l'employeur, au moins à fins de preuve de ce choix, la question est de savoir si les syndicats faisant liste commune doivent faire connaître également à l'avance ce choix aux électeurs et aux autres organisations syndicales.

L'application de ce texte suscite donc des questions auxquelles la chambre sociale a pour partie répondu par les arrêts suivants :

13 janvier 2010 n°09-60.208 bull n°6 : La répartition des suffrages, lorsque les syndicats formant une liste commune ont choisi qu'elle ne soit pas à parts égales, doit être portée tant à la connaissance de l'employeur qu'à celle des électeurs de l'entreprise ou de l'établissement concerné avant le déroulement des élections et à défaut, la répartition s'opère à parts égales

2 mars 2011 n°10-17.603 bull n° 59 : Il appartient au juge, saisi d'une contestation de la mesure de la représentativité d'un syndicat et de la répartition convenue entre les organisations syndicales de la liste commune, s'il constate que les électeurs n'ont pas été informés avant les élections, de rétablir les résultats en opérant la répartition des suffrages à parts égales.

Ce dernier arrêt a été commenté à la RJS (n°5/11 n° 436) de la façon suivante :

"[...] nous avons déjà relevé la nécessité d'une information des autres organisations syndicales. Alors que cette question était posée ici, l'arrêt n'y répond pas. On peut

supposer que ce silence s'explique par le fait que l'information obligatoirement donnée aux électeurs confère à l'accord de répartition un caractère suffisamment public pour assurer aussi sa connaissance par les autres organisations. Par ailleurs, ne pas exiger une information spécifique et nominative à destination des autres organisations évite de nouveaux motifs de contestation dans un processus qui en comporte déjà de nombreux. Restent en suspens d'autres questions, déjà soulevées dans ces mêmes observations, tenant à l'identification du débiteur de l'information à destination des salariés et des moyens matériels de celle-ci."

24 octobre 2012 n° 11-61.166 bull n°275 : Un des syndicats de la liste commune peut, lorsque la répartition des voix n'a pas été portée à la connaissance de l'employeur et des électeurs, demander au juge de la constater pour que la répartition s'opère à parts égales.

13 octobre 2010 n°09-60.456 bull n°227 : L'indication de la base de répartition peut résulter de la mention sur la liste de candidature présentée aux électeurs, pour chacun des candidats de la liste commune, de leur appartenance à l'un ou l'autre des syndicats de la liste.

Une liste de candidats présentée par deux syndicats affiliés à la même confédération ne constitue pas une liste commune au sens de l'article L. 2122-3 du code du travail et ne peut, par suite, donner lieu à une répartition entre eux des suffrages qu'elle a recueillis en vue de les faire bénéficier, chacun, d'une représentativité propre.

2- Les salariés mis à disposition (électorat et éligibilité)

Antérieurement à la loi du 20 août 2008, la Cour de cassation admettait que les salariés mis à disposition étaient électeurs et éligibles à toutes les institutions représentatives du personnel, pourvu qu'ils soient intégrés de manière étroite et permanente à la communauté de travail de l'entreprise.

La loi du 20 août 2008 a défini les critères de l'intégration étroite et permanente des salariés mis à disposition par la durée de présence dans les locaux de l'entreprise utilisatrice :

Les salariés présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice sont électeurs aux élections des délégués du personnel s'ils justifient d'une présence continue de douze mois et éligibles s'ils justifient d'une présence de vingt-quatre mois continus (article L 2314-18-1). Ils sont électeurs aux élections des représentants du personnel au comité d'entreprise s'ils justifient d'une présence continue de douze mois, mais ils n'y sont pas éligibles (article L 2324-17), étant précisé que les salariés mis à disposition qui en remplissent les conditions choisissent s'ils exercent leur droit de vote dans l'entreprise qui les emploie ou dans l'entreprise utilisatrice.

La mise en œuvre pratique de ces dispositions suscite au moins deux difficultés importantes. La première est celle du recueil des informations nécessaires sur la situation des salariés mis à disposition au regard des effectifs de l'entreprise

utilisatrice (peu important qu'ils aient ou non choisi de voter dans cette dernière) et de leur éventuelle inscription sur la liste électorale s'ils exercent leur droit d'option, mais aussi de la charge de la preuve. La seconde est celle de savoir à quelle date le salarié mis à disposition peut exercer le droit d'option individuel que lui confère la loi, puisque la date des élections est propre à chacune des entreprises ; aucune disposition légale ou réglementaire ne donne d'indication sur ce point.

La chambre sociale a apporté une réponse à ces deux questions par un arrêt du 26 mars 2010 (n°09-60.400 bull n° 114) : 1° L'employeur, responsable de l'organisation des élections à qui il appartient de fournir aux organisations syndicales les éléments nécessaires au contrôle des effectifs et de l'électorat, doit, s'agissant des salariés mis à disposition par des entreprises extérieures, ne pas se borner à interroger ces dernières et fournir aux organisations syndicales les éléments dont il dispose ou dont il peut demander judiciairement la production par ces entreprises.

2° Selon les articles L. 2314-18-1, alinéa 2, et L. 2324-17-1, alinéa 2, les salariés mis à disposition d'une entreprise par une entreprise extérieure décomptés dans les effectifs et qui remplissent les conditions de présence continue de 12 mois pour être électeurs et de 24 mois pour être éligibles aux élections des délégués du personnel choisissent s'ils exercent leur droit de vote dans l'entreprise qui les emploie ou dans l'entreprise utilisatrice ; ces conditions devant s'apprécier lors de l'organisation des élections dans l'entreprise utilisatrice, c'est à cette date que les salariés doivent être mis en mesure d'exercer leur droit d'option.

Soc 19 janvier 2011, n°10-60.296, bull n°27 : Les salariés mis à disposition d'une entreprise qui remplissent cette condition doivent être pris en compte pour déterminer l'effectif d'une entreprise tenue en application de l'article L. 2312-2 du code du travail à procéder à l'élection de délégués du personnel, peu important que tout ou partie d'entre eux aient choisi, en application des dispositions de l'article L. 2314-18-1 du même code, d'être électeurs dans l'entreprise qui les emploie. L'option de vote exercée est sans incidence sur le calcul des effectifs de l'entreprise utilisatrice.

Soc, 28 septembre 2011, n°10-27.374 bull n° 20 : Le fait pour un salarié, ayant exercé le droit d'option ouvert par l'article L. 2314-18-1 du code du travail, d'avoir été élu en qualité de délégué du personnel dans l'entreprise utilisatrice, est sans incidence sur ses droits d'être électeur et éligible aux élections des membres du comité d'entreprise dans l'entreprise qui l'emploie.

La loi du 20 août 2008 ne comportant pas de dispositions spécifiques pour les salariés mis à disposition *en cas de mise en place d'une délégation unique du personnel*, la chambre sociale a, dans un arrêt du 5 décembre 2012 (n°12-13.828 bull n°323), apporté la réponse suivante :

Les travailleurs mis à disposition d'une entreprise, qui remplissent les conditions fixées par l'article L. 2314-18-1 du code du travail pour être éligibles en qualité de délégué du personnel, peuvent, à ce même titre, en l'absence de dispositions légales y faisant obstacle, être candidats à la délégation unique du personnel.

3- Composition du bureau de vote

Antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 2008, la chambre sociale jugeait que le protocole électoral ne peut décider qu'à défaut d'accord des organisations syndicales ayant présenté des listes de candidats, la désignation des assesseurs serait laissée à la discrétion de l'employeur (soc 26 janvier 1984 no 83-60.265 bull no 36). Dans cette hypothèse et dans celle où le protocole électoral ne comportait pas de dispositions spécifiques ou suffisantes, il était donc nécessaire, en l'absence d'accord, d'avoir recours au juge d'instance pour fixer la composition du bureau de vote.

La nécessité de sécuriser le processus électoral dans un contexte d'augmentation du contentieux, liée aux nouveaux enjeux portés par la loi du 24 août 2008 a conduit la chambre sociale, dans le silence de la loi, à fixer la composition par défaut du bureau de vote, dans le souci de tarir un contentieux sans réelle portée.

Soc 16 octobre 2013 n°12-21.448 : A défaut de dispositions spécifiques prévues par un protocole préélectoral signé à la double condition de majorité, et en l'absence de désignation des membres du bureau de vote par accord entre l'employeur et les organisations syndicales ayant présenté des listes aux élections, le bureau de vote est composé, conformément aux principes généraux du droit électoral, des deux salariés électeurs les plus âgés, et du salarié électeur le plus jeune .

FICHE N°3

REPRÉSENTATIVITÉ DES ORGANISATIONS SYNDICALES

1- Condition d'audience électorale

L'innovation majeure introduite par la loi du 20 août 2008 est évidemment celle relative à la détermination des organisations syndicales représentatives, notamment dans l'entreprise, qu'elle conditionne désormais à l'obtention d'une audience électorale minimale.

La chambre sociale s'est attachée à défendre cette nouvelle conception de la représentativité syndicale. Elle a ainsi décidé que cette exigence n'était contraire à aucun de nos engagements internationaux (Soc. 14 avril 2010, n°09-60.426, Bull. n°100, commenté au Rapport annuel), et ne heurtait aucun principe constitutionnel (Cour de cassation, Formation de constitutionnalité, 18 juin 2010, n°10-40.007).

La chambre sociale a également décidé que l'exigence d'un certain score électoral pour accéder à la représentativité, était d'ordre public absolu : Soc. 18 mai 2011, n°10-60.406, Bull. n°116, commenté au Rapport annuel I ; Soc. 6 janvier 2011, n°10-18.205, Bull. n°9, commenté au Rapport annuel.

2- Critères de représentativité, critères cumulatifs

La chambre en a précisé les règles d'appréciation :

“Si les critères posés par l'article L. 2121-1 du code du travail doivent être tous réunis pour établir la représentativité d'un syndicat et si ceux tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière doivent être satisfaits de manière autonome, ceux relatifs à l'influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, aux effectifs d'adhérents et aux cotisations, à l'ancienneté dès lors qu'elle est au moins égale à deux ans et à l'audience électorale dès lors qu'elle est au moins égale à 10 % des suffrages exprimés, doivent faire l'objet d'une appréciation globale.” (Soc. 29 février 2012, n°11-13.748, Bull. n°83, commenté au Rapport annuel)

La chambre a jugé, conformément à l'intention du législateur, que l'élection de référence est celle du comité d'entreprise : c'est uniquement lorsqu'il n'y a pas de comité d'entreprise qu'est prise en compte l'élection des délégués du personnel :

“Aux termes de l'article L. 2121-1 du code du travail, la représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après (...) 5°: l'audience établie selon les niveaux de négociation conformément aux articles L. 2122-1, L. 2122-5, L. 2122-6 et L. 2122-9 du code du travail, et aux termes de l'article L. 2122-1 du même code, dans l'entreprise ou l'établissement, sont représentatives les organisations

syndicales qui satisfont aux critères de l'article L. 2121-1 et qui ont recueilli au moins 10 % 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.

Il en résulte que 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.” (Soc. 13 juillet 2010, n°10-60.148, Bull. n°176 ; Soc. 10 novembre 2010, n°09-72.856)

Tirant les conséquences de la rédaction de ce texte, la chambre en a déduit une nécessaire concordance entre le niveau d'appréciation de la représentativité et celui de l'exercice de la prérogative principale en découlant, à savoir la désignation du délégué syndical et son niveau de désignation.

Les auditions des partenaires sociaux effectuées par la chambre appelée à interpréter la loi de 2008, ont mis en évidence que les conséquences de cette rédaction de l'article L.2122-1 n'avaient peut-être pas été envisagées par les signataires de la Position commune.

3-Valeurs républicaines, transparence

En l'absence de définition légale, le critère de respect des valeurs républicaines prévu par la loi, a ouvert en 2008 un vaste champ d'interrogations (compte-rendu de séance du Sénat, 17 juillet 2008 ; Y. Pagnerre, *Le respect des valeurs républicaines ou l'éthique syndicale*, JCP ed. S, 2009, n°1050). La chambre l'a traité en s'attachant prioritairement à l'objet du syndicat, par référence à sa jurisprudence traditionnelle (Chambre mixte, 10 avril 1998, n°97-17.870, Front national de la police) :

“Aux termes de l'article L. 2131-1 du code du travail, les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts.

En l'espèce, le tribunal d'instance a relevé, d'abord, que dans ses statuts l'union des Syndicats anti-précarité (le SAP) indiquait faire de l'action juridique l'un de ses moyens d'action essentiels et proposait d'étudier les questions juridiques touchant au droit social et au droit du travail, de renseigner et assister les adhérents et sympathisants, en se donnant pour but de se constituer un service juridique dénommé "secteur juridique SAP", capable de rivaliser avec les meilleurs services juridiques patronaux ou cabinets d'avocats, pour développer l'information et l'assistance ou la défense devant les tribunaux de première instance, les cours d'appel ou la Cour de cassation, ensuite, que l'organisation entendait tirer des ressources de "participations financières" demandées aux adhérents et non-adhérents pour l'étude et le suivi de leur dossier juridique, et enfin que le tract édité par le SAP pour présenter sa candidature au scrutin faisait exclusivement état des actions juridiques menées par le SAP au profit de ses adhérents. Dès lors, ayant ainsi constaté, par une interprétation souveraine des statuts et des pièces que leur ambiguïté rendait nécessaire, que l'activité de l'organisation consistait exclusivement

à proposer des services rémunérés d'assistance et de conseil juridique, ce dont il résulte que l'objet de l'organisation n'est pas conforme aux dispositions de l'article L. 2131-1 du code du travail, le tribunal a décidé à bon droit d'annuler la candidature du SAP au scrutin organisé pour mesurer l'audience des organisations syndicales dans les entreprises de moins de onze salariés.” (Soc. 15 novembre 2012, n°12-27.315, Bull. n°296)

Mais la chambre ne se limite pas à prendre en considération l'objet du syndicat. Son action est également prise en compte : *“Statue à bon droit le tribunal d'instance qui, ayant constaté que la preuve n'était pas rapportée que le syndicat CNT, en dépit des mentions figurant dans les statuts datant de 1946, poursuive dans son action un objectif illicite, contraire aux valeurs républicaines, valide la désignation par ce syndicat d'un représentant de section syndicale.” (Soc. 13 octobre 2010, n°10-60.130, Bull. n°235)*

Le critère des valeurs républicaines est présumé acquis par les organisations syndicales. Il appartient par conséquent à celui qui soutient qu'un syndicat ne satisfait pas à ce critère d'apporter la preuve contraire : Soc. 8 juillet 2009, n°08-60.599, Bull. n°181, commenté au Rapport annuel ; Soc. 13 octobre 2010, n°10-60.130, Bull. n°235.

S'agissant du critère de la transparence financière, introduit par la loi du 20 août 2008, la chambre sociale a estimé qu'il ne ressortait ni du texte, ni de sa genèse, que le législateur ait entendu sanctionner le non-respect des obligations comptables imposées aux syndicats (articles L.2135-1 et suivants du code du travail) par la perte de leur représentativité ou l'impossibilité d'accéder à cette qualité. Aussi, a-t-elle jugé que : *“Les documents comptables dont la loi impose aux organisations syndicales la confection et la publication ne constituent que des éléments de preuve du critère de transparence financière, leur défaut pouvant dès lors être suppléé par d'autres documents produits par ces organisations et que le juge doit examiner.” (Soc. 29 février 2012, n°11-13.748, Bull. n°83, commenté au Rapport annuel)*

4- Calcul de l'audience électorale

La chambre sociale a apporté une réponse à une question ouverte par la loi du 20 août 2008 sur la mesure de l'audience des organisations syndicales en vue d'établir leur représentativité : cette mesure doit-elle s'effectuer selon un calcul par cycle électoral, ou tenir compte de toutes les élections intermédiaires ou partielles et s'effectuer ainsi “au fil de l'eau” ?

Après consultation des partenaires sociaux, la chambre sociale décide que *“La représentativité des organisations syndicales, dans un périmètre donné, est établie pour toute la durée du cycle électoral.” (Soc. 13 février 2013, n°12-18.098, Bull. n°42, commenté au rapport annuel) privilégiant ainsi la stabilité.*

5- Syndicats catégoriels

En ce qui concerne les organisations syndicales catégorielles affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale, l'article L. 2122-2

du code du travail prévoit sur ce point qu'elles sont représentatives à l'égard des personnels relevant des collèges électoraux dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats. Cet avantage quant à la mesure de l'audience a été jugé conforme au principe constitutionnel d'égalité de traitement par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 7 octobre 2010, n° 2010-42 QPC) ainsi qu'aux articles 11 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme par la chambre sociale (Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 10-60.214).

La chambre sociale a également reconnu la possibilité pour un syndicat affilié à la Confédération française de l'encadrement-Confédération générale des cadres, de présenter des candidats dans d'autres collèges que le collège cadres à la condition que ses règles statutaires lui donnent vocation à représenter des salariés figurant dans ces collèges : Soc. 28 septembre 2011, n° 10-26.693, Bull. n° 215, commenté au Rapport annuel.

Le respect du principe d'égalité de traitement et du texte même de l'article L. 2122-2 du code du travail implique nécessairement que, par voie de conséquence, la mesure de l'audience électorale se fasse alors en tenant compte des résultats obtenus dans les collèges où ce syndicat affilié à une confédération catégorielle interprofessionnelle nationale a vocation à présenter des candidats : Soc. 31 janvier 2012, n° 11-60.135, Bull. n° 42 ; Soc. 27 mars 2013, n° 12-22.733, Bull. n° 93.

La chambre a en outre décidé que ces dispositions sont réservées aux seuls syndicats à la fois catégoriels et interprofessionnels. Ainsi, *“Un syndicat, représentant les praticiens conseils du régime d'assurance maladie, ne peut pas se prévaloir des dispositions de l'article L. 2122-2 du code du travail dès lors que, rattaché d'une part à l'union confédérale des médecins salariés de France (UCMSF), qui n'est pas interprofessionnelle, et d'autre part à l'union nationale des syndicats autonomes (UNSA), qui n'est pas catégorielle, il n'est pas affilié à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale.”* (Soc. 24 septembre 2013, n° 12-60.556, publication en cours).

6- Constat de la représentativité

La loi n'a pas prévu de quelconques modalités de constat de la représentativité syndicale après les élections. La chambre sociale a néanmoins jugé qu'il n'appartenait pas à l'employeur de décider quelles étaient les organisations représentatives à l'issue du scrutin, ce qui aurait conduit à faire courir un délai de contestation à l'encontre des organisations intéressées. Le délai de forclusion de l'article R.2314-28, alinéa 3, du code du travail ne peut dès lors être opposé à un syndicat qui ne remet pas en cause les résultats de l'élection, à savoir le nombre de suffrages exprimés dans chaque collège, celui recueilli par chaque liste et le nom des élus : Soc. 31 janvier 2012, n° 10-25.429, Bull. n° 39, commenté au Rapport annuel.

FICHE N° 4

AFFILIATION, DÉSAFFILIATION, DES ORGANISATIONS SYNDICALES

1- Effets de l'affiliation syndicale

Dès lors que la loi du 20 août 2008 a supprimé la présomption irréfragable de représentativité s'attachant à l'affiliation à l'une des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et entendu faire de l'audience dans l'entreprise la condition nécessaire pour la reconnaissance de la représentativité, la question s'est posée du maintien ou non de la jurisprudence de la chambre sociale selon laquelle les syndicats affiliés à une même confédération nationale interprofessionnelle représentative ne peuvent déposer, par collège, qu'une seule liste.

Par deux arrêts du 22 septembre 2010 (pourvois n° 10-60.135 et 10-60.136, Bull. n°184, commenté au Rapport annuel), la chambre sociale a maintenu sa jurisprudence antérieure et décidé que, que *“les syndicats affiliés à une même confédération nationale, qu'elle soit ou non représentative, ne peuvent présenter qu'une seule liste de candidats, par collège, lors des élections professionnelles dans l'entreprise.”*

Parallèlement, la chambre sociale a décidé que *“(…) le calcul de l'audience pour la désignation d'un délégué syndical au sein de l'UES tient compte de tous les suffrages ainsi obtenus par les syndicats affiliés à la même confédération syndicale.”* (Soc. 22 septembre 2010, n°09-60.435, Bull. n°188, commenté au Rapport annuel).

2- Effets de la désaffiliation

En l'absence de toute disposition dans la loi du 20 août 2008 relative à la désaffiliation d'une organisation syndicale ou d'un salarié titulaire d'un mandat syndical, compte tenu de la difficulté pour le législateur à prendre en compte l'humaine propension aux fidélités successives, la chambre sociale a dû prendre à cet égard un certain nombre de positions de principe, dont la plus importante l'a été après le recours à la procédure, rarement mise en oeuvre, de l'*amicus curiae*, à savoir après l'audition, en présence des conseils des parties, de “sachants”, professeurs de droit et sociologues ayant publié sur l'historique et l'évolution du paysage syndical français.

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 fait en effet de l'audience électorale un critère essentiel de la représentativité syndicale. L'article L. 2122-1 du code du travail, qui en est issu, prévoit que sont représentatives dans l'entreprise ou l'établissement 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. La périodicité de ces élections étant quadriennale, la représentativité d'une organisation syndicale dans une entreprise est donc fixée pour

quatre ans et n'est susceptible d'être remise en cause que par un nouveau vote des électeurs à cette échéance.

C'est ainsi que, par quatre arrêts du 18 mai 2011, rendus après audition d'*amicus curiae*, (Soc. n° 10-60.300, Bull. V n° 121; n° 10-2 1705, Bull. V n° 124; n° 10-60.069, Bull. V n° 125; n° 10-60.273, Bull. V n° 123), la chambre a jugé que l'affiliation confédérale sous laquelle un syndicat a présenté des candidats au premier tour des élections des membres titulaires des comités d'entreprise constitue un élément essentiel du vote des électeurs.

De ce principe, la chambre a tiré trois conséquences juridiques. La première est que pour établir, ou maintenir, sa représentativité, un syndicat ne peut pas, ou ne peut plus, invoquer des suffrages recueillis lors des élections professionnelles dans l'entreprise dès lors qu'ils ont été obtenus sous l'étiquette d'une confédération dont le syndicat s'est par la suite désaffilié. La deuxième est que la confédération, ou l'une de ses fédérations ou unions, sous l'étiquette de laquelle le score électoral a été obtenu peut, elle, procéder à la désignation d'un délégué syndical afin de maintenir dans l'entreprise la présence du mouvement syndical auquel les électeurs ont accordé au moins 10 % de leurs suffrages, mais à la condition qu'au jour de cette désignation, elle justifie de l'existence dans l'entreprise d'une section syndicale constituée sous son sigle. La troisième est que pour désigner un représentant syndical au comité d'entreprise dans une entreprise d'au moins trois cents salariés, ce qui suppose d'avoir au moins deux élus au comité d'entreprise, un syndicat ne peut pas se prévaloir de l'existence d'élus qui ont été présentés sous une affiliation différente de la sienne.

Depuis la loi du 20 août 2008, le vote est le support essentiel de la représentativité des organisations syndicales. Ces quatre arrêts s'attachent ainsi à respecter le choix des électeurs en attendant le moment où ils seront appelés à se prononcer de nouveau. Ils respectent aussi la volonté du législateur en inscrivant la représentativité des organisations syndicales dans la stabilité quadriennale voulue par la loi. Ils respectent enfin le choix des organisations syndicales elles-mêmes en préservant l'un des traits marquants du syndicalisme français qui est d'être un syndicalisme de tendance.

La chambre a précisé ultérieurement (Soc. 28 nov. 2012, n° 12-11528, Bull. V n° 311) qu'en cas de désaffiliation intervenant après les élections, le syndicat ne peut plus se prévaloir des suffrages ainsi obtenus pour se prétendre représentatif, quand bien même la décision de désaffiliation émane de la confédération.

Elle a indiqué également, tirant les conséquences du principe selon lequel l'affiliation confédérale constitue un élément essentiel du vote des électeurs, qu'une organisation syndicale ne peut revendiquer à son profit, au sein d'une entreprise, le score électoral obtenu par un syndicat qui lui est affilié qu'à la condition que cette affiliation ait été mentionnée sur les bulletins de vote au moyen desquels les électeurs ont exprimé leur choix ou ait été portée à leur connaissance certaine par le syndicat (Soc. 12 avril 2012, n° 11-22290, Bull. V n° 127; 12 avril 2012, n° 11-22291, Bull. V n° 126).

Par un arrêt du 16 octobre 2013 (Soc. n°12-60281), la chambre a jugé qu'en cas de désaffiliation de l'organisation syndicale ayant procédé à la désignation d'un délégué syndical, le mandat de ce délégué peut être révoqué par la confédération syndicale, la fédération ou l'union à laquelle le syndicat désignataire était affilié. Il en résulte que le remplacement d'un délégué syndical par une confédération syndicale, à la suite de la désaffiliation de l'organisation syndicale ayant procédé à cette désignation, peut être contesté par tout intéressé dans le délai de quinze jours conformément à l'article L. 2143-8 du code du travail mais que ce délai de forclusion n'est pas opposable à la demande de l'employeur visant uniquement à ce que soit constaté ce remplacement (Soc. 8 fév. 2012, n°11-1 3259, Bull. V n°67).

En revanche, la chambre a estimé que, pour apprécier l'influence d'un syndicat, critère de sa représentativité caractérisé prioritairement par l'activité et l'expérience, le juge doit prendre en considération l'ensemble de ses actions, y compris celles qu'il a menées alors qu'il était affilié à une confédération syndicale dont il s'est par la suite désaffilié (Soc. 28 sept. 2011, n° 10-26545, Bull. V n°213). La désaffiliation n'a pas pour effet d'anéantir les actions et l'activité syndicale antérieure, même celle menée sous une autre affiliation confédérale. Cette solution est en harmonie avec la conservation par le syndicat de sa personnalité juridique et de son ancienneté malgré sa désaffiliation (Soc., 3 mars 2010, pourvoi n°09-60.283, Bull. 2010, V, n° 54). Selon cette jurisprudence, la condition d'ancienneté de deux ans dans le champ géographique et professionnel couvrant l'entreprise, condition nécessaire pour pouvoir désigner un représentant de la section syndicale, s'apprécie, selon l'article L. 2121-1 4° du code du travail, à compter du dépôt de ses statuts, peu important les choix d'affiliation du syndicat résultant de la liberté syndicale qui n'ont aucune incidence sur son indépendance et son ancienneté (Soc. 26 mai 2010, n°09-60248).

En ce qui concerne le score personnel de 10 % au moins des suffrages exprimés qu'un salarié doit réunir pour pouvoir être désigné en qualité de délégué syndical, la chambre a adopté une position inverse, estimant que la problématique était différente de celle des organisations syndicales, en jugeant que si l'affiliation confédérale sous laquelle un syndicat a présenté des candidats aux élections des membres du comité d'entreprise constitue un élément essentiel du vote des électeurs en ce qu'elle détermine la représentativité du syndicat, le score électoral exigé d'un candidat par l'article L. 2143-3 du code du travail pour sa désignation en qualité de délégué syndical est un score personnel qui l'habilite à recevoir mandat de représentation par un syndicat représentatif autre que celui au nom duquel il s'est porté candidat aux précédentes élections professionnelles (Soc. 28 sept. 2011, n° 10-26762, Bull. V n°212). Cette solution s'appuie sur le fait que le score électoral exigé du salarié, en application de l'article L. 2143-3 du code du travail, pour être désigné délégué syndical, est un score personnel, qui a uniquement pour but de s'assurer que ce salarié est accepté par les autres salariés comme représentant dans la négociation collective. En ce qu'il n'est pas déterminant de la représentativité du syndicat à l'origine de la désignation, ce score électoral, qui d'ailleurs ne pourrait être maintenu à l'ancien syndicat si le candidat se désaffiliait, reste ainsi acquis à la personne physique qui l'a obtenu. Il appartient alors au seul syndicat désignataire d'apprécier si le salarié est en mesure de remplir la mission qu'il lui confie, malgré le changement d'affiliation.

FICHE N°5

REPRÉSENTANTS SYNDICAUX : DÉLÉGUÉS SYNDICAUX, REPRÉSENTANTS DE SECTION SYNDICALE

1- Délégués syndicaux

Périmètre de désignation

Par un arrêt du 18 mai 2011, la chambre sociale a jugé qu'il résultait de la combinaison des dispositions des articles L. 2121-1 5, L. 2122-1, L. 2143-3 et L. 2343-12 que, sauf accord collectif en disposant autrement, le périmètre de désignation des délégués syndicaux est le même que celui retenu, lors des dernières élections, pour la mise en place du comité d'entreprise ou d'établissement (Soc. n°10-60.383, Bull. civ. V n°120).

Par un arrêt du 10 mai 2012 elle a précisé que, si un accord collectif peut prévoir un périmètre plus restreint, il n'en va pas de même d'un simple usage, notamment résultant de la pratique instituée sous l'empire des anciens textes (Cass. soc., n°11-21.388, Bull. civ. V n°144).

Cette solution a été très critiquée par les organisations syndicales, signataires ou non de la « Position commune » ainsi que par une partie de la doctrine, qui ont alerté sur le risque d'éloignement, sur le terrain, entre les représentants syndicaux et les salariés ainsi que sur ses éventuelles répercussions quant à l'organisation interne des entreprises à établissements multiples ayant pour effet, voire pour objet, de réduire le nombre de comité d'établissements et, par suite, le nombre de délégué syndical.

Dans ces conditions, la chambre sociale a décidé de procéder à la consultation des organisations syndicales et patronales pour savoir si des solutions alternatives, compatibles avec les dispositions de la loi de 2008, étaient envisageables.

A la lumière de cet examen et nonobstant ces critiques, la chambre sociale a, par de nouvelles décisions du 14 novembre 2012 (n°1-27.490 et n°11-25.433, Bull. V, n° 292 et 290), confirmé l'unicité du périmètre délégué syndical-comité d'établissement.

Toutefois, dans le même temps, la chambre sociale a donné substance à l'exception qu'elle avait déjà admise par ses arrêts précédents : un périmètre spécifique aux délégué syndical peut être décidé par accord collectif :

- d'abord, en affirmant qu'il importe peu que les accords aient été signés avant ou après l'entrée en vigueur des dispositions de la loi du 20 août 2008 ;

- ensuite, en admettant que toute clause qui peut laisser à penser que le périmètre de désignation du délégué syndical n'est pas identique à celui permettant la mise en place du comité d'établissement doit s'interpréter comme autorisant un périmètre plus restreint pour les délégués syndicaux.

Tel est notamment le cas lorsque :

- une convention collective nationale admet la désignation de délégués syndicaux dans des « établissements » de moins de cinquante salariés (Soc., 14 nov.2012, n°11-25.433, Bull. V, n° 290 : était en cause l'article 8 de la convention collective nationale des établissements et services pour personnes inadaptées du 15 mars 1966) ou la désignation d'un délégué syndical dans les entreprises ou établissements « comportant de 10 à 499 salariés » (Soc.,28 février 2013, n°12-14.228)

- dans une entreprise qui comprend un comité d'entreprise unique, un accord collectif institue des crédits d'heures spécifiques aux « délégués syndicaux d'établissements » (Soc., 14 nov. 2012, n°11-27.490 , Bull. V, n°292).

Les arrêts précités apportent une autre précision : lorsque l'accord se borne à rendre possible une dérogation, sans préciser le périmètre dans lequel peuvent être désignés les délégués syndicaux, ce périmètre doit être défini selon les éléments que la jurisprudence avait admis, avant la loi du 20 août 2008, pour caractériser un établissement distinct, à savoir « un regroupement sous la direction d'un représentant de l'employeur d'une communauté de travail ayant des intérêts propres susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques, peu important que le représentant de l'employeur ait le pouvoir de se prononcer sur ces revendications ».

L'unification des périmètres découlant de la loi du 20 août 2008 n'a donc pas pour effet de remettre en cause totalement la jurisprudence antérieure : celle-ci conserve sa valeur opérationnelle lorsque sur le fondement de stipulations conventionnelles a été ouvert un cadre de désignation des délégués syndicaux à un niveau inférieur à celui du comité d'établissement.

1.2) « **Score personnel** » exigé du salarié désigné en qualité délégué syndical

L'obligation imposée aux organisations syndicales représentatives par le premier alinéa de l'article L.2143-3 du code du travail de choisir leurs délégués syndicaux parmi les candidats ayant obtenu au moins 10% des suffrages exprimés sur leur nom aux dernières élections professionnelles a été source d'un très abondant contentieux :

- constitutionnel (Cons. Const, décision n°2010-42 QPC du 7 oct. 2010) ;
- conventionnel tant devant la Cour de cassation (Soc., 14 avril 2010, n°09-60.426, Bull.civ. V n°100) que devant le comité de la liberté syndicale de l'OIT qui avait exprimé certaines réserves (362e rapport, nov. 2011, notamment §947).

La disposition pose en effet la question de l'équilibre entre le choix, par l'organisation syndicale, de la personne qui la représentera et le souhait du législateur de faire

légitimer ce choix par les salariés de l'entreprise lors des élections professionnelles. Le deuxième alinéa de l'article L.2143-3 prévoit certes des possibilités de déroger à cette contrainte, mais uniquement, selon le texte, lorsqu'il « ne reste, dans l'entreprise ou l'établissement, plus aucun candidat aux élections professionnelles qui remplit les conditions ». Était donc posée la question de la portée des possibilités de dérogation.

Elections à prendre en compte pour apprécier le respect de la condition des 10%

La chambre a apporté les précisions suivantes :

- le score minimal de 10 % se calcule sur le seul collège au sein duquel la candidature de ce salarié a été présentée (Soc., 29 juin 2011, n°10-19.921, Bull. V n°179) ;
 - l'article L. 2143-3 n'opère aucune priorité entre les scrutins (Soc., 28 sept. 2011, n°11-10.601, Bull. V n°211).

La nature du « score » de 10%

Rapidement, la chambre sociale a été saisie de litiges nés de la désignation par un syndicat en qualité de délégué syndical d'un salarié ayant obtenu au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des élections sur une liste présentée par un autre syndicat.

En l'absence de toute indication sur cette question dans les travaux préparatoires de la loi et eu égard à ses répercussions quant à la liberté syndicale, la chambre sociale a jugé utile de procéder à la consultation de toutes les organisations syndicales ayant participé à la négociation de la Position commune.

A l'issue de cette consultation, elle a jugé que le « score » obtenu par un salarié au premier tour des élections professionnelles est un « score personnel » qui l'habilite à recevoir mandat de représentation par un syndicat représentatif n'ayant pas présenté sa candidature aux élections (Soc., 28 sept. 2011, n°10-26.762, Bull. civ. V, n°211).

Elle a réaffirmé sa position dans une affaire où la désignation d'un délégué syndical par un syndicat était contestée par l'employeur au motif que le salarié représentait antérieurement une autre organisation et que s'il avait démissionné des fonctions de délégué syndical que cette dernière lui avait confiées, il exerçait toujours le mandat électif obtenu en étant candidat sur la liste que celle-ci avait présentée. Pourtant, dès lors que le salarié remplit les conditions fixées par la loi pour être désigné délégué syndical, seul le syndicat qui le désigne est à même d'apprécier s'il est en mesure de remplir sa mission, « peu important que ce salarié ait précédemment exercé des fonctions de représentant d'un autre syndicat ou qu'il ait été élu, lors des dernières élections, représentant du personnel, sur des listes présentées par un autre syndicat » (Soc., 17 avr. 2013, n°12-22.699, Bull. civ. V, n°104).

Conventionnalité du « score » de 10%

Elle a été admise par la chambre au regard des exigences de l'article 4 de la Convention n° 98 de l'organisation internationale du travail (OIT), de l'article 5 de la Convention n° 135 de l'OIT, de l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne et de l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Soc., 14 avril 2010, n° 09-60.426, Bull. V n°100) : Si le droit de mener des négociations collectives est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats, pour la défense de ses intérêts, énoncé à l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les États demeurent libres de réserver ce droit aux syndicats représentatifs, ce que ne prohibent ni les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne ni l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ni les Conventions n° 98 et 135 de l'OIT ; que le fait pour les salariés, à l'occasion des élections professionnelles, de participer à la détermination des syndicats aptes à les représenter dans les négociations collectives n'a pas pour effet d'affaiblir les représentants syndicaux au profit des représentants élus, chacun conservant les attributions qui lui sont propres.

Portée des dispositions du deuxième alinéa de l'article L.2143-3 du code du travail

La chambre sociale a cherché à la fois à faire échec aux stratagèmes mis en place pour contourner l'exigence imposée par le législateur et tenir compte des aléas de la vie syndicale.

Ainsi, elle a jugé que l'exception ne peut jouer lorsque tous les candidats présentés par un syndicat ont refusé d'être désignés délégués syndicaux (Soc., 29 juin 2011, n°10-60.394, Bull. civ. V n°180).

Saisie de plusieurs contentieux posant à nouveau la question, dans des situations où, soit les salariés remplissant les conditions étaient toujours dans l'entreprise mais s'étaient désaffiliés du syndicat d'origine, soit le syndicat n'avait pas présenté des candidats en nombre suffisant au regard du nombre de délégués syndicaux pouvant être désignés sur le fondement des stipulations conventionnelles majorant le nombre de représentants syndicaux, la chambre sociale a décidé de procéder à une consultation des organisations syndicales et patronales pour recueillir leur analyse du sens de l'exigence du score personnel du délégué syndical, et leurs observations sur d'éventuelles difficultés pratiques rencontrées.

A l'issue de cette consultation, par trois arrêts du 27 février 2013 (Soc., n°12-15.807, 12-18.828 et 12-17.221, Bull. V, n° 65, 66 et 67), la chambre sociale a affirmé, dans des attendus de principe, que l'exigence posée par le premier alinéa de l'article L.2143-3 imposait au syndicat une priorité dans le choix de désignation de son représentant, mais qu'elle ne devait pas conduire à empêcher totalement une organisation syndicale, reconnue représentative, de disposer d'un représentant dans l'entreprise, la désignation d'un délégué syndical étant un droit.

Dès lors, pourvu que le syndicat ait bien présenté des candidats aux élections dans le périmètre où il souhaite désigner un délégué syndical, il peut, s'il ne dispose pas ou plus de candidats ayant recueilli 10% de suffrages personnel, désigner un autre candidat ou l'un de ses adhérents du syndicat.

La chambre sociale a également précisé que le texte n'impose pas à un syndicat qui n'a plus de candidat qui puisse être désigné de tenter de convaincre les candidats affiliés à une autre organisation syndicale de venir le rejoindre avant de désigner l'un de ses adhérents.

Par un arrêt du 12 avril 2012, la chambre sociale a également précisé que le syndicat, représentatif au niveau de l'établissement, ne peut se prévaloir des dispositions de l'article L. 2143-3, al. 2, du Code du travail - lesquelles permettent la désignation d'un délégué syndical parmi les candidats n'ayant pas obtenu au moins 10 % des suffrages ou, à défaut, parmi ses adhérents au sein de l'entreprise - pour désigner un délégué syndical dans une agence incluse dans le périmètre de cet établissement dès lors qu'il n'a pas présenté de liste aux élections des délégués du personnel au sein de cette agence, sans faire état d'une situation particulière de nature à justifier cette carence et que seul peut être désigné délégué syndical un salarié travaillant dans le périmètre de la désignation (Soc., n°11-61.161).

Incidence d'une restructuration de l'entreprise

Il a été jugé que le salarié qui, à la suite d'un transfert ne concernant pas une entité économique autonome, souhaite être désigné délégué syndical dans l'entreprise d'accueil, ne peut se prévaloir du score électoral obtenu lors des élections organisées dans son entreprise d'origine (Soc., 14 déc. 2011 n°10-27.441, Bull. 2011, V, n° 300).

Cette solution découle de l'idée selon laquelle le score électoral personnel exigé pour être désigné délégué syndical correspond à une légitimation par la communauté de travail dans laquelle et au nom de laquelle l'intéressé a vocation à exercer son mandat. Dès lors, il ne peut se prévaloir de cette légitimité lorsqu'il cesse d'appartenir à sa communauté de travail d'origine ou lorsque cette dernière est radicalement impactée par le transfert.

Il n'en reste pas moins que cette solution peut rendre plus difficile la prise en compte des intérêts collectifs des salariés transférés, notamment à l'occasion d'une négociation visant à harmoniser les statuts sociaux au sein de l'entreprise d'accueil.

Plus généralement, les difficultés récurrentes engendrées par les effets sur la représentation du personnel des restructurations des entreprises et des groupes ont conduit le Parquet général de la Cour de cassation à saisir les organisations professionnelles et syndicales de la question, compte tenu également des exigences imposées par le droit communautaire (art. 6-1, § 4, de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements).

2- Délégué syndical central

Il a été jugé que la désignation du délégué syndical central n'est pas soumise à la condition d'obtention, par ce délégué, d'un score électoral personnel de 10% lors des

des dernières élections (Soc., n°10-28.201, 16 nov. 2011, Bull. V, n° 270). La chambre sociale s'est fondée sur la circonstance que l'article L.2143-5 du code du travail n'impose aucune condition relative au score électoral, l'examen des travaux parlementaires confirmant que l'absence de toute référence à un score ne résulte pas d'un oubli, mais bien d'une volonté du législateur de 2008, qui a estimé qu'imposer une telle exigence ne serait pas pertinent eu égard au niveau où s'exerce le mandat du délégué syndical central, les organisations syndicales devant disposer d'une complète liberté pour choisir un représentant qui doit être en mesure d'assumer des fonctions particulièrement lourdes.

3- Représentant de section syndicale

Désignation dans un établissement d'un représentant de la section syndicale par un syndicat reconnu représentatif au niveau de l'entreprise mais non dans l'établissement

Une organisation syndicale, représentative au niveau de l'entreprise toute entière, mais non représentative dans certains de ses établissements, peut elle désigner à la fois un délégué syndical central et des représentant de la section syndicale dans les établissements où elle n'est pas représentative ?

La question avait été posée à la chambre sociale en mai 2012, et la réponse donnée, par un arrêt du 10 mai 2012 a été, dans un premier temps, négative (Soc., n°11-21.144, Bull. civ. V, n°146). Il apparaissait en effet incompatible qu'un syndicat puisse se prétendre représentatif sur toute l'entreprise, et accéder par conséquent à la table de négociation en qualité de représentant de tous les salariés de l'entreprise, et dans le même temps se revendiquer comme non représentatif pour certains d'entre eux, en désignant des représentant de la section syndicale dans certains établissements.

Cependant ce raisonnement, juridiquement cohérent, amenait à une situation contraire à l'esprit de la loi du 20 août 2008. Les syndicats représentatifs se trouvaient en définitive privés de toute possibilité de désigner des représentants dans certains établissements, donc d'espérer un jour accéder à la représentativité également dans ces établissements alors que les syndicats non représentatifs peuvent y désigner des représentant de la section syndicale.

L'inégalité de traitement et le hiatus jurisprudentiel ainsi créés par l'arrêt du 10 mai 2012 ont paru si contraires au fil d'interprétation jusque là recherché par la chambre sociale que celle-ci a décidé d'opérer un revirement assumé et expliqué par un arrêt rendu le 13 février 2013 (Soc., n°12-19.662, Bull., V, n°43).

Dans la décision, la chambre sociale y indique expressément qu'elle justifie son revirement par le fait qu'un syndicat représentatif dans l'entreprise ne saurait, dans un établissement où il n'a pas été reconnu représentatif, bénéficier de moins de prérogatives qu'un syndical non représentatif. Par conséquent, dès lors que l'accès à la représentativité, au niveau d'une entreprise toute entière, n'exclut aucunement qu'un syndicat ne soit pas représentatif dans certains des établissements, il est possible de cumuler la désignation d'un délégué syndical central et de celle d'un

représentant de la section syndicale dans un établissement.

Portée des dispositions du dernier alinéa de l'article L.2142-1-1 du code du travail

La chambre sociale a jugé, par un arrêt du 20 mars 2013 (Soc., n°11-26.836, Bull. V, n° 81), que ces dispositions ne font pas obstacle à ce que le délégué syndical, qui n'est pas parvenu à ce que son syndicat conserve la représentativité, puisse être désigné en qualité de représentant de la section syndicale : le texte ne prévoit pas expressément une telle interdiction et il n'appartenait pas à la jurisprudence de poser une restriction supplémentaire dans le choix du représentant de section syndicale qui est gouverné par le principe de la liberté ;

Désignation d'un délégué du personnel suppléant en qualité de représentant de la section syndicale

Si l'article L.2142-1-4 du code du travail autorise les syndicats non représentatifs, dans les entreprises de moins de 50 salariés, à désigner un délégué du personnel en qualité de représentant de la section syndicale, la chambre sociale, par un arrêt du 27 mars 2013 (Soc., n°12-20.369, Bull. V, n° 94) a jugé qu'un délégué du personnel suppléant ne peut être désigné représentant de la section syndicale pour les mêmes raisons qui l'ont conduite à considérer qu'un délégué du personnel suppléant ne peut pas être désigné délégué syndical dans les entreprises de moins de cinquante salariés en application de l'article L.2143-6 du code du travail : seul le délégué du personnel titulaire, qui dispose d'un crédit d'heures, peut en effet utilement exercer en plus une mission de représentant syndical, alors que celle-ci, dans l'entreprise de moins de 50 salariés, ne donne pas droit, sauf accord collectif en disposant autrement, à l'attribution d'un crédit d'heures spécifique.

Désignation comme représentant de la section syndicale d'un salarié mis à disposition

Les travailleurs mis à disposition d'une entreprise, qui, intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail, remplissent les conditions pour être inclus dans le calcul des effectifs en application de l'article L. 1111-2 2° du code du travail, peuvent, à ce même titre, en l'absence de dispositions légales y faisant obstacle, être désignés représentants de la section syndicale au sein de cette entreprise (Soc., 29 févr. 2012, n°11-10.904, Bull. V n°84).

FICHE N°6

REPRÉSENTANTS SYNDICAUX : REPRÉSENTANT SYNDICAL AU COMITÉ D'ENTREPRISE

La chambre a été saisie par plusieurs pourvois de la question de la compatibilité avec les articles 11 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de l'article L. 2324-2 du code du travail en ce qu'il exige d'avoir deux élus au comité d'entreprise pour un syndicat représentatif pouvoir désigner un représentant syndical au comité d'entreprise.

Bien que plusieurs articles de doctrine aient soutenu l'inconventionnalité de l'article L. 2324-2 du code du travail, issu d'ailleurs d'un amendement parlementaire et ne figurant pas dans la position commune adoptée par les partenaires sociaux (M. Cohen, Représentant syndical au CE : du nouveau, Nouvelle vie ouvrière, 9 sept. 2011, p. 43; J. F. Akandji-Kombé, Quand le TI d'Orléans donne une leçon de contrôle de conventionnalité, Semaine sociale Lamy, n° 1501, Actualités), la chambre sociale, eu égard notamment à la position adoptée par le Conseil Constitutionnel à propos de la même disposition au regard du principe d'égalité reconnu en droit constitutionnel français (Cons. Cons. décision n° 2011-QPC du 3 février 2012), a jugé que "les articles 11 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales laissent les États libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial à certains syndicats en fonction de la nature des prérogatives qui leur sont reconnues ; il en résulte que le choix du législateur de réserver aux seules organisations syndicales ayant des élus la possibilité de désigner un représentant syndical au comité d'entreprise ne méconnaît pas les articles susvisés de la Convention" (Soc. 24 oct. 2012, n° 11-25530, Bull. V n° 280; Soc. 24 oct. 201 2, n° 11-18885, Bull. V n° 279; Soc. 20 mars 2013, n° 12-17866; Soc. 12 juin 2013, n° 12-28551).

Il n'empêche que la Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt du 12 novembre 2008 (Requête n° 34503/97 ; Aff. Demir et Baykara c/ Turquie), a considéré que relève désormais de l'article 11 de la convention le droit de négocier des conventions collectives. La question est dès lors de savoir si, au regard des articles 11 et 14 de la convention, le législateur peut introduire une différence de traitement entre des syndicats représentatifs. Ceux-ci sont par définition dans la même situation. Le fait d'avoir un ou deux élus (ou pas du tout) au sein du comité d'entreprise peut-il être un critère de différenciation ?

Il semble que la justification avancée est qu'au sein du comité d'entreprise l'employeur est tenu de délivrer des informations sensibles sur l'entreprise et que, dès lors, la présence au sein du comité d'entreprise doit être réservée à certaines organisations syndicales. La difficulté est que, par hypothèse, il s'agit ici de syndicats qui ont fait la preuve de leur représentativité et donc de leur implantation et de leur influence au sein de l'entreprise. Dès lors que, par voie de conséquence, il leur est reconnu le droit à la négociation collective, au moyen de la désignation d'un délégué syndical qui, sauf exceptions, détient le monopole de la négociation collective avec

collective avec l'employeur, peut-on admettre que le syndicat soit privé de l'accès aux informations essentielles concernant l'entreprise et de la possibilité, par la présence d'un représentant syndical, d'y apporter l'expression syndicale spécifique de son organisation ?

L'on relèvera par ailleurs une certaine incohérence puisque, dans les entreprises de moins de 300 salariés, le délégué syndical est de droit représentant syndical au comité d'entreprise et a donc accès aux informations délivrées par l'employeur dans ce cadre et toute possibilité de s'y exprimer.

La chambre a toutefois estimé n'être juridiquement pas en mesure de remédier à cette incohérence.

FICHE N°7

NÉGOCIATION ET ACCORDS COLLECTIFS

A travers un renforcement de la légitimité des négociateurs, la loi du 20 août 2008 a pour finalité ultime d'accroître la légitimité des accords collectifs. Cette préoccupation n'est pas nouvelle. Depuis 1982, les accords collectifs ne sont plus en effet des instruments tendant à la seule amélioration des droits légaux des salariés. Des champs nouveaux comme celui de l'aménagement collectif de la durée du travail leur sont ouverts, et les accords peuvent alors se traduire par une diminution des droits des salariés. Tout autant que la fonction normative de l'accord collectif au plus près de réalités diversifiées, c'est la fonction de régulation et d'adhésion sociales de la négociation qui est sollicitée. La nécessité d'un ancrage démocratique est alors apparue.

1- Conditions de négociation des accords collectifs, calcul des voix.

La loi du 20 août 2008 a modifié les dispositions relatives à cette exigence de légitimité. Aux termes de l'article L. 2232-12 du code du travail, 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 représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés à ces mêmes élections, quel que soit le nombre de votants. La Chambre sociale a été saisie de l'une et de l'autre des conditions de validité.

La première espèce concernait un accord signé quelques mois avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008. L'exigence d'audience électorale minimale requise des signataires ne résultait donc pas de cette loi, mais d'un dispositif conventionnel propre à une entreprise et prévoyant que ne seraient mis en oeuvre que les seuls accords collectifs ayant recueilli les signatures correspondant à un niveau de représentativité de 35 % des suffrages exprimés lors des dernières élections. La validité de ce dispositif d'encadrement n'était pas contestée et la question était de savoir si un syndicat catégoriel, en l'occurrence adhérent à la CFE-CGC, pouvait participer à la négociation d'un accord concernant l'ensemble du personnel et, si oui, comment il convenait de comptabiliser les voix obtenues par ce syndicat lors des dernières élections. Sur le premier point, il a été jugé qu'un syndicat représentatif catégoriel peut, avec des syndicats représentatifs intercatégoriels, et sans avoir à établir sa représentativité au sein de toutes les catégories de personnel, négocier et signer un accord d'entreprise intéressant l'ensemble du personnel. En tant qu'acteur, il est légitime à négocier dès lors que l'accord s'applique à des salariés qu'il représente. Mais sur le second point, il a été jugé que pour apprécier son poids en terme d'électorat, son score doit être rapporté à l'ensemble des collègues électoraux, et non au seul collègue catégoriel dans lequel il a présenté des candidats (Soc. 31

mai 2011, n°10-14.391, Bull. n°134). Cette décision illustre bien la distinction que la loi opère entre la légitimité des négociateurs et celle des accords qu'ils concluent.

La seconde espèce intéressait le droit d'opposition. Des organisations représentatives, ayant recueilli l'exacte moitié des suffrages exprimés, s'opposaient à un accord collectif satisfaisant à la condition d'audience des syndicats signataires. Il a été jugé que le terme de « majorité » impliquait au moins la moitié des voix plus une. L'opposition était donc inefficace (Soc. 10 juillet 2013, n° 12-16.210, Bull. à paraître).

2- Égalité entre syndicats

La loi de 2008 a également renouvelé la question de l'égalité entre les syndicats en permettant désormais aux syndicats non représentatifs d'être présents dans l'entreprise en y créant une section syndicale et en y désignant un représentant de la section. La question s'est alors posée de savoir si un accord collectif pouvait instaurer des prérogatives conventionnelles au seul profit des syndicats représentatifs ou si tous, représentatifs ou non, devaient en bénéficier.

La Chambre sociale a été conduite à distinguer deux types de prérogatives : celles que la loi attribue à tout syndicat et celles que la loi attribue aux seuls syndicats représentatifs.

Les premières doivent bénéficier à toutes les organisations. Ainsi en est-il des prérogatives en matière d'affichage et de diffusion des communications syndicales à l'intérieur de l'entreprise que les articles L. 2142-3 à L. 2142-7 du code du travail subordonnent à la seule constitution d'une section syndicale. Tout syndicat ayant créé une section syndicale peut dès lors, et sans être nécessairement représentatif, revendiquer le bénéfice d'un accord relatif aux moyens d'information syndicale, notamment à l'utilisation d'un réseau intranet (Soc. 21 septembre 2011, n° 10-19.017, Bull. n° 193). Outre ses fondements textuels, la solution s'inscrit dans la logique de la loi nouvelle qui tend à permettre à des organisations non représentatives de s'implanter dans une entreprise et d'y déployer une action dans l'espoir d'obtenir, lors des prochaines élections, un score suffisant pour y devenir représentatives. Dans ce registre, qui est en partie celui de la compétition, tous les syndicats doivent être placés sur un pied d'égalité.

Les secondes prérogatives, ne sont pas tournées vers des élections à venir, mais sont les conséquences d'élections passées. Elles permettent à certains, et à certains seulement, d'accéder au rang de négociateurs. Des syndicats non représentatifs ne peuvent donc pas revendiquer le bénéfice d'un accord collectif accroissant le nombre des délégués syndicaux pour prétendre accroître le nombre de leurs représentants (Soc. 22 septembre 2010, n° 09-60.410, Bull. n° 194). Les prérogatives en jeu ne sont pas de même nature. Elles ne sont pas subordonnées à la création d'une section syndicale, mais à la qualité de syndicat représentatif. L'accord n'est que le prolongement d'une inégalité instaurée par la loi entre les syndicats ayant une légitimité suffisante pour négocier pour le compte des salariés et ceux qui ne l'ont pas.

Au fond, c'est à l'aune de la mission de négociation des syndicats représentatifs que ces inégalités instaurées par des accords sont appréciées. Pour la Chambre sociale, cette ligne directrice permet même à un accord d'entreprise autorisant la désignation de délégués centraux supplémentaires de moduler leur nombre en fonction du nombre d'établissements dans lesquels les syndicats sont représentatifs. Une telle inégalité entre syndicats représentatifs est en lien direct avec la mission de négociation et de représentation du délégué syndical (Soc. 29 mai 2013, n° 12-26.955, Bull. à paraître).