

# Représentation syndicale et représentation élue des personnels de l'entreprise depuis la loi n° 2008-789 du 20 août 2008

par *Franck Petit*, Professeur à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

## PLAN

### I. Le renforcement de la présence syndicale

- A. L'acquisition de la représentativité syndicale  
B. La représentation du syndicat dans l'entreprise

### II. L'enrichissement des techniques mises au service de la représentation élue

- A. Le déroulement des élections professionnelles  
B. Les conditions de validité du protocole d'accord préélectoral

**Dans sa partie portant rénovation de la démocratie sociale, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a repris une grande partie des innovations issues de la position commune du 9 avril 2008 (1) ; il sera question ici de mesurer leur incidence sur les techniques de représentation des personnels de l'entreprise, qu'elle soit syndicale ou élue.**

**Cette loi réforme d'abord en profondeur la notion de représentativité en faisant prévaloir l'assise électorale des syndicats ; il est question de permettre aux organisations professionnelles de renforcer leur légitimité (2) ; le législateur les a soumises au « défi de l'audience électorale », selon l'expression de M. Georges Borenfreund ; avec l'appui des partenaires sociaux eux-mêmes, le législateur a cherché à mettre un terme aux fictions – que constituaient par exemple la présomption irréfutable de représentativité ou la preuve de l'existence d'une**

(1) *Sur la position commune du 9 avril 2008* : P.-H. Antonmattei, Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008, *Dr. Soc.* 2008, p. 771 ; G. Borenfreund, Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale, *RDT* juin 2008, p. 360 ; B. Gauriau, La position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale, *JCP éd. S* 2008, act. 197, libre propos ; M. Grévy, E. Peskine, S. Nadal, Regards sur la position commune du 9 avril 2008. A propos du devenir (incertain ?) des syndicats dans l'entreprise, *RDT* juillet-août 2008 p. 431 ; A. Sauret, Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme, *Les Petites Affiches*, 12-13 mai 2008, n° 95-96 p. 4. *Sur la loi du 20 août 2008* : A. Bevort, De la position commune sur la représentativité au projet de loi : renouveau et continuité du modèle social français, *Dr. Soc.* juillet-août 2008, p. 823 ; B. Boubli, Etude limitée à la représentativité et ses attributs, *Semaine sociale Lamy*, 13 oct. 2008, p. 17. F. Duquesne, Un délégué syndical en devenir : le nouveau représentant de la section syndicale, *Dr. Soc.* 2008, p. 1084 ; B. Gauriau, La rénovation de la démocratie sociale, *JCP* 2008, éd. soc., 1448, p. 13 et s. ; D. Guillouet, La représentation syndicale après la loi du 20 août 2008 : premières difficultés d'application, *JCP éd. S* 2008, 1579, n° du 11 nov. 2008, p. 19 ; S. Michel, Présentation succincte des critères de représentativité syndicale après la loi du 20 août 2008, *Dr. Soc.* 2008, p. 604 ; P. Rodière, Du dialogue social à la démocratie sociale, *Semaine sociale Lamy*, 13 oct. 2008, p. 7.

(2) V. notamment : L. Bonnard-Plancke, Convention collective et collectivité de travail aux origines de l'idée majoritaire en matière de négociation collective, *Dr. soc.* 2005, p. 866 ; C. Barberot, Les acteurs de la négociation collective : leur représentativité, *Dr. Soc.* 1998, p. 332 ; V. Bonnin, Le choix de l'organe de représentation des salariés lors de la conclusion d'un accord collectif, *Dr. Soc.* 1998, p. 341 ; G. Borenfreund, Propos sur la représentativité syndicale, *Dr. Soc.* 1988, p. 476 ; La représentativité des syndicats et l'idée de représentation, *Dr. Soc.* 1991, p. 685 ; M. Despax, Observations sur la représentativité des organisations syndicales au regard du droit des conventions collectives à propos de l'avis du Conseil d'Etat du 23 nov. 1978, *Dr. soc.* 1979, p. 259 ; F. Favennec-Héry, Nouvelles légitimités : la référence majoritaire, in *Le nouveau droit de la négociation collective*, éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 17 ; J.-C. Javillier,

Dynamique des relations professionnelles et évolution du droit du travail (Le cas des représentations des salariés dans l'entreprise), in *Mélanges Sinay*, p. 219 ; G. Lyon-Caen, La légitimité de l'action syndicale, *Dr. Soc.* 1988, p. 47 ; J.-E. Ray, « Les curieux accords dits "majoritaires" de la loi du 4 mai 2004 », *Dr. soc.* 2004, p. 590 ; P. Rémy, Représentation dans le négociation collective : les limites du principe majoritaire, *Dr. Soc.* 1999, p. 275 ; P. Rennes, Représentativité et réalité des droits syndicaux, *Dr. Soc.* 2007 p. 20 ; C. Sachs-Durand, La légitimité syndicale dans l'entreprise, *Dr. Soc.* 1993, p. 39 ; J. Savatier, La notion de représentativité des syndicats en droit français, in *Mélanges offerts à M. Beaulieu*, 1968, p. 435 ; Les transformations de la fonction représentative des syndicats, in *Mélanges G. Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 179 ; J.-M. Verdier, Réalité, authenticité et représentativité syndicales, in *Etudes de droit du travail offertes à A. Brun*, 1974, p. 571 ; Pluralisme syndical et représentativité dans la politique juridique française, in *Mélanges O. Kahn-Freud*, 1980, p. 301 ; Négociation collective et représentativité syndicale : du pluralisme intégral au pluralisme tempéré, in *Etudes offertes à A. Weil*, Dalloz, 1983, p. 569 ; Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales, *Dr. soc.* 1991, p. 5 ; Liberté et égalité : le pluralisme syndical à l'épreuve de nouveaux procédés relatifs à l'exercice syndical, in *Mélanges H. Sinay*, 1994, p. 69 ; Représentants syndicaux ou élus des salariés, un droit encore chargé d'équivoques, *RJS* 12/99, p. 831 ; Une expérimentation française : la recherche de nouveaux procédés de négociation collective au niveau de l'entreprise, in *Mélanges N. Valticos*, p. 607 ; E. Wagner, L'image juridique du personnel, *Etudes offertes à J. Barthélémy*, in *Sur l'entreprise et le droit social*, n° spécial *Droit du travail et de la Sécurité sociale*, mai 1994, p. 17. Thèses : L. Bonnard-Plancke, *Droit et démocratie sociale. Contribution à l'étude des rapports entre démocratie sociale et organisations syndicales*, Th. Lille, 2004 ; L. Dauxerre, *La représentativité syndicale, instrument de dialogue social*, PU Aix-Marseille, 2005 ; C. Fourcade, *L'autonomie collective des partenaires sociaux, Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, Bibl. de droit social, LGDJ, 2006 ; M.-L. Morin, *Le droit à la négociation collective, principe général du droit*, Bibl. de droit social, LGDJ, 1994 ; F. Petit, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Bibl. de droit privé LGDJ, 2000.

section syndicale par la seule désignation d'un délégué syndical – en vue de renouer avec un syndicalisme fort, proche de sa base adhérente et électorale.

Plusieurs modifications attestent de cette volonté de mettre la représentation syndicale à l'épreuve de la représentativité électorale : en témoignent, par exemple, la nécessité de franchir un seuil électoral pour se faire reconnaître comme syndicat représentatif ou pour se faire désigner délégué syndical ou représentant syndical auprès du comité d'entreprise. En attestent également la règle conditionnant la validité des accords collectifs à leur signature par des syndicats ayant recueillis au moins 30 % des voix aux élections ou l'obligation, maintenue par la loi du 20 août 2008, de soumettre à l'approbation du personnel les textes négociés par un salarié mandaté.

D'autres modifications poursuivent l'objectif de faciliter l'implantation syndicale ; une place est faite à un nouveau type de groupement syndical – organisation satisfaisant « *aux critères de respect des valeurs républicaines, légalement constituée depuis au moins deux ans et dont le champ géographique et professionnel couvre l'entreprise ou l'établissement concerné* » – qui, avec les syndicats seulement affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel, peut être appelé à devenir effectivement représentatif à l'issue d'une élection professionnelle ; pour les aider dans leurs fonctions, ces syndicats non représentatifs disposent du droit de constituer une section syndicale, dès le deuxième adhérent, et, faute de pouvoir désigner un délégué syndical, peuvent se faire représenter par un « représentant de la section syndicale ».

Ce nouvel échiquier syndical, qui fait cohabiter dans l'entreprise ou l'établissement plusieurs types d'organisations syndicales (syndicat dont la représentativité est en cours d'acquisition, syndicat affilié à une organisation représentative au niveau national et interprofessionnel, syndicat effectivement représentatif) se construit aujourd'hui sur l'idée d'une modulation de la représentativité syndicale avec, en point d'orgue, la représentativité prouvée à l'aide de sept critères devenus cumulatifs.

En matière d'élections professionnelles, on assiste à quatre innovations d'importance inégale : sont d'abord admis à participer aux élections, aux côtés des syndicats effectivement représentatifs ou présumés représentatifs, ces groupements syndicaux dont la représentativité est en cours d'acquisition ; sont ensuite précisées les règles de décompte des effectifs et les conditions dans lesquelles les salariés mis à disposition peuvent participer aux élections ; sont enfin réformées les conditions de conclusion des protocoles d'accords préélectoraux.

S'agissant des prérogatives offertes aux élus, il n'existe rien de particulièrement nouveau, si ce n'est une détermination légale (autrefois renvoyée à la négociation collective) du champ d'application du mode dérogatoire de négociation faisant intervenir les élus.

En définitive, il ressort de cette loi la volonté de renforcer la présence syndicale (I) à tous les niveaux (niveau national et interprofessionnel, branche professionnelle, groupe, entreprise et établissement).

Si, en matière de représentation élue, les modifications apportées par le législateur n'ont pas la même ampleur que celles qui ont trait à la représentation syndicale, elles traduisent tout de même un enrichissement des techniques mises au service de la représentation élue (II), enrichissement inspiré du souci de poursuivre une complémentarité entre représentation syndicale et représentation élue.

## I. Le renforcement de la présence syndicale

Le législateur a donné aux syndicats la possibilité de renforcer leur présence dans l'entreprise, tant par la réforme de la représentativité syndicale (A) que par celle de leurs formes de représentation dans l'entreprise (B).

### A. L'acquisition de la représentativité syndicale

Désormais, il est fait une ouverture significative aux groupements dont la représentativité est en cours d'acquisition, alors qu'en même temps, les syndicats disposant seulement d'une représentativité d'emprunt voient leur champ de compétences réduit.

Au-delà de ces deux types de représentativité imparfaite (représentativité en cours d'acquisition, représentativité présumée), on trouve comme modèle achevé la représentativité acquise à l'aide des critères de l'article L. 2121-1 C. trav., dont certains répondent à des seuils et mesures quantitatives (1.).

Avec cette promotion attendue du concept de représentativité prouvée – qui permet toutefois à la représentativité présumée de survivre partiellement (3.) –, il faut s'attendre à un regain du principe de concordance (2.).

## 1) L'apparition de seuils et de mesures quantitatives

Désormais, pour être représentatif dans l'entreprise ou l'établissement, les syndicats devront satisfaire aux critères de l'article L. 2121-1 C. trav. et recueillir 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, « *quel que soit le nombre de votants* » (art. L. 2122-1 C. trav.).

La représentativité s'apprécie donc à la fois à l'aide des critères permettant de faire la preuve de la représentativité (a) et à l'aune d'un seuil électoral (b).

a) *Les nouveaux critères de représentativité de l'article L. 2121-1 C. trav.*

La nouvelle liste des critères représentatifs est le fruit d'un « *assemblage qualitatif et quantitatif* » (3).

Le nouvel art. L. 2121-1 a placé au premier rang des critères permettant de faire la preuve de la représentativité celui du « *respect des valeurs républicaines* » ; à travers cette locution, le législateur a souhaité rappeler, comme l'avaient fait les signataires de la position commune du 9 avril 2008, les exigences posées par la Cour de cassation dans ses arrêts rendus par la Chambre mixte le 10 avril 1998 au sujet du syndicat Front national police (4) : constatant dans cette affaire que ce syndicat prônait, à l'image du parti politique dont il servait exclusivement les intérêts et les objectifs, des distinctions fondées sur la race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, la Cour de cassation avait décidé de le priver de sa qualité de syndicat professionnel. Cette décision fut rendue en application des articles 1131 du Code civil, L. 411-1 et L. 411-2 du Code du travail (devenus L. 2131-1 et L. 2131-2), qui, par leur combinaison, interdisent de fonder un syndicat professionnel sur une cause ou en vue d'un objet illicite ; il en résulte en particulier qu'un syndicat professionnel ne peut poursuivre des objectifs essentiellement politiques ni agir contrairement aux dispositions de l'article L. 122-45 du Code du travail (devenu L. 1132-1) et aux principes de non-discrimination contenus dans la Constitution, les textes à valeur constitutionnelle et les engagements internationaux auxquels la France est partie.

(3) P.-H. Antonmattei, Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008, Dr. Soc. 2008, p. 771.

(4) Dr. Ouv. 1998, p. 469, note F. Saramito, M. Jacek

(5) Soc., 2 mars 2004, pourvoi n° 02-60.746 ; v. aussi Soc., 21 mai 2003, syndicat Sud c/GIE Vivalis, pourvoi n° 01-60660.

(6) Soc., 28 févr. 1975, D. 1975, IR, p. 72.

(7) Soc., 10 oct. 1990, Bull. V, n° 455.

Le deuxième critère, celui de l'indépendance, continue de faire l'objet d'une attention toute particulière ; dans le passé, la Cour de cassation n'a jamais manqué de relever son importance, par exemple, lorsqu'elle décidait de subordonner la représentativité à la preuve de « l'indépendance » du syndicat à l'égard de l'employeur et de son « influence réelle » (5) auprès du personnel ; d'autres décisions rendues sur cette question révèlent que le défaut d'indépendance peut se déduire de l'existence d'adhérents appartenant tous au service du chef du personnel (6), de l'absence de perception des cotisations (7), d'un comportement systématiquement hostile aux autres syndicats (8) ou systématiquement favorable à l'employeur (9).

Le troisième critère, celui de la transparence financière, constitue une innovation de la loi du 20 août 2008 ; les syndicats doivent établir des comptes annuels et les faire approuver ; ceux qui contrôlent une ou plusieurs personnes morales au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce, sans entretenir avec elles de lien d'adhésion ou d'affiliation, ont par ailleurs l'obligation soit de présenter des comptes consolidés à l'assemblée générale des adhérents ou à l'organe collégial de contrôle désigné par les statuts, soit de leur fournir en annexe les comptes des groupements placés sous leur contrôle ; si leurs statuts le prévoient, ces syndicats pourront aussi présenter des comptes « combinés » (c'est-à-dire intégrant la comptabilité des personnes morales et entités avec lesquels ils ont des liens d'adhésion ou d'affiliation).

Le critère de l'ancienneté, désormais doté d'une mesure temporelle, fait l'objet d'une nouvelle promotion ; la représentativité ne peut s'acquérir qu'au terme d'une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation, appréciée à compter de la date de dépôt légal des statuts ; cette nouvelle définition du critère de l'ancienneté est de nature à remettre en cause la jurisprudence antérieure ; il n'était pas rare, autrefois, que le défaut d'ancienneté du syndicat soit compensée par la grande expérience de ses dirigeants, des effectifs non négligeables, une activité réelle, une influence se reflétant dans les résultats électoraux (10).

Découverte par la jurisprudence, l'audience électorale est désormais élevée au rang de critère légal ; autrefois, elle venait compenser une faiblesse d'effectifs (11), mais

(8) Soc., 23 fév. 1973, Dr. soc. 1973, p. 589 ; sur les critères d'indépendance et d'influence v. S. Michel, Dr. Ouv. 2003 p. 133, obs. sous Soc. 3 déc. 2002, Bull. V, n° 363.

(9) Critique systématique de l'usage fait par les autres syndicats du droit de grève : Soc., 25 fév. 73, préc. ; comportement permissif de l'employeur qui autorise des distributions de tracts dans l'entreprise : TI, Montreuil-sur-Mer, 23 avril 1996, Dr. Ouv. 1997, p. 187.

(10) Soc., 21 juillet 1981, Bull. V, n° 727 et 730 ; 12 juillet 1994, Dr. soc. 1994, p. 812.

(11) Soc., 10 fév. 1977, D. 77, IR, p. 111.

n'était pas en soi suffisante pour établir une représentativité : l'audience électorale ne permettait pas de faire l'économie de la preuve d'un certain nombre d'adhérents (12), révélé par exemple par le versement de cotisations (13). Aujourd'hui, le critère de l'audience se mesure quantitativement : dans les entreprises, le seuil de représentativité est fixé à 10 % des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles (8 % dans les branches et au niveau interprofessionnel).

Au sixième rang apparaît le critère de l'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience. L'activité d'un syndicat a toujours été déterminante dans la preuve de sa représentativité ; on en trouve une manifestation dans les décisions faisant peser sur le syndicat l'obligation de prouver son « influence réelle » (14) auprès du personnel. Autrefois, l'activité d'un syndicat, ainsi que son dynamisme, pouvait aussi servir à tempérer la faiblesse des effectifs (15).

Au dernier rang figurent les critères classiques des effectifs d'adhérents et des cotisations. Ce qui signifie qu'il ne peut être question de se contenter de sympathisants qui n'auraient pas versé leurs cotisations ; étroitement associé au critère des effectifs, celui des cotisations n'en reste pas moins un révélateur de l'activité syndicale (les cotisations permettant au syndicat de financer ses activités) et de son indépendance (l'absence ou la faiblesse des cotisations étant souvent une manifestation de l'absence d'indépendance du syndicat à l'égard de l'employeur (16)).

Ces sept critères légaux deviennent cumulatifs ; mais cette exigence, que ne connaissait pas la loi ancienne, ne fait pas obstacle à une pondération de certains critères, en particulier lorsqu'ils ne sont accompagnés d'aucune mesure quantitative (influence, effectifs et cotisations).

*b) La condition tenant au seuil électoral : « quel que soit le nombre de votants ».*

Parmi les critères de représentativité, il en est un – le critère électoral – qui prend désormais une dimension particulière : un syndicat sera privé de représentativité s'il n'atteint pas le seuil d'au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du

personnel ou, à défaut, des délégués du personnel ; le texte de loi se termine en indiquant : « *quel que soit le nombre de votants* ».

Immédiatement, on « soupçonne » le législateur d'avoir voulu faire taire la jurisprudence de la Cour de cassation, qui, il est vrai, était critiquée ; dans son arrêt *Adecco* du 20 décembre 2006, elle avait en effet considéré, dans le cadre des règles issues de la loi du 4 mai 2004 sur les conditions de négociation d'un accord collectif, qu'il n'y avait pas lieu de dépouiller les suffrages exprimés lorsqu'au premier tour de scrutin, le quorum de 50 % n'était pas atteint (17). Ce qui aboutissait à priver les syndicats (potentiellement) majoritaires du pouvoir de s'opposer à l'entrée en vigueur d'un accord collectif (dans le système de la majorité d'opposition) ; à l'inverse, une telle solution permettait, lorsqu'une convention de branche ou un accord professionnel étendu prévoyait d'instituer le système de la majorité d'engagement (ce qui était rarement le cas), de soumettre l'acte collectif à l'approbation de la majorité des salariés dans le cadre d'une consultation des salariés (référendum).

Quoi qu'il en soit, il devient impératif aujourd'hui de dépouiller les résultats électoraux du premier tour, même si le quorum de 50 % n'est pas atteint ; mais il faudra s'en remettre, pour décompter les voix, aux seuls suffrages valablement exprimés, les bulletins blancs et nuls étant exclus du décompte final.

Pour reconnaître ces bulletins blancs et nuls, on peut toujours se fier à la jurisprudence antérieure ; pour la Cour de cassation, sont considérés comme blancs les bulletins qui sont effectivement de cette couleur (il s'agit de ceux qui ont été mis à la disposition des électeurs), les enveloppes vides et les bulletins entièrement rayés (18) ; sont considérés comme nuls les bulletins faisant état du nom d'une personne qui n'était pas candidate (19), les bulletins permettant d'identifier les électeurs en raison d'un signe de reconnaissance, les bulletins injurieux, les bulletins modifiant l'ordre des candidats, les bulletins glissés dans des enveloppes autres que celles fournies par l'employeur ; le juge interdit également le panachage consistant à rajouter sur un bulletin les noms de personnes relevant d'autres listes (20) ; mais la Cour de

(12) V. sur ce point la position du Conseil d'Etat : obs. V. Haïm, sous CE, 19 mars 1993, JCP G, 1993, II, 22183, p. 156.

(13) Cette solution est d'ailleurs inélectable lorsque la représentativité d'un syndicat est contestée au moment de sa première participation à des élections professionnelles. Dans cette hypothèse, il est impossible de tenir compte des résultats obtenus lors de l'élection litigieuse pour justifier *a posteriori* la représentativité exigée. En effet, celle-ci est une condition préalable au dépôt des listes de candidats et la mesurer aux résultats de l'élection équivaudrait à la supprimer (Cass. civ. 24 mars 1953, Dr. soc. 1953, p. 600 ; Soc., 8 fév. 1968, JCP 1969, II, 16127, note H. Sinay ; Soc., 1 fév. 1983, D. 1983, IR, p. 324 ; Soc., 26 juin 1985, Bull. V, n° 361 ; JCP 1985, IV, 308).

(14) Soc., 2 mars 2004, pourvoi n° 02-60.746 ; v. aussi Soc., 21 mai 2003, syndicat Sud c/GIE Vivalis, pourvoi n° 01-60660.

(15) Soc., 8 nov. 1988, Bull. V, n° 22, p. 17.

(16) V. Soc., 25 fév. 1973, préc. ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 juin 1969, JCP G, 1967, 16127 ; Dr. Ouv. 1970, p. 116 ; Soc., 27 oct. 1982, Dr. Ouv. 1983, p. 318 ; 10 oct. 1990, n° 89-61346.

(17) Cass. soc. 20 déc. 2006, n° 05-60345 ; Dr. soc. 2007, p. 453, note P.-Y. Verkindt ; RDT 2007, p. 328, obs. M. Grévy ; D. 2007, p. 1180, note Vivant et Chis ; Dr. Ouv. 2007, p. 329 n. A. Braun.

(18) Cass. soc. 7 mai 1987, Bull. civ. V, n° 282.

(19) Cass. soc. 2 juin 1983, Bull. civ. V, n° 304.

(20) V. par ex. Cass. Soc. 13 juillet 1993, n° 92-60344, Bull. V n° 208.

cassation vient très récemment de tempérer cette interdiction en autorisant les électeurs à « *insérer dans la même enveloppe autant de bulletins de vote qu'il y a de sièges à pourvoir lorsque ces bulletins sont établis au nom de chacun des candidats se présentant individuellement* » (21) ; par ailleurs, le glissement dans une enveloppe de deux bulletins identiques ne remet pas en cause la validité du vote (C. élect., art. L. 65).

Est également valable le bulletin présentant un ou plusieurs noms rayés, comme l'admettent les articles L. 2314-24 et L. 2324-22 C. trav. : « *Lorsque le nom d'un candidat a été raturé, les ratures ne sont pas prises en compte si leur nombre est inférieur à 10 % des suffrages exprimés en faveur de la liste sur laquelle figure ce candidat. Dans ce cas, les candidats sont proclamés élus dans l'ordre de présentation* ». Cette possibilité de raturer certains noms n'a d'incidence que sur l'ordre de présentation des candidats : elle ne s'applique pas au calcul des voix obtenues par chaque liste, toute rature étant prise en compte (22). Il a même été jugé que la disposition d'un accord préélectoral prévoyant que tous les bulletins raturés seraient nuls était contraire aux dispositions d'ordre public du dernier alinéa de l'article L.423-14 du Code du travail (devenu l'art. L. 2314-24 C. trav.)

Il arrive parfois que des listes soient communes à plusieurs syndicats ; en conditionnant la représentativité syndicale au franchissement d'un seuil électoral, la loi du 20 août 2008 peut inciter, le cas échéant, aux regroupements syndicaux ; il était donc utile de préciser les conditions de décomptes respectifs des voix obtenues ; d'après l'article L. 2122-3 C. trav., lorsqu'une liste commune a été établie par des organisations syndicales, la répartition entre elles des suffrages exprimés se fait sur la base indiquée par les organisations syndicales concernées lors du dépôt de leur liste. A défaut d'indication, la répartition des suffrages se fait à part égale entre les organisations concernées.

## 2) Le regain du principe de concordance

Dans cet affinement du concept de représentativité, qui est désormais susceptible de multiples degrés (représentativité en cours d'acquisition, représentativité présumée, représentativité prouvée), on assiste à une clarification de la répartition des syndicats dans leurs champs d'action à la fois géographique (a), professionnel (b) et catégoriel (c). Il faut aussi tenir compte du principe de concordance dans l'appréciation de la représentativité

au sein d'unités structurelles telles que le groupe, l'unité économique et sociale, l'entreprise et l'établissement (d).

### a) Le cadre géographique d'appréciation de la représentativité

En ce qui concerne le cadre géographique d'appréciation de la représentativité, aucune limite n'est apportée, aucune faveur n'est exprimée : les syndicats pourront choisir de s'implanter au niveau local, département, régional ou national ; mais s'ils s'implantent au sein d'une unité économique et sociale, d'une entreprise, d'un groupe ou d'un bassin d'emploi, le critère géographique, qui se trouve absorbé par la structure de l'unité de représentation, perd de son caractère opérationnel.

En toute hypothèse, le principe de concordance, qui a toujours exigé une correspondance entre le cadre de vérification de la représentativité et le champ d'intervention du syndicat, n'a pas perdu de sa vigueur (23) ; on peut par exemple en tirer la conclusion qu'un syndicat représentatif au sein d'une région n'est pas nécessairement représentatif auprès de chaque entreprise de cette région.

### b) Le cadre professionnel d'appréciation de la représentativité

En ce qui concerne le champ catégoriel et professionnel de la représentation, la loi du 20 août 2008 pose de nouvelles limites au procédé jurisprudentiel d'accroissement de la représentativité. En la matière, il est toujours nécessaire de faire jouer la règle de concordance ; le cadre professionnel peut correspondre à l'interprofession, au secteur d'activité (regroupant plusieurs branches professionnelles) ou à la branche professionnelle, dont on rappellera qu'elle s'organise en fonction du critère de l'activité principale de l'employeur. S'il est représentatif dans l'un de ces trois cadres, le syndicat aura vocation à défendre, dans les entreprises concernées, les intérêts de tous les salariés, sans distinction du métier concrètement exercé, ni même de leur catégorie hiérarchique.

### c) Le cadre catégoriel d'appréciation de la représentativité

Les découpages obtenus en fonction de la profession peuvent se compliquer d'autres découpages opérés en interne en fonction de la catégorie professionnelle « technique » ou « hiérarchique ».

(21) Cass. Soc. 24 septembre 2008, n° 08-60004 ; v. nos observations à paraître à la RDT ; celles de J.-Y. Kerbourc'h, JCP 2008, ed. Soc., 1619.

(22) Cass. Soc. 16 juin 1983, Bull. V n° 344, p. 245 ; s'il relève que le nombre des ratures du nom d'un candidat est inférieur à 10 % des suffrages valablement exprimés en faveur de la liste

sur laquelle il figure, le tribunal d'instance peut décider de ne pas tenir compte de ces ratures (Cass. Soc. 9 nov. 1983, Bull. V, n° 548, p. 387).

(23) V. F. Petit, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, LGDJ, 2000, p. 387 et s.

- La catégorie professionnelle « technique ».

La catégorie « technique » correspond ici à un métier particulier, voire à un ensemble de métiers similaires, exercés personnellement par les salariés concernés.

Dans le passé, il a été jugé que les chauffeurs routiers (24), les enseignants (25) ou les artistes interprètes (26) appartenaient à des catégories professionnelles particulières. Il est possible qu'un syndicat soit représentatif dans une de ces catégories ; dans cette hypothèse, il sera habilité à défendre, au sein des entreprises ou des branches professionnelles concernées, les intérêts de ces seuls salariés réunis autour d'un métier unique.

Dans la loi du 20 août 2008, on trouve, au sein de la profession des journalistes, un exemple de cette représentation catégorielle : à l'article L. 7111-7 C. trav., il est indiqué que, dans les entreprises mentionnées aux articles L. 7111-3 et L. 7111-5 C. trav., lorsqu'un collège électoral spécifique est créé pour les journalistes professionnels et assimilés, est représentative à l'égard des personnels relevant de ce collège l'organisation syndicale qui satisfait aux critères de l'article L. 2121-1 et qui a 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 dans ce collège.

On se demande aujourd'hui si cette représentation catégorielle « technique » doit nécessairement se faire dans le cadre d'un collège spécial et pour la seule profession des journalistes ; tel semble être, de prime abord, le sens donné à l'article L. 7111-7 C. trav., qui ne concerne que les journalistes en les regroupant au sein d'un collège propre. Mais, si l'on considère ce texte comme une simple application du principe de concordance, il reste possible de reconnaître d'autres métiers s'organisant autour d'une représentation spécifique ; à tout le moins, le concept de représentativité ne s'y oppose pas.

- La catégorie professionnelle « hiérarchique »

A cette représentation par métiers s'ajoute enfin une représentation catégorielle « hiérarchique » : dans cette hypothèse, le syndicat représente un ensemble de salariés que l'on détermine en fonction non plus du critère de l'activité principale de l'entreprise ou du métier exercé, mais de leur degré de responsabilité. A ce sujet,

on oppose traditionnellement la population des cadres et assimilés (ingénieurs, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés) à celles des non-cadres (ouvriers et employés), mais il est possible que soient constituées également d'autres catégories hiérarchiques, soit par commandement légal (v. par ex. art. L. 2324-11, al. 4 et 5 C. trav.), soit par voie d'accords préélectoraux (V. par ex. art. L. 2324-12 C. trav.).

Depuis longtemps, la jurisprudence a admis qu'un syndicat catégoriel (par exemple la CGC) pouvait élargir sa représentativité auprès des autres catégories de personnel. A la suite d'un revirement, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait décidé le 15 mars 1985 (27) que la représentativité des organisations syndicales s'appréciait dans chaque entreprise « *indépendamment de l'affiliation de ces organisations à une Confédération* ». Dans cette affaire, le Syndicat national des banques (SNB), affilié à la Confédération CGC, avait été autorisé à présenter des candidats dans le collège des employés, puisqu'il réunissait toutes les conditions de représentativité requises au sein de ce collège ; par la suite, la Cour de cassation avait repris le même raisonnement en matière de négociation collective d'entreprise : un syndicat représentatif de cadres en vertu de son affiliation à la confédération CGC put être reconnu représentatif auprès de l'ensemble des catégories de salariés, notamment auprès de catégories hiérarchiques non visés par ses statuts.

C'était pourtant méconnaître le principe de spécialité des personnes morales, dont on sait qu'elles poursuivent un objet spécifique que définissent autant la loi que les statuts du groupement ; M. Jean-Maurice Verdier faisait notamment remarquer qu'il y avait « *quelque paradoxe à ne plus tenir compte de la définition statutaire des personnes représentées* » (28) ; son propos rendait compte non pas seulement des principes tirés de la théorie générale des personnes morales, mais également des dispositions de l'actuel art. L. 2131-1 C. trav., selon lequel les syndicats ont « *exclusivement* » pour objet de défendre les droits et les intérêts des personnes « *mentionnées dans leurs statuts* ».

Depuis la loi du 20 août 2008, le tir a été corrigé, en rendant impossible pour un syndicat catégoriel la représentation de personnels non visés par ses statuts ; à l'article L. 2122-2 C. trav., il est prévu que, dans l'entreprise ou l'établissement, « *sont représentatives à*

(24) CE 2 novembre 1973, Dr. soc. 1974, p. 469.

(25) CE 6 novembre 1970, JCP 1970, 16657.

(26) Cass. soc. 21 novembre 1990, n° 89-61281.

(27) L'arrêt du 15 mars 1985 (D. 1985, p. 573, conclusions Cabannes, note J.-M. Verdier) marquait un revirement de jurisprudence par rapport à la jurisprudence antérieure, et notamment par rapport à l'arrêt du 2 mai 1982 (D. 1982, p. 509, conc. G. Picca). Jurisprudence et auteurs opposés à la

solution retenue par l'arrêt du 15 mars 1985 : Cass. soc. 20 juillet 1977, D. 1978, p. 241, note A. Arseguet ; 18 juillet 1978, D. 1979, IR, p. 21, note P. Langlois ; chronique de P. Bouaziz au Dr. Ouv. 1978, p. 164 et s. ; Cass. soc. 22 juillet 1982, Bull. V n° 514 p. 380 ; D. 1983, IR p. 442, note J.-M. Béraud. Auteurs favorables à la solution du 15 mars 1985 : Jean Péliissier, D. 1980, IR, p. 87 ; J. Savatier, Dr. soc. 1984, p. 88.

(28) J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, Traité Dalloz, 1987, tome 1, p. 546.

*l'égard des personnels relevant des collèges électoraux dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats les organisations syndicales catégorielles affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale »* 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 dans ces collèges, quel que soit le nombre de votants (art. L. 2122-2 C. trav.). Une règle comparable est reprise par les nouvelles règles relatives à la négociation des conventions collectives : à l'article L. 2232-13, al. 1 C. trav., le législateur prévoit que la représentativité reconnue à un syndicat catégoriel affiliée à une confédération syndicale catégorielle « *au titre des salariés qu'elle a statutairement vocation à représenter* » lui confère le « *droit de négocier toute disposition applicable à cette catégorie de salariés* ».

Mais il est vrai aussi que ces textes (art. L. 2122-2 C. trav. et L. 2232-13, al. 1 C. trav.) ne s'opposent pas expressément à ce qu'un syndicat catégoriel prévoit, dans ses statuts, une clause l'autorisant à étendre sa représentativité auprès des autres catégories hiérarchiques ; de même, par sa généralité, l'alinéa 2 de l'article L. 2232-13 C. trav. ne s'oppose pas à cette extension de représentativité ; surtout, ce serait aller à contresens de la réforme du 20 août 2008 que de vouloir mettre des barrières à la représentativité prouvée dont la place est devenue centrale dans la redéfinition de l'échiquier syndical.

C'est pourquoi l'ajustement opéré par la loi du 20 août 2008 reste d'une portée réduite ; à notre avis, il suffira à un syndicat catégoriel d'inclure dans ses statuts une clause l'autorisant à étendre sa représentativité auprès des autres catégories hiérarchiques pour qu'il puisse agir en leur faveur. Mais une réserve s'impose : il est prudent de prévoir cette habilitation statutaire autant dans les statuts de la confédération syndicale catégorielle que dans ceux du syndicat qui lui est affilié.

Un raisonnement comparable peut se tenir à l'égard d'organisations catégorielles affiliées à une confédération syndicale intercatégorielle ; il est même plus facile pour ces organisations d'élargir leur représentativité, puisqu'elles ont fait le choix de relever d'organisations représentatives auprès de toutes les catégories de personnel ; mais, là encore, il est prudent de prévoir dans leurs statuts une clause les autorisant à étendre leur représentativité.

d) *L'appréciation de la représentativité dans le cadre du groupe, de l'unité économique et sociale, de l'entreprise et de l'établissement.*

A chacun de ces niveaux, le principe de concordance, qui a toujours exigé une correspondance entre le cadre de vérification de la représentativité et le champ d'intervention du syndicat, retrouve de sa vigueur.

D'après l'article L. 2122-4 C. trav., l'appréciation de la représentativité au niveau du groupe nécessite d'abord d'additionner l'ensemble des suffrages obtenus dans les entreprises ou établissements compris dans le périmètre du groupe considéré ; il convient ensuite de s'assurer, sur cet ensemble, du dépassement du seuil de 10 % des voix exprimées au premier tour des élections professionnelles, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir ce pourcentage dans chaque entreprise du groupe ; en conséquence, la compensation entre les entreprises est admise, dès lors que la moyenne des voix obtenus atteint le seuil de 10 %.

Il est vrai, aussi, que l'article L. 2232-30 C. trav. admet la conclusion de convention ou d'accord de groupe avec des organisations représentatives non pas sur l'ensemble du groupe, mais « *dans l'ensemble des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord* » (ensemble constituant une sorte de sous-groupe) ; peut-on se contenter, sur cet ensemble, du dépassement du seuil de 10 % des voix exprimées aux élections ou faut-il nécessairement s'assurer, sur chaque entreprise de cet ensemble, du franchissement du même seuil ? La loi ne dit rien sur ce point ; mais on ne voit pas pourquoi il faudrait être plus strict à l'égard de ce sous-ensemble qu'à l'égard du groupe dans sa totalité ; c'est pourquoi on s'en tiendra à une appréciation globale de ce sous-ensemble.

Si l'entreprise correspond à une unité économique et sociale, un raisonnement comparable peut être tenu : il conviendrait de s'assurer, au niveau global de l'UES, du dépassement du seuil de 10 % des voix exprimées au premier tour des élections professionnelles, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir ce pourcentage dans chaque société constitutive de l'UES.

Au niveau de l'entreprise composée de plusieurs établissements distincts, le principe de concordance conduira à admettre que la représentativité acquise au niveau global n'induit pas l'existence d'une représentativité auprès de chaque établissement (29).

Il reste à résoudre la question du décalage entre les établissements distincts, dont le découpage diffère selon l'institution à mettre en place ; si l'audience a été mesurée au niveau des établissements permettant la mise en place des comités d'établissements, que faut-il

(29) V. déjà Cass. soc. 9 mars 1972, Dr. Ouv. 1972, p. 194.

faire pour authentifier la représentativité des mêmes syndicats au niveau des établissements servant pour la mise en place des délégués syndicaux ? Ce problème, apparemment insoluble, pourrait progressivement conduire la Cour de cassation à ne reconnaître qu'un type d'établissement pour la mise en place des délégués syndicaux et des comités d'établissement (chacun de ces découpages nécessitant la présence d'un représentant de l'employeur doté d'une autonomie suffisante pour apporter une solution ou une réponse aux demandes des personnels). Par ailleurs, ce même établissement recevant le comité d'établissement et le délégué syndical (qui répond pour ces deux institutions au seuil d'effectifs de cinquante salariés) pourrait comprendre un ou plusieurs établissements pour la mise en place des délégués du personnel (le seuil d'effectifs justifiant leur élection étant de dix salariés). Mais la Cour de cassation pourrait aussi logiquement rester sur sa jurisprudence qui a rapproché les notions d'établissement distinct pour les délégués du personnel et les délégués syndicaux. De plus, la loi du 20 août 2008 autorise la prise en compte des élections des délégués du personnel pour le seuil de représentativité nécessaire à la désignation des délégués syndicaux dans ce cadre-là.

### 3) La survivance de la représentativité présumée

Dans de très nombreux commentaires de la loi du 20 août 2008, la fin de la présomption irréfragable de représentativité a été annoncée ; les auteurs s'appuient le plus souvent sur l'article 3-1 de la position commune du 9 avril 2008 pour justifier cette disparition ; mais cela ne signifie nullement la mise à l'écart de toute représentativité présumée.

En effet, au principe exprimé à l'article L. 2121-1 C. trav. , selon lequel la représentativité se détermine d'après les sept critères cumulatifs qu'il énumère, s'ajoutent des exceptions manifestant une survivance de la représentativité présumée, soit à titre pérenne (a), soit dans le cadre des dispositions transitoires (b).

#### a) Une survivance à titre pérenne

La représentativité présumée a perdu du terrain, mais elle subsiste pour l'exercice de certaines prérogatives, notamment celles que peuvent également exercer les organisations dont la représentativité est en cours d'acquisition (organisation qui satisfait aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituée depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise concernée) ; les syndicats disposant d'une affiliation auprès d'une confédération conservent notamment le pouvoir de participer aux élections

professionnelles ; les art. L. 2314-3 C. trav. et L. 2324-4 C. trav. prévoient effectivement que les « *syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel* » doivent aussi être invités à négocier le protocole préélectoral et peuvent présenter des listes de candidats au premier tour des élections. Pour l'exercice de ces prérogatives, il n'est posé aucune condition tenant à la preuve de leur représentativité dans l'entreprise concernée.

Il leur est également possible de constituer une section syndicale au sein de l'entreprise ou de l'établissement où ils comptent plusieurs adhérents (art. L. 2142-1 C. trav.) et de nommer un représentant au sens de l'article L.2142-1-1 C. trav. (représentant de la section syndicale).

#### b) Une survivance à titre transitoire

La redéfinition de l'échiquier syndical au niveau de l'entreprise suppose l'organisation de nouvelles élections ; le législateur a fixé la date à partir de laquelle cette nouvelle définition de la représentativité s'appliquera au jour de la 1<sup>ère</sup> réunion de la négociation du protocole d'accord : « *Jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles dans l'entreprise ou l'établissement, pour lesquelles la date fixée pour la première réunion de la négociation du protocole d'accord préélectoral est postérieure à la publication de la présente loi, est présumé représentatif à ce niveau tout syndicat affilié à l'une des organisations syndicales de salariés présumées représentatives au niveau national et interprofessionnel à la date de publication de la présente loi, ainsi que tout syndicat représentatif à ce niveau à la date de cette publication* » (30).

Au niveau des branches professionnelles et au niveau national et interprofessionnel, une première mesure de l'audience en vue de la détermination des organisations représentatives doit avoir lieu dans les cinq ans après la publication de la loi du 20 août 2008, soit au plus tard le 21 août 2013 ; en attendant cette échéance, des mesures transitoires sont organisées pour chacun de ces niveaux :

- 1) d'abord, au niveau national et interprofessionnel, sont « *présumées représentatives à ce niveau les organisations syndicales de salariés présumées représentatives au niveau national et interprofessionnel à la date de publication de la présente loi, ainsi que toute organisation syndicale de salariés dont la représentativité est fondée sur les critères mentionnés à l'article L. 2121-1 C. trav. dans sa rédaction antérieure à la présente loi* » ; en conséquence, les cinq grandes confédérations actuelles se trouvent dans une situation leur permettant de conserver leur représentativité, mais la

(30) Art. 11 de la loi du 20 août 2008 ; fiche n° 1 de la circ. du 13 novembre 2008.



loi ne fait pas obstacle aux contestations de leur représentativité ; surtout, elle rend possible la reconnaissance de nouvelles organisations représentatives à ce niveau : le juge n'est donc pas tenu par la liste limitative de l'arrêté de 1966.

- 2) Ensuite, jusqu'à la première détermination des organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au niveau de la branche professionnelle, sont également présumés représentatifs à ce niveau les syndicats affiliés aux organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel et les organisations syndicales de salariés déjà représentatives au niveau de la branche à la date de publication de la présente loi.

Pour les organisations syndicales affiliées à l'une des organisations syndicales de salariés qui seront finalement reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel à la suite de la 1<sup>ère</sup> mesure d'audience organisée à ce niveau, il est même prévu de prolonger leur présomption de représentativité pendant quatre ans à compter de la première détermination des organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au niveau des branches (au plus tard jusqu'au 21 août 2017).

A chaque fois, le texte distingue entre les organisations « *présümées représentatives* » – avant la mesure de l'audience – et celles qui sont « *reconnues représentatives* » – après la mesure de l'audience ; cette variation confirme l'affaiblissement de la présomption de représentativité, qui, autrefois irréfragable, tend à devenir simple.

On trouve enfin à l'article L. 2122-6 C. trav. un nouvel indice tendant à confirmer ce déclasserment : dans les branches dans lesquelles plus de la moitié des salariés sont employés dans des entreprises où, en raison de leur taille, ne sont pas organisées d'élections professionnelles permettant d'y mesurer l'audience des organisations syndicales, et jusqu'à l'intervention d'une loi suivant les résultats d'une négociation nationale interprofessionnelle, aboutissant au plus tard le 30 juin 2009, sur les moyens de renforcer l'effectivité de la représentation collective du personnel dans les petites entreprises et d'y mesurer l'audience des organisations syndicales, on s'en remet à une présomption de représentativité, « *sans préjudice de la preuve du contraire* », au profit organisations syndicales de salariés affiliées à des organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel. La réserve qui est ici exprimée montre clairement qu'une contestation de cette représentativité reste possible.

Les modifications apportées par le législateur n'affectent pas seulement les conditions de représentation des salariés par les syndicats ; elles

portent également sur les modes de représentation des syndicats auprès de l'employeur.

## **B) La représentation du syndicat dans l'entreprise**

En matière de représentation du syndicat auprès de l'employeur, il est nécessaire de faire une distinction entre les entreprises où les syndicats parviennent effectivement à s'implanter (1.) et celles qui, dépourvues de délégués syndicaux, ont recours au mandatement (2.).

### **1) La représentation du syndicat effectivement implanté dans l'entreprise**

A la représentation classique du syndicat représentatif par le délégué syndical (a), la loi du 20 août 2008 a ajouté la possibilité, pour le syndicat non représentatif (syndicat dont la représentativité est en cours d'acquisition, syndicat affilié à une organisation représentative au niveau national et interprofessionnel) de désigner un représentant de la section syndicale (b).

#### *a) La représentation du syndicat représentatif*

La représentation du syndicat représentatif dans l'entreprise ou l'établissement est assuré, comme autrefois, par le délégué syndical ; mais le choix de ce représentant a été restreint : désormais, il doit être choisi « *parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants* » ; avec ce score, la personne choisie a pu ne pas être élue ; il n'est pas exigé qu'elle ait été présentée sous l'étiquette du syndicat qui l'a désigné comme délégué syndical, ni même qu'elle en soit adhérente ; s'il ne reste plus aucun candidat aux élections professionnelles remplissant ce seuil électoral, le syndicat peut alors se reporter sur les autres candidats ou, à défaut, parmi ses adhérents au sein de l'entreprise ou de l'établissement.

Le délégué syndical supplémentaire pour l'encadrement doit également être désigné parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants. La même condition est exigée à l'égard du délégué syndical central.

De l'ensemble de ces situations, il s'ensuit un rapprochement entre mandat syndical et mandat électif ; en effet, il en ressort l'idée qu'un délégué syndical n'est plus nommé à durée indéterminée ; il n'est désigné que pour la durée d'un mandat électoral ; s'il entend poursuivre sa fonction, il lui faudra à chaque fois se présenter aux élections et obtenir un score au moins égal à 10 % des suffrages exprimés (dans son collègue) ; on

peut donc retenir que le législateur a mis en place une forme de renouvellement tacite de ce mandat, dès lors que les conditions électorales sont réunies.

Pour la désignation du représentant syndical au comité, qui est réservée aux organisations ayant « des » élus au comité (un seul élu ne permet donc pas, à la lettre, cette désignation), on retrouve cette forme de précarité, caractérisée autrement : le mandat du représentant syndical ne sera reconduit à chaque échéance électorale que si l'organisation qui l'a désigné obtient à nouveau « des » élus au comité d'entreprise.

#### *b) La représentation du syndicat en cours d'acquisition de sa représentativité*

La représentation du syndicat non représentatif diffère selon la taille de l'entreprise : il faut ici distinguer entre celles qui comptent au moins cinquante salariés et celles qui ne dépassent pas ce seuil.

- Dans les entreprises comptant au moins cinquante salariés

Les syndicats non représentatifs qui ont constitué au sein de l'entreprise ou de l'établissement comptant au moins cinquante salariés une section syndicale ont désormais la possibilité de désigner un représentant de cette section pour les représenter au sein de l'entreprise ou de l'établissement.

Ce représentant bénéficie des mêmes prérogatives que le délégué syndical, à l'exception du pouvoir de négocier des accords collectifs. Il va permettre au syndicat dont la représentativité est en cours d'acquisition d'accentuer son influence auprès du personnel ; son mandat prend fin, à l'issue des premières élections professionnelles suivant sa désignation, dès lors que le syndicat qui l'a désigné n'est pas reconnu représentatif dans l'entreprise.

Le salarié qui perd ainsi son mandat de représentant syndical ne peut pas être désigné à nouveau comme représentant syndical au titre d'une section « *jusqu'aux six mois précédant la date des élections professionnelles suivantes dans l'entreprise* » ; cette formule alambiquée ne fait pas obstacle, toutefois, à ce que le syndicat en cause nomme immédiatement après les élections qui n'ont pas permis de l'élever au rang de syndicat représentatif un autre salarié comme représentant de la section syndicale.

Le législateur a souhaité rapprocher le statut de ce représentant de celui de délégué syndical ; à ce titre, les dispositions des articles L. 2143-1 et L. 2143-2 relatives aux conditions de désignation du délégué syndical, celles des articles L. 2143-7 à L. 2143-10 et des deuxième et troisième alinéas de l'article L. 2143-11 relatives à la publicité, à la contestation, à l'exercice et à la suppression de son mandat et celles du livre IV de la deuxième partie

du Code du travail relatives à la protection des délégués syndicaux sont applicables au représentant de la section syndicale. Chaque représentant de la section syndicale dispose d'un temps nécessaire à l'exercice de ses fonctions (temps au moins égal à quatre heures par mois). Comme à l'égard des autres représentants du personnel, les heures de délégation sont de plein droit considérées comme temps de travail et payées à l'échéance normale. L'employeur qui entend contester l'utilisation faite des heures de délégation doit saisir le juge judiciaire.

- Dans les entreprises qui emploient moins de cinquante salariés

Les syndicats non représentatifs qui constituent une section syndicale dans l'entreprise comptant moins de cinquante salariés peuvent désigner, pour la durée de son mandat, un délégué du personnel comme représentant de la section syndicale ; cette modalité de désignation se présente comme le double de la technique permettant aux syndicats représentatifs de désigner, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, un délégué du personnel faisant office de délégué syndical.

Par disposition conventionnelle, ce mandat de représentant peut ouvrir droit à un crédit d'heures. Le temps dont dispose le délégué du personnel pour l'exercice de son mandat peut être utilisé dans les mêmes conditions pour l'exercice de ses fonctions de représentant de la section syndicale.

#### **2) La représentation du syndicat dans l'entreprise dépourvue de délégués syndicaux**

La représentation syndicale dans l'entreprise dépourvue de délégués syndicaux peut prendre la forme du mandatement prévue à l'article L. 2232-24 C. trav., lorsqu'un procès-verbal de carence a établi l'absence de représentants élus du personnel ; mais dans les entreprises où les élus ne peuvent être investis du pouvoir de négocier (en raison du dépassement du seuil de deux cents salariés), ce mandatement est réservé au représentant de la section syndicale.

- Le mandatement prévu à l'article L. 2232-24 C. trav.

Comme remède à l'absence de négociation dans les petites entreprises dépourvues de délégué syndical, l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 avait préconisé l'ouverture de la négociation collective aux élus ou aux salariés mandatés ; prévus initialement par voie conventionnelle, le premier de ces modes de négociation dérogatoire (impliquant la participation des élus) avait d'abord été contesté, en raison de sa contrariété avec la règle du monopole des syndicats représentatifs. La technique du mandatement fut accueillie avec une plus grande faveur, en raison, d'une part, d'un précédent jurisprudentiel qui lui était

favorable (31) et, d'autre part, du contrôle, inhérent à la qualité de mandant, que le syndicat pouvait conserver sur l'action du mandataire ; une intervention du législateur s'imposait pour valider l'intervention des élus en matière de négociation collective.

L'étape suivante fut marquée par la loi du 12 novembre 1996 (32) qui autorisa les syndicats à conclure des accords de branche transférant aux représentants élus du personnel le pouvoir de négocier dans l'entreprise. Mais ce texte permettait aussi aux partenaires sociaux d'organiser les négociations dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux dans le cadre du mandatement. En pratique, la négociation avec les élus eut moins de succès que celle qui s'organisait sur le mode du mandatement. C'est pourquoi la loi du 13 juin 1998 mit fin au mode de négociation impliquant les élus pour lui préférer la technique faisant intervenir un salarié mandaté. Mais la loi du 19 janv. 2000 le fit réapparaître, de manière très subsidiaire ; surtout, l'accord résultant d'une négociation avec les élus n'était pas directement applicable. Il devait être approuvé par la majorité du personnel et validé, dans les trois mois suivant cette approbation, par une commission nationale de branche ou par une commission paritaire locale, ces deux dernières conditions – approbation et validation – étant cumulatives.

Avec la loi du 4 mai 2004 (33), la négociation avec les élus dans les entreprises dépourvues de représentation syndicale a paradoxalement trouvé la primauté dans la hiérarchie des modes dérogatoires de négociation : même si elle restait exceptionnelle, elle était préférée à la

technique du mandatement, alors qu'elle ne pouvait être envisagée, dans le cadre de la loi du 19 janvier 2000, qu'à défaut de négociation avec un salarié mandaté.

On retrouve dans la loi du 20 août 2008 cette inversion des priorités, qui, il faut l'avouer, n'est pourtant guère conforme au souhait du Conseil constitutionnel de faire prévaloir toute forme de représentation des syndicats dans la négociation collective (ce que constitue effectivement la technique du mandatement) sur les méthodes impliquant la participation des élus (34).

C'est donc à titre subsidiaire qu'on peut faire intervenir, dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, un salarié mandaté en vue d'ouvrir une négociation collective ; en vertu de l'article L. 2232-24 C. trav., le recours à la technique du mandatement suppose qu'un procès-verbal de carence établissant l'absence de représentants élus du personnel ait été dressé ; les organisations syndicales qui peuvent procéder à la désignation d'un salarié mandaté (un seul salarié par organisation) doivent être représentatives dans la branche de laquelle relève l'entreprise ; elles sont préalablement averties par l'employeur de sa décision d'engager une négociation ; reprenant une formule proche de celle qu'utilisait la loi du 12 novembre 1996, le législateur précise que cette négociation doit porter « *des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif* », à l'exception des accords collectifs visés à l'article L. 1233-21 C. trav. (accords de méthode).

Pour mener à bien sa mission, chaque salarié mandaté dispose du temps nécessaire à l'exercice de ses fonctions dans les limites d'une durée qui, sauf circonstances

(31) Cass. soc. 25 janvier 1995, n° 90-45796 : « *Si dans les entreprises où les délégués syndicaux peuvent être légalement désignés, ceux-ci sont seuls habilités à négocier et à signer les accords d'entreprise, ces accords peuvent être valablement négociés et signés dans les entreprises qui ne remplissent pas les conditions légales pour avoir des délégués syndicaux par des salariés titulaires d'un mandat donné par un syndicat représentatif* ».

(32) Loi n° 96-985 du 12 nov. 1996, reprenant elle-même un mécanisme issu de l'accord national interprofessionnel du 31 oct. 1995 (Liaisons soc. n° 7354 du 9 nov. 1995, C1/16) ; cette loi avait fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité (Déc. C.C. du 6 nov. 1996, Dr. Soc. 1997 p. 31) : les juges n'ont pas considéré que le mécanisme dérogatoire de négociation qu'elle prévoyait était contraire à la Constitution, dans la mesure où « *l'intervention des salariés désignés par la voie de l'élection n'avait ni pour objet, ni pour effet de faire obstacle à celle des interventions syndicales représentatives* ». Sur la loi du 12 nov. 1996, v. : G. Lyon-Caen, La Constitution française et la négociation collective (commentaire de la décision 96-383 DC du Conseil constitutionnel par un esprit « non prévenu »), Dr. Ouv. 1996 p. 479 ; M.-L. Morin, Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective, Dr. Soc. 1997 p. 25 ; M. Poirier, Bref propos sur le projet de loi inspiré par l'accord national interprofessionnel du 31 oct. 1995 relatif à la politique contractuelle, Dr. Ouv. 1996 p. 311 ; B. Silhol, Branche et entreprise dans le nouveau droit de la négociation collective, Dr. Soc. 1997 p. 935.

(33) Sur le mandatement v. M.-C. Amauger-Lattès et I. Desbarats, Pour une réactivation du mandatement dans le système français de négociation collective, Dr. Soc. 2003, p. 365 ;

G. Borenfreund, La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, Dr. Soc. 2004 p. 606 ; M. Morand, La négociation atypique d'entreprise, PA 2004, n° 97 p. 44 ; J.-M. Olivier, Nouveaux acteurs : élus du personnel et salariés mandatés, in Le nouveau droit de la négociation collective, éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 61 ; F. Petit, Le salarié mandaté... licencié... puis réintégré, Dr. Soc. 2007, p. 564 ; J. Savatier, Les accords collectifs conclus par des salariés expressément mandatés par des organisations syndicales, Dr. Soc. 1998, p. 330 ; B. Teysié, Négociation d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandatés, D. 2004 chron. p. 2383.

(34) Dans sa décision du 6 novembre 1996 n° 96-383, le Conseil constitutionnel était amené à s'interroger sur la constitutionnalité des modes dérogatoires de négociation que la loi du 12 novembre 1996 allait introduire (négociation avec un salarié mandaté ou avec des élus, en l'absence de délégués syndicaux) ; s'il a reconnu la « vocation naturelle » des syndicats à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, il ne leur a pas attribué un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective ; a donc été reconnue conforme à la constitution la participation des salariés mandatés ou des élus à la détermination collective des conditions de travail ; mais leur intervention ne peut avoir « *ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives* ». Il résulte de cette décision que les modes dérogatoires de négociation ne peuvent avoir qu'un caractère subsidiaire ; en particulier, les élus du personnel ne peuvent s'ériger en négociateurs lorsqu'un syndicat est présent dans l'entreprise.

exceptionnelles, ne peut excéder dix heures par mois. Les heures de délégation sont de plein droit considérées comme temps de travail et payées à l'échéance normale. L'employeur qui entend contester l'utilisation faite des heures de délégation saisit le juge judiciaire (art. L. 2232-25 C. trav.).

La liberté de choix par l'organisation syndicale du salarié mandaté n'est pas totale ; selon l'article L. 2232-26, ne peuvent être mandatés les salariés qui, en raison des pouvoirs qu'ils détiennent, peuvent être assimilés à l'employeur, ainsi que les salariés apparentés à l'employeur mentionnés au premier alinéa de l'article L. 2324-15. La formulation de cette règle est identique à celle qui figurait dans la loi du 4 mai 2004 ; on peut en déduire que l'organisation syndicale doit nécessairement choisir un salarié de l'entreprise, sans que cette condition d'appartenance à l'entreprise se réduise aux seuls liens contractuel (l'intégration à la communauté de travail pourrait justifier l'intervention d'un salarié mis à disposition) ; également, aucune condition d'ancienneté, ni même d'âge, n'est posée, à l'inverse de ce qui est imposé pour la désignation d'un délégué syndical.

Pour garantir l'indépendance du salarié mandaté à l'égard de l'employeur, la loi du 20 août 2008 exclut qu'un mandat puisse être donné à un représentant de l'employeur ; pour reconnaître un tel représentant indésirable, on fera application de la règle issue de l'arrêt du 6 mars 2001 rendu en matière d'élections professionnelles : cette exclusion ne devrait concerner que les salariés qui détiennent sur un « *service, un département ou un établissement de l'entreprise une délégation particulière d'autorité établie par écrit permettant de les assimiler à un chef d'entreprise* » (35) ; sont également impossible les mandats donnés aux parents de l'employeur : calquée sur celle de l'article L. 2324-15 C. trav., cette prohibition fait l'objet d'une interprétation restrictive de la part de la Cour de cassation : seuls sont inéligibles « *conjoint, ascendants, descendants, frères, sœurs et alliés au même degré du chef d'entreprise* » ; le salarié qui est seulement allié à l'épouse de l'employeur ne peut donc être privé du droit

de se porter candidat (36), de même que le fils du directeur d'un établissement (37).

La loi du 20 août 2008 est restée silencieuse sur les modalités de désignation du mandataire et les conditions d'exercice du mandatement ; pour régler ces questions, on doit garder à l'esprit les réserves que le Conseil constitutionnel avait exprimées dans sa décision du 6 novembre 1996 (38) et pouvoir s'en remettre à la conception qu'il se faisait du mandat donné : présentant toutes les caractéristiques du mandat exprès et spécial que connaît le droit civil (comme le suggère toujours l'adverbe « *expressément* » utilisé par le législateur), ce mandat devra être porté à la connaissance de l'employeur, de même que son éventuelle révocation par le syndicat ou la renonciation du salarié à sa mission ; cela permettra, d'une part, à l'employeur d'être certain des pouvoirs du négociateur syndical et, d'autre part, au salarié d'être certain des dates du début et de la fin de la protection qui lui est accordée contre le licenciement.

Comme dans la loi du 4 mai 2004, l'accord signé par « un » salarié mandaté doit avoir été approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions déterminées par décret et dans le respect des principes généraux du droit électoral (art. L. 2232-27) ; cette approbation, qui représente une des rares hypothèses de référendum que connaît le droit du travail, constitue une formalité substantielle : à défaut, l'accord est réputé non écrit.

De ce dernier texte, on en déduit la possibilité de conclure un accord collectif par la signature d'un seul salarié mandaté ; il n'est pas question ici d'appliquer les règles de négociation des accords collectifs au sein de la branche, même si les mandats sont des organisations syndicales représentatives au sein de la branche ; en l'absence de résultats électoraux dans l'entreprise considérée, aucune mesure d'audience n'est possible du côté syndical ; c'est pourquoi le législateur a prévu cette approbation de l'accord par les salariés (s'exprimant à la majorité) ; mais cette forme de référendum ne fait pas perdre aux syndicats signataires (représentés par leurs salariés mandatés) leur qualité de parties à l'accord (39).

(35) Cass. soc. 6 mars 2001, n° 99-60553, Bull. V n° 73 ; sur cette question, v. F. Petit, Le salarié mandaté... licencié... puis réintégré, Dr. Soc. 2007, p. 564 : « (...) En pratique, cette délégation d'autorité se manifeste par le transfert du pouvoir d'embaucher, de sanctionner et de licencier. En conséquence, celui qui se borne à remplacer le directeur lorsqu'il est absent ou qui fait seulement partie d'un conseil de discipline, sans être délégataire à titre personnel du pouvoir de sanction, devrait pouvoir recevoir un tel mandat ; de même, la qualité de cadre supérieur ne devrait pas, en soi, être exclusive d'une telle habilitation ; en revanche, le salarié qui appartient à la catégorie des cadres dirigeants, de même que les mandataires sociaux, devraient être exclus du dispositif ».

(36) Cass. soc. 14 janvier 1987, Bull. V n° 22.

(37) Cass. soc. 10 oct. 1990, n° 89-61.356, Bull. V n° 445, D. 1990, IR p. 247.

(38) Décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996 : la détermination par l'accord de branche des conditions d'exercice du mandat doit « *comporter les modalités de désignation du salarié, la fixation précise par le mandant des termes de la négociation ainsi que les obligations d'informations pesant sur le mandataire, et préciser les conditions dans lesquelles s'exerce la possibilité par le mandant de mettre fin à tout moment au mandat* ».

(39) Avec la loi du 20 août 2008, force est de constater un recul sensible du référendum dans les relations collectives du travail ; cette situation ne doit pas surprendre : en renforçant les exigences de représentativité des syndicats appelés à négocier les conventions collectives, le législateur rend inutile le recours complémentaire à un référendum, dont l'objet principal était de resserrer les liens entre les syndicats et les salariés ; aujourd'hui, le référendum n'est utilisé que dans des situations exceptionnelles – par exemple dans le cadre d'un mandatement – et ne peut servir à concurrencer ou à désavouer les syndicats.

Le mandatement issu de la loi du 20 août 2008 ne sera opérationnel qu'à compter du 31 décembre 2009 dans toute entreprise dépourvue de délégué syndical qui ne relève pas d'une convention de branche ou d'un accord professionnel prévoyant, dans le cadre de la loi du 4 mai 2004, des règles dérogatoires de négociation (mandatement ou intervention des élus). Jusqu'à cette date, il relèvera exclusivement du régime défini par la loi du 4 mai 2004.

- Le mandatement du représentant de la section syndicale (art. L. 2143-23 C. trav.)

Ce type de mandatement n'est possible que dans les conditions strictement définies par l'article L. 2143-23 C. trav. (qui renvoie notamment à l'article 14 de la loi du 20 août 2008) ; visant à pallier l'absence de délégués syndicaux dans les entreprises dans lesquelles les employeurs ne peuvent avoir recours aux modes de négociation dérogatoires des art. L. 2232-21 à L. 2232-29, il permet à une organisation syndicale de salariés non représentative, qui est affiliée à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel, de mandater le représentant de sa section syndicale en vue de négocier et de conclure un accord d'entreprise ou d'établissement (y compris un accord de méthode).

D'après l'article 14 de la loi du 20 août 2008, ce mode dérogatoire de négociation n'est possible, jusqu'au 30 décembre 2009, que dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux qui ne sont pas couvertes par une convention de branche ou un accord professionnel prévoyant, dans le cadre de la loi du 4 mai

2004, des règles dérogatoires de négociation (mandatement ou intervention des élus) ; à partir du 31 décembre 2009, il ne sera ouvert que dans les entreprises qui ne peuvent avoir recours aux dispositifs des articles L. 2232-21 à L. 2232-29 C. trav. (soit les entreprises sans délégués syndicaux, comptant plus de deux cents salariés et disposant d'élus du personnel) et qui ne sont pas couvertes par une convention de branche ou un accord professionnel prévoyant, dans le cadre de la loi du 4 mai 2004, des règles dérogatoires de négociation.

Il est mis fin au mandatement du représentant de la section syndicale si, à l'issue des élections professionnelles, l'organisation syndicale à laquelle il est adhérent n'est pas reconnue représentative et nommé un autre représentant de la section syndicale ; il lui faudra attendre une période de six mois précédant les dates des futures élections professionnelles pour espérer recevoir un nouveau mandat de son organisation. Avant cette échéance, la loi ne s'oppose pas à ce que cette même organisation mandate un nouveau représentant pour sa section syndicale.

Par souci de parallélisme avec le mandatement de l'article L. 2232-24 C. trav., il est prévu de soumettre la validité de l'accord d'entreprise ou d'établissement négocié et conclu avec le représentant de la section syndicale à son approbation par la majorité des salariés.

L'originalité de cette forme de mandatement tient enfin à sa cohabitation avec une représentation élue, dont les conditions de désignation ont été réformées.

## II. L'enrichissement des techniques mises au service de la représentation élue

Les modifications apportées par le législateur dans ce domaine traduisent un enrichissement des techniques mises au service de la représentation élue, enrichissement toujours inspiré du souci d'établir une complémentarité entre représentation syndicale et représentation élue.

Concernant le déroulement des élections professionnelles (A), on remarquera notamment l'admission dans le cercle des organisations intéressées à leur organisation de ce nouveau type de groupement syndical, celui qui, sans être encore représentatif, est en passe de le devenir.

Par ailleurs, un assouplissement certain des conditions de validité des accords préélectoraux (B) entérine les évolutions jurisprudentielles en la matière.

### A. Le déroulement des élections professionnelles

En matière d'élections professionnelles, on assiste à trois innovations d'importance inégale, rendues nécessaires, pour la dernière, par des précédents jurisprudentiels. Sont d'abord admis à participer aux élections, aux côtés des syndicats effectivement représentatifs ou présumés représentatifs, des groupements syndicaux dont la représentativité est en cours d'acquisition (1.) ; sont ensuite précisées les règles de décompte des effectifs (2.) et les conditions dans lesquelles les salariés mis à disposition peuvent participer aux élections (3.).

## 1) La participation de groupements syndicaux dont la représentativité est en cours d'acquisition

On remarque d'abord, parmi les syndicats admis à participer à l'organisation du premier tour, l'admission d'un nouveau type de groupement syndical ; selon les articles L. 2314-3 C. trav. et L. 2324-4 C. trav., sont informées, par voie d'affichage, de l'organisation des élections et invitées à négocier le protocole d'accord préélectoral et à établir les listes de leurs candidats aux fonctions de délégués du personnel et de représentants du personnel au comité d'entreprise les « *organisations syndicales qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés* ».

Ces nouveaux groupements viennent s'ajouter aux organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement et aux syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel, qui conservent le droit d'être invité « par courrier » à cette négociation préélectorale .

Ces mêmes textes précisent que cette invitation doit également parvenir aux organisations qui ont « *constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement* » ; mais si l'on se reporte à l'article L. 2142-1 C. trav., on se rend compte qu'il ne s'agit nullement d'une quatrième catégorie d'organisation syndicale, la section syndicale ne pouvant être constituée que par les trois catégories de groupements précités (syndicats effectivement représentatifs dans l'entreprise, syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel, syndicats qui « *satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés* »).

On notera dans ces textes l'exigence d'un « courrier » pour inviter les organisations à négocier le protocole d'accord préélectoral ; il s'agit en réalité de la reprise d'une jurisprudence antérieure. Auparavant, l'employeur avait déjà intérêt à convoquer les négociateurs au moyen d'une lettre recommandée avec accusé de réception, même si aucun texte ne l'imposait ; l'affichage d'une

note d'information, qui restait insuffisante, pouvait justifier l'annulation des élections (40). Il est vrai qu'un employeur pouvait échapper à l'annulation des élections s'il parvenait à prouver que les syndicats avaient connaissance de l'affichage de cette note (41) ; c'était le cas lorsque tous les syndicats avaient participé à la première séance de négociation. Mais, aujourd'hui, la loi impose une convocation par courrier ; il n'est donc pas sûr que le juge fasse preuve de la tolérance précitée.

Il reste à se demander qui doit être destinataire de ce courrier.

A l'origine, il était décidé que le délégué syndical n'était pas investi de plein droit du pouvoir de négocier et de signer le protocole d'accord préélectoral ; il lui fallait produire, à cette fin, un mandat spécial (42) ; mais cette solution avait l'inconvénient de nier le pouvoir général, inscrit aux articles L. 132-20 (devenu L. 2232-17) et L. 412-11 C. trav. (devenu L. 2143-3), dont est investi le délégué syndical pour représenter son syndicat auprès du chef d'entreprise ; c'est pourquoi la Cour de cassation a progressivement admis que la négociation d'un protocole préélectoral devait être menée par le délégué syndical désigné dans l'entreprise (43), sans qu'il ait à justifier d'un mandat spécial (44).

Il restait toutefois à lever certaines incertitudes sur le rôle exact que devait jouer ce représentant ; dispose-t-il d'un pouvoir exclusif de représentation (a) ? Lorsque la négociation du protocole a lieu dans les établissements, faut-il également inviter les organisations qui ne sont représentées que par des délégués syndicaux d'entreprise (b) ? Enfin, l'employeur peut-il se contenter d'inviter à la négociation préélectorale l'union départementale à laquelle est rattachée l'organisation qui a procédé à la désignation du délégué syndical (c) ?

a) *Les limites apportées aux pouvoirs du délégué syndical*

Sur le premier point, la Cour de cassation laisse à l'employeur le choix du destinataire de la convocation ; même s'il existe un délégué syndical dans l'entreprise, l'employeur peut préférer adresser la convocation au siège de l'organisation syndicale qui l'a désigné (45). Mais un syndicat représentatif peut ne pas disposer de délégué syndical dans l'entreprise où il souhaite participer à la négociation du protocole d'accord préélectoral (46) : dans ces hypothèses, il appartient à

(40) Cass. soc. 19 juin 1987, Bull. civ. V, n° 406 ; 29 oct. 1996, RJS 12/1996, n° 1289 ; 1<sup>er</sup> avr. 1998, préc. ; 25 nov. 1998, Dr. Ouv. 1999, p. 88, obs. D. Boulmier.

(41) Cass. soc. 29 oct. 1996, RJS 12/96, n° 1289 ; 1<sup>er</sup> avr. 1998, préc.

(42) Cass. soc. 6 mai 1985, JCP 1986, éd. E. I, 15062, p. 11 n° 3 obs. B. Teyssié ; Cass. soc. 17 avril 1991, Bull. V, n° 203.

(43) Cass. soc. 12 janv. 1999, Bull. V n° 13 ; V. également Cass. soc. 3 mai 2007, n° 06-60072 ; RJS 7/07, n° 867.

(44) Cass. soc. 12 fév. 2003, RJS 4/03 n° 488.

(45) Cass. soc. 2 mars 2005, CSBP 2005, A 44 p. 265.

(46) Cass. soc. 4 juil. 1990, Bull. V n° 351 ; Cass. soc. 4 fév. 1997, Bull. V n° 49 ; Dr. Soc. 1997, p. 434 obs. G. Couturier, RJS 3/1997 n° 310 ; Cass. soc. 1<sup>er</sup> avril 1998, Dr. Soc. 1998 p. 724 obs. G. Couturier, RJS 5/1998 n° 616.

l'employeur d'adresser une invitation à négocier au « *syndicat constitué dans la branche ou à l'union syndicale à laquelle il a adhéré* » (47). En décidant qu'en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise désigné par une organisation représentative au plan national, la convocation à la négociation préélectorale est valablement adressée aux « *syndicats constitués dans les différentes branches, ou aux unions syndicales auxquelles ils adhèrent* », l'arrêt du 9 juillet 2008 (48) ne faisait que reprendre une jurisprudence bien établie, susceptible de perdurer sous l'empire de la loi du 20 août 2008 (à l'égard des syndicats affiliés à une organisation représentative au niveau national et interprofessionnel ou des syndicats satisfaisant « *aux critères de respect des valeurs républicaines, légalement constitués depuis au moins deux ans et dont le champ géographique et professionnel couvre l'entreprise ou l'établissement concerné* ») ; mais il apporte tout de même un élément nouveau en retenant qu'il y a lieu de respecter un « *délai suffisant entre l'envoi du courrier et la date de réunion prévue pour la négociation du protocole préélectoral* ».

Lorsque les syndicats non représentatifs ont désigné un représentant à leur section syndicale, dont on sait qu'il détient le pouvoir de représenter son organisation au sein de l'entreprise ou de l'établissement (art. L. 2142-1-1 C. trav.), il semble possible, en raison de cette mission générale de représentation (qui peut même aller jusqu'au mandatement : art. L. 2143-23 C. trav.), de lui adresser l'invitation à la négociation préélectorale ; ce même représentant présente d'ailleurs toutes les qualités pour recevoir un mandat en vue de mener, au nom de son organisation, cette négociation.

#### *b) Hypothèse de la négociation organisée au sein des établissements*

À la seconde interrogation, la Cour de cassation a apporté une réponse sans ambiguïté (49) : le syndicat représentatif dans l'entreprise doit être invité aux négociations tenues dans les établissements, alors même qu'il ne dispose pas de délégués d'établissement, le défaut d'invitation « *à la négociation de tout ou partie de l'accord préélectoral* » étant une cause de nullité de cet accord (50). On est partisan de maintenir cette jurisprudence sous l'empire de la loi du 20 août 2008, même si le principe de concordance conduit à penser qu'un syndicat représentatif au niveau de l'entreprise ne l'est pas nécessairement au niveau de chaque établissement ; en vertu de sa représentativité

globalement appréciée au niveau de l'entreprise, le syndicat a un intérêt à être invité à la négociation d'un protocole d'accord qui, même partiel, aura nécessairement des répercussions sur la vie de l'entreprise (en raison par exemple des liens existant entre les comités d'établissement et le comité central d'entreprise).

Dans l'arrêt rendu le 12 mars 2008 (51), la Cour de cassation se fait encore plus précise : « *En l'absence de délégué syndical d'établissement, l'invitation à la négociation du protocole préélectoral doit être adressée au syndicat représentatif présent dans l'entreprise ou au délégué syndical central qu'il a désigné* ». Cette décision apporte aussi une précision tenant à la forme de l'invitation : si l'employeur choisit la voie classique de la lettre recommandée avec accusé de réception, encore faut-il que cet accusé soit signé de la main du délégué syndical ; si tel n'est pas le cas, l'employeur doit rechercher si l'invitation lui est parvenue avant la tenue de la première réunion de négociation, « *la seule information donnée par l'employeur de la date de la seconde réunion ne constituant pas une invitation régulière* ».

#### *c) Hypothèse d'une convocation adressée à l'union départementale*

Un arrêt rendu le 21 novembre 2007 (52) apporte quelques éléments de réponse à la dernière question ; en l'espèce, une union syndicale locale s'était plainte du fait que ni elle ni son délégué syndical n'avaient été invités à négocier le protocole préélectoral en vue des élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise ; pour la débouter de sa demande d'annulation des élections, le tribunal d'instance avait retenu que l'invitation avait été adressée à l'union départementale, à charge pour elle de la répercuter à l'échelon local ; mais la Cour de cassation rejeta cette argumentation, en faisant remarquer que « *l'invitation à négocier le protocole préélectoral doit être adressée, soit au délégué syndical présent dans l'entreprise, soit directement à l'organisation syndicale l'ayant désigné* » ; à défaut de convocation directement adressée au délégué syndical, il aurait donc fallu, dans l'affaire jugée le 21 novembre 2007, que l'invitation à négocier soit envoyée à l'union locale, non pas seulement à l'union départementale à laquelle appartenait cette union locale ; le délégué syndical n'est donc pas le destinataire exclusif de la convocation à négocier, celle-ci pouvant valablement parvenir au syndicat qui l'a désigné ; mais si

(47) AP, 5 juil. 2002, Dr. Soc. 2002 p. 1025, obs. J. Savatier, RJS 10/2002 n° 1149 ; Cass. soc. 15 déc. 1999, RJS 1/2000 n° 73.

(48) N° 07-60404 et n° 07-60416.

(49) V. H. Guyader, Protocole préélectoral : gare à n'oublier personne..., Semaine Sociale Lamy, 10 septembre 2007, p. 125.

(50) Cass. soc. 14 fév. 2007, RJS 5/07, n° 637 ; v. aussi Cass. soc. 15 fév. 2006, RJS 5/06, n° 607.

(51) N° 07-60394.

(52) N° 07-60023.

tel est le cas, le syndicat doit tout de même laisser son délégué syndical ouvrir et mener les négociations, ce dernier conservant le pouvoir de représenter le syndicat qui l'a désigné pendant tout le cours des négociations.

## 2) Le décompte des salariés mis à disposition

La loi du 20 août 2008 a modifié l'article L. 1111-2 C. trav. sur la question du décompte des salariés mis à disposition dans l'entreprise utilisatrice ; la condition tenant au décompte effectué à due proportion de leur temps de présence au cours des douze derniers mois reste inchangé ; en revanche, pour être compris dans l'effectif de cette entreprise, les salariés mis à disposition doivent présenter les deux caractéristiques suivantes : d'une part, ils doivent être présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice ; d'autre part, ils doivent travailler dans l'entreprise utilisatrice depuis au moins un an.

## 3) La question du vote des salariés mis à disposition

La loi du 20 août 2008 apporte des précisions importantes sur la condition « *d'intégration étroite et permanente à la communauté de travail* » que le juge avait posée (53) pour donner aux salariés mis à disposition un droit de vote ; désormais, la possibilité d'une « *double représentation* » a été réduite. Le principe selon lequel l'électorat peut s'acquérir par le seul fait de se placer sous l'autorité d'un employeur a bien été repris par le législateur ; mais il appartient aux salariés de faire le choix de l'entreprise où ils entendent voter ; par ailleurs, une distinction est faite quant à l'éligibilité entre les élections des délégués du personnel (a) et celle du comité d'entreprise (b). Pour la mise en place du CHSCT, la question de l'électorat et de l'éligibilité a été résolue par la jurisprudence (c).

### a) Pour l'élection des délégués du personnel

Pour les élections des délégués du personnel, les salariés mis à disposition disposent autant du droit d'être électeurs que celui d'être candidats dans l'entreprise utilisatrice ; mais ils peuvent aussi choisir d'exercer leur droit de vote et de candidature dans l'entreprise qui les emploie (entreprise avec laquelle ils sont liés par un contrat de travail) ; ils doivent répondre à une condition d'ancienneté (plus longue que celle des autres salariés) de douze mois continus pour être électeurs et de vingt-quatre mois continus pour être éligibles (art. L. 2314-18-1 C. trav.).

La Cour de cassation vient récemment d'apporter des éléments de reconnaissance de ces salariés mis à disposition en vue de leur inscription sur la liste électorale : sont considérés comme « *intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail, les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure qui, abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis une certaine durée, partageant ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs* » (54) ; pour connaître la durée minimale de travail, on s'en remettra à celle que prévoit la loi (douze mois continus) ; il n'est pas excessif d'affirmer que cette durée est d'ordre public, les dérogations aux conditions d'ancienneté étant de la compétence de l'inspecteur du travail (v. art. 2314-20 et L. 2324-18 C. trav.) ; en revanche, la condition tenant au partage de « *conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs* » appelle, par sa relativité, une interprétation jurisprudentielle ; au-delà de la communauté de lieu de travail, il est très probable que cette condition s'étende, par exemple, aux horaires de travail et aux règles d'hygiène, de sécurité et de discipline ; en revanche, l'intégration dans la communauté de travail ne semble pas nécessiter une identité de convention collective, notamment parce que ces personnels mis à disposition n'ont pas nécessairement à participer aux « *tâches essentielles à l'activité* » de l'entreprise utilisatrice ; il suffit qu'ils participent aux « *tâches nécessaires aux activités de l'entreprise* », tâches qui peuvent être sans rapport avec son activité principale (par exemple, un informaticien mis au service d'une banque).

### b) Pour l'élection des membres du comité d'entreprise

Pour les élections au comité d'entreprise, les salariés disposent également du choix d'exercer leur droit de vote dans l'entreprise qui les emploie ou dans l'entreprise utilisatrice, s'ils répondent aux mêmes conditions d'ancienneté ; mais l'article L. 2324-17-1 C. trav. les prive de l'éligibilité dans l'entreprise utilisatrice. Il n'exclut pas qu'ils puissent être éligibles au comité de l'entreprise qui les emploie.

### c) Pour l'élection des membres du CHSCT

En ce qui concerne l'élection du CHSCT, la jurisprudence a fait prévaloir le droit à l'électorat et à l'éligibilité dans l'établissement d'accueil ; dans un arrêt

(53) Cass. soc. 28 février 2007, RDT 2007 p. 229 note M.-L. Morin ; D. 2007, pan. p. 2270 obs. J. Pélissier.

(54) Cass. Soc. 13 novembre 2008, n° 08-60331 et n° 08-60332 ; v. aussi les arrêts rendus le même jour sous les numéros suivants : n° 07-42481 ; n° 07-60465 ; 07-60469 ; 07-60470 ; 07-

60471 ; 07-60472 ; 07-60434 ; Actualité jurisprudentielle, Recueil Dalloz 2008, n° 42 p. 2945. Deux de ces arrêts sont reproduits ci-avant en p. 17 avec le commentaire de Ph. Masson.



du 14 décembre 1999, elle avait montré assez nettement, en tenant une analyse de nature téléologique, qu'il y avait lieu de s'inspirer de la finalité du CHSCT pour déterminer les conditions d'éligibilité : le CHSCT a « pour mission de contribuer à la protection de la santé et de la sécurité des salariés de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure, y compris les travailleurs temporaires, ainsi qu'à l'amélioration des conditions de travail ; en raison de la nature de cette mission, tout salarié peut être désigné en tant que membre de la délégation du personnel prévue par l'article L. 236-5 dès lors qu'il travaille dans l'établissement où le CHSCT est constitué » (55). C'est donc l'intégration à la collectivité qui ouvre le droit de se présenter aux élections du CHSCT, même en l'absence de lien contractuel avec l'entreprise d'accueil. D'autres arrêts (56) ont ensuite insisté sur l'importance d'une implantation réelle du salarié désireux de se porter candidat sur le site accueillant le CHSCT.

En sens inverse, la Cour de cassation (57) a privé, très logiquement, les salariés exclusivement mis à disposition du droit d'être élus au CHSCT de leur entreprise de travail temporaire ; c'est toujours la finalité du CHSCT qui a conduit à écarter leur éligibilité : il ne sert à rien d'élire des représentants absents du site où se tient le CHSCT.

## **B. Les conditions de validité du protocole d'accord préélectoral**

Les nouveaux articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 modifient les conditions de conclusion des protocoles d'accords préélectoraux, en substituant au principe de l'unanimité des signatures celui d'une majorité qualifiée, que M. Bernard Gauriau présente comme une « double majorité » (58) ; cet aménagement se situe dans le prolongement d'une jurisprudence constante qui n'avait de cesse, selon l'expression de M. Georges Borenfreund, de faire subir à la négociation préélectorale l'attraction du droit commun de la négociation collective (59). Par exemple, il était jugé que l'absence d'unanimité sur les seules modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales fixées par l'accord ne le rendait pas nul : elle justifiait seulement la saisine du juge d'instance pour la fixation des modalités sur lesquelles l'accord n'a pu intervenir (60). L'accord portant sur la répartition des sièges entre les différentes catégories pouvait aussi n'être

signé que par une partie seulement des syndicats (61) ; également, le juge imposait initialement la conclusion d'un accord collectif recueillant l'unanimité des organisations syndicales intéressées pour augmenter le nombre de représentants élus (62) ; en l'absence d'un tel accord, cette augmentation ne pouvait résulter de la volonté d'un seul syndicat (63), de la volonté du juge (64), d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur (65). Mais la jurisprudence était revenue sur la solution du 19 juin 1987 : depuis un arrêt du 8 décembre 2004, elle n'exigeait plus l'unanimité des organisations syndicales intéressées lorsqu'il était question d'augmenter le nombre des membres du comité d'entreprise (66).

Dans son choix d'assouplir les conditions de conclusion des protocoles d'accords préélectoraux, la loi du 20 août 2008 s'est faite l'écho de ces évolutions jurisprudentielles ; désormais, la validité d'un protocole d'accord préélectoral est subordonnée à sa signature par la « majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation, dont les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise ».

Pour mesurer cette condition, il faudra donc d'abord s'assurer de l'existence d'une majorité de signataires parmi les syndicats ayant participé à la négociation ; vraisemblablement, ce calcul ne prendra en compte que les organisations effectivement présentes à la négociation, non pas toutes celles qui ont été invitées à cette négociation ; ce n'est que dans un deuxième temps qu'il y aura lieu de s'assurer, au sein du cercle des groupements signataires, de l'existence d'une majorité de syndicats effectivement présents dans l'entreprise ; le calcul de cette majorité s'opère sur critère électoral (par rapport au nombre de voix exprimés lors des dernières élections) ou, à défaut de résultats, entre les organisations effectivement représentatives dans l'entreprise.

Ces nouvelles règles relatives à la conclusion des accords collectifs concernent la répartition du personnel entre les collèges et celle des sièges entre les collèges (art. L. 2314-11 et L. 2324-13 C. trav.), la détermination

(55) Cass. soc. 14 déc. 1999, RJS 1/00 n° 74, Bull. V n° 486 ; CSBP 2000, n° 117, A4, obs. C. Charbonneau ; v. aussi auparavant Cass. soc. 4 juillet 1989, RJS 8-9/89 n° 700, Bull. V n° 502.

(56) RJS 6/07, n° 748.

(57) Cass. soc. 6 décembre 2006, RJS 4/07 n° 505.

(58) B. Gauriau, La rénovation de la démocratie sociale, JCP 2008, éd. soc., 1448, p. 13 et s.

(59) G. Borenfreund, Négociation préélectorale et droit commun de la négociation collective, Mélanges Pélessier, 2004, Dalloz, p. 93.

(60) Cass. soc. 28 oct. 1997, Bull. civ. V, n° 350, RJS 12/97, n° 1404 ; 20 nov. 2002, RJS 4/2003, n° 489.

(61) Cass. soc. 12 juin 2002, n° 01-60617, Bull. V n° 203.

(62) Cass. soc. 19 juin 1987, Bull. V n° 411.

(63) Cass. soc. 20 juill. 1981, Bull. V n° 710.

(64) Cass. soc. 18 mai 1983, Bull. V n° 265.

(65) Cass. soc. 20 juin 2000, n° 99-60153, Bull. V n° 239 ; 30 mai 2001, Bull. V n° 199.

(66) Cass. soc. 8 déc. 2004, n° 03-60508, Bull. V n° 325.

des établissements distincts pour la mise en place des délégués du personnel et du comité d'établissement, ainsi que pour la perte de la qualité d'établissement distinct (art. L. 2314-31 et L. 2322-5 C. trav.) ; elles intéressent également les conditions de mise en place des délégués de site (art. L. 2312-5 C. trav.) et la détermination du nombre de membres du comité d'entreprise (art. L. 2324-1 C. trav.).

Mais ce principe de majorité n'atteint pas la négociation visant à modifier le nombre et la composition des collèges électoraux (art. L. 2314-10 et L. 2324-12 C. trav.) : en la matière, l'unanimité est toujours requise. On peut donc continuer à appliquer la jurisprudence déjà rendue sur le sujet : si une organisation représentative est hostile à cette modification, il y a lieu de ne pas appliquer l'accord – qui sera considéré comme nul par le juge s'il est saisi (67) – et de revenir aux règles légales (68).

L'unanimité est aussi requise pour obtenir un accord organisant l'élection en dehors du temps de travail (art. L. 2314-22 C. trav. et L. 2324-20 C. trav.) ou supprimant un comité d'entreprise (art. L. 2322-7 C. trav.).

En principe, l'unanimité est encore requise pour obtenir un accord sur les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales (art. L. 2314-23 C. trav.) ; mais la jurisprudence avait déjà assoupli cette exigence ; l'absence d'unanimité sur les seules modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales fixées par l'accord n'entraîne pas sa nullité : elle justifie seulement la saisine du juge d'instance pour la fixation des modalités sur lesquelles l'accord n'a pu intervenir (69). A ainsi été jugé valide un protocole d'accord préélectoral prévoyant l'organisation du scrutin sur deux jours et trois bureaux de vote, avec une heure de clôture identique pour tous, même si tous les syndicats n'y ont pas adhéré, parce qu'il était de nature à permettre une plus large participation des salariés et ne portait atteinte ni à la liberté de voter, ni à la confidentialité des votes (70).

Lorsqu'elle était prévue à défaut d'accord, la saisine de l'autorité administrative a été maintenue (71) à l'identique.

**Franck Petit**

(67) Cass. soc. 11 oct. 1994, n° 93-60.446, Bull. civ. V, n° 273.

(68) Cass. soc. 26 janv. 1999, n° 98-60256, Bull. V n° 272.

(69) Cass. soc. 28 oct. 1997, Bull. civ. V, n° 350, RJS 12/97, n° 1404 ; 20 nov. 2002, RJS 4/2003, n° 489.

(70) Cass. soc. 10 mai 2000, n° 99-60.064.

(71) V. F. Petit, Représentants du personnel (élections), Répertoire Dalloz de droit du travail, oct. 2005, n° 64 et s.



## Les grands arrêts du droit du travail

par Jean Pélissier, Antoine Lyon-Caen, Antoine Jeammaud, Emmanuel Dockès

Celui qui entend connaître le droit du travail, à des fins d'étude, ou à des fins pratiques, ne peut se passer des grands arrêts. Certains sont déjà anciens. Ils ont tracé des orientations durables, dont le législateur a pu ensuite s'inspirer. D'autres, les plus nombreux, sont récents. Confrontée, en effet, à un droit légiféré dense et fréquemment révisé, la Cour de cassation a cherché à dégager l'intelligence de ces textes pour livrer ainsi leur mode d'emploi. Non sans paradoxe, la jurisprudence a, de la sorte, gagné en importance à raison même de l'activisme du législateur. Mais c'est aussi parfois, en l'absence de textes, que la Cour de cassation a dû et su établir, ici, les droits et obligations des parties au contrat de travail – citons la grève et son régime. Ce qui est remarquable, c'est le souci manifeste, que traduit la rédaction des arrêts, de formulations claires et, autant que possible, de règles simples. La simplicité n'est toutefois pas toujours accessible dans des relations que traversent des tensions et oppositions d'intérêts et de principes.

La quatrième édition de cet ouvrage majeur contient de nouveaux développements relatifs notamment au contrôle des clauses contractuelle (clauses de mobilité, clauses salariales), à l'égalité des droits entre les salariés, à l'obligation de sécurité, à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, à la loyauté dans la négociation collective et la représentativité des signataires des conventions collectives, aux conflits collectifs.

Dalloz - 2008 - 992 pages - ISBN 9782247077830 - 38 € - A commander en librairie ou sur [www.boutique.dalloz.fr](http://www.boutique.dalloz.fr)