

Un sens à la représentativité syndicale

(autour de l'arrêt Soc. 14 avril 2010, *SDMO Industries*)

par Anne BRAUN, Conseillère confédérale, Docteur en droit
et Pascal RENNES, Directeur du travail honoraire

PLAN

I. Aléas et obsolescence du régime de la représentativité

- A. De quelques incidents de parcours significatifs dans la mise en place du système de représentation des salariés et de représentativité syndicale
- B. L'émergence inévitable d'un nouveau régime de représentativité syndicale

II. L'arrêt du 14 avril 2010

- A. Représentativité syndicale et liberté syndicale
- B. La figure du représentant

III. Le compromis, version loi du 20 août 2008, une étape à dépasser

- A. Des difficultés apparues en cours de route sont liées pour beaucoup à la situation complexe de la période transitoire
- B. Pour la démocratie (sociale) dans l'entreprise on peut faire mieux

Le dictionnaire Larousse nous rappelle que la rade est un grand bassin où les navires peuvent se mettre à l'abri. Certaines rades sont naturelles, telle celle de Brest, d'autres sont artificielles, comme celle de Cherbourg. Rester en rade signifie être dans l'impossibilité de continuer, mais, assez souvent, un navire sous l'effet de la tempête ne peut plus tenir à l'ancre et doit quitter la rade censée l'abriter.

Cette petite métaphore marine pourrait être assez facilement transposée au régime ancien de la représentativité syndicale et à la situation qui a conduit à la réforme consacrée par la loi du 20 août 2008. Les navires des cinq confédérations syndicales représentatives selon l'arrêté du 31 mars 1966 ne pouvaient plus se croire à l'abri, au risque de rouiller sur place, de prendre l'eau. Tout simplement parce qu'elles ne sont pas des structures cuirassées, inoxydables, mais des organisations par essence poreuses, sensibles à leurs constituants : les travailleurs (euses) et parmi eux (elles) les syndiqués(ées) qui agissent, s'expriment, négocient directement ou par l'intermédiaire de représentants désignés ou élus au suffrage universel.

Alors la représentativité, la capacité de parler au nom d'un groupe de salariés (de tous les salariés) plus large que les simples adhérents ne pouvait rester octroyée, décrétée par le pouvoir réglementaire, indépendamment de toute référence (1), de toute légitimité provenant des mandants eux-mêmes. Cette distorsion prenant une dimension insupportable croissante depuis l'extension du champ et des acteurs de la négociation dérogatoire (2), la revendication démocratique (3) de la validation majoritaire des accords collectifs devenait le correctif nécessaire (4).

La loi du 20 août, résultat provisoire d'un lent cheminement (I.) inachevé (5) reste un compromis largement à parfaire (III.). L'arrêt du 14 avril 2010 (6) constitue un point d'orgue utile (II.) à l'expérimentation sérieuse de cette réforme de la représentativité syndicale restée si longtemps en rade.

Les relations collectives de travail et leurs règles ne sont pas vécues comme une croisière tranquille, on gardera à l'esprit, en guise de boussole, qu'il est fort souhaitable de soutenir que la liberté syndicale doit naviguer de conserve avec une conception démocratique de la représentativité syndicale, sinon la liberté ressemblerait fort à une dispersion des passagers ballottés au gré des vents.

(1) Les décisions ministérielles du 8 avril 1948 et du 31 mars 1966.

(2) M. Poirier, « La dérogation *in pejus* », Droit social 1995, p. 885.

(3) Ancienne pour la CGT, R. Pascré « La négociation collective après la loi du 13 novembre 1982 », Dr. Ouv. 1983, p. 39.

(4) F. Saramito « A la recherche d'une majorité dans la négociation collective », Dr. Ouv. 2000, p. 428 et les dossiers « Négociations collectives, démocratie, représentativité : les propositions de la

CGT », Le Peuple n° 1504, p. 30 ; n° 1529, p. 29. P. Rennes « Du nerf pour la négociation collective », Le Peuple n° 1540, p. 27.

(5) G. Lyon-Caen « A propos d'une négociation sur la négociation », Dr. Ouv. 2001, p. 1.

(6) Ch. soc. 14 avril 2010, *SDMO et CFDT c/ UJ CGT-FO* reproduit en annexe.

I. Aléas et obsolescence du régime de la représentativité

La loi du 20 août 2008 n'est pas tombée d'un ciel serein comme cadeau offert aux salariés ou même comme consécration législative de « la position commune » convenue le 9 avril entre le MEDEF, la CGPME et les confédérations syndicales CGT et CFDT. Elle a été précédée de multiples réformes, rapports, avis portant aussi bien sur les élections professionnelles que sur la négociation collective même, la hiérarchie des normes, leur articulation, leur mode d'élaboration (B.). Les données relativement récentes ne doivent pas cacher quelques aspects anciens et laborieux de la mise en œuvre du système français dual de la représentation élective et syndicale des travailleurs (A.) qui a façonné et quelque peu figé les relations collectives de travail et le paysage syndical.

A. De quelques incidents de parcours significatifs dans la mise en place du système de représentation des salariés et de représentativité syndicale

Disons tout de suite que le patronat français a, de façon plus obsessionnelle qu'ailleurs, combattu ou freiné pendant longtemps toute mise en place d'une réelle représentation et organisation des travailleurs dans les entreprises, toute autonomie collective. Eux-mêmes fortement individualistes (en apparence au moins), ils ont manœuvré pendant des dizaines d'années pour ne pas reconnaître les interlocuteurs syndicaux au niveau des branches professionnelles ; les minima conventionnels en matière de salaires talonnés ou dépassés par le SMIC sont une illustration de cette situation, comme au niveau de l'entreprise.

C'est seulement par la contrainte de la mobilisation ouvrière qu'ont pu être mis en place les délégués du personnel en 1936. Ils ont été en fait désignés par les syndicats pendant une courte période. Ce n'est qu'après la Libération que ces délégués ont été élus par les salariés, d'abord selon un système majoritaire valorisant les listes de candidats arrivés en tête (7), mais déjà élus dans deux collèges distincts (8), ce qui, compte tenu du très faible nombre de sièges, favorise systématiquement à l'époque le deuxième collège. Cela d'autant que la règle du scrutin proportionnel est instaurée (9)

explicitement pour asseoir une meilleure représentation de la CFTC.

Lors des débats précédant la loi du 16 avril 1946, il avait été envisagé la mise en place de quatre collèges et, par la suite, la question de la dérogation au nombre de collèges a fait l'objet de controverses doctrinales suivies d'une campagne patronale pour l'instauration d'un troisième collège réservé à l'encadrement, dès l'existence de dix ingénieurs et cadres, pour les élections au CE et les délégués du personnel. Une « recommandation commune » (sic) a été adoptée conjointement par le CNPF, la CGC, la CFTC et FO (10). Cette campagne pour un troisième collège a débouché en 1972 (11).

Ce découpage en collèges électoraux avec les combinaisons et contentieux qu'il engendre est un montage spécifique à notre pays. La loi du 20 août 2008 n'en a pas atténué les conséquences, créant même un imbroglio un tant soit peu discriminatoire (12).

A la même époque (13), les confédérations syndicales reconnues représentatives et leurs syndicats affiliés se sont vue autorisés quelle que soit leur implantation dans l'entreprise, à désigner un représentant syndical au comité d'entreprise. Cette innovation n'était pas destinée à « syndicaliser » les comités d'entreprise, mais à favoriser le pluralisme syndical (14) là où les salariés avaient opté très majoritairement pour une liste syndicale plutôt que pour d'autres.

On ne reviendra pas sur les limites de la loi du 27 décembre 1968 permettant l'existence de sections syndicales ou de syndicats d'entreprise sous la forme quelque peu étriquée du délégué syndical (15), mais on soulignera qu'il a fallu attendre 1982 (16) pour que les syndicats, même affiliés aux confédérations représentatives, puissent présenter des listes de candidats au premier tour des élections professionnelles sans avoir à apporter la preuve préalable de leur représentativité dans l'entreprise ou dans le périmètre concerné. Cet état du droit laissait aux employeurs un champ de manœuvre important pour contester une organisation candidate au profit d'une autre qu'ils jugeaient plus convenable.

Bien que conditionnée pendant longtemps par l'existence préalable d'une section syndicale en voie de

(7) Le plus souvent les listes CGT, la CFTC restant très minoritaire.

(8) Ordonnance du 22 février 1945 concernant les comités d'entreprises.

(9) La loi du 7 juillet 1947 est votée à 23 voix de majorité. Dans sa thèse *Le statut des délégués du personnel et des membres du CE*, LGDJ 1964 et 1967, Maurice Cohen indique qu'il ne s'agit pas d'une vraie proportionnelle à cause du petit nombre de sièges et de la division en collèges. De nombreuses questions encore en débat étaient posées à l'époque, les manœuvres et calcul des uns et des autres apparaissent à toutes occasions.

(10) Recommandation commune du 25 juillet 1960.

(11) Loi du 29 décembre 1972.

(12) On reviendra plus loin sur cet aspect à propos d'un principe d'égalité brandi haut et fort ici et là.

(13) Loi du 18 juin 1966.

(14) Formule souvent utilisée pour ne pas parler de divisions syndicales. L'UNSA, elle, aime « *diversifier l'offre syndicale* ».

(15) P. Rennes « Représentativité syndicale et réalité des droits syndicaux », Dr. Ouv. 2007, p. 20.

(16) Loi du 28 octobre 1982.

constitution, puis par la présence d'au moins deux syndiqués, la désignation d'un délégué syndical a été largement ouverte aux syndicats affiliés à une des cinq confédérations représentatives après l'arrêt du 27 mai 1997 (17). Ainsi, depuis une dizaine d'années, le « pluralisme syndical » avait pu faire quelques progrès et élargir le cercle des interlocuteurs syndicaux de plus en plus recherchés par les directions d'entreprise pour négocier. C'est, on le sait, le nouveau régime de la négociation collective progressivement aménagé depuis l'ordonnance du 16 janvier 1982 et la loi du 13 novembre de la même année qui a beaucoup contribué à rendre inacceptable, notamment pour les salariés, la situation figée depuis 1966 et déjà à l'époque quelque peu injuste (18).

B. L'émergence inévitable d'un nouveau régime de représentativité syndicale

Le contentieux récent préélectoral ou celui concernant la désignation des délégués syndicaux a pris quelques tournures médiatiques peu habituelles en la matière et pourrait laisser croire qu'une réforme brutale et partisane provoque une hécatombe de victimes dans les rangs syndicaux (19).

1. Une question ancienne à géométrie variable selon les pays

Souignons d'entrée que l'instauration et l'agencement d'un système de représentativité se pose depuis bien longtemps et pas seulement dans notre pays et que les traités internationaux (20) ont tenté d'en baliser les contours. Ce recul nécessaire permet d'envisager les transformations silencieuses (21) passées et à venir avec moins d'aigreur, plus de combativité. Évidemment, on retiendra que les circonstances historiques, culturelles et peut-être plus encore la structuration des entreprises ont joué un rôle important dans les relations collectives de travail. En miroir, la répartition des rôles et des acteurs (22) dans la construction du droit du travail, la place relative et l'ordre chronologique ou hiérarchique des sources ont beaucoup contribué, ici et là, aux configurations variées du mouvement syndical d'un pays à l'autre.

Cette richesse en évolution rend quelque peu complexe une normalisation internationale qui n'est peut-être pas si nécessaire que cela (23).

Alors le couple liberté syndicale et représentativité syndicale, pour garder une certaine harmonie et une espérance de vie correcte, doit fonctionner avec souplesse et surtout dans la plus grande indépendance vis-à-vis des employeurs et des manœuvres politiciennes de gouvernements peu soucieux de démocratie sociale. Parce que décalée dans le temps et dans l'espace (la France n'étant pas en cause), on trouvera dans une étude, ancienne maintenant, du professeur Jean-Marc Béraud (24) des illustrations éclairant les essais d'équilibrer le niveau et le mode d'élaboration des droits et la configuration des acteurs syndicaux, leurs concentrations ou non, leur représentativité forte ou leur émiettement. L'une et l'autre situation n'étant pas forcément synonyme de représentativité ou de liberté syndicale certaines.

Le champ de l'action syndicale est souvent réduit à la fonction de négociation collective et, au mieux, aux attributions d'information et de consultation. Les multiples canaux et manifestations de l'action et de l'expression collectives, la grève même avec ses variations (droit individuel ou organique) sont pour le moins laissés de côté (25). Tout au plus est-il admis en droit français une articulation assez étroite et une complémentarité (26) entre les prérogatives syndicales et les instances représentatives du personnel élues, et cela pas seulement au moment de leur élection.

2. Mode d'articulation des sources du droit et place des acteurs

Toujours est-il que, de façon générale, l'agencement liberté syndicale - organisation de la représentativité syndicale est bien tributaire de l'articulation et du mode d'élaboration des sources en droit social au sens large. Or, cette articulation et ce mode de construction ont bien changé ces trente dernières années : de façon insidieuse au début des années 1980 et avec un volontarisme certain, si ce n'est une brutalité affichée, plus récemment. Le système de représentativité au niveau national et

(17) Cass. soc. 27 mai 1997, Dr. Ouv. 1997, p. 263, note P. Rennes.

(18) Quand l'arrêté du 31 mars 1966 a été pris, rien ne permettait de mesurer un tant soit peu l'étendue de l'influence et de l'implantation de la CFTC maintenue pourtant dans la liste des confédérations les plus représentatives. Cela avait déjà été le cas en 1948 pour la décision de reconnaissance de la CGT-FO à peine constituée.

(19) Si hécatombe il y a, c'est la persistance du licenciement par milliers chaque année de représentants du personnel élus ou des délégués syndicaux. Les élus et mandatés CGT ont pour cela les faveurs assidues des patrons.

(20) Conventions, chartes invoquées dans l'arrêt annexé.

(21) Expression empruntée à l'essai stimulant de F. Jullien « Les transformations silencieuses » chantiers I 2009, Grasset.

(22) S. Yannakourou, *L'État, l'autonomie collective, le travailleur*, LGDJ, 1995.

(23) Les conventions internationales sont elles-mêmes issues d'institutions variées qui n'ont pas les mêmes fondements,

champs et dont l'articulation reste hypothétique (sur l'interdépendance des normes internationales, v. ci-après les obs. de M. Bonnechère sous CEDH 21 avr. 2009). Les affaires *Laval* et *Viking* pourraient être traitées avec quelques nuances entre la CJCE et l'OIT apparemment saisie. F. Lefresne, S. Laulom « Dessein et destin de quatre arrêts de la CJCE : Peut-on maintenir la spécificité de modèles sociaux en Europe ? », la revue de l'IREN n° 63, p. 127. Le Droit Ouvrier aura probablement l'occasion de revenir sur ce sujet.

(24) « Aspects de la liberté syndicale, au sens de la convention européenne des droits de l'Homme », Dr. soc. 1986, p. 384.

(25) On peut le regretter ou non, sauf si l'usage de cette liberté fondamentale est considérée comme une mauvaise pratique ou disproportionnée.

(26) J.-M. Verdier souligne avec précision les canaux de cette articulation, *Traité de Droit du travail, Syndicats*, volumes 1 et 2, Dalloz 1984.

interprofessionnel et par affiliation au niveau des branches et des entreprises, lui, restait inchangé alors que la hiérarchie des normes légales, conventionnelles, l'ordre public social, le principe de faveur lui-même commençaient à subir de sérieuses distorsions (27).

L'effet *erga omnes*, l'application à l'ensemble des travailleurs (et non aux seuls adhérents du syndicat signataire) d'une convention signée par un seul syndicat représentatif, même peu implanté, restait la règle dans ce contexte très changé, règle à peine tempérée, s'agissant de certains accords dérogatoires, par un droit d'opposition aléatoire bien éloigné d'une validation majoritaire un tant soit peu démocratique.

Pendant ce temps les travailleurs étaient directement touchés dans leur conditions concrètes de travail par des accords en matière d'aménagement du temps de travail, d'heures supplémentaires, par des accords dérogatoires, assortis de contreparties dérisoires ou fragiles, accords signés dans des conditions de majorité incertaine, sans mesure de la représentativité réelle (28).

Le principe de la présomption de représentativité n'était pas spécialement contesté par les salariés, c'est l'attribution de cette représentativité sans mesure périodique et ses conséquences liées à l'effet *erga omnes* sans conditions de représentation et d'approbation majoritaire qui devenaient insupportables.

Sur fond de crise plus ou moins latente, de mondialisation, de compétitivité, voire de souplesse, d'anti-étatisme et de modernisation, le camp patronal (un peu divisé) se lançait dans une campagne de longue haleine prônant le « tout contractuel » si possible au niveau le plus « adapté », l'entreprise, sur le principe suivant : l'accord d'entreprise prime sur l'accord de branche, sur la loi, et lie le juge.

Un point culminant semble être atteint en 2000 lors des négociations interprofessionnelles intitulées « *refondation sociale* » (29).

(27) H. Tourniquet « Le projet de loi relatif au développement de la négociation collective : attention danger ! », Dr. Ouv. 1996, p. 179 ; M. Poirier « Brefs propos sur le projet de loi inspiré par l'ANI du 31 octobre 1995 relatif à la politique contractuelle », Dr. Ouv. 1996, p. 316 ; M. Bonnechère « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail, quelques repères », Dr. Ouv. 2001, p. 411 ; F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, bibl. de l'institut A. Tunc, LGDJ, 2007.

(28) A propos des accords de méthodes phagocytant les prérogatives des comités d'entreprise P. Rennes « D'un débat majeur à un accord mineur », Dr. Ouv. 2005, p. 311 (disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>). Des ébauches éphémères de principes majoritaires ont conditionné certains accords relatifs à la réduction et à l'aménagement du temps de travail (loi *Aubry II* et même par consultation des salariés C. Baumgarten, I. Taraud « L'application du droit commun électoral au référendum instauré par la loi *Aubry II* ». TI de Clermont-Ferrand (référé) 26 février 2001, Dr. Ouv. 2001, p. 167.

3. L'émergence

On passera sur les débats plus récents portant diverses appellations alléchantes reprises dans l'intitulé des réformes consacrées par les lois du 4 mai 2004, du 31 janvier 2007 et enfin du 20 août 2008 qui nous occupe maintenant. Le déplacement manifeste vers des interlocuteurs patronaux et syndicaux d'une grande part de la construction (30) du droit du travail ne pouvait se faire sans une vérification de la légitimité de ces interlocuteurs appelés en grande partie à se substituer, peu ou prou, au niveau national à la représentation parlementaire. La négociation devant au moins par la fameuse procédure de « délibération sociale » précéder et baliser le travail parlementaire (31).

Au niveau de l'entreprise, il était peu admissible et même inimaginable d'accentuer le malaise existant, la coupure entre représentés et représentants en ouvrant encore plus le champ de la dérogation à la loi et aux accords de branches (32), sans assurer une légitimité de base des négociateurs et sans amorcer un mode d'adoption majoritaire des accords, quels qu'ils soient.

Pour cela, il fallait bien trouver un instrument de mesure, une périodicité et un mode d'adoption des accords collectifs. Les rapports, consultations, avis, puis négociations se sont succédés de 2005 à 2008 (33). La première « position commune », texte adopté entre les seules confédérations CGT et CFDT (34) à la suite de l'avis du Conseil économique et social, demandait l'instauration d'une mesure électorale périodique de la représentativité assortie d'un seuil minimum, la généralisation d'élections directes pour tous les salariés et, sur cette base électorale mesurée, l'adoption du principe majoritaire pour valider les accords de tous niveaux.

L'accès aux élections professionnelles devant être ouvert aux syndicats remplissant des critères élémentaires de fonctionnement et d'indépendance.

C'est en chemin vers cet objectif que s'est situé le compromis du 9 avril 2008, négocié par l'ensemble des organisations syndicales avec les organisations

(29) G. Lyon-Caen « A propos d'une négociation sur la négociation », Dr. Ouv. 2001, p. 1. Le thème de campagnes avoisinant cette période sont largement repris par le rapport (un de plus) J. Barthélemy et G. Cette de ce début d'année.

(30) De la transformation, voire de la réversibilité.

(31) La terminologie, le flou des formulations de l'ANI du 8 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail a produit quelques péripéties dans les débats parlementaires selon que certains se référaient à la lettre ou à l'esprit du texte. On peut espérer que le législateur ne s'emparera pas de la transposition de l'ANI du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail.

(32) Loi du 4 mai 2004 notamment.

(33) Notamment les rapports Chertier (2005), Hadas Lebel (2006), la saisine gouvernementale du Conseil économique et social et son avis de novembre 2006.

(34) Position commune syndicale du 4 décembre 2006, Dr. Ouv. 2007, p. 30 (ne pas confondre avec celle du 9 avril 2008).

patronales, appelé aussi « position commune » compromis transcrit à sa manière par le gouvernement dans un projet de loi discuté à la va-vite, c'est une habitude, au début de l'été. Assorties d'une période transitoire, les nouvelles dispositions, trouées par endroit,

donnent du fil à retordre à beaucoup d'acteurs syndicaux et aux tribunaux. Parmi d'autres (35), l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation examiné ci-après donne l'occasion de vérifier la qualité de l'ossature centrale de la loi du 20 août 2008.

II. L'arrêt du 14 avril 2010 (36)

Les juges de la Cour de cassation allaient-ils mettre fin au cheminement vers un syndicalisme rénové en déclarant certaines dispositions de la loi du 20 août 2008 contraires aux normes internationales, ou « rendre un avis fort » (37) quant à la légitimité du dispositif mis en place par la loi du 20 août 2008 ? Cette décision fut, sans conteste, l'une des plus attendue de l'année 2010.

Pour mémoire, l'union départementale Force Ouvrière a désigné M. B. en qualité de représentant syndical au comité d'entreprise et également de délégué syndical de l'entreprise. Ceci alors même que la liste électorale présentée par le syndicat FO n'a obtenu ni deux élus, ni 10 % des suffrages exprimés au premier tour des élections du comité d'entreprise. Ces désignations ont été contestées par l'union départementale CFDT et par l'employeur.

Le juge d'instance de Brest a donné raison au syndicat FO, considérant que plusieurs dispositions de la loi du 20 août 2008 contrevenaient aux textes internationaux et européens suivants : à l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, aux articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne, à l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, aux articles 4 de la convention n° 98 et 5 de la convention 135 de l'OIT. Ce jugement a résonné comme un coup de tonnerre puisque ce sont les fondements même du nouveau système de représentativité syndicale qui étaient mis à mal (38).

Un pourvoi a été formé par l'employeur, un autre par l'union départementale CFDT. La Cour de cassation s'est prononcée le 14 avril dernier, en rendant un arrêt cassant sans renvoi le jugement du Tribunal d'instance. Si aujourd'hui ce jugement tient plus du « pétard mouillé » que du coup de canon, il nous semble intéressant en ce qu'il interroge des notions fondamentales (38 bis). Les questions posées à la Cour ont principalement tourné autour de la définition de la liberté syndicale (A). Les juges ont dû déterminer si le fait de réserver le droit de négocier aux seuls syndicats représentatifs (sachant que l'obtention

d'une audience de 10% des suffrages exprimés est un des critères de la représentativité) était contraire aux normes supranationales.

La figure de la représentation syndicale (B), telle que conçue par la loi du 20 août 2008, a aussi été mise en cause au regard de ces textes. Le fait de devoir choisir son délégué syndical prioritairement parmi les candidats ayant remporté 10% des suffrages exprimés en leur faveur (sur leur nom) était-il contraire aux exigences internationales en matière de liberté syndicale, était-il constitutif d'une ingérence dans la vie des syndicats ? Les nouvelles règles de représentativité affaiblissaient-elles la représentation syndicale au profit de la représentation élective ?

Enfin, le second moyen de pourvoi portait sur les nouvelles règles de désignation du représentant syndical au comité d'entreprise.

A. Représentativité syndicale et liberté syndicale

Le tribunal de Brest retient que le fait de réserver le droit de mener des négociations aux seuls syndicats représentatifs (donc ayant obtenu 10% des suffrages exprimés) est contraire aux textes internationaux et européens précités puisque cela prive les organisations n'atteignant pas ce résultat d'un élément essentiel du droit syndical. Comme l'indique le rapport du conseiller Jean-Marc Béraud (39), les textes sur lesquels s'appuient les défendeurs restent très généraux quant au niveau d'exigence en matière de liberté syndicale. Seul l'article 11 de la Convention européenne précise la notion de liberté syndicale en en offrant une acception très large. Toutefois, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a récemment précisé les prérogatives syndicales au regard de ce dispositif (40).

Selon ces juges européens, si ce texte a établi un lien direct entre le droit de mener des négociations collectives et le droit de fonder et de s'affilier à des syndicats, les États restent libres « d'organiser leur système de manière

(35) F. Petit « Les premières décisions intéressant la rénovation de la démocratie sociale (loi du 20 août 2008) », Dr. Ouv. 2009, p. 585.

(36) Reproduit en annexe.

(37) L. Pécaut-Rivolier, « La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens », Dr. soc. 2010, p. 648.

(38) La décision est reproduite au Dr. Ouv. 2009, p. 623 et s, note P. Rennes.

(38 bis) Pour une appréciation contraire, v. ci-après M.F. Bied-Charreton.

(39) J.M. Béraud, « Les nouvelles règles sur la représentativité : l'évaluation de la Cour de cassation », RDT 2010, p. 276.

(40) CEDH, 12 novembre 2008, requête 34503/97, aff. *Demir et Baykara c./Turquie*, Dr. Ouv. 2009 p. 352 n. M. Bonnechère.

à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs ». L'encadrement de la liberté syndicale, dans sa dimension collective, n'est donc pas proscrit par les textes internationaux (41).

Ainsi, la Cour de cassation a validé le principe d'une mesure de l'audience pour déterminer la représentativité et par là-même l'accès à la négociation. Cela se justifie par le fait que le droit de la négociation est un droit des salariés (42), d'ailleurs l'effet *erga omnes* des conventions collectives et les sujétions qu'elles peuvent mettre en place implique que ce droit ne peut qu'être celui des travailleurs. Il est donc logique que les salariés choisissent leurs représentants aux négociations collectives.

Cela n'entre pas en contradiction avec l'idée selon laquelle l'exercice de ce droit doit être confié aux syndicats pour essayer de rétablir une égalité entre négociateurs. Bien au contraire, le fait que les salariés choisissent leurs syndicats devrait renforcer leur « vocation naturelle » (43) à mener les négociations.

Un des défis de « la position commune » (44) était de s'extraire d'un système de représentation décidé par le pouvoir exécutif. Pour mémoire, la liste des organisations représentatives sur le plan national (et de façon descendante, dans les branches, les entreprises, les groupes...) étaient édictée par un arrêté (45). Cet agrément étatique constituait pour sa part une réelle mise en péril de la liberté syndicale. D'ailleurs ce système a contribué à ce que les salariés se voient souvent confisquer leur droit à la négociation par des syndicats très minoritaires.

Si le principe même de critères de représentativité déterminés, quantifiables pour certains et mesurés de façon régulière nous semble incontournable, la détermination de ces critères doit faire l'objet d'une réflexion sans cesse renouvelée. Dans le cas de la loi du 20 août 2008, il ne nous semble pas crédible de prétendre que le vote des salariés entrave la liberté syndicale, cependant il ne faut pas perdre de vue que l'atteinte à la liberté syndicale doit rester proportionnée.

Pour juger du caractère proportionné des limitations à la liberté syndicale, peut-être faut-il distinguer les différentes missions du délégué syndical ? Son rôle de représentation du syndicat dans l'entreprise ne devrait

pas souffrir de restrictions, d'ailleurs la loi ouvre plus largement l'accès des syndicats à l'entreprise. *A contrario*, la représentation des salariés pendant les négociations peut connaître des limites à partir du moment où ce sont les salariés qui en décident et non d'autres acteurs. Ce nouveau rôle des salariés devrait permettre de rendre le droit à la négociation plus efficient pour les salariés eux-mêmes.

D'une certaine façon, le recours à l'élection permet de faire un pas vers la définition originelle du syndicalisme, c'est-à-dire des salariés qui s'organisent dans l'entreprise (46). Dans le cadre de la négociation collective, le choix de leurs représentants peut être facteur d'une implication nouvelle des salariés qui peut peser sur les rapports de négociation. Cette idée du salarié acteur, décideur trouve aussi un prolongement dans le nouveau mode de validation des accords, puisque c'est encore le vote des salariés qui déterminera le poids de chaque organisation au moment de la signature.

Toutefois, le choix spécifique du vote au comité d'entreprise comme mètre-étalon de la représentativité doit inviter les organisations syndicales à maintenir un certain équilibre entre une mesure de l'audience salutare et une logique strictement électorale. Il existe un risque de glissement de la représentation de l'intérêt collectif vers celui d'une majorité électorale. Ce danger est accentué dans les entreprises où sont développées des politiques de recours massif aux contrats précaires, aux relations triangulaires de travail puisque le corps électoral n'est pas représentatif de la communauté de travail (47) toute entière. Cela nécessite de ne pas s'en tenir aux seuls résultats électoraux, le syndicat doit aussi aller à la rencontre de chaque salarié. La défense de l'intérêt collectif étant l'un des objets du syndicat (48), il revient donc aux organisations syndicales de continuer à mettre en perspective chaque situation individuelle afin d'inscrire les revendications de chacun dans l'intérêt du salariat.

Il faut permettre aux organisations syndicales d'assurer « la promotion collective du monde du travail, en rompant avec la logique individualiste du contrat de travail » (49) ; cela ne contredit pas le fait que ce sont les salariés qui doivent avoir le dernier mot en matière de négociation collective, bien au contraire cette mission syndicale s'inscrit dans la démarche de négociation.

(41) Pour plus de précision sur les autres textes internationaux invoqués devant la Cour de cassation voir les développements de M. Béraud, art. préc.

(42) L'article 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 précise que le droit à la participation, dont le droit à la négociation collective est une des ramifications, est un droit de tout travailleur.

(43) Conseil constitutionnel décision du 6 novembre 1996, n° 96-383.

(44) Position commune du 9 avril 2008 sur « la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme ».

(45) Arrêté du 31 mars 1966.

(46) Pascal Rennes, *S'organiser dans l'entreprise*, Éditions de l'Atelier, 2001.

(47) E. Peskine, *Réseaux d'entreprise et droit du travail*, LGDJ, 2008 ; E. Bousard-Verrechia et X. Petrachi, « Regards croisés sur la communauté de travail », *Dr. Ouv.* 2008, p. 361.

(48) Article L. 2131-1 du Code du travail.

(49) Sur ce point et sur la notion de représentation : G. Borenfreund, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. soc.* 1991, p. 686.

B. La figure du représentant

La loi du 20 août 2008 introduit une nouvelle condition de désignation, puisque le délégué syndical doit être désigné « *parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles, qui ont recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité s'entreprise ou de la délégation du personnel ou des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants* » (50). Cette disposition légale mérite un éclairage ; sa complexité s'explique notamment par les termes employés. En effet, la qualité requise est celle de candidat et non d'élu, ce qui devrait permettre, si le syndicat le souhaite, d'écarter les élus du choix du délégué syndical éventuel. Cette potentialité n'est pas négligeable car elle permet de diminuer le risque de cumul des mandats mais, paradoxalement, si le délégué syndical n'est pas élu, cela peut laisser penser qu'il n'est pas suffisamment légitime.

La Cour de cassation décide que l'obligation, pour les syndicats représentatifs, de choisir le délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu au moins 10 % des voix ne heurte pas la liberté syndicale, ni ne constitue une ingérence dans le fonctionnement syndical (51).

La logique juridique reste la même que précédemment, le délégué syndical est le représentant des salariés pendant les négociations, aussi les conseillers de la Cour décident que conditionner la désignation du délégué syndical à un critère électoral fait partie de la distinction opérée entre le régime des organisations syndicales selon qu'elles sont représentatives ou non.

A contrario, nous en déduisons que le représentant de la section syndicale ne pourrait pas faire l'objet de critères légaux de sélection prenant en compte un score électoral. En effet, il s'agit du représentant du syndicat auprès des salariés, de l'employeur, il n'assume pas la double représentation (de son organisation et des salariés lors des négociations), aussi il est tout à fait normal que le syndicat le désigne en toute liberté.

Pour notre part, nous sommes plus réservés sur cette partie du raisonnement, puisque si l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales prévoit que les États peuvent instaurer un statut spécial pour les syndicats représentatifs cela ne recouvre pas automatiquement le statut du représentant du syndicat.

Or, la loi fixe des conditions *intuitu personae* de désignation du délégué syndical, cette ingérence porte d'abord sur la personne du délégué syndical et, par ricochet, sur l'organisation, ce qui prête à discussion. L'édifice légal repose sur de bonnes fondations, celles du choix de l'organisation syndicale pouvant représenter les salariés durant les négociations. Cela étant, le choix de la personne représentant le syndicat devrait être laissé au syndicat ; si celui-ci choisit un représentant illégitime aux yeux des salariés, il sera désavoué lors des prochaines élections.

Une solution pourrait consister à distinguer les deux types de représentation : un représentant du syndicat auprès des salariés et de l'employeur, auquel s'ajoutent les représentants du syndicat (lorsqu'il est représentatif) pendant les négociations, ces derniers pouvant être directement choisis par les salariés (52).

Concernant la concurrence supposée entre représentants élus et syndicaux, les juges réfutent l'argument selon lequel l'entrée d'un élément électif dans le choix des syndicats représentatifs transgresse la convention n° 135 de l'OIT qui, dans son article 5, prévoit que « *lorsqu'une entreprise compte à la fois des représentants syndicaux et des représentants élus, des mesures appropriées devront être prise, chaque fois qu'il y a lieu, pour garantir que la présence de représentants élus ne puisse servir à affaiblir la situation des syndicats intéressés ou leurs représentants* ». La cassation s'appuie sur le fait que la loi respecte le canal dual de représentation puisque chacun conserve ses attributions propres.

A en croire le professeur J.-M. Verdier (53), la tendance serait même inverse puisqu'il existe un grand nombre de dispositions du Code du travail qui permettent aux syndicats « *d'animer les institutions représentatives élues* ». Le risque actuel est plus de voir les syndicats disposer des droits du comité d'entreprise, par le biais des différents accords de méthode par exemple (53 bis).

Enfin, le second moyen du pourvoi porte sur un autre représentant du syndicat : le représentant au comité d'entreprise. Cependant, les parties ne se sont pas portées sur le terrain de la conventionalité de la loi. Aussi, la réponse de la Cour de cassation est relativement décevante. Les juges se contentent de rappeler la règle légale et d'en faire application. Gageons alors que la Cour aura rapidement à se prononcer sur ce point parce que les textes internationaux ont une résonance dans ce domaine également. En effet, dans les entreprises de

(50) Article L. 2143-3, al. 1. du Code du travail.

(51) Le raisonnement de la Cour de cassation a probablement été conforté par l'existence d'un dispositif supplétif permettant de palier l'éventuelle absence de candidat ayant remporté 10 % des suffrages exprimés dans son collège : article L. 2143-3, al. 2 du Code du travail.

(52) Rappelons que la délégation syndicale chargée de négocier un accord d'entreprise doit comprendre le délégué syndical et d'autres salariés désignés par le syndicat (article L. 2232-17).

(53) Préc. note 26.

(53 bis) P. Rennes, prec. note 28.

plus de 300 salariés, la différence de traitement entre syndicats ne repose pas sur leur représentativité, mais sur le nombre d'élus obtenus. Ainsi, un syndicat qui a obtenu deux élus au comité d'entreprise peut désigner un représentant syndical, peu importe qu'il soit représentatif ou non (article L. 2324-2 du Code du travail). Ce dernier cas de figure devrait rester exceptionnel puisque les cas où un syndicat obtiendrait deux élus sans avoir obtenu 10 % des suffrages exprimés pourraient se produire dans les entreprises ou établissements de plus de 5 000 salariés. En réalité, ce qui pose problème, c'est

que l'amoindrissement de la liberté syndicale soit déconnecté du caractère représentatif du syndicat.

Au final, la décision de la Cour de cassation conforte les signataires de la position commune dans leur choix d'évolution vers un syndicalisme fondé sur l'expression des salariés. Une telle démarche est une succession de pas, comme autant de déséquilibres compensés, qui devra mener vers un cadre légal permettant réellement au syndicat d'organiser les salariés pour intervenir dans la gestion de leur entreprise. Cet objectif nous conduit à réfléchir aux améliorations et aux droits nouveaux à conquérir pour accélérer le processus.

III. Le compromis, version loi du 20 août 2008, une étape à dépasser

La période transitoire aménagée pour la mise en œuvre complète du nouveau régime n'est pas une période expérimentale, le rodage est pourtant laborieux. Elle doit servir notamment à accumuler sur les quatre années jusqu'en 2013 (54) les résultats des élections professionnelles d'entreprise intervenues depuis le 20 août 2008 (55) pour déterminer par branche professionnelle et au niveau national interprofessionnel le poids électoral des unions syndicales (fédérations - confédérations) couvrant de par leurs statuts les champs concernés (56).

A mi-parcours de cette période transitoire, des insuffisances déjà soulignées au départ n'ont pas perdu à l'usage leur gravité. La périodicité légale de quatre ans séparant les élections d'entreprise est source de nombreuses difficultés. On essaiera de préciser les propositions de nature à corriger cette situation préjudiciable aux droits d'expression et d'intervention des salariés (B.). Avant cela, sans en faire un catalogue, on relèvera les points de friction ou les confusions signalées (A.) qui engendrent un contentieux inutile et paralysant, notamment au moment toujours délicat d'une implantation syndicale ou de la mise en place d'un comité d'entreprise et de délégués du personnel. On se gardera d'évoquer une certaine recrudescence de contentieux traditionnels provenant soit des directions d'entreprise incapables de tolérer une quelconque représentation du personnel, soit d'organisations syndicales qui s'adonnent à une guéguerre procédurière dont le seul résultat plausible sera d'éloigner les travailleurs de leur droit de s'organiser.

A. La situation complexe de la période transitoire

Les difficultés apparues en cours de route sont liées pour beaucoup à la situation complexe de la période transitoire. D'autres difficultés proviennent de la complexité de la structuration des entreprises. La période qui se situe entre la date de la loi et les premières élections organisées dans l'entreprise a posé de nombreuses questions, progressivement éclairées par la jurisprudence.

1. La coexistence de trois types de syndicats devant, pour s'implanter, remplir des conditions et/ou des critères quelque peu différents. Cette complexité persistera au-delà de la période transitoire dans l'entre-deux des échéances électorales. Certes, dans ses arrêts du 10 mars 2010 (57), la Chambre sociale a bien voulu considérer que la carence complète de candidatures au premier tour pouvait être assimilée à l'absence d'élections et à la prolongation de la période transitoire pour cette entreprise ; de la sorte, un syndicat affilié à une confédération représentative peut désigner un délégué syndical alors qu'il n'a pas pu présenter de candidats au premier tour.

Dans le même ordre d'idée, il est déjà arrivé à plusieurs reprises que le quorum ne soit pas atteint au premier tour et que des élus sans étiquette du deuxième tour veuillent quelquefois, avec de nombreux salariés constituer un syndicat affilié à une confédération représentative et avoir un délégué syndical, etc. Pour le moment ils n'ont, malgré une assise électorale non négligeable, que des solutions de pis aller : soit démissionner en bloc pour provoquer de

(54) Dans son avis sur le projet de loi complétant les dispositions relatives à la démocratie (8 juin 2010), le Conseil d'État a rappelé que le vote des salariés des petites entreprises devait être organisé et comptabilisé avant le 21 août 2013 pour mesurer l'audience des syndicats.

(55) Cette estimation devrait être aussi faite par région, voire par département.

(56) Notamment pour la catégorie professionnelle de l'encadrement.

(57) Cass. soc. 10 mars 2010 (n° 09-60.246) FP+B+R+I reproduit ci-près p. 448, et Cass. soc. 10 mars 2010 (n° 09-60.065) FP+B+R+I, JCP ed. G. 2010-421, note F. Petit.

nouvelles élections, soit attendre quatre ans, soit désigner un représentant de la section syndicale.

L'absence de quorum au premier tour peut refléter des pressions patronales fortes ou une défiance des salariés à l'égard de candidatures d'origine syndicale qui leur paraît douteuse, mais autorisera un tel syndicat à désigner un délégué syndical habilité à négocier et à conclure.

La loi du 20 août 2008 a explicitement et de façon récurrente enterré l'arrêt *Adecco* (58) en précisant que les résultats du premier tour des élections étaient pris en compte « *quel que soit le nombre de votants* ». On précisera plus loin les moyens nécessaires pour améliorer nettement la représentation des salariés et les conditions d'une validation majoritaire.

2. La diversité des structures d'entreprise

D'autres difficultés, qui n'ont pas toujours débouché sur des contentieux, viennent de l'organisation complexe de nombreuses entreprises qui ne correspond pas au schéma classique sous-entendu par le législateur. Les cadres de la désignation des délégués syndicaux ne recouvrent pas toujours l'établissement distinct convenu pour l'élection d'un comité d'établissement. Le salarié susceptible d'être désigné délégué syndical a pu être candidat et même élu délégué du personnel dans un cadre plus petit que l'établissement retenu pour la mise en place de délégués syndicaux. Les résultats des élections (CE) pris en compte pour que le syndicat soit habilité à désigner un délégué syndical le seront à un autre niveau, celui de l'UES par exemple.

La solution de facilité annoncée par le rapport *de Virville* (59) et reprise depuis dans de nombreux argumentaires patronaux (60) consisterait à en venir à une notion unique d'établissement distinct tirée vers celle retenue à propos des comités d'établissement, c'est-à-dire celle qui est la plus centralisatrice compte tenu de la fonction des comités d'établissement.

Ainsi, le risque serait grand de faire disparaître les délégués syndicaux et les délégués du personnel existant à proximité des collectifs de travail. La construction jurisprudentielle qui s'était stabilisée après avoir adapté la notion d'établissement distinct pour tenir compte des missions, de la raison d'être de chaque instance représentative serait remise en cause. Le délégué syndical se verrait promu dans les entreprises moyennes et grandes au niveau actuel des délégués syndicaux centraux.

Les magistrats, qui cherchent à réduire les sources du contentieux en la matière, oublient que les directions d'entreprise, en voulant façonner la représentation du personnel à leur goût, sont directement à l'origine de ce contentieux (61).

Si l'on doit continuer de retenir le principe de l'audience électorale « ascendante », il faudra, pour tenir compte de la diversité dans ces structurations d'entreprise et d'UES, choisir le cadre le plus adéquat permettant de faciliter la représentation syndicale, l'implantation syndicale de proximité. Cela, même si ce cadre n'est pas forcément celui de la négociation collective. Ainsi les termes « à défaut » (62) devraient s'interpréter de façon souple au niveau des entreprises de manière à coller à leur forte dispersion en établissements distincts au sens des délégués syndicaux ou délégués du personnel. En effet, à l'intérieur d'un périmètre couvert par un seul comité d'établissement, il peut y avoir eu élections de délégués du personnel dans plusieurs sites. Les termes « à défaut » doivent être appréhendés dans l'esprit évoqué par le rapporteur lors des débats parlementaires.

Bien évidemment, ce sont les résultats des élections au CE qui seront retenues normalement par la mesure de la représentativité au niveau des branches, etc. Le cadre électoral le plus pertinent devrait être retenu pour la condition des 10 % sur son nom que doit recueillir le futur délégué syndical. Ce sera d'autant moins compliqué qu'il s'agira souvent de l'élection des délégués du personnel dans un établissement très décentralisé. De façon très générale, dans la situation antérieure à la loi du 20 août, les délégués syndicaux étaient aussi élus du personnel. L'homogénéisation vers le haut de la notion d'établissement distinct ferait de cette condition d'obtention de 10 % des voix sur le nom du futur délégué syndical un véritable obstacle à la liberté syndicale.

3. Syndicats catégoriels, une rente de situation ?

Par ailleurs, le législateur ne pourra longtemps laisser en l'état la rente de situation (63) accordée aux organisations syndicales catégorielles affiliées à une « *confédération syndicale catégorielle inter-professionnelle nationale* », un euphémisme utilisé pour ne pas nommer la seule CFE-CGC. Il faudra convenir, comme de nombreux auteurs le disent, que, s'il ne s'agit pas d'une question d'égalité puisque les statuts syndicaux délimitent eux-mêmes leurs champs de représentation, le fait que seule la CFE-CGC en

(58) Cass. soc. 20 décembre 2006, Dr. Ouv. 2007, p. 329, note A. Braun.

(59) *Pour un Code du travail plus efficace*, 2004, DF ; sur ce rapport v. M.-F. Bied-Charreton « Un projet de réfection du droit du travail néolibéral : grille d'analyse », Dr. Ouv. 2004, p. 161 ; P. Rennes « Sécurité pour les uns, risque pour les autres », Dr. Ouv. 2004, p. 167.

(60) Le dernier en date : le rapport J. Barthélémy et G. Cette. Cette campagne patronale est évoquée dans la rubrique « Controverse » du *Guide des élections professionnelles*

(M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Dalloz 2010), ouvrage fort utile par ailleurs.

(61) Ce contentieux échoit en grande partie maintenant d'abord à l'administration du travail, puis au juge administratif. Pour une illustration : TA Versailles (référé) 23 novembre 2009, TA de Nîmes (référé) 5 août 2008, Dr. Ouv. 2010, p. 391, note P. Rennes.

(62) Article L. 2122-1.

(63) Codifiée à l'article L. 2122-2 notamment.

soit bénéficiaire constitue une discrimination syndicale, au moins indirecte.

Une solution à haut risque a connu un début d'application avec l'admission des syndicats catégoriels des journalistes et des pilotes de ligne au même privilège. Une telle multiplication d'un syndicalisme catégoriel souvent autonome n'aidera pas à conforter la solidarité des collectifs de travail et accentuera les corporatismes sans favoriser la négociation collective parce qu'elle sera encore plus compliquée, surtout lorsqu'il s'agira de réunir les conditions d'une validation majoritaire des accords. Si des statuts de syndicats locaux affiliés à la CFE-CGC couvriraient néanmoins l'ensemble des catégories professionnelles, le seuil des 10% devrait automatiquement être atteint sur l'ensemble de l'entreprise. D'autre part, en cas de négociation d'un accord couvrant tous les salariés de l'entreprise auquel participerait le syndicat CFE-CGC, présent de par ses statuts dans le seul collège encadrement, les suffrages recueillis par ce syndicat devraient être estimés proportionnellement à l'ensemble des suffrages, tous collèges confondus. Ce qui conduirait quand même à ce qu'un syndicat CFE-CGC représentant 25% dans le seul collège cadre soit admis à valider un accord d'entreprise alors qu'il ne pèserait par exemple que 6% dans l'ensemble de l'entreprise. *A contrario*, un syndicat inter-catégoriel qui aurait obtenu 9% sur l'ensemble de l'entreprise serait d'une insoutenable légèreté. Ce privilège réservé pour les cadres, pilotes de ligne, etc., et le syndicalisme catégoriel paraît d'un autre âge au moment où se développe aussi une certaine idée de l'égalité de traitement entre les salariés de différentes catégories. Le paysage syndical est mouvant, l'accès au premier tour des élections est largement ouvert, le poids respectif des syndicats déposant des listes communes de candidats peut être déterminé. Rien ne s'oppose vraiment à ce que soit établi un régime unique d'acquisition de l'audience électorale requise pour qu'un syndicat puisse être considéré comme représentatif. Dans le cas contraire, on s'éloigne d'une mesure électorale objective préconisée par plusieurs des conventions internationales (64).

B. Pour la démocratie (sociale) dans l'entreprise on peut faire mieux

Les débats précédant la loi du 20 août 2008 et la loi elle-même affichaient assez clairement un objectif : il s'agissait de faciliter la décentralisation de la négociation collective, d'étendre le champ de la négociation

dérogatoire et, pour cela, de légitimer un peu plus les représentants syndicaux chargés de ce nouveau risque pour les conditions de travail des salariés.

Sur les trois groupes de dispositions qui constituent un progrès par rapport à la situation antérieure : le réexamen périodique de la représentativité des syndicats, la prise en compte de l'élément un peu objectif qu'est l'audience électorale et l'amorce d'un principe majoritaire pour la validation des accords, la loi du 20 août 2008 appelle des modifications importantes dans des délais très rapides.

Ces modifications, qui ne touchent pas les fondements du nouveau système, permettraient d'en corriger les failles qui ont des conséquences contraires, dans les faits, à l'objectif visé et cela parce que négociateurs et législateurs se sont arrêtés en chemin.

1. La périodicité quadriennale de la mesure de l'audience électorale liée au mandat de quatre ans pour les représentants du personnel est un obstacle sérieux à la démocratie, à la légitimité de la validation des accords, mais aussi à la liberté syndicale pour un de ses moments essentiels : l'implantation syndicale.

La loi du 20 août 2008 a plaqué son dispositif sur cette durée de quatre ans à partir d'une loi (65) votée sans concertation et sans aucune demande syndicale et sans lobbying patronal apparent. La frénésie démagogique de quelques parlementaires suffit (66). La durée du mandat des délégués du personnel qui était d'un an jusqu'en 1993 avait déjà été portée à deux ans et les élections des deux instances (CE et DP) doivent depuis cette date (67) être organisées à la même date.

Certes la loi (68) prévoit que, par accord de branche, de groupe ou d'entreprise cette durée peut être réduite jusqu'à deux ans. On soulignera que jusqu'à cette date, la jurisprudence avait considéré que la durée du mandat était une disposition d'ordre public absolu et n'était donc pas négociable (69). Toute réduction de cette durée est donc, dans le nouveau dispositif, laissée au bon vouloir des employeurs, ce qui explique le faible nombre d'accords ramenant à trois ans cette durée et la rareté des accords maintenant la durée initiale de deux ans.

Alors, compte tenu du *turn over*, de la précarité sous toutes ses formes avec le phénomène croissant de la fausse sous-traitance, de très nombreux travailleurs n'auront pas l'occasion de participer aux élections professionnelles et encore moins d'être candidats. Les élections partielles plus largement prévues qu'avant ne

(64) Conventions invoquées dans l'arrêt du 14 avril 2010 commenté dans la partie II supra. Conventions interrogées longuement par J.-M. Béraud « Les nouvelles règles sur la représentativité : l'évaluation de la Cour de cassation », RDT mai 2010, p. 276 ; L. Pécaut-Rivolier « La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens », Dr. soc. 2010, p. 647.

(65) Les articles L. 2314-26 et L. 2324-24 issus de la loi d'août 2005 ont fixé cette périodicité aussi bien pour les mandats de délégués du personnel que des membres des comités d'entreprise.

(66) Le scandale de l'utilisation obscure des fonds de l'UIMM n'avait pas encore été dévoilé.

(67) Article 25 de la loi du 23 décembre 1993. P. Rennes « La représentation et l'intervention syndicales entravées par la loi quinquennale », Dr. Ouv. 1995, p. 1.

(68) L. 2314-27.

(69) Cass. soc. 8 novembre 1994, Dr. soc. 1995, p. 68, note M. Cohen.

sont qu'un palliatif, source de nouvelles difficultés pour mesurer l'audience électorale.

Cet espacement de quatre années décale de plus l'élection, le scrutin des moments de la négociation collective et distend le lien qu'il pourrait y avoir entre négociation et consultation des salariés et l'habilitation des négociateurs à valider les accords. Au niveau de l'entreprise, la mesure de l'audience électorale, d'assez objective qu'elle pourrait être, devient quelque peu hybride, ni vraiment élection de représentants du personnel et encore moins avis des salariés sur les accords, sauf si, par le plus grand des hasards, l'élection avait lieu au cours de négociations. L'ancienne rédaction (70) de l'article L. 2232-12 prévoyait qu'en l'absence de majorité recueillie au premier tour des élections, les syndicats signataires et aussi non signataires pouvaient faire appel à la consultation des salariés pour valider l'accord.

La fixation d'un seuil électoral de 30 % des suffrages pour cette validation s'est traduit par la suppression de ce recours à un vote des travailleurs, cette consultation est laissée au gré des bonnes pratiques syndicales. On peut espérer que, comme avant la loi 20 août 2008, c'est le principe de la validation majoritaire qui l'emportera dans la pratique et que les organisations syndicales ne se reposeront pas sur une audience étriquée de 30 % pour valider les accords.

La périodicité électorale de quatre ans ne peut rester en l'état au risque de constituer une entrave grave à l'implantation syndicale pendant cette longue durée. Cet obstacle concerne aussi bien les syndicats affiliés à des organisations représentatives que de nouveaux syndicats. En cas de carence de candidatures d'origine syndicale au premier tour et d'élection de candidats sans affiliation au deuxième tour, il faudra qu'un syndicat actif désireux de s'implanter attende l'échéance suivante, même si son influence réelle est forte, même si, comme on le constate assez souvent, les élus du deuxième tour ont voulu contribuer à la constitution de ce syndicat. Dans d'autres cas de figure, la place sera occupée pendant quatre années aussi par un syndicat ayant présenté un ou des candidats au premier tour ayant obtenu un très faible nombre de suffrages, mais aucun élu en l'absence de quorum. Dans ces cas de figure, il est certain que l'employeur aura tranquillement imposé une durée de mandat de quatre ans soit lors d'un protocole d'accord préélectoral, soit unilatéralement.

Cette durée des mandats est donc contreproductive tant pour la légitimation des acteurs, la validation des accords

que pour une implantation syndicale nouvelle solide. Rien ne justifie une telle durée et surtout pas le coût qu'une élection tous les deux ans et simultanée des deux institutions représenterait.

Il n'est d'ailleurs pas sûr que ce point (71) ne soit pas retenu par le Comité de la liberté syndicale de l'OIT. Si la périodicité de quatre ans peut être retenue pour la compilation des résultats au niveau des branches professionnelles et au niveau interprofessionnel, dans l'entreprise, là où devraient pouvoir s'exprimer directement les salariés pour s'organiser, agir et négocier, cette périodicité relève de la caricature de démocratie.

2. Quelle audience électorale ? Le seuil de 10 % des suffrages exprimés au premier tour des élections est présenté comme un obstacle à la liberté syndicale, au droit, à la négociation collective, etc. Laissons de côté le fait que dans cette argumentation développée et médiatisée, c'est l'exigence de représentativité même qui est visée, qui est rejetée pour conserver un titre et des prérogatives qui seraient attribués par d'autres que les travailleurs eux-mêmes, c'est-à-dire par les gouvernants et/ou les employeurs.

La porte donnant accès au premier tour des élections d'entreprise est maintenant largement ouverte aux syndicats pour favoriser la liberté syndicale et une certaine égalité des chances, permettre en partie par la mesure de l'audience électorale de déterminer ceux des syndicats qui seraient plus représentatifs que d'autres (72). L'émiettement extrême réduirait la liberté syndicale à une liberté purement individuelle qui perdrait sa raison d'être : l'organisation collective des travailleurs. Les rapports, avis, positions communes (73) qui ont précédé l'adoption de la loi du 20 août ont envisagé divers seuils, pondérations, implantations géographiques et professionnelles à retenir pour opérer la mesure et la détermination aux différents niveaux des organisations syndicales représentatives et habilitées notamment à négocier des accords à ces niveaux. Il s'agissait de prendre en compte les élections des membres des comités d'entreprise lors du premier tour de scrutin réservé aux seules organisations syndicales.

Ce n'est qu'à l'occasion des débats parlementaires que la locution « *même lorsque le quorum n'est pas atteint* » a été introduite par amendement, puis remplacée par « *quel que soit le nombre de votants* », locution qui est reprise dans la loi chaque fois qu'une référence est faite à l'audience électorale et au seuil visé.

Les auteurs de cet amendement peu débattu ont été (naïvement) sensibles à l'émoi tout relatif, suscité par

(70) Issue de la loi du 4 mai 2004.

(71) Très peu développé dans la plainte transmise par la CGT-FO au Comité de la liberté syndicale de l'OIT en début d'année et sans argument contraire solide dans le mémoire en réponse du ministère du Travail (DGT).

(72) A. Lyon-Caen « De Brest à Strasbourg », RDT 2009, p. 681.

(73) Évoqués en fin de première partie.

l'arrêt *Adecco* (74) qui avait retenu que, sous l'emprise de la loi du 4 mai 2004, l'audience électorale des syndicats négociateurs ne pouvait être mesurée faute pour les syndicats d'avoir franchi le quorum requis au premier tour des élections dont le scrutin, pour cette raison, n'avait pas été dépouillé.

La Chambre sociale de la Cour de cassation, comblant la lacune de la loi, avait conclu que, comme à l'époque pour la négociation avec un salarié mandaté ou avec des élus, il fallait recourir à l'approbation majoritaire des salariés eux-mêmes. Souci d'un minimum de démocratie.

Ainsi, la prise en compte des élections du premier tour « *quel que soit le nombre de votants* », donc en l'absence de quorum (75), mais également même si le nombre de votants est infime, permet de vérifier si les seuils de 10 % et de 30 % sont atteints. Cela peut conduire à légitimer de façon absurde des scores électoraux ridicules et à délégitimer au contraire les syndicats et délégués syndicaux issus de ce type de référence (76). En quelque sorte, la situation antérieure à la loi perdurerait au profit non seulement de syndicats affiliés aux confédérations et très faiblement implantés, mais aussi au profit de syndicats constitués depuis deux ans dont l'influence et l'indépendance resteraient très relatives.

Même le quorum atteint, les seuils de 10 % et 30 % ne peuvent représenter qu'une faible minorité d'électeurs inscrits et une très faible minorité des salariés travaillant dans l'entreprise (77).

Alors on peut se demander pourquoi le législateur a fait sauter cette condition d'obtention du quorum au premier tour, cela peut aboutir à ce qu'un ou des syndicats n'aient qu'une faible légitimité tout en étant habilités à négocier et conclure des accords.

Sans naïveté, on sait que beaucoup d'employeurs manoeuvrent encore pour que le quorum ne soit pas atteint et ainsi empêcher les syndicats combattifs d'obtenir l'élection de candidats syndiqués. Il semble que le législateur ait l'obsession de faciliter la négociation avec des syndicats quelle que soit leur représentativité réelle. Il faudra attendre encore un peu pour vérifier si cette facilitation de la négociation n'aboutit pas dans nombre d'entreprises à faire baisser la participation électorale, au risque même d'éloigner encore la mise en

place d'un véritable principe de validation majoritaire des accords collectifs.

On pourrait provisoirement corriger cette situation peu démocratique créée par l'absence de quorum en l'assortissant d'une obligation pour les syndicats négociateurs, n'ayant pas ensemble obtenu que le quorum soit atteint, de recourir à une validation des accords par consultation majoritaire des salariés. Ce ne serait pas une grosse entorse à la liberté syndicale ni une exigence exorbitante, puisque cette obligation est prévue en cas de négociation avec les représentants de la section syndicale ou avec un salarié mandaté (78) et lorsqu'à défaut la négociation avec des élus peut intervenir, ces élus doivent représenter la majorité des suffrages exprimés (79). Ce serait même tout à leur honneur et cela pourrait donner des idées de bonnes pratiques aux syndicats ayant passé la barre du quorum au premier tour et du même coup cela les aiderait à s'affranchir du scrutin des élections proprement dit, pour s'approcher plus souvent de l'expression collective des salariés.

En guise de conclusion, une impression se dégage du bilan pour l'année 2009 de la négociation collective (80). La loi du 20 août 2008 n'était applicable qu'au 1^{er} janvier 2009 en matière de négociation collective, elle n'a pas de façon visible modifié la quantité des accords négociés. Les accords conclus dans les entreprises le sont massivement par des syndicats majoritaires en voix. Les syndicats CGT signent dans 84 % des cas, mais un peu moins souvent que les autres négociateurs.

Ce qui est plus préoccupant, c'est la masse des pseudo-accords sans véritable négociation, textes unilatéraux émanant des employeurs ou textes (accords ?) qui auraient dû être approuvés par des élus, ou les salariés eux-mêmes dans la plupart des cas. Ils sont en vigueur sans les conditions requises par la loi du 4 mai 2004, puis par la loi du 20 août 2008 (81).

L'implantation syndicale réelle et l'action collective pour obtenir des négociations loyales, efficaces pour les salariés restent la constante indispensable pour se servir des lois qui passent et pour les dépasser.

Anne Braun et Pascal Rennes

(74) Précité note 40. Précisons qu'en l'occurrence les cinq confédérations présentes n'obtiennent pas au premier tour ensemble 10% de suffrages valablement exprimés par rapport aux inscrits, ce qui est malheureusement le cas, lié à l'extrême dispersion et précarité des travailleurs temporaires.

(75) Moins de la moitié d'électeurs inscrits ayant exprimé un suffrage valable.

(76) Il est arrivé dès la parution de la loi qu'un syndicat présente un seul candidat qui n'a obtenu que sa voix au premier tour, mais 100% des suffrages ainsi exprimés.

(77) La barrière du temps de présence dans l'entreprise instaurée par la loi pour être considéré comme électeur écarte de nombreux

salariés mis à disposition auxquels se rajoutent beaucoup de travailleurs précaires.

(78) L. 2232-14, L. 2232-27.

(79) L. 2232-22.

(80) Bilan établi par la Direction générale du travail (DGT), juin 2010.

(81) Ces textes réputés « non écrits » en cas de négociation avec le RSS (L. 2232-14) avec les élus (L. 2232-23) avec le salarié mandaté (L. 2232-27) sont quand même des textes pour la DGT.

Annexe

SYNDICAT PROFESSIONNEL – Représentativité – Appréciation – Exercice des droits syndicaux – Conformité de la loi du 20 août 2008 au droit européen et international – Droit de mener des négociations collectives – Délégué syndical – Désignation – Liberté syndicale – Candidats ayant obtenu 10 % des voix.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 14 avril 2010
SDMO industries contre B. (pouvoirs n° 09-60426 et 09-60429)

Attendu, selon le jugement attaqué, que par lettre du 7 septembre 2009, l'union départementale CGT-Force Ouvrière du Finistère a notifié à la société SDMO Industries la désignation de M. B. en qualité de délégué syndical et de représentant syndical au comité d'entreprise ;

Sur le premier moyen du pourvoi de l'employeur et le moyen unique du pourvoi de l'Union départementale CFDT du Finistère :

Vu les articles 4 de la Convention n° 98 de l'organisation internationale du travail (OIT), 5 de la Convention n° 135 de l'OIT, 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 5 et 6 de la Charte sociale européenne, 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et L. 2122-1, L. 2122-2 du Code du travail ;

Attendu que pour débouter l'employeur et l'Union départementale CFDT de leurs demandes en annulation de la désignation du salarié en qualité de délégué syndical, le tribunal retient que l'article L. 2143-3 du Code du travail qui réserve le droit de désigner un délégué syndical aux syndicats intercatégoriels ayant obtenu au moins 10 % des voix sur l'ensemble des collèges lors des dernières élections du comité d'entreprise est contraire aux normes européennes et internationales susvisées, d'abord, en ce qu'il interdit aux syndicats qui n'ont pas obtenu un tel score lors des dernières élections de participer aux négociations dans l'entreprise, les privant ainsi d'un élément essentiel du droit syndical, ensuite, en ce qu'il affaiblit les représentants syndicaux au profit des représentants élus, enfin, en ce qu'il constitue une inégalité de traitement par rapport aux syndicats catégoriels qui ne doivent obtenir un tel pourcentage de voix que dans le seul collège visé par leurs statuts ; que le tribunal retient également que l'article L. 2143-3 du Code du travail faisant obligation de choisir le délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu au moins 10 % des voix est contraire au principe de la liberté syndicale et constitue une ingérence dans le fonctionnement syndical ;

Attendu cependant, d'abord, que si le droit de mener des négociations collectives est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats, pour la défense de ses intérêts, énoncé à l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, les Etats demeurent libres de réserver ce droit aux syndicats représentatifs, ce que ne prohibent ni les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne, ni l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ni les conventions n° 98 et 135 de l'OIT ; que le fait pour les salariés, à l'occasion des élections professionnelles, de participer à la détermination des syndicats aptes à les représenter dans les négociations collectives n'a pas pour effet d'affaiblir les représentants syndicaux au profit des

représentants élus, chacun conservant les attributions qui lui sont propres ;

Attendu, ensuite, que l'obligation faite aux syndicats représentatifs de choisir, en priorité, le délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu au moins 10 % des voix ne heurte aucune prérogative inhérente à la liberté syndicale et que, tendant à assurer la détermination par les salariés eux-mêmes des personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à conduire les négociations pour leur compte, elle ne constitue pas une ingérence arbitraire dans le fonctionnement syndical ;

Qu'en statuant comme il a fait, le tribunal a violé les textes susvisés ;

Et sur le second moyen du pourvoi de l'employeur :

Vu l'article L. 2324-2 du Code du travail ;

Attendu, selon ce texte, que dans les entreprises employant au moins trois-cents salariés, chaque organisation syndicale peut nommer un représentant au comité d'entreprise sous la seule condition d'avoir des élus dans cette institution ;

Attendu que le jugement déboute l'employeur et l'union départementale CFDT du Finistère de leurs demandes tendant à l'annulation de la désignation de M. B. en qualité de représentant syndical au comité d'entreprise ;

Qu'en statuant ainsi, après avoir constaté que la société SDMO Industrie employait au moins trois-cents salariés et alors qu'il n'était pas contesté que le syndicat ayant procédé à la désignation de M. B. n'avait pas d'élus au comité d'entreprise, le tribunal a violé le texte susvisé ;

Et vu l'article 627 du Code de procédure civile :

PAR CES MOTIFS (...) :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a débouté la société SDMO Industries et l'union départementale CFDT du Finistère des désignations de M. B. en qualité de délégué syndical et de représentant syndical au comité d'entreprise notifiées par l'Union départementale CGT-Force ouvrière du Finistère le 7 septembre 2009, le jugement rendu le 27 octobre 2009, entre les parties, par le Tribunal d'instance de Brest ;

Dit n'y avoir lieu à renvoi des chefs de la cassation ;

Annule les désignations de M. B. en qualité de délégué syndical et de représentant syndical au comité d'entreprise de la société SDMO Industrie notifiées par l'Union départementale CGT-Force-ouvrière du Finistère le 7 septembre 2009.

(Mme Collomp, prés. - M. Béraud, cons. rapp. - M. Carre-Pierrat, av. gén. - M^e Luc-Thaler, SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Didier et Pinet, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, av.)