

Comment définir le périmètre de représentativité ?

Mesurer les 10 % nécessaires à la représentativité implique nécessairement à un retour sur la notion d'établissement, tant en ce qui concerne le comité d'entreprise ou d'établissement que les périmètres de désignation des délégués du personnel ou syndicaux.

Les différents champs électifs et de désignation

La désignation des mandatés syndicaux ou des représentants du personnel se fait à des échelons très diversifiés, liés à la nature propre et spécifique de chacun de ces mandats et à leur mission. Si pour les délégués du personnel et délégués syndicaux, la notion de proximité prévaut largement, pour les comités d'entreprise le cadre économique se révèle déterminant. Aussi adapter le choix du périmètre de référence de la mesure des résultats électoraux aux IRP revêt une grande importance pour lui donner sa pleine efficacité dans la réussite des objectifs définis par la loi : « *La vitalité de la démocratie sociale suppose tout d'abord de fonder le dialogue social sur des organisations fortes et légitimes. Cet objectif implique d'une part une réforme de la représentativité syndicale, pour renforcer la légitimité des acteurs de la négociation en fondant celle-ci sur des critères rénovés, appréciés de façon périodique et incontestable, et reposant notamment sur la prise en compte de l'audience électorale (1)* ».

L'effectivité de cet objectif « *de vitalité de la démocratie sociale reposant sur des « organisations fortes et légitimes »* s'appuie sur la qualité de la relation de proximité que le syndicat doit entretenir avec les salariés. Cette proximité est au centre des préoccupations de la jurisprudence relative aux délégués du personnel et délégués syndicaux quand il s'agit de déterminer les champs de désignation.

1. Les textes de référence

La position commune

« *Point 1-4 – L'audience s'évalue, à partir du résultat des élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, dans les entreprises où elles sont organisées.*

(1) Présentation des motifs du projet de loi lors de la première lecture à l'Assemblée nationale par M. le ministre.

(2) La Position commune du 9 avril 2008 est disp. sur le site www.cgt.fr dans la rubrique « Réforme de la représentativité » de l'onglet « Travail ».

(3) P. Rennes, *S'organiser dans l'entreprise*, VO/Atelier, 2001, p. 58 et s.

Elle est prise en compte dans l'évaluation de la représentativité dans les conditions fixées à l'article 2 ci-dessous. Pour une durée indéterminée, pour les organisations syndicales catégorielles affiliées à une confédération syndicale catégorielle, l'audience s'évalue sur la base des résultats enregistrés par ces organisations dans le ou les collèges dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidat » (2).

La loi du 20 août 2008

« *Art. L. 2122-1. Dans l'entreprise ou l'établissement, sont représentatives les organisations syndicales qui satisfont aux critères de l'article L. 2121-1 et qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants ».*

2. La notion d'établissement

Selon les différentes IRP, la notion d'établissement couvre un périmètre différent, propre à l'identité spécifique de chacune d'elles définie au travers de leurs missions (3). Aussi, dans une première étape, il convient d'examiner le caractère propre de chacune des institutions représentatives du personnel.

2.1 Le comité d'établissement

L'ancien article L. 432-1 (4) de l'ancien Code du travail dressait un inventaire complet des différentes missions du comité d'entreprise ou d'établissement d'où il ressortait que, pour garantir l'utilité et la pertinence du comité, le président du CE doit avoir un réel pouvoir économique et de gestion. Aussi, il en découle à la fois des exigences pour la qualification d'établissement mais aussi d'interlocuteur apte à présider la réunion du comité.

Les conditions pour la constitution d'un établissement avec comité (5)

Au sens de la jurisprudence du Conseil d'Etat, tout établissement qui regroupe au moins 50 salariés ayant des intérêts communs et qui se trouve sous l'autorité d'un représentant de l'employeur ayant des pouvoirs en

(4) Désormais éclaté dans le nouveau code en L. 2323-3, L. 2323-6, L. 2323-12, L. 2323-15, L. 2323-16, L. 2323-19, L. 2323-20, L. 2323-21, L. 2323-22, L. 2323-24, L. 2323-25, L. 2323-44, L. 2323-45, L. 2323-56.

(5) M.L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, Dalloz, 2009, § 213 s. ; M. Cohen, L. Milet, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 9^e ed., 2009, LGDJ, p. 131.

matière de gestion du personnel ainsi que dans l'exécution du service doit être doté d'un comité. Ces trois critères sont cumulatifs (6). A cette liste s'ajoute la stabilité de l'établissement (7). Cet ensemble est traduit par le Conseil d'Etat, de la manière suivante : « que ces "départements", dont la stabilité n'est pas contestée, présentent, notamment, en raison de l'étendue des délégations de compétence dont dispose leur directeur, une autonomie suffisante en ce qui concerne la gestion du personnel et l'exécution du service ; que, dès lors, ces établissements remplissent les conditions nécessaires pour que les principales missions et le fonctionnement des comités d'établissement puissent être assurés à leur niveau alors même qu'ils regroupent des agents travaillant dans des lieux différents et n'ont pas une implantation géographique séparée ; qu'il résulte de ce qui précède que c'est à tort que le Tribunal administratif s'est fondé sur le motif que les "départements" auxquels avait été conférée la qualité d'établissement distinct n'avaient pas d'implantation géographique identifiable et ne constituaient que des regroupements fonctionnels et hiérarchiques de l'entreprise » (8).

A l'extrême, les salariés d'un établissement comité d'entreprise peuvent être éparpillés, éventuellement sur toute la France (y compris les DOM), mais rattachés à un CE unique. C'est le sens de la décision, mais aussi la situation vécue par les salariés de nombreuses entreprises (Lidl, Bull, Thyssen ascenseurs, les prestataires de services...).

En conclusion, c'est bien au travers de la mission spécifique liée aux attributions économiques (information ; formalisation d'avis ; consultation sur les choix économiques de l'entreprise, les conditions de travail et son organisation) des CE que se structure l'institution. A aucun moment, la notion de proximité entre les travailleurs et l'institution n'est prise en compte.

2.2 Les délégués du personnel

Les délégués du personnel sont, par excellence, la structure de proximité vis-à-vis du salarié. Leur rôle n'est pas seulement celui des porteurs de réclamations, de « surveillants de l'application des textes » ou de correspondants de l'inspecteur du travail. L'évolution des textes leur a confié bien d'autres missions, notamment de contrôle du registre unique du personnel ou des contrats

de mise à disposition des salariés temporaires (9). Ils disposent d'un droit d'alerte protégeant les droits du salarié de l'entreprise (10). Ils sont consultés lors du reclassement des salariés inaptes à la suite d'une maladie professionnelle ou d'un accident du travail (11).

Pour exercer ces attributions, l'existence d'une réelle proximité entre les délégués du personnel et les salariés est indispensable. La jurisprudence de la Cour de cassation (12) traduit cette exigence et la matérialise dans les critères de détermination de l'établissement DP : « l'établissement distinct permettant l'élection de délégués du personnel se caractérise par le regroupement d'au moins onze salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres susceptibles de générer des réclamations communes ou spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant du chef d'entreprise, peu important que celui-ci n'ait pas le pouvoir de se prononcer lui-même sur ces réclamations » (13).

Cette conception est d'autant plus acceptable, comme le souligne P. Rennes (14), que les questions posées par les délégués du personnel doivent être transmises, par écrit, deux jours avant la réunion mensuelle. En outre, le représentant de la direction dispose d'un délai de six jours, après la réunion, pour y répondre. Ainsi, ces délais lui offrent largement le temps de se retourner et contacter sa hiérarchie avant comme après la réunion.

2.3 Les délégués syndicaux

Le délégué syndical a deux missions légales : représenter le syndicat auprès de l'employeur et négociateur. C'est-à-dire des missions nécessitant des liens étroits avec les salariés. Lors du transfert de compétence entre le juge judiciaire et le juge administratif, une circulaire (15) a repris la définition de l'établissement distinct pour les délégués du personnel et rappelé son élargissement aux délégués syndicaux : « La définition de l'établissement distinct pour les délégués du personnel et les délégués syndicaux a été unifiée par deux arrêts de la Cour de cassation (29 janvier 2003, n° 01-60-628 ; 24 avril 2003, n° 01-60-876) (...). Depuis ces arrêts, la notion d'établissement distinct ne dépend plus des pouvoirs accordés par l'employeur à son représentant dans un établissement donné. C'est sur ce point précis qu'a évolué la notion définie par la Cour de cassation dans un premier temps

(6) Arrêts n° 55.671, n° 56.716, n° 56.717, n° 57.249, n° 57.250, 7 juin 1985. Publiés au Recueil Lebon.

(7) Présentation des motifs par Xavier Bertrand à l'Assemblée nationale en première lecture, distribué le 30 juin 2008.

(8) Conseil d'Etat, 27 mars 1996, req. nos 155 791, 155 804, RATP, Leb., Dr. Ouv. 1996 p. 493, n. J.L. Rey.

(9) Le contenu du contrat est déterminé avec précision par l'art. L. 1251-43.

(10) Article L2313-2 ; sur la mise en oeuvre (trop rare) de cette prérogative v. not. Soc. 17 juin 2009, Dr. Ouv. 2010 p. 91, n. A. Brousse et les références citées.

(11) L.1226-10 ; D. Joseph « Quelques réflexions pratiques sur l'inaptitude et le reclassement des travailleurs déclarés inaptes », Dr. Ouv. 2010 p. 130.

(12) Jusqu'à une ordonnance n° 2005-1478 du 1^{er} décembre 2005, le contentieux relatif à la notion d'établissement distinct pour l'élection des délégués du personnel relevait de la compétence du juge judiciaire. Les critères de détermination des établissements distincts pour l'élection des délégués du personnel ont donc été dégagés par la jurisprudence judiciaire. L'autorité administrative désormais compétente doit, en conséquence, s'attacher à vérifier qu'ils sont bien remplis pour fonder sa décision.

(13) Soc., 13 juill. 2004, n° 03-60.173, Bull. civ. V n° 214 ; Soc., 29 janv. 2003, n° 01-60.628, PBRI.

(14) Préc. p. 60.

(15) Circulaire DRT no 2006-04 du 20 mars 2006, relative à l'application de l'ordonnance n° 2005-1478 du 1^{er} décembre 2005 (BO min. trav. n° 2006/4, 30 avril 2006).

pour les délégués du personnel et dans un deuxième temps pour les délégués syndicaux ».

D'un côté (DP, DS) la communauté de travail s'avère l'élément déterminant, de l'autre, pour le CE, c'est le pouvoir de l'employeur ou de son représentant, sa stabilité et son indépendance en matière de gestion qui déterminent la définition des contours de l'établissement.

3. Les différentes interprétations possibles de l'article L. 2122-1 du Code du travail (16)

3.1 Le texte prévoit l'absence de comité d'entreprise pour renvoyer aux élections de délégués du personnel afin de définir le « périmètre de représentativité ». Il convient de s'interroger sur le sens à accorder à la locution exigeant d'avoir « *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* ». C'est en particulier la portée du « *à défaut* » qui peut alternativement prendre un sens neutralisant les effets de la réforme ou, au contraire, respectant l'objectif de décentralisation des relations sociales et des décisions.

Le contexte actuel, avec des entreprises à la structuration souvent fluctuante, fait apparaître des entités où il n'existe plus qu'un unique comité d'entreprise, aux prérogatives nationales, avec des établissements locaux ou régionaux de plusieurs centaines de salariés comportant délégués syndicaux et délégués du personnel. Un cas de figure peut se rencontrer. Il s'agit d'une organisation, qui obtient moins de 10 % des voix aux élections CE tout en dépassant 50 % des suffrages exprimés aux élections de DP sur un site ; or, sur ce même site, il est possible qu'aucune autre organisation n'atteigne les 10 %. Comment apprécier la représentativité de ladite organisation ?

3.2 Dans ce cas, pourrait-on soutenir, ce sont les élections du CE qui sont prises en compte pour apprécier la représentativité de l'organisation, l'élection des DP n'intervenant qu'à défaut d'existence de la première. Par voie de conséquence, dans notre hypothèse, c'est une organisation dont le score est inférieur à 10 % dans l'établissement qui négocie et signe les accords. Cette solution conduit à ne tenir aucun compte des résultats électoraux et constitue donc un contresens par rapport aux objectifs de la réforme de 2008. Et considérer que c'est l'organisation de l'entreprise qui prive les salariés de CE dans l'établissement ne justifie pas plus la situation.

3.3 Mais le sens de l'art. L. 2122-1 doit être en cohérence avec les logiques existantes. L'application du texte ne peut pas faire l'économie de cette notion de proximité, de lien avec les salariés. Sinon, c'est toute la crédibilité et l'équilibre de la réforme qui seraient remises en cause. D'autant que la loi du 20 août 2008 rompt avec la conception descendante de la représentativité. Elle a

prévu des critères d'appréciation devant être examinés à chaque niveau (groupe, entreprise, établissement) où la représentativité doit être prouvée.

La locution « *à défaut* » de l'art. L. 2122-1 prend alors sa signification réelle. Quand les élections CE n'offrent pas des garanties de proximité suffisantes, ce sont les élections de l'établissement DP qui doivent être prises en compte. Ceci est applicable pour les établissements CE multi-sites DP. L'interprétation de la loi est éclairée par la position commune énonçant en son article 3.1 : « *La redéfinition de la représentativité à partir d'un ensemble de critères incluant l'audience s'accompagne de la disparition de la présomption irréfragable de représentativité. En conséquence, la représentativité n'emporte d'effets qu'aux niveaux où elle est reconnue* ».

Apprécier la représentativité au seul niveau du CE dans les entreprises multi-établissements DP/DS serait en rupture avec les conceptions développées par la position commune et la loi. La loi ne doit pas pouvoir être détournée par ces structures d'établissement à CE unique qui se développent (voir les entreprises cités ci-dessus) (17). Pour sa part, la CGT défend la conception d'un syndicalisme de proximité et se prononce pour une solution qui intègre une notion d'établissement proche des salariés.

Aussi, la position de l'administration dans la circulaire du 13 novembre 2008 – qui, certes, ne lie pas le juge – visant à réduire le champ d'appréciation de la représentativité à la seule élection de comité d'entreprise ne répond pas aux objectifs de la position commune et de la loi ; elle est en outre incohérente avec les niveaux de négociation. La jurisprudence faisant coexister les établissements DP et DS vise justement à établir une correspondance entre la communauté "revendicative" et le niveau de négociations, ceci afin de régler au plus près les problèmes communs aux salariés. Appliquer la logique conduisant à retenir le résultat des élections de CE dans ces établissements devrait obliger à des dépouillements séparés par établissement DP/DS. Cela obligerait un bon nombre d'entreprises à revoir l'organisation des votes par correspondance, bien souvent centralisée par souci pratique. Cela remettrait, aussi, totalement en cause l'organisation de votes électroniques qui sont toujours centralisés.

Enfin l'interprétation par le juge judiciaire du champ de la représentativité doit s'inscrire dans la logique d'indépendance exprimée par l'article 3-1 de la position commune, la loi du 20 août 2008, et en respectant la notion de proximité liée à la mission du délégué syndical (acteur de la négociation et représentant de l'organisation) et à l'indépendance de chaque niveau de représentativité s'y trouvant lié.

Claudy Ménard

(16) L'article est reproduit ci-dessus.

(17) Le problème est identique pour les unités économiques et sociales pour lesquelles il existe un seul établissement CE et des établissements DP dans chaque entité juridique.