

LE PÉRIMÈTRE DE DÉSIGNATION DES DÉLÉGUÉS SYNDICAUX

par *Anne Braun*, Conseillère confédérale, Docteur en droit

NDLR. – Nous publions ci-dessous la note exprimant les positions de la CGT à propos des décisions adoptées par la Chambre sociale de la Cour de cassation (1) concernant le périmètre de désignation des délégués syndicaux. Ces réflexions critiques et ces propositions ont été adressées à la Chambre sociale dans le cadre d'une audition des organisations syndicales fixée le 17 novembre 2011.

La CGT souligne le risque de voir transformer la fonction du délégué syndical et faire de ce représentant un interlocuteur attitré de l'employeur, détourné de sa proximité d'avec la communauté des travailleurs. On rappellera à cet égard que la loi du 27 décembre 1968 en faisait l'émanation de la section syndicale d'établissement et la loi du 28 octobre 1982 avait instauré le mandat de délégué syndical central d'entreprise justement pour combler une lacune et assurer la représentation syndicale au niveau de l'entreprise multi-établissements. Ceci afin de préserver la mission de proximité des délégués syndicaux d'établissement (2).

Des enquêtes renseignées avant et après la loi du 20 août 2008 mettent en lumière ce danger de distanciation et d'institutionnalisation du mandat de délégué syndical (3).

Il est regrettable que la Chambre sociale de la Cour de cassation revienne sur ses constructions jurisprudentielles antérieures des notions d'établissements distincts en poussant à leur unification dans le but de réduire le volume du contentieux et aussi, ouvertement, dans celui de promouvoir la compétence exclusive de l'autorité administrative et du juge administratif en la matière (4) : le caractère fonctionnel et relatif des établissements distincts correspond à une logique de fond, il mérite de résister à une volonté – aussi compréhensible soit-elle – de gestion des stocks.

Dans un arrêt du 18 mai 2011 (5), la Cour de cassation a indiqué que l'application combinée des textes régissant la représentativité permet de déduire que, sauf accord contraire, les notions d'établissements distincts au sens du comité d'entreprise et du délégué syndical se confondent.

Cette décision provoquera des changements fondamentaux dans la vie syndicale et dans l'approche de la négociation collective.

En effet, nous observons depuis de nombreuses années que le comité d'entreprise est souvent établi au niveau de l'entreprise, peu importe que cette dernière soit découpée en de multiples établissements (6). Quant aux comités

d'établissements, lorsqu'ils existent, ils sont souvent régionaux, voire interrégionaux ou encore spécifiques à un métier (7). Aussi, en situant les délégués syndicaux à des niveaux régionaux ou supra régionaux, l'activité syndicale ne pourra-t-elle plus être la même.

Nous pensons que cet arrêt va à rebours de la position commune et de la loi du 20 août 2008 (8), puisqu'elles reposent toutes deux sur des principes d'ascendance et de proximité (9). De plus, les juges imposent de fait, sans doute sans le mesurer, une nouvelle forme de syndicalisme, ce qui ne nous semble pas relever de leurs prérogatives.

(1) Soc. 18 mai 2011, Dr. Ouv. 2011 p. 580, n. P. Rennes ; v. déjà obs. Claudy Ménard sous Soc. 10 nov. 2010 et 14 déc. 2010, Dr. Ouv. 2011, p. 198.

(2) M. Grévy "Syndicats professionnels I. Droit syndical dans l'entreprise" Rép. trav. Encycl. Dalloz 2010, § 389 et ss.

(3) DARES, enquête "Réponse" Premières synthèses n° 2006- 39-1 du 22 sept. 2006 ; Th.Amossé, L.Wolf "Ce que représentent les syndicats en entreprise" Connaissances de l'emploi CEE, sept. 2009 n° 69 ; S. Bérout, K.Yon (dir.) "La loi du 20 août 2008 et ses implications sur les pratiques syndicales en entreprise", Convention Dares fév. 2011, disp. sur http://halshs.archivesouvertes.fr/docs/00/60/95/06/PDF/Rapport_Representativite-Anonymise.pdf ; C. Dufour, A. Hege, "Légitimité des acteurs collectifs et renouveau syndical", La revue de l'IRES, n° 65, 2010-2 p. 67.

(4) M.L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles*, Dalloz, 2^e édition, § 213-13 et ss. ; L.Pécaut-Rivolier "Le paradoxe d'un contentieux éclaté" in SSL suppl. n° 1508, 10 oct. 2011 p. 248-249.

(5) N° de pourvoi 10-60383, Dr. Ouv. 2011 p. 580.

(6) Soit du fait d'accords, soit parce que l'employeur a structuré son entreprise de façon à ce que ces établissements ne répondent pas à la définition jurisprudentielle de l'établissement au sens du comité d'entreprise.

(7) En effet, les employeurs mettent de plus en plus en place des CE propres à un métier, une filière. De ce fait, les salariés travaillant sur un même "site" dépendent de plusieurs CE, mais en application de la décision du 18 mai 2011, aucun DS ne pourrait être désigné sur le site.

(8) Disp sur http://www.cgt.fr/IMG/pdf_Position_commune.pdf

(9) Notons par exemple que le rapporteur de la loi (J.-F. Poisson) a indiqué que « en cas d'entreprise à établissements multiples, comme le précise le point 2-1 de la position commune, l'audience devra être mesurée au niveau le plus fin, celui de l'établissement ». Rapport n° 992 fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 969) portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

Nous voulons donc vous faire part de nos inquiétudes, nos réflexions et nos questionnements quant à cette décision.

1. Retour à la position commune

En faisant de l'élection du comité d'entreprise l'élection de référence pour la mesure de l'audience, les négociateurs de la position commune n'avaient absolument pas l'intention de remettre en cause la notion de communauté de travail qui fondait le périmètre de désignation du délégué syndical.

D'ailleurs, d'autres élections de référence ont initialement été envisagées, notamment celle des délégués du personnel. Si cette option a été abandonnée, c'est parce que plusieurs organisations syndicales de salariés ont fait valoir, entre autres, leurs difficultés à présenter des candidats à ces scrutins.

Durant ces négociations, les discussions n'ont donc jamais porté sur un éventuel changement de définition de l'établissement distinct.

2. Une interprétation empêchant une libre organisation des syndicats dans l'entreprise

Avec cet arrêt du 18 mai 2011, les juges imposent une centralisation de l'activité syndicale. Si nous comprenons que certaines organisations défendent une telle vision de la représentation, nous souhaitons cependant que chaque syndicat puisse se structurer comme il le souhaite. Or, cet arrêt favorise, voire impose, le centralisme. Le Professeur Georges Borenfreund résume parfaitement l'impact qu'aura cette décision : « *la solution porte en germe un mouvement de distanciation entre ces derniers (les délégués syndicaux) et les collectivités de salariés... Or, la proximité des liens unissant les travailleurs à leurs délégués syndicaux peut faire figure de condition nécessaire à la vitalité de l'action syndicale sur les lieux de travail et, corrélativement, à l'authenticité de la fonction de négociation dont les délégués sont les maîtres d'œuvre* » (10).

En pratique, la centralisation des délégués syndicaux représente un handicap lourd pour l'activité syndicale.

D'une part, le nombre de délégués syndicaux pouvant être désignés sera inéluctablement réduit. A titre d'illustration, une entreprise comptant 1 500 salariés et 6 établissements de plus de 50 salariés compte, selon la loi, 6 délégués syndicaux. Avec cette décision, s'il existe uniquement un comité d'entreprise national, le nombre

de délégués syndicaux pourra automatiquement être ramené à 2. Les missions de représentation et autres fonctions (11) du délégué syndical seront alors compliquées à assumer ; il apparaît effectivement clair que les délégués devront faire des choix et abandonner une partie des tâches qu'ils effectuaient. Nous partageons d'ailleurs l'analyse de M. Pascal Rennes qui affirme que, d'une certaine façon, « *la Chambre sociale s'arroge le pouvoir de redéfinir les missions du délégué syndical à la place des organisations syndicales et des salariés qui les animent* » (12).

D'autre part, si cet arrêt n'interdit pas le maintien des sections syndicales dans les établissements, celles-ci peuvent être privées de représentants, puisque les délégués syndicaux seront désignés à un niveau englobant bien souvent plusieurs établissements, ceci alors que d'autres textes légaux prévoient expressément que le délégué syndical est rattaché à la section syndicale (13) et que celle-ci peut être constituée dans tout établissement (14) sans critères d'autonomie, d'implantation géographique ou d'effectif.

L'unicité de définition des établissements distincts met ces textes à mal car, en cas de comités d'entreprise régionaux, nationaux, le syndicat peut être privé du droit de désigner un délégué syndical dans certaines sections, alors même que l'établissement compterait 50 salariés. Sans représentant, les droits attachés à la section ne tarderont pas à être théoriques. En effet, quel salarié non protégé osera afficher un tract sur les panneaux syndicaux ? Qui osera prendre les heures de délégation réservées à la section syndicale ?

Dans les faits, la structuration syndicale sera indirectement déterminée par cette décision judiciaire, ce qui pourrait être perçu comme une atteinte à la liberté syndicale (15).

Cette problématique n'est en rien réglée par la possibilité de négocier des accords qui maintiennent la désignation des délégués syndicaux à des niveaux différents de celui du comité d'entreprise. Sans nous étendre sur le flou qui règne autour de la nature et le mode de validation de tels accords (16), nous constatons qu'il s'agit d'un pis aller. Dans les faits, cette alternative renforce le pouvoir patronal, puisque l'employeur pourra tout simplement décider de ne pas négocier et imposera unilatéralement le cadre de désignation des délégués syndicaux. Pour cela, il lui suffira de modifier la structure dirigeante mise en place dans ses établissements afin qu'ils ne répondent pas aux critères jurisprudentiels de l'établissement distinct au

(10) G. Borenfreund, « Le périmètre de désignation des délégués syndicaux : les ressorts d'un changement de cap », RDT juillet/août 2011, p. 420.

(11) M. Grévy, Rep. Trav. encyclopédie Dalloz, oct. 2010, 540 et s., p.75 et s.

(12) P. Rennes, « Le cadre de la désignation des délégués syndicaux : une combinaison téléologique », Dr. Ouv. 2011 p. 580.

(13) Article L. 2142-3 du Code du travail.

(14) Article L. 2142-1 du Code du travail.

(15) Article 3 de la convention 87 de l'OIT qui évoque une liberté d'organiser l'activité syndicale, les autorités publiques devant s'abstenir de toute intervention de nature à limiter ce droit ou à entraver l'exercice légal.

(16) G. Borenfreund, préc. p. 423 ; P. Rennes, préc.

sens du comité d'entreprise. De cette façon, il organise à la fois la centralisation de la représentation du personnel et de l'activité syndicale (17).

Finalement, cette décision remet en cause une solide construction jurisprudentielle. En effet, à l'origine, les employeurs fraudaient la loi en créant des structures multiples, afin d'échapper à leurs obligations en matière de représentation du personnel. C'est d'ailleurs pour lever ce voile juridique que les juges ont créé la notion d'unité économique et sociale (18). N'ayant pas réussi à échapper à ses obligations légales, une partie du patronat a instauré une politique de centralisation des institutions représentatives du personnel, des délégués syndicaux. Cela permet aux employeurs de déconnecter totalement les syndicats de la communauté de travail.

La Cour de cassation, au travers de cette décision, fragilise l'édifice qu'elle avait elle-même contribué à construire, puisque « *l'alignement réalisé par la Chambre sociale... aboutit quasi inéluctablement à redonner une influence décisive à la volonté de l'employeur dans la détermination du cadre de mise en place des délégués syndicaux, avec le risque que le droit à la représentation s'en trouve fragilisé* » (19), et cela offre un argument de poids au patronat qui affiche régulièrement ses velléités de fusion des institutions représentatives du personnel.

3. La volonté contractuelle : les accords actuellement en application

La centralisation de la représentation du personnel est le fruit, soit de la structuration de l'entreprise décidée par l'employeur, soit d'un accord collectif. Dans le second cas, la Cour de cassation dénature les accords en vigueur en décrétant l'alignement des périmètres de désignation.

Le raisonnement de la Cour de cassation nous semble affaibli par le principe civiliste de l'autonomie de la volonté, qui fonde la force obligatoire du contrat. En effet, les termes de l'accord ne peuvent pas, en principe, être modifiés par le juge et, dans le cas présent, ces conventions doivent être exécutées telles que prévues initialement. Or, les accords centralisateurs signés avant cet arrêt et qui concernaient uniquement les comités d'entreprise ne visaient pas les délégués syndicaux. En faisant correspondre le niveau de désignation des délégués syndicaux avec le niveau auquel le comité d'entreprise est mis en place, cela engendre des conséquences conventionnelles non voulues par les signataires de ces accords. Cela va à l'encontre de la volonté contractuelle des parties.

(17) Ce qui pourrait être contraire à l'article 5 de la convention n° 135 de l'OIT, voir Ph. Masson, « Cadre de désignation du délégué syndical et syndicalisme de proximité », SSL 1501, 18 juill. 2011, p. 12 et s.

(18) Crim. 23 avr. 1970, n° 68-91333, Dr. Ouv. 1970 p. 236 ; Soc. 8 juin 1972, n° 71-12860, Dr. Ouv. 1973 p. 199, puis Soc. 19 déc. 1972 n° 72-60088.

4. Représentation et négociation

En postulant l'identité entre les périmètres d'évaluation de la représentativité, de désignation du délégué syndical et de mise en place du comité d'entreprise, cet arrêt crée la confusion entre plusieurs notions : le périmètre de mesure de l'audience électorale et le niveau de négociation.

En effet, l'article L. 2121-1 5° du Code du travail précise que l'audience doit être établie selon le niveau de négociation. Nous ne pouvons pas en déduire que le périmètre de négociation doit impérativement être identique à celui du comité d'entreprise ou d'établissement. Il semble plus logique d'en conclure que, quelle que soit l'élection de référence pour la représentativité, il faut que celle-ci soit mesurable à chaque niveau de négociation. L'analyse semble logique, puisque le délégué syndical doit représenter effectivement les salariés au nom desquels il négocie et signe les accords. Et, sauf à envisager d'aligner les établissements DP sur l'établissement CE, il n'est pas exclu que « *des organisations syndicales puissent être reconnues représentatives dans un autre cadre que celui du comité d'établissement de région, en particulier celui des élections de délégués du personnel, dès lors qu'elles entendaient y exercer les prérogatives qui y sont attachées* » (20).

Or les périmètres de négociations ne se superposent pas toujours sur l'établissement au sens du comité d'entreprise. La loi fonde d'ailleurs l'obligation annuelle de négocier sur la présence d'une section syndicale (21) ; or celle-ci peut être créée dans tout établissement, sans condition d'effectif, d'implantation géographique ou d'autonomie.

Enfin, faire coïncider la désignation des délégués syndicaux avec le niveau du comité d'entreprise va à l'encontre de la mission d'animation de l'action syndicale du délégué syndical et de la réalité de la négociation collective. En effet, nous pensons que l'acquisition de droits par la négociation n'est possible qu'en mobilisant les salariés, en les aidant à construire leurs revendications... ce qui n'est réalisable que si les délégués syndicaux sont quotidiennement aux côtés des salariés (22). La négociation est un droit des salariés (23) exercé par le syndicat ; aussi celui-ci doit-il être mis en capacité de construire les revendications avec tous les salariés ; c'est la proximité qui rend le droit à la négociation effectif.

(19) G. Borenfreund, « Le périmètre de désignation des délégués syndicaux : les ressorts d'un changement de cap », préc.

(20) B. Gauriau, « Le périmètre d'appréciation de la représentativité syndicale », JCP S 2011.1116.

(21) Article L. 2242-1 du Code du travail.

(22) Voir P. Masson, préc.

(23) Alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

Proposition : la déclinaison des résultats du comité d'entreprise dans les établissements distincts au sens du délégué syndical

La loi dispose que l'audience doit être établie selon les niveaux de négociation (24) en renvoyant à l'article L. 2122-1 qui évoque le niveau de l'entreprise ou de l'établissement. Aussi, lorsqu'il existe des lieux de négociation à l'intérieur même du périmètre d'un comité d'entreprise ou d'établissement, faut-il pouvoir y mesurer l'audience pour y désigner un délégué syndical d'établissement et conclure des accords.

La CGT a su entendre le raisonnement de la Cour de cassation quant à la portée de l'article L. 2122-1 et l'interprétation de l'expression « à défaut » lorsque des élections aux comités d'entreprise et de délégués du personnel avaient lieu à des niveaux différents. Certes, cela nous semble toujours sujet à discussion (25), mais nous pensons que nous pouvons trouver une solution qui ne remet pas en cause votre raisonnement et qui

nous permet de maintenir les délégués syndicaux dans des établissements distincts au sens du délégué du personnel. Ainsi, nous vous proposons de décliner les résultats de l'élection du comité d'entreprise ou d'établissement dans chaque établissement compris dans le périmètre de cette élection.

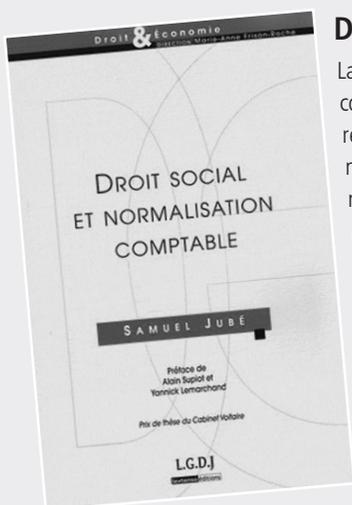
En fait, il faut et il suffit de dépouiller les résultats dans chaque bureau de vote qui doit exister au sein de chaque établissement ; ainsi les délégués syndicaux pourront-ils continuer à y être désignés et l'audience, permettant aussi la validation des accords, sera strictement mesurée dans le périmètre duquel l'accord s'appliquera. Cette solution correspond à la réalité de la négociation collective, n'entrave pas le développement de la vie syndicale et respecte le principe de concordance, puisqu'il sera possible d'apprécier l'audience du syndicat sur le périmètre de la négociation et sur celui de la section syndicale (26).

La cohérence du dispositif légal est ainsi assurée, tout en respectant l'ensemble des missions du délégué syndical, sans atrophier la vie syndicale.

(24) Article L. 2121-1 5° du Code du travail.

(25) C. Ménard "Comment définir le périmètre de représentativité", Dr. Ouv. 2010 p. 489.

(26) Répondant ainsi à l'une des préoccupations de la Chambre sociale, voir Laurence Pécaut-Rivolier, « Le périmètre de l'établissement distinct permettant la désignation des délégués syndicaux », Semaine sociale Lamy, n° 1495, p. 7.



Droit social et normalisation comptable, par Samuel Jubé

La normalisation comptable a profondément bouleversé la fonction sociale de la comptabilité et ses rapports avec le droit. Jusque-là, la comptabilité était un instrument de responsabilisation de l'entrepreneur. Depuis, elle est devenue un instrument de normalisation de l'entreprise. Bien qu'elle s'intègre dans l'ordre juridique étatique, la normalisation comptable suit un modèle d'« économie dirigée non étatique », visant à remplacer l'intervention rigide de l'État par l'interposition constante d'une information commune générant l'ajustement spontané des entreprises. Les normes comptables organisent un système de comparaison interentreprises, destiné à mettre en valeur la moindre variation des marchés pour contraindre les entreprises à réagir par des réorganisations de plus en plus fréquentes.

Ces analyses éclairent d'un nouveau jour l'essor des normes comptables internationales IAS-IFRS, leur adoption récente par l'Union européenne et leur articulation avec les processus nationaux de normalisation comptable. Elles mettent également à jour les effets de la normalisation comptable sur l'ensemble des branches

du droit relatives à la gouvernance d'entreprise et particulièrement le droit social. Alors qu'à la Libération, elle avait suscité de grands espoirs, notamment chez les syndicats, la normalisation comptable vient progressivement prendre à revers les dispositifs institués par le droit social et les prive parfois de toute efficacité.

Parallèlement, le modèle comptable pénètre le droit social. Le « non-comptable » s'efface au profit du « comptable » : régulation des relations par de nouveaux modes de rémunération, renouvellement profond des modes de gestion des régimes de sécurité sociale, adoption de nouveaux outils (bilan social, bilan de compétences, crédit formation, etc.). Peut-on pourtant se fier aux normes comptables pour fournir une image fidèle des relations de travail ?

Mettant en évidence d'importantes lacunes dans la production de cette image, tant à l'actif qu'au passif du bilan, cet ouvrage propose des pistes pour réconcilier droit social et normalisation comptable.