

Droits de l'Homme et égalité entre organisations syndicales : où s'arrête la « liberté » d'appréciation du législateur ? (à propos du représentant syndical au CE)

par Marie-France BIED-CHARRETON,
Avocate au Barreau de Paris

N'est pas contraire aux articles 11 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme l'article L. 2325-2 du Code du travail, qui réserve le droit de désigner un représentant syndical au comité d'entreprise dans les entreprises d'au moins 300 salariés aux seules organisations syndicales, représentatives ou non, ayant obtenu des élus au comité d'entreprise.

Ainsi en a jugé la Cour de cassation par l'arrêt rapporté : « Les articles 11 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales laissent les États libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial à certains syndicats, en fonction de la nature des prérogatives qui leur sont reconnues et (qu')il en résulte que le choix du législateur de réserver aux seules organisations syndicales ayant des élus la possibilité de désigner un représentant syndical au comité d'entreprise ne méconnaît pas les exigences des articles susvisés de la Convention » (1).

1. Sous couvert du principe de liberté des États à apprécier l'opportunité d'organiser un « statut spécial » à certains syndicats en fonction de la nature de leurs prérogatives légales, la Cour de cassation ne tranche ainsi finalement pas la contestation qui lui était soumise, à savoir celle de savoir si le législateur pouvait subordonner à la condition de l'obtention de deux élus au moins au comité d'entreprise des entreprises de 300 salariés et plus, le droit pour une organisation syndicale de désigner un représentant syndical auprès de cette instance, dès lors que, dans l'affirmative, il en résultait une discrimination interdite par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

La question était pourtant d'importance, dans la mesure où les organisations syndicales représentatives qui n'ont pas de représentant syndical au CE ne disposent pas d'autant d'informations sur la marche générale de l'entreprise que celles qui en ont. Les dispositions légales relatives aux informations fournies aux délégués syndicaux (2) sont plus restrictives que celles relatives à l'information du comité d'entreprise, ces dernières concernant, sans distinction, l'ensemble de la marche générale de l'entreprise (3). Il en résulte une disparité de traitement en matière d'informations entre les organisations syndicales représentatives, lorsqu'elles doivent aller négocier des accords d'entreprise avec l'employeur, selon qu'elles ont ou non un représentant au comité d'entreprise. En outre, les organisations syndicales ne disposant pas d'un représentant ne peuvent faire entendre leur voix au sein du comité d'entreprise au même titre que les autres organisations remplissant la condition légale des deux élus minimum.

La Cour de cassation a préféré ne pas trancher cette question.

(1) Cass. Soc. 24 octobre 2012, *CGT TDA Armement c/ TDA Armement*, reproduit ci-après, première espèce, p. 750 ; L. Milet, « Deux élus, sinon rien ? », *RPDS* 2012, n° 811, p. 343.

(2) Cf. les articles L. 2242-2, L. 2242-5, L. 2242-9 et L. 2242-9-1, outre les articles L. 2323-36 et L. 2323-12 du Code du travail.

(3) Article L. 2323-6 du Code du travail.

Elle s'en est remise à une prétendue liberté d'appréciation de l'État en ce qui concerne une éventuelle atteinte à la liberté syndicale (ce qu'avait d'ailleurs jugé de manière erronée le Tribunal d'instance d'Orléans (4)), de sorte qu'elle a, en réalité, cassé un jugement en ce qu'il disait la même chose qu'elle.

Et, par ailleurs, en ce qui concerne la question de la discrimination qui faisait l'objet même du pourvoi en cassation, la Cour de cassation n'en dit mot.

2. Cette solution est particulièrement surprenante.

Tout d'abord, cette disparité de traitement pouvait paraître d'autant plus insolite que, pour les entreprises de moins de 300 salariés, le législateur a prévu que l'ensemble des organisations représentatives (et elles seules) peuvent désigner un représentant syndical auprès du comité d'entreprise, puisque, selon l'article L. 2143-22, le délégué syndical est, de droit représentant syndical au comité dans ces entreprises et les établissements qui en dépendent (4 bis), et il est à ce titre, destinataire des informations fournies au comité. Il en est de même pour les comités centraux d'entreprise, auprès desquels l'ensemble des organisations représentatives sont habilitées à désigner un représentant (5).

Ensuite, la raison pour laquelle le législateur a institué cette disparité est totalement opaque, dès lors que, si l'on se reporte aux travaux préparatoires à la loi du 20 août 2008, on ne trouve aucune explication sur les raisons qui ont poussé le législateur à instituer ce critère étrange tiré de l'obtention de deux élus au moins au comité d'entreprise pour les entreprises de 300 salariés et plus.

L'article L. 2324-2 du Code du travail est le fruit d'un amendement n° 24, ajouté par le Sénat *in extremis* et sans aucun débat au projet de loi parlementaire, sur la proposition d'Alain Gournac, sénateur UMP, à la suite d'un avis émis favorablement par le ministre du Travail, le projet de loi ayant, lui, retenu le seul critère de l'audience électorale de 10 %.

L'amendement n'accordait la faculté de désigner un représentant syndical au comité d'entreprise qu'aux syndicats représentatifs ayant au surplus des élus au comité d'entreprise, sous le vocable « *les syndicats les plus représentatifs* », puis, on ne sait dans quelle circonstance, le critère de la représentativité légale a disparu, ne laissant place qu'au critère des élus, au cours de la Commission mixte paritaire et ce, sans qu'aucune explication n'ait été donnée.

Pas davantage trouverait-on une explication à cette anomalie dans la Position commune du 9 avril 2008, à l'origine de la loi du 20 août 2008. Les partenaires sociaux n'ont aucunement préconisé une telle solution, totalement contraire à la logique présidant tant au dispositif général du Code du travail relatif aux instances représentatives du personnel et aux organisations syndicales, qu'à celui spécifique de la loi de 2008.

Il est clair que, pour les signataires de la Position commune comme pour le législateur, cette loi n'avait institué qu'une seule catégorie de critères de représentativité syndicale, celles de l'article L. 2121-1, parmi lesquels ne figurent pas celui tiré de la présence d'élus au comité d'entreprise.

Et cette représentativité n'a pas à subir de dérogations, s'agissant de déterminer, en première ligne, les organisations syndicales aptes à négocier les accords et devant, par conséquent, disposer de l'ensemble des informations nécessaires, sans disparité entre elles à cet égard.

Il n'existe, et ne peut exister, qu'une seule catégorie d'organisations syndicales représentatives, la création d'une autre catégorie ayant, celle-ci, la possibilité de fournir son avis dans les réunions de comité d'entreprise, ne pouvant que créer une discordance avec le mécanisme de représentativité relative aux négociations.

Et, d'ailleurs, le rapporteur devant la Cour de cassation, qui avait développé une analyse particulièrement nuancée du litige, avait insisté, notamment, sur le fait que la cohérence globale d'un mécanisme de démocratie sociale, fondé sur le principe de la différenciation fondamentale entre les syndicats non représentatifs, qui ont accès à de nombreuses prérogatives dans l'entreprise mais à pas à celle qui les conduirait à représenter les salariés dans la négociation, et les syndicats représentatifs, qui, ayant établi leur représentativité, notamment du fait des suffrages accordés par les salariés, sont considérés comme « *les plus légitimes* » et peuvent accéder à toutes les prérogatives, est à l'évidence atteinte par l'article L. 2325-2.

De son côté, l'avocat général s'était prononcé pour le rejet du pourvoi.

3. En fait, la Cour de cassation a donné raison *proprio motu* à la première branche du moyen de cassation de la société TDA Armements, laquelle n'était pourtant pas fondée.

(4) Cf. le texte du jugement commenté in *Droit ouvrier* 2011, pp. 664 et s.

(4 bis) Récemment : Soc. 20 juin 2012, pourvoi n°11-15.558, à paraître au Bull.

(5) Article L. 2327-6 : « *Chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise désigne un représentant au comité central d'entreprise, choisi soit parmi les représentants de cette organisation aux comités d'établissement, soit parmi les membres élus de ces comités* ».

Cette critique se basait, en particulier, sur un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme, selon lequel les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention, de sorte que, selon ce principe, le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention (6). Cependant, ce principe de la liberté d'appréciation des États trouve sa limite dans l'autre principe selon lequel les limitations aux droits garantis par la Convention doivent être interprétées restrictivement, « d'une manière qui assure une protection concrète et effective des droits de l'Homme » (7).

Tel était le cas, par conséquent, de la liberté syndicale et de l'interdiction des discriminations dans la mise en œuvre de cette liberté.

Ainsi, les États ne disposent-ils, en réalité, que d'une liberté d'appréciation réduite pour apprécier la nécessité, dans une société démocratique, de restreindre la liberté syndicale et d'un besoin social impérieux pour procéder à une telle restriction.

De plus, cette liberté d'appréciation ne dispense, en réalité, pas le juge de contrôler la conformité de la mesure avec le droit conventionnel. Cette liberté s'arrête là où commence l'inconventionnalité, pourrait-on dire.

Dans l'affaire précitée, *Affaire linguistique belge*, la Cour européenne des droits de l'Homme a ainsi considéré que l'égalité de traitement était violée si la distinction manquait de justification objective et raisonnable et que, en outre, l'existence d'une pareille justification devait s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques, et en fonction du rapport raisonnable de proportionnalité qui doit exister entre les moyens employés et le but visé.

Dans d'autres matières la Cour de cassation s'est prononcée dans le même sens, en jugeant, par exemple, que « si l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales permet à l'État de limiter le droit d'accès à un tribunal dans un but légitime, **c'est à la condition que la substance même de ce droit n'en soit pas atteinte et que, si tel est le cas, les moyens employés soient proportionnés à ce but** » (8).

Au cas présent, la Cour de cassation aurait, dès lors, dû procéder à ce double contrôle de justification au regard du but recherché et de proportionnalité entre les moyens et ce but, quelle que soit la liberté d'appréciation de l'État, et c'était seulement au cas où la disposition en cause (9) ne paraissait pas contraire à ces principes qu'elle pouvait dire alors, éventuellement, que l'État disposait d'une marge d'appréciation pour décider ou non ce type de mesure.

La Cour de cassation ne pouvait, comme elle l'a fait, abandonner à la seule appréciation de l'État la détermination des syndicats aptes à désigner un représentant au comité d'entreprise, au risque, pour cet État, d'instituer, par ricochet, une discrimination entre syndicats représentatifs, alors qu'il résultait manifestement des conclusions de la CGT comme de la motivation du Tribunal d'instance qu'en réalité, c'était la substance même de la liberté syndicale qui avait été atteinte par le biais de la discrimination dénoncée.

4. Car le Tribunal d'instance d'Orléans s'était, lui, livré à ce travail de contrôle minimal de conventionnalité (10).

Ainsi avait-il considéré, pour mémoire, d'une part, que la discrimination n'était pas justifiée, dès lors que l'égal accès aux mêmes informations sur la vie de l'entreprise n'était pas garanti à tous les syndicats remplissant les critères de représentativité, et, d'autre part, qu'il y avait une absence de proportion entre les moyens (le critère de l'obtention d'élus au CE) et le but poursuivi (la fixation d'un critère de légitimité pour la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise), l'article L. 2324-2 ne permettant pas à tous les syndicats participant à la négociation collective d'accéder à l'intégralité des mêmes informations.

Et cette solution était entièrement conforme à la jurisprudence de la CEDH, selon laquelle l'article 11 de la Convention ouvre le droit, pour les membres d'un syndicat, à ce que celui-ci soit entendu en vue de la défense de leurs intérêts (11), ainsi que celui de mener des négociations collectives avec l'employeur, sous la seule réserve du droit des États de réserver un statut spécial aux syndicats représentatifs (12).

Par cet arrêt *Demir et Baycara*, la Cour européenne des droits de l'Homme a, en effet, indiqué que la Convention devait s'interpréter à la lumière des autres

(6) CEDH 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, § 10.

(7) CEDH 12 novembre 2008, *Demir et Baycara c/ Turquie*, 34503/97, § 146.

(8) Ass. Plén. 7 avril 2006, Bull. n° 3.

(9) Article L. 2325-2 du Code du travail.

(10) Cf. le texte du jugement commenté in *Droit ouvrier* 2011, pp. 664 et s. ; M. Cohen, Du nouveau sur le représentant syndical au comité d'entreprise RPDS 2011, n° 799, p. 359 ; Jean-

François Akanji-Kombé, Quand le TI d'Orléans donne une leçon de contrôle de conventionnalité, *Semaine sociale Lamy*, 18 juillet 2011, n° 1501, p. 3 ; dans le même sens, le jugement fort motivé du Tribunal d'instance de Tours du 3 octobre 2011 commenté par M. Cohen, in *Droit ouvrier* 2011, pp. 735 et s.

(11) CEDH 6 février 1976, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c/ Suède*, 5614/72, § 40.

(12) CEDH 12 novembre 2008, *Demir et Baycara c/ Turquie*, 34503/97, § 154.

dispositions européennes, et en particulier la Charte européenne révisée de 1996 telle qu'elle est interprétée par le Comité européen des droits sociaux, lequel a, en particulier, considéré, rappelons-le, qu'une obligation de représentativité ne doit pas restreindre « *de manière excessive la possibilité pour les syndicats de participer effectivement aux négociations collectives* » (13).

C'est qu'en effet – et c'est aussi ce qu'a oublié la Cour de cassation –, la liberté syndicale, garantie de façon égalitaire par les articles 11 et 14, est une liberté d'action syndicale (et pas seulement de constitution d'un syndicat et d'adhésion), et donc, en particulier, de négociation d'accords et d'émission d'avis au sein des comités d'entreprise, liberté d'action devant, par conséquent, reposer sur une égalité d'information entre syndicats.

5. Pourquoi la Cour de cassation n'a-t-elle pas procédé à ce contrôle de conventionnalité et, partant, à l'analyse des motifs du jugement entrepris, alors que, pourtant, celui-ci était solidement motivé, ainsi d'ailleurs que l'avait reconnu le conseiller rapporteur ?

Pourquoi n'a-t-elle pas procédé à ce contrôle alors que, pourtant, les conditions dans lesquelles a été rédigé l'article L. 2324-2 démontrent qu'en réalité, cette disposition n'a fait l'objet d'aucun débat parlementaire, qu'elle a été le fruit d'une succession de retouches individuelles et inopinées, ne faisant apparaître aucun objet précis à la disparité de traitement ainsi instituée, et qu'en conséquence, le législateur ne s'est en définitive livré « *librement* » à aucune véritable « *appréciation* » ?

Pour qu'il y ait « *liberté* » d'appréciation, encore faut-il que l'auteur de son exercice ait analysé le contenu de son projet de décision, et qu'il en ait mesuré la portée et les conséquences. Et lorsque cet auteur est le législateur, encore faut-il, par conséquent, que le projet de loi ait fait l'objet d'un réel débat.

Au cas présent, on aurait pu parler de « *liberté d'appréciation* » de la part du législateur qu'à la condition qu'il ait effectué un véritable travail d'analyse (c'est-à-dire d'appréciation), tant de la prérogative en cause et des circonstances de son exercice (en l'espèce, le droit de désigner un représentant syndical au comité d'entreprise dans les entreprises de 300 salariés au moins), que de l'adéquation du statut spécial envisagé (en l'espèce, la justification du critère des deux élus minimum).

Or, ce travail d'analyse n'a pas été effectué, de sorte

qu'il est impossible de connaître la raison pour laquelle le législateur a décidé, selon l'arrêt rapporté, d'organiser le système de la liberté syndicale de manière à reconnaître un statut spécial aux syndicats ayant deux élus au moins au comité d'entreprise, et ce, uniquement dans les entreprises de 300 salariés au moins, et, au surplus, jamais auprès des comités centraux d'entreprise, pour leur ouvrir le droit à désigner un représentant syndical au comité d'entreprise.

Il n'est même pas certain, d'ailleurs, que le législateur ait eu conscience d'organiser un « *système spécial de représentativité* », avec les conséquences discriminatoires qu'il impliquait, aussi baroque qu'il soit, il faut bien le dire.

La disposition en cause paraît être le fruit d'un désordre législatif et d'une incohérence entre diverses volontés individuelles dans l'élaboration de la loi, de sorte qu'il n'y a, manifestement, eu l'exercice d'aucune « *liberté d'appréciation* » par l'État, en l'absence de l'expression d'une volonté claire et non équivoque du législateur d'instituer un système discriminatoire de représentativité au vu de la prérogative concernée.

6. Il apparaît, dès lors, que la réponse à la question de savoir pourquoi la Cour de cassation a décidé de se prononcer comme elle l'a fait n'est malheureusement pas d'ordre juridique.

Elle paraît tenir à des mobiles d'une toute autre nature, radicalement étrangers au présent litige et à ses enjeux véritables.

Et, pour les comprendre, on en est réduit à des conjectures, tant l'arrêt est laconique dans sa motivation.

On peut, par exemple, penser qu'en utilisant, de manière erronée, comme elle l'a fait le principe de la liberté d'appréciation des États, la Cour de cassation a, en réalité, voulu, soit ne pas se déjuger par rapport à ses précédentes décisions (lesquelles ne portaient pourtant pas précisément sur la conventionnalité de l'article L. 2325-2 (14)), soit, plus vraisemblablement, ne pas s'opposer à la décision du Conseil constitutionnel du 3 février 2012 (15), lequel avait décidé que les organisations syndicales représentatives n'étaient pas dans une situation différente liée à l'objet de la loi selon qu'elles ont, ou non, des élus au sein du comité d'entreprise, faisant ainsi abstraction des difficultés d'information des syndicats victimes de la discrimination et de leur absence des réunions de comité d'entreprise (16).

(13) Digest de jurisprudence du CEDS et conclusions de la procédure des rapports, pp. 50 et 58.

(14) Cass. Soc. 14 avril 2010 Bull. n° 100 : l'article L. 2324-2 doit être respecté (sur cet arrêt v. obs. P. Rennes et A. Braun, Dr. Ouv. 2010, p. 418 et nos obs. *ibid.*, p. 448) ; Ass. Plén. 18 juin 2010, QPC n° 10-14749, publié au Bull. : il n'y a pas lieu à renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

(15) DC n° 2011-216, Dr. Ouv. 2012, p. 673, n. P-Y. Gahdoun.

(16) Sur cette décision, interview de Jean-François Akanji-Kombé, Une décision qui sonne le glas de la QPC sur la loi du 20 août 2008 ?, Semaine sociale Lamy 2012, n° 1525, pp. 12 et s.

On peut aussi penser que la Cour de cassation s'est laissée arrêter par les conséquences qu'aurait eues un arrêt décidant de l'inconventionnalité de l'article L. 2325-2 du Code du travail, l'ensemble des organisations syndicales, représentatives ou non, pouvant alors désigner des représentants syndicaux au comité d'entreprise dans les entreprises de 300 salariés et plus, en attendant une intervention du législateur pour rectifier le texte de la loi.

Mais en réalité, une telle perspective est quelque peu imaginaire, et elle ne pouvait à ce titre exercer aucune influence sérieuse sur la décision prise, dès lors qu'une décision de justice en la matière revêt l'autorité relative de la chose jugée, et non l'autorité absolue. Selon l'article 5 du Code civil, il est interdit aux juges de rendre des arrêts de règlement. Il en résulte qu'un arrêt d'inconventionnalité, en l'espèce, aurait permis, sans bouleverser le droit positif existant de façon immédiate, brutale et générale, d'alerter le législateur, qui aurait alors pu modifier rapidement l'article L. 2325-2. L'interdiction des arrêts de règlement empêche l'application du revirement, à la manière d'une nouvelle norme de droit positif de portée générale. Il est vrai qu'un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation, même avec l'autorité relative de la chose jugée, a des effets sur les décisions de justice à venir, les juges du fond étant incités à le suivre, en raison du caractère de Cour suprême de la Cour de cassation. Mais, à cet égard, on ne voit pas pourquoi, lorsqu'il s'agit de déterminer les conditions de désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise, ne s'appliquerait pas la règle selon laquelle « *la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable, pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge* » (17). Autrement dit, les juges du fond demeuraient entièrement libres de retenir la solution qui leur paraissait la plus appropriée. Ou alors, il faudrait admettre que l'article L. 2325-2 serait intangible, et que, de manière plus générale, lorsqu'est en jeu le fonctionnement des institutions représentatives et syndicales, la Cour de cassation ne serait pas libre de déclarer en la matière une disposition légale inconventionnelle en raison du « bouleversement » subséquent qui en résulterait. Une telle solution serait radicalement contraire aux conventions de droit international relatives tant au libre fonctionnement de ces institutions qu'à leur libre accès au juge, et donc à la liberté de celui-ci de juger conformément aux règles de droit applicables. En particulier, l'application de l'article

604 du Code de procédure civile (18) serait gravement compromise comme étant, en définitive, entachée de discrimination syndicale.

Peut-être, enfin, la Cour de cassation a-t-elle préféré renvoyer le problème auquel elle était confrontée au législateur, lequel devra, de toute façon, en l'état de cette jurisprudence, non seulement revoir la rédaction de l'article L. 2325-2 pour qu'elle soit uniformisée avec celle des articles L. 2143-22 et L. 2327-6, conformément au principe d'égalité, mais aussi décider que l'employeur doit fournir aux délégués syndicaux les mêmes informations que celles données au comité d'entreprise, ceci afin qu'ils puissent, de façon égalitaire également, négocier utilement et proposer, tout aussi utilement, des thèmes de négociation à l'employeur.

7. Quoi qu'il en soit, il s'avère que l'arrêt commenté s'apparente à un véritable déni de justice en l'absence de contrôle de conventionnalité de la part de la Cour suprême, et ce, sous le couvert d'une liberté d'appréciation des États qui, en l'espèce, n'a pas été correctement mise en œuvre.

Cet arrêt, indiqué P+B, ne peut qu'apporter la perturbation dans le fonctionnement conjugué des institutions représentatives du personnel et des organisations syndicales, les syndicats représentatifs n'ayant pas obtenu deux élus au comité d'entreprise dans les entreprises d'au moins 300 salariés n'étant pas d'un nombre négligeable dans les entreprises.

Un tel trouble aurait, pourtant, dû être évité, compte tenu de la finalité de la loi du 20 août 2008 qui est de renforcer la légitimité des accords collectifs, ce qui implique l'unicité des critères de représentativité (19), cette finalité étant, au demeurant, en tout point conforme à la liberté d'action syndicale, et partant de négociation, telle que garantie de façon égalitaire par la Convention européenne des droits de l'Homme (20).

A moins d'une intervention législative, seul un recours devant la Cour européenne des droits de l'Homme pourrait, dès lors, semble-t-il, résoudre l'incohérence dans le système légal de représentativité perpétué par la Cour de cassation, la CEDH n'étant, en principe, sensible ni aux décisions d'un Conseil constitutionnel, ni à l'avenir d'une disposition législative interne dont elle a déclaré l'inconventionnalité.

Ou alors, il faudrait admettre, encore une fois, que cet article L. 2325-2 serait intangible.

En tout cas, vient de le juger la Cour de cassation, il est

(17) Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juin 2009, Bull. n° 124.

(18) Article 604 du Code de procédure civile : « *Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* ».

(19) M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier et Y. Struillou, *Guide des élections professionnelles*, éd. Dalloz 2010-2011, pp. 8 et s.

(20) Arrêt *Demir et Baycaraz*, précité.

inutile de tenter de contourner la difficulté en concluant un accord collectif dérogatoire permettant aux organisations syndicales n'ayant pas obtenu deux élus au moins au comité d'entreprise de désigner un représentant. Elle a récemment jugé que « *les dispositions de l'article L. 2324-2 du Code du travail, dans leur rédaction issue de la loi du 20 août 2008, sont d'ordre public absolu en ce qu'elles subordonnent le droit de désigner un représentant syndical au comité d'entreprise par une organisation syndicale à ce que celle-ci dispose d'élus au comité d'entreprise, ce qui fait obstacle, par suite, à ce qu'un syndicat puisse procéder à une telle nomination en vertu d'un accord collectif reconnaissant ce droit à une organisation ne satisfaisant pas à cette condition, alors même que l'accord aurait été conclu avant l'entrée en vigueur de la loi* », et elle a, en conséquence, considéré que la sanction d'une désignation effectuée en application d'un tel accord était l'annulation judiciaire de cette désignation (21).

La seule, maigre, consolation qu'offre, en définitive, la jurisprudence relative à cette institution qu'est le représentant syndical au comité d'entreprise réside dans cet autre arrêt, également récent, par lequel la Cour de cassation a considéré que, tant que le juge d'instance ne s'est pas prononcé au fond sur la légalité de la désignation d'un tel représentant en l'absence de deux élus au moins

au comité, l'employeur doit remplir l'intégralité de ses obligations légales à l'égard de ce représentant, faute de quoi le juge des référés est fondé à ordonner la cessation du trouble manifestement illicite résultant de la méconnaissance de ces obligations (22).

Mais cette solution n'a, faut-il le souligner, aucun caractère novateur : elle se situe en droite ligne de la jurisprudence qui décide, par exemple, que l'employeur n'est pas juge de la légalité d'une liste de candidats à des élections professionnelles et qu'il ne peut, dès lors, procéder à son retrait, ni à sa réfection (23). Les pouvoirs du juge sont sauvegardés, bien heureusement. Et peut-être, d'ailleurs, n'aurons-nous pas fini d'entendre parler de cet article L. 2325-2 si d'autres tribunaux d'instance se rebellent contre la solution retenue par l'arrêt rapporté, comme cela devrait être à prévoir, compte tenu du caractère incompréhensible de cette solution.

La Cour de cassation, ainsi d'ailleurs que le Conseil constitutionnel, pourraient alors être amenés à revoir leur position.

Marie-France Bied-Charreton

(21) Cass. Soc. 24 octobre 2012, deux arrêts P+B : pourvois n° 11-22.087 (non reproduit) et 11-16.071 (ci-après, deuxième espèce) ; sur cette notion d'ordre public absolu, v. dos. F. Canut sous Soc. 7 nov. 2007, Dr. Ouv. 2008, p. 135.

(22) Cass. Soc. 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-20346, à paraître au Bull., ci-après, troisième espèce : dans cette affaire, la société Renault ayant demandé judiciairement

l'annulation de la désignation, le Tribunal d'instance a sursis à statuer dans l'attente de l'issue d'une question prioritaire de constitutionnalité, et c'est pendant cette période d'attente que la société a cru pouvoir cesser de convoquer le représentant syndical au comité d'entreprise aux réunions du comité, ce qui constituait un trouble manifestement illicite.

(23) Cass. Soc. 10 décembre 1986 Bull. n° 586.

COMITÉ D'ENTREPRISE Représentant syndical – Désignation – Condition – Entreprises de plus de 300 salariés – Pluralité d'élus au CE (trois espèces) – Atteinte à la Convention européenne des droits de l'Homme (art. 11 et 14) (non) (première espèce) – Accord collectif – Abaissement du seuil du nombre d'élus (non) (deuxième espèce) – Saisine du juge – Nécessité (oui) (troisième espèce).

Première espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 24 octobre 2012

Société TDA armements contre CGT TDA armements et a. (pourvoi n° 11-18.885)

Vu les articles 11 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et L. 2324-2 du code du travail ;

Attendu, selon le jugement attaqué, que lors des élections des membres du comité d'entreprise qui se sont déroulées au sein de la société TDA armements en janvier 2011, le syndicat CGT de la société TDA armements, a obtenu 23,19% des suffrages tous collèges confondus, et un seul élu au comité d'entreprise ; qu'il a désigné le 19 janvier 2011 Mme Bruant en qualité de représentant

syndical au comité d'entreprise ; que l'employeur a saisi le tribunal d'instance en annulation de la désignation ;

Attendu que pour dire valide la désignation par le syndicat CGT d'un représentant syndical au comité d'entreprise et écarter l'application de l'article L. 2324-2 du code du travail en ce qu'il impose aux syndicats représentatifs de disposer de deux élus pour désigner un représentant syndical au comité d'entreprise, le tribunal d'instance relève que l'application du texte de l'article L. 2324-2 du code du travail instaure une inégalité de

traitement des syndicats représentatifs au sein des entreprises de plus de trois cents salariés dans le cadre de la négociation collective, et qu'en fixant un critère de légitimité différent de ceux relatifs à la représentativité des syndicats au sein de l'entreprise, la loi instaure une discordance entre les règles de représentativité permettant de participer à la négociation collective et la règle de représentativité conditionnant la faculté des syndicats de désigner un représentant au comité d'entreprise, ce qui a pour effet de désavantager de manière déraisonnable dans le déroulement de la négociation collective les syndicats représentatifs qui ne disposeraient pas d'élus suffisants ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les articles 11 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales laissent les Etats libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial à certains syndicats en fonction de la nature des prérogatives qui leur sont reconnues et qu'il en résulte que le choix du législateur de réserver

aux seules organisations syndicales ayant des élus, la possibilité de désigner un représentant syndical au comité d'entreprise ne méconnaît pas les exigences des articles susvisés de la Convention, le tribunal a violé les textes susvisés ;

Et vu l'article 627 du code de procédure civile ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, le jugement rendu le 23 mai 2011, entre les parties, par le tribunal d'instance d'Orléans ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Dit nulle la désignation du 19 janvier 2011 de Mme Bruant en qualité de représentante syndicale au comité d'entreprise par le syndicat CGT de la société TDA armements ;

(M. Lacabarats, prés. - Mme Pécaut-Rivolier, rapp. - M. Foerst, av. gén. - SCP Célice, Blanpain et Soltner, SCP Lyon-Caen et Thiriez, av.)

Deuxième espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 24 octobre 2012

F. et Cha re syndicale Force ouvrière

contre sociétés Informatique Banque populaire (i-BP) et Albiréo

(pourvoi n° 11-16.071)

Attendu, selon le jugement attaqué (tribunal d'instance de Toulouse, 4 avril 2011), que par requêtes en date des 20 et 24 janvier 2011, les sociétés Informatique Banque populaire (i-BP) et Albiréo ont demandé l'annulation de la désignation, par le syndicat Union départementale Force ouvrière (le syndicat) de M. F. en qualité de représentant syndical au comité d'établissement Toulouse/Perpignan de l'Union économique et sociale i-BP en invoquant l'absence d'élus du syndicat au sein de ce comité d'établissement ;

Attendu que le syndicat et M. F. font grief au jugement d'avoir annulé la désignation alors, selon le moyen, que la règle issue de la loi du 20 août 2008 selon laquelle seules les organisations syndicales ayant des élus au comité d'entreprise peuvent y nommer un représentant n'étant pas d'ordre public absolu, il peut y être dérogé par voie d'accord collectif ; qu'en décidant le contraire pour écarter l'application de l'accord d'entreprise du 25 juin 2007, le tribunal d'instance a violé les articles L. 2251-1 et L. 2324-2 du code du travail ;

Mais attendu que les dispositions de l'article L. 2324-2

du code du travail, dans leur rédaction issue de la loi du 20 août 2008, sont d'ordre public absolu en ce qu'elles subordonnent le droit de désigner un représentant syndical au comité d'entreprise par une organisation syndicale à ce que celle-ci dispose d'élus au comité d'entreprise, ce qui fait obstacle, par suite, à ce qu'un syndicat puisse procéder à une telle nomination en vertu d'un accord collectif reconnaissant un tel droit à une organisation ne satisfaisant pas à cette condition, alors même que l'accord aurait été conclu avant l'entrée en vigueur de la loi ;

Qu'il s'ensuit que le tribunal d'instance, qui a constaté que le syndicat n'avait pas obtenu au moins deux élus au sein du comité d'établissement auprès duquel M. F. a été désigné représentant syndical, a légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs

Rejette le pourvoi ;

(M. Lacabarats prés. - M^{me} Pécaut-Rivolier, rapp. - M. Foerst, av. gén. - Me Haas, SCP Laugier et Caston, av.)

Troisième espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 24 octobre 2012

société Renault contre Force ouvrière Renault et a. (pourvoi n°11-20.346)

Attendu, selon l'arrêt attaqué statuant en référé (Versailles, 1er juin 2011), que le syndicat Force ouvrière Renault siège a désigné le 10 décembre 2009 M. Baudry en qualité de représentant syndical au comité d'établissement de la société Renault ; que, faisant valoir que le syndicat n'avait pas au moins deux élus au comité d'entreprise, la société Renault a saisi le tribunal d'instance de Boulogne-Billancourt d'une demande d'annulation de cette désignation ; que ce tribunal a sursis à statuer dans l'attente d'une question prioritaire de constitutionnalité ; que le syndicat a saisi le 10 juin

2010 le président du tribunal de grande instance de Nanterre en référé aux fins d'ordonner à l'employeur de convoquer M. Baudry aux réunions du comité d'établissement et de lui adresser les informations délivrées aux membres du comité ;

Attendu que la société Renault fait grief à l'arrêt d'accueillir cette demande alors, selon le moyen :

1°/ que, selon l'article L. 2324-2 du code du travail, dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, la désignation d'un représentant syndical au comité

d'entreprise est réservée aux syndicats ayant plusieurs élus au comité d'entreprise ; que présente ainsi un caractère manifestement illégal, la désignation d'un représentant syndical au comité d'établissement effectuée par un syndicat qui n'a obtenu aucun élu au sein de ce comité lors des dernières élections ; qu'au regard du caractère manifestement illégal de cette désignation, ne constitue pas un trouble manifestement illicite le refus de l'employeur, qui a contesté cette désignation dans le délai de quinze jours, de convoquer le représentant syndical ainsi désigné aux réunions du comité d'entreprise ou d'établissement et de lui remettre les documents d'information et procès-verbaux de réunion de ce comité dans l'attente de l'annulation judiciaire de cette désignation ; qu'en l'espèce, bien que n'ayant obtenu aucun élu au comité d'établissement du siège aux élections organisées en novembre 2009, le syndicat FO a néanmoins désigné M. Baudry en qualité de représentant syndical au comité d'établissement du siège, cette désignation ayant été annulée par un jugement du 13 décembre 2010 ; qu'en jugeant que le refus de la société Renault de permettre à M. Baudry d'exercer les prérogatives attachées à son mandat avant l'annulation judiciaire de sa désignation en qualité de représentant syndical au comité d'établissement constituait un trouble manifestement illicite, cependant que cette désignation était réputée illégale dès son origine, la cour d'appel a violé les articles 809 du code de procédure civile et L. 2324-2 du code du travail ;

2°/ que si, en principe, la contestation de la validité d'un acte ou d'un contrat n'a pas d'effet suspensif sur cet acte ou ce contrat, le juge des référés ne peut ordonner l'exécution provisoire de cet acte ou de ce contrat, ni voir dans le refus d'exécuter cet acte ou ce contrat un trouble manifestement illicite, en présence d'une contestation sérieuse sur sa validité de cet acte ou de ce contrat ; qu'ainsi, la faculté de prononcer des mesures provisoires sur le fondement de l'acte ou du contrat litigieux, suppose l'absence de toute illégalité manifeste ; qu'en retenant que les articles L. 2324-23 et R. 2324-24 du code du travail ne prévoient pas la suspension des effets de la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement en cas de contestation de cette désignation devant le tribunal d'instance et qu'en l'absence de disposition spéciale, la contestation judiciaire d'une décision n'a pas d'effet suspensif sur cette décision, pour dire que constitue un trouble manifestement illicite le refus de la société Renault d'accorder à M. Baudry, dans l'attente de l'annulation judiciaire de sa désignation en qualité de représentant syndical FO au comité d'établissement du siège, les moyens d'exercer ce mandat, sans tenir compte du caractère manifestement illégal de cette désignation, la cour d'appel a violé les articles 809 du code de procédure civile et L. 2324-2 du code du travail ;

3°/ qu'en faisant valoir le caractère manifestement illégal de la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise par un syndicat qui n'a obtenu aucun élu au sein de ce comité lors des dernières élections, pour s'opposer à la prétention de ce syndicat à avoir accès, par l'intermédiaire du représentant illégalement désigné, aux discussions du comité d'entreprise et aux informations destinées aux membres du comité d'entreprise, l'employeur ne cherche pas à paralyser l'exercice d'un mandat dont la nullité n'est pas judiciairement contestée, mais à appliquer les dispositions légales, d'ordre public, qui réservent aux syndicats ayant fait preuve d'une légitimité électorale

la participation aux discussions du comité d'entreprise ; qu'en se fondant sur le motif tiré de ce que la suspension des effets d'une désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise, en cas de contestation de cette désignation devant le tribunal d'instance, permettrait à l'employeur de "paralyser l'exercice d'un mandat dont la nullité n'est pas judiciairement constatée", sans encore une fois tenir compte du caractère manifestement illicite de la désignation litigieuse ni de ce qu'elle aurait permis au syndicat FO, pendant près d'une année, d'avoir accès à des prérogatives réservées, par des dispositions légales d'ordre public, à des syndicats ayant fait preuve de légitimité électorale, la cour d'appel a violé derechef les articles 809 du code de procédure civile et L. 2324-2 du code du travail ;

4°/ que, si l'annulation de la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise n'a pas d'effet rétroactif sur son statut protecteur, en raison de la nécessité d'accorder au salarié qui a ainsi couru un risque la protection réservée aux représentants du personnel, elle emporte, rétroactivement, disparition du fondement de sa prétention à exercer les prérogatives attachées au mandat dont il a été illégalement investi ; qu'en se fondant encore sur le motif inopérant tiré de ce que l'annulation de la désignation d'un représentant syndical est sans effet rétroactif sur son statut protecteur, pour retenir que le syndicat FO était fondé, nonobstant l'annulation de la désignation prononcée par le tribunal d'instance de Boulogne-Billancourt, le 13 décembre 2010, à solliciter qu'il soit ordonné à la société Renault de convoquer M. Baudry en qualité de représentant syndical au comité d'établissement du siège et de lui remettre les procès-verbaux de réunion et documents d'information réservés aux membres du comité d'établissement jusqu'au 13 décembre 2010, la cour d'appel a violé les articles 809 du code de procédure civile et L. 2324-2 du code du travail ;

Mais attendu que l'employeur n'étant pas juge de la validité de la désignation d'un représentant syndical, la cour d'appel a décidé à bon droit, le mandat n'étant pas judiciairement annulé, que la méconnaissance par l'employeur des obligations lui incombant à l'égard des représentants syndicaux au comité d'entreprise résultant des dispositions des articles L. 2324-2 et L. 2143-22 du code du travail, est constitutive d'un trouble manifestement illicite qu'il appartient au juge des référés de faire cesser ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

(M. Lacabarats, prés. - M. Huglo, rapp. - M. Foerst, av. gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Lyon-Caen et Thiriez, av.)