

L'action syndicale non représentative dans l'entreprise

Sur quelques règles de conjugaison*

par *Patrice ADAM*, Professeur à l'Université de Lorraine

PLAN

I. Visages de l'action syndicale non représentative

I. Visages de l'action syndicale non représentative

II. Aujourd'hui se conjugue au futur et au passé

III. Demain se conjugue au présent

La chirurgie législative et reconstructrice opérée par la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale n'a point seulement remodelé le visage de la représentativité syndicale, elle a également introduit dans l'entreprise l'action syndicale non représentative (1). L'événement n'est pas passé inaperçu, essentiellement parce qu'il a trouvé incarnation dans une nouvelle figure : celle du représentant de la section syndicale (ci-après R.S.S.) (2). Comme il fut écrit, « *la création d'une nouvelle institution syndicale ou de représentation des salariés en entreprise est devenue à ce point rare que toute initiative en ce domaine suscite naturellement un vif intérêt* » (3). Ce n'est pas dire là que l'action des syndicats non représentatifs, dotés des attributs de la personnalité civile, était totalement paralysée sous l'empire des textes antérieurs. Reste que cette capacité d'agir n'était point véritable aptitude à s'organiser dans l'entreprise – la loi du 27 décembre 1968 ayant réservé aux « représentatifs » nombre de prérogatives articulées autour de la création d'une section syndicale – mais seulement habilitation à exercer, à sa marge, certaines actions judiciaires au profit de ses membres (4) ou les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession (5).

L'intervention chirurgicale de l'été 2008, préparée quelques mois plus tôt par la Position commune *sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme* (art. 10-1), a tout changé. D'un visage, l'autre. Désormais, l'organisation non représentative – à condition de remplir certaines conditions « d'authenticité » (C. trav., art. L. 2142-1) – peut s'organiser dans l'entreprise et y exercer certaines prérogatives. Et le Professeur Borenfreund de l'écrire, et de le décrire, avec sagacité : « *le pluralisme syndical, comme la liberté d'organisation des syndicats au sein de l'entreprise, continue donc de prévaloir, mais il ne s'agit plus seulement de pluralisme et de liberté d'organisation dans la représentativité* » (6). La loi du 20 août 2008 marque ainsi « *le retour à une conception moins sélective et plus égalitaire de la liberté syndicale* » (7).

* Cet article développe une intervention prononcée à l'Université de Lorraine le 29 novembre 2013 durant une journée d'étude consacrée aux « Nouveaux visages de la représentation syndicale après la loi du 20 août 2008 ».

(1) L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, « La représentation du personnel dans l'entreprise après la loi du 20 août 2008 », RDT 2009, p. 490 : « *La loi du 20 août 2008 ouvre une place toute nouvelle aux syndicats qui ne sont plus ou pas encore, représentatifs, et souhaitent s'implanter ou se maintenir dans l'entreprise* ».

(2) Y. Pagnerre, « Le représentant de la section syndicale », JCP S, 2009, 1156 ; l'auteur souligne que « *si la loi emploie le terme de « représentant » de la section syndicale, il ne faut pas se méprendre : l'intéressé est mandaté pour représenter le syndicat, la section syndicale – groupement de fait – n'ayant pas la personnalité morale* ». Une telle mise en garde terminologique n'est pas propre au R.S.S. ; les « *institutions représentatives du personnel* » en appelleraient une identique ! Profitons-en pour souligner que le R.S.S. n'appartient pas à cette dernière catégorie, même largement entendue. Sa seule présence dans l'entreprise ne peut donc pas priver le salarié du bénéfice de l'assistance d'un conseiller du salarié (C. trav., art. L. 1232-4).

(3) F. Duquesne, « Un délégué syndical en devenir : le nouveau représentant de la section syndicale », Dr. social 2008, p. 1084.

(4) C. trav., art. L. 135-4 anc. devenu L. 2262-9 et L. 2262-10.

(5) Que l'on songe à « *ce remarquable droit laissé à tout syndicat d'agir en justice, sans exigence de représentativité, tant en annulation qu'en exécution d'un accord collectif, sur le fondement de l'ancien article L. 411-11 devenu l'article L. 2132-3 du code du travail* » : A. Mazeaud, « Un nouveau droit syndical ou un droit syndical rénové », JCP S, 29 mai 2012, 1240, p. 72.

(6) G. Borenfreund, « Égalité entre syndicats, égalité dans la négociation collective » in *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, sous la dir. de G. Borenfreund et I. Vacaric, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2013, p. 159.

(7) *Ibidem* ; A. Mazeaud, art. précité : « *On assiste ainsi à une consécration juridique de l'expression syndicale pluraliste dans l'entreprise indépendamment de toute représentativité (...)* ».

On pourrait voir dans cette situation nouvelle forme de paradoxe. C'est en effet au moment où l'on prétend renforcer la « légitimité » (8) des organisations syndicales – en abandonnant la présomption irréfragable de représentativité et en asseyant cette qualité représentative sur le vote des salariés –, que l'on permet à des « non représentatifs » de s'implanter dans l'entreprise. Et s'il est avéré que « *le représentant de la section syndicale est rapidement devenu le souffre-douleur de l'employeur* » (9) – traitement peu enviable qu'illustrerait un contentieux important –, c'est sans doute dans cette apparente contradiction qu'il faut y trouver raison (10). Pourtant, nulle antinomie ici. Participer à la compétition électorale, voie désormais obligée pour accéder à la représentativité, suppose de doter toutes les organisations candidates d'un socle minimum de moyens leur permettant de promouvoir et de défendre leurs idées auprès des salariés électeurs (cf. III.) (11). Le R.S.S n'est jamais « lot de consolation » (12), mais toujours instrument de conquête (ou de reconquête) électorale.

La qualité représentative n'est donc plus désormais nécessaire condition de l'agir syndical dans l'entreprise. En bénéficier n'en reste pas moins, en principe, indispensable pour participer à un certain type d'activité syndicale, celle qui tend à la négociation et à la signature d'accords et de conventions collectifs (en revanche, la négociation de l'accord préélectoral est, pour sa part, ouverte aux « non représentatifs »). Il est vrai que le R.S.S. bénéficie d'une capacité marginale de négociation collective (C. trav., art. L. 2143-23). Cette aptitude résiduelle à la production normative

suppose néanmoins que l'organisation syndicale non représentative soit affiliée à une organisation nationale représentative. Pour participer à la vie conventionnelle, le syndicat doit alors soit présenter un visage représentatif, soit en revêtir, par le jeu de l'affiliation, le masque. Se dévoile à cet endroit que la figure de l'action syndicale non représentative peut avoir deux expressions : l'action syndicale affiliée ou non affiliée. Ainsi, selon les situations (qui ne se réduisent pas à la question de la négociation collective), l'affiliation ajoute (une capacité résiduelle de négociation) ou pallie (une ancienneté insuffisante) (13).

Mis à l'écart, *en droit*, du processus de négociation, les « non représentatifs » pourraient bien néanmoins, s'y inviter *en fait*. Non pas physiquement, en forçant la porte d'une salle de réunion, mais plus subtilement en pesant sur le cours des discussions. Absents de la table des négociations, leur ombre (menaçante) pourrait planer souvent au dessus d'elle. C'est que dans le nouveau système de compétition mis en place par la loi du 20 août 2008, les négociateurs ne peuvent perdre de vue les prochaines, et plus ou moins proches, échéances électorales et donc les revendications ou positions de leurs concurrents (14).

Des règles nouvelles il semble, en tout état de cause, résulter une claire distinction entre activité syndicale revendicative non normative – attributions qui traduisent l'aptitude des syndicats à exprimer et défendre les intérêts des salariés sans édicter de normes qui s'imposent à ces derniers (15) – et activité syndicale engageant la collectivité des travailleurs à travers l'élaboration de règles conventionnelles.

(8) G. Borenfreund, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », Dr. social 1991, p. 685 : « *La légitimité peut s'entendre alors comme la qualité des représentants lorsqu'ils exercent leur pouvoir en conformité avec les aspirations de ceux au nom desquels ils agissent* » ; sur le flou du concept, G. Lyon-Caen, « La légitimité de l'action syndicale », Dr. ouvrier 1988, p. 147.

(9) F. Petit, note sous Cass. soc. 20 mars 2013, Dr. social 2013, p. 464.

(10) F. Petit, « Le périmètre de la désignation du représentant de la section syndicale », Dr. social 2012, p. 855 : « *Certains employeurs ont du mal à comprendre pourquoi on assure le maintien en place de celui qui n'a pas été souhaité par le corps électoral, alors que le législateur n'a eu de cesse de promouvoir le critère de l'audience électorale !* »

(11) C. Radé, « L'exercice du droit syndical après la loi du 20 août 2008 : liberté, égalité, représentativité, ou la nouvelle devise de la démocratie sociale », Dr. social 2011, p. 1234 : « *Pour compenser la relative précarité de la situation des syndicats dont la représentativité peut être remise en cause à l'occasion de chaque nouvelle élection, le législateur a mis en place un véritable statut syndical transitoire qui permet aux syndicats qui ne sont pas parvenus à réunir les nouveaux critères de la représentativité de continuer d'exister dans l'entreprise pour y préparer les prochaines élections* ».

(12) *Contra*, Y. Pagnerre, note sous Cass. soc., 4 nov. 2009, JCP S, 2009, 1583.

(13) Sur les avantages de l'affiliation à une organisation nationale interprofessionnelle : J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, Traité de droit du travail publié sous la direction de G.-H. Camerlynk Tome 5, Vol. 1, éd. 1987, n° 172 ter. Voir aussi, Arseguet, *art. précité*, in Mélanges M. Despax, p. 414 : découle de l'affiliation « *une authenticité syndicale incontestable* ».

(14) L'existence de syndicats non représentatifs pourrait également contribuer à un émiettement, à une dispersion des voix, rendant plus compliquée, plus incertaine, plus acrobatique, l'atteinte des seuils légaux de suffrages permettant de conclure un accord collectif ou de s'y opposer ; comp. A. Arseguet, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », *art. précité*, p. 416 : « *il est clair que la règle majoritaire favorise la compétition électorale et peut ainsi contribuer à la division syndicale, n'améliorant pas alors le rapport de force avec l'employeur ; c'est un risque à envisager, à un moment où ce sont ces derniers qui sont demandeurs de négociation* ».

(15) G. Borenfreund, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », RDT 2008, p. 712.

Distinction portée par certaines propositions antérieures (16). Mais il s'agissait jusque-là, dans celles qui s'en faisaient l'écho, de faire varier l'intensité de la représentativité exigée sans jamais s'en dispenser. A l'action non normative, la présomption irréfragable de représentativité semblait suffire ; à l'action normative, la même présomption paraissait inadaptée. La loi du 20 août 2008 emprunte un autre chemin que celui-là, bien plus sinueux, que ce que de trompeuses balises pourraient laisser croire.

A l'idée que la loi portant rénovation de la démocratie sociale détache de l'exigence de représentativité l'action revendicative non normative, une objection parvient immédiatement à la conscience. Dans la mécanique législative nouvelle, ce détachement n'est que temporaire ! En aucun cas, l'action syndicale non représentative n'a été conçue comme un type *ordinaire* d'action revendicative, même dans ses aspects non normatifs. Dans son rapport, le député Poisson le soulignait fermement en précisant qu'à travers l'institution du R.S.S., il ne s'agissait pas « *d'organiser en permanence deux niveaux de représentativité, pleine et partielle, dans l'entreprise* » (17). L'action non représentative n'a, en réalité, été perçue par le législateur que comme un état à durée limitée (imposé par le combat électoral à venir), une situation provisoire. Pour mieux dire, elle est un état tendu vers son propre dépassement. L'action non représentative ne doit donc aspirer qu'à une chose : devenir autre chose que ce qu'elle est : devenir représentative ; ou le redevenir (c'est que si la représentativité se gagne, elle se perd également, faute d'atteindre le seuil des 10% des suffrages valablement exprimés, ou par effet d'une désaffiliation volontaire ou contrainte (18)). Et l'on peut alors considérer que les moyens de revendication qui sont attribués aux « non représentatifs » ne le sont que dans cette unique perspective ; ils apparaissent, sous cet angle, étroitement finalisés. C'est dire, à suivre cette

voie, que la « qualité représentative » reste qualité *normale* des organisations syndicales qui aspirent à parler et à agir (quelles que soient les modalités, normatives ou non, de cette action), au nom, ou du moins pour le compte, des salariés.

Pourtant, cette belle mécanique semble grippée par ses propres rouages. En effet, rien dans les règles nouvelles, ne s'oppose à ce que l'organisation non représentative survive aux désaveux successifs des électeurs... sous la seule réserve – mais elle n'est pas mineure – qu'elle se donne nouveau visage (19) (cf. II) ! Le « devenir » peut, longtemps, être simple horizon. Certaines organisations syndicales, ne souhaitant pas accéder à la qualité de coproducteur de normes conventionnelles, pourraient d'ailleurs fort bien s'accommoder, au long cours, d'une position de « non représentatif ». Etat de transition, l'action non représentative pourrait ainsi offrir, *en droit et en fait*, réceptacle pérenne, à des stratégies « non légiférantes » de revendication et de transformation sociale. Le législateur de 2008 a donc bien contribué – à son corps défendant ou non, peu importe finalement –, à travers l'agencement des règles qu'il a adoptées, à soustraire juridiquement l'action syndicale non normative à l'exigence de représentativité. Nul autre constat ne peut être fait en contemplation des règles juridiques actuelles. Et ce faisant, en contrepoint et par contrecoup, la représentativité est réduite à n'être plus, *en droit*, que technique de sélection et d'habilitation des organisations syndicales aptes à participer à l'activité de production de normes conventionnelles. Voilà qui renforce la tenace impression que la loi du 20 août 2008 n'est, en définitive, pour une large part, qu'une réforme des acteurs syndicaux de la négociation collective faisant écho aux changements profonds qui l'affectent et qui ont conduit ces dernières années – à la faveur d'un effacement de l'ordre public social et du principe de faveur derrière les logiques de dérogation et de subsidiarité – à l'affirmation d'un

(16) G. Borenfreund, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. social* 1991, p. 685 : « *Les mécanismes susceptibles de faire naître la légitimité peuvent différer selon le type de représentation et selon la prérogative qui est en cause* » ; A. Arseguet, *art. précité*, p. 72, in *Le syndicalisme salarié*, p. 25 : « *L'expérience acquise au cours de ces dernières années nous enseigne que l'appréciation de la représentativité ne peut plus se réaliser selon des règles uniformes. Certaines doivent être utilisées quand il s'agit de permettre à des syndicats de négocier et de conclure des accords ; d'autres doivent servir à mesurer leurs capacités à exercer les principales prérogatives de l'action syndicale* ».

(17) Rapport n° 992, fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 juin 2008.

(18) M. Grévy, « De quelques incidences de la désaffiliation sur la représentativité et l'exercice du droit syndical », *RDT* 2011, p. 713 ; du même auteur, « La capacité d'intervention des syndicats face au nouveau régime de la représentativité. L'affiliation syndicale », *Dr. social* 2013, p. 311.

(19) Circ. DGT n° 20, 13 nov. 2008, fiche n° 4.

modèle *transactionnel* et *gestionnaire* de négociation collective (20).

« *Que c'est bien d'être, mais l'important, c'est de devenir* » disait le sculpteur Antoine Bourdelle. « Être » et « devenir » donc. Mais dans notre champ d'analyse,

présent, passé et futur se conjuguent, s'entremêlent : le présent est en partie façonné par le futur et le passé (II.) ; quant au futur, il dépend, si l'on ne souhaite pas l'hypothéquer, pour partie du présent (III.).

II. Aujourd'hui se conjugue au futur et au passé

A. Futur antérieur

L'observation des normes juridiques le révèle : l'état que l'organisation non représentative aspire à conquérir par l'élection, imprime d'une certaine manière ses caractères sur l'état qui le prépare (fut-il plus ou moins long). Ce qu'il est aujourd'hui est en partie déterminé par ce qu'il aspire à devenir demain. Le R.S.S. est ainsi un « *délégué syndical en devenir* », selon la suggestive expression de François Duquesne (21). Ce qui ne signifie pas que celui qui occupe, aujourd'hui, les fonctions de R.S.S. sera, demain, appelé à revêtir les habits de délégué syndical. Le présent ne lie pas le futur, et l'organisation syndicale, nouvellement représentative, peut désigner

un autre que celui qui l'a conduite à la victoire. Le syndicat a la liberté d'être ingrat !

Dans le miroir du droit, le statut du R.S.S., principal artisan de cette transformation désirée, reflète largement celui du délégué syndical. Ses conditions de désignation (22), sa protection et les règles encadrant l'exercice de son mandat (par exemple, les règles de cumul des mandats) (23) empruntent ainsi beaucoup à la figure du délégué syndical. La Cour de cassation considère, dans cette veine, que peuvent désigner comme R.S.S. les mêmes organes que ceux qui sont habilités à désigner un délégué syndical ou un représentant syndical au comité d'entreprise, sauf disposition contraire des statuts du syndicat (24).

(20) A. Arseguet, « La représentativité des syndicats », in *Le syndicalisme salarié*, sous la dir. De B. Lardy-Pélissier et J. Péliissier, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2002, p. 9 ; du même auteur, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés au Président M. Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 402 : « *Pourquoi cette soudaine remise en cause ? L'évolution du droit conventionnel fournit une explication ; des accords de type nouveau sont apparus : en 1982 pour favoriser la flexibilité, en 1992 pour permettre une correction des accords déjà passés* » ; G. Borenfreund, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », RDT 2008, p. 712 : « *A mesure que s'accroît le cours dérogatoire et transactionnel de la négociation collective, les règles applicables en matière de représentativité syndicale ont été perçues comme un obstacle à la consolidation des liens naturels qui unissent le monde travail et le mouvement syndical (...). La réforme de la représentativité paraît bien avoir été pensée, réfléchie, essentiellement à l'aune d'une interrogation sur la légitimité des syndicats parties à un accord collectif* » ; du même auteur, « Représentativité et négociation collective », Dr. social 2013, p. 300 : « *Le nouveau régime de la représentativité syndicale issu de la loi du 20 août 2008, qui conditionne l'acquisition de cette qualité à un seuil prédéterminé d'audience électorale et se détourne de la présomption de représentativité, vise particulièrement à opérer une sélection plus stricte des syndicats habilités à négocier, en vue de consolider leur légitimité* » ; F. Favennec-Hery, « La représentativité syndicale », Dr. social 2009, p. 630 : « *C'est dès lors l'accroissement du rôle de la négociation collective qui a guidé l'évolution du droit de la représentativité* » ; A. Mazeaud, art. précité, p. 72 et 75 : « *La loi du 20 août 2008 (...) est avant tout une loi de légitimation de la négociation collective, à laquelle est rattaché le droit syndical, sous le couvert de la représentativité (...). Le délégué syndical est devenu d'abord et avant tout le négociateur dans l'entreprise* » ; F. Morel, « Perspectives de développement de la négociation collective », JCP S, 2012, 1106, p. 16 : « *la légitimité démocratique sera un facteur d'accroissement de la capacité de la négociation collective à prendre une part décisive dans l'organisation de la vie de l'entreprise* ».

Souvenons-nous : début 2000, Nicole Notat présentait au nom de la CFDT un projet de réforme de la représentativité. Son titre ? « *Renforcer la légitimité des acteurs de la négociation collective* ». La Position commune du 9 avril 2008 vise, quant à elle, la nécessité de « *renforcer la légitimité des accords signés par les organisations syndicales de salariés dans le cadre de l'élargissement du rôle attribué à la négociation collective* ».

(21) Art. précité ; le R.S.S. est un « *succédané du délégué syndical* » par d'autres auteurs (M. Grévy, E. Peskine, S. Nadal, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008 », RDT 2008, p. 431) ; pour le professeur Petit, « *on peut aussi présenter les syndicats non représentatifs qui ont accès aux élections dans l'entreprise comme des syndicats dont la représentativité est en cours d'acquisition* » (Dr. social 2013, p. 376.)

(22) C. trav., art. L. 2142-1-2. Sur le modèle de sa jurisprudence relative au délégué syndical, la Cour de cassation précise que « *le syndicat qui désigne un représentant de la section syndicale doit indiquer, à peine de nullité, soit l'entreprise, soit l'établissement lieu de la désignation dans la lettre qu'il notifie au chef d'entreprise qui fixe les termes du litige* » (Cass. Soc. 18 nov. 2009, n° 09-60033) ; voir également : un salarié mis à disposition peut être désigné comme R.S.S. dans l'entreprise utilisatrice (Cass. Soc., 29 févr. 2012, n° 11-10904) ; en revanche, il va de soi que le R.S.S. n'a pas besoin, pour être désigné, d'avoir été candidat aux élections professionnelles. C'est qu'on ne saurait exiger de lui une légitimité électorale antérieure à la désignation qui a justement pour objet de l'acquiescer.

(23) C. trav., art. L. 2142-1-2.

(24) Cass. Soc., 18 nov. 2009, n° 09-65639 ; pour la désignation d'un R.S.S., une union de syndicats peut se prévaloir des adhérents du syndicat auquel elle est affiliée et qui sont présents dans l'entreprise dans laquelle elle souhaite désigner un R.S.S. (Cass. Soc., 13 janv. 2010, n° 09-60155 Dr. ouvrier 2010, p. 367, n. Ph. Masson) ; le salarié désigné comme R.S.S. doit évidemment être pris en compte dans les adhérents de la section syndicale (Cass. Soc., 26 mai 2010, n° 09-60278).

Décalquant sa jurisprudence relative au délégué syndical, la Haute juridiction précise encore que, dans les entreprises (25) de moins de 50 salariés, seul un délégué du personnel (par hypothèse de second tour) disposant d'un crédit d'heures peut être désigné comme R.S.S. (C. trav., art. L. 2142-1-4) (26).

Plus significativement, l'article L. 2142-1-1 du Code du travail attribue au R.S.S. « *les mêmes prérogatives que le délégué syndical, à l'exception du pouvoir de négocier des accords collectifs* ». Pouvoir dont le R.S.S. ne se voit, cependant, pas totalement privé – la validité de l'accord qu'il signe est subordonnée à son approbation par la majorité des salariés (C. trav., art. L. 2232-14) –, du moins lorsqu'il est mandaté (27) par une organisation syndicale de salariés affiliée à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel (C. trav., art. L. 2143-23). Il n'en reste pas moins marginal (« *infiniment subsidiaire* » (28)). Marge dont la taille peut d'ailleurs être discutée. Fort étroite à lire la circulaire du 13 novembre 2008 (29), il est cependant possible de la concevoir plus large. Il faut ainsi reconnaître au R.S.S. la possibilité de signer, dans toutes les entreprises dépourvues de délégué syndical, quel que soit leur effectif, des accords que nul autre ne peut signer. Les élus ou le mandataire syndical, selon les hypothèses, ne peuvent négocier et signer que des « *accords portant sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif, à l'exception des accords collectifs visés à l'article L. 1233-21 du Code du travail* » (C. trav., art. L. 2232-21 et L. 2232-24) (30). Leur pouvoir de négociation est ainsi spécial au sens où il ne recouvre qu'un certain type d'accord. Le R.S.S. devrait alors être en mesure d'exploiter les champs non couverts, autrement laissés en friche. Quoique dérogatoire et résiduelle, l'aptitude du R.S.S. à négocier n'en est pas moins, pour ce qui

la concerne, générale ! Sans doute, le pouvoir de négocier des élus ou du mandataire, là où il trouve à se manifester, et dans l'espace normatif qui est le sien (celui des accords dérogatoires, pour le dire vite), exclut celui du R.S.S... Mais au-delà, on s'expliquerait mal que ce dernier puisse être déchu de sa capacité à négocier ! Pourquoi l'en priver ? Légitime pour conclure, en certaines situations, des accords de gestion ou de dérogation, il devrait l'être suffisamment pour signer d'autres types d'accords, souvent moins contraignants pour les salariés... Mais *quid* de la négociation « *de mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif* » lorsqu'elles s'accompagnent de dispositifs ne relevant pas de cette catégorie (versement d'une prime, par exemple) ? Ce n'est que si les seconds sont la contrepartie des premières – qu'ils y sont indissociablement, indivisiblement, attachés – que les élus (ou le mandataire syndical) devraient, à notre sens, se voir reconnaître compétence pour les négocier. Cette extension de compétence – qui fait reculer celle du R.S.S. – apparaît comme la seule voie crédible, permettant de ne pas artificiellement scinder ce qui ne fait, en réalité, qu'un.

Mais l'une des illustrations les plus frappantes de cette empreinte du futur sur le présent réside dans la délimitation du périmètre de désignation du R.S.S. La doctrine s'est divisée sur ses contours. Pour certains, ils devaient se calquer sur ceux définis pour le délégué syndical (31) ; pour d'autres, ils pouvaient (devaient) en être différents (32)... À l'appui de cette seconde analyse, il est souligné que le cadre d'implantation du délégué syndical (le même que celui retenu, lors des dernières élections, pour la mise en place du comité d'entreprise ou d'établissement, sauf accord collectif contraire (33)) trouve forte justification dans la principale fonction attribuée, par l'ordre juridique,

(25) La circulaire DGT n° 20 du 13 nov. 2008 (fiche n°4) vise maladroitement les « *entreprises ou établissements* », s'inspirant de la malencontreuse rédaction de l'article L. 2143-6 du Code du travail.

(26) Cass. Soc., 27 mars 2013, n° 12-20369 ; le délégué du personnel suppléant qui remplace momentanément le titulaire pourrait être désigné comme R.S.S. pour le temps du remplacement (Cass. Soc. 20 juin 2012, n° 11-61176).

(27) Mandat dont il semble falloir considérer qu'il est soumis aux principes posés par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 6 nov. 1996 (n° 96-383 DC).

(28) Y. Pagnerre, art. précité ; d'autres auteurs évoquent une « *mesure balai* » (G. Bélier, H.-J. Legrand, *La négociation collective en entreprise*, 3ème éd., Liaisons, 2011, p. 243).

(29) (Fiche n° 5) : « *À partir du 01/01/2010, le représentant ne pourra négocier, en l'absence de délégué syndical, que dans les entreprises de plus de 200 salariés qui ont des élus du personnel et qui ne sont pas couvertes par des accords de branche spécifiques, lorsqu'il y a eu carence au premier tour des élections professionnelles* » ; Cette hypothèse apparaît bien trop restrictive. Sans doute est ouverte au R.S.S. une faculté de négociation dans toutes les entreprises d'au moins

11 salariés, sans délégué syndical et sans élus, où aucun PV de carence n'a été établi. Pour une présentation de l'espace de négociation offert au R.S.S. : Y. Pagnerre, art. précité.

(30) Il faut réserver le cas des entreprises, quel que soit leur effectif, qui relèvent du champ d'application d'un accord de branche organisant des modes alternatifs de négociation adopté sous l'empire de la loi du 4 mai 2004 (art. 6 III, loi du 20 août 2008, non codifiée). Le R.S.S. est exclu de la négociation dès lors que son objet entre dans l'un des thèmes visés par ledit accord.

(31) Y. Pagnerre, art. précité.

(32) F. Duquesne, art. précité.

(33) Cass. Soc. 18 mai 2011, n° 10-60383, Dr. ouvrier 2011 p. 577 n. P. Rennes ; G. Borenfreund, « Le périmètre de désignation des délégués syndicaux : les ressorts d'un changement de cap », RDT 2011. 419 ; Ph. Masson, « Cadre de désignation du délégué syndical et syndicalisme de proximité », SSL 18 juill. 2011, n° 1501, p. 12 ; P. Adam, « Périmètre de désignation du délégué syndical et cadre de mise en place du comité d'entreprise (d'établissement) : l'un c'est (malheureusement) l'autre », Les Petites affiches 26 juillet 2012, n° 149, p. 19.

au délégué syndical. En effet, dans le nouveau « paysage » issu de la loi du 20 août 2008, ce dernier se voit d'abord – seulement ? – appréhendé comme un agent de négociation, un (co)-producteur de normes conventionnelles. Sa désignation ne peut alors intervenir qu'à un niveau où la négociation collective est possible, c'est-à-dire à un niveau où est « localisé » un pouvoir de décision et de gestion du personnel. Or, cette fonction de négociation, le R.S.S. n'en est que marginalement titulaire. Sa mission première, préparer les prochaines échéances électorales (34), devrait, au contraire, le fixer au plus près des collectifs de travail. Or, c'est en faveur de la première thèse (celle de l'identité des périmètres) que la chambre sociale de la Cour de cassation a tranché (35). Le R.S.S. doit agir, aujourd'hui, là où il prétend œuvrer, demain, en qualité de délégué syndical.

B. Passé simple ou... imparfait

Mais si le présent de l'action non représentative est impacté par son possible (potentiel) futur, il l'est également, dans une certaine mesure, par son passé. Car si la présence dans l'entreprise d'un syndicat non représentatif peut être durable (cf. *supra*), c'est à la condition de trouver nouveau visage pour le représenter et exercer les missions de R.S.S., en lieu et place de l'ancien, à qui l'échec électoral est personnellement imputé (36) ! En ce qu'il s'incarne dans une personne particulière, le mandat de R.S.S. est éphémère (37), mettant, par contraste, en évidence qu'il n'a d'autre objet que de permettre au syndicat d'accéder à la représentativité.

Le passé de celui qui a échoué lui interdit donc, pour le temps présent, de prendre nouveau mandat (même pour un autre syndicat) (38). Deux précisions. 1°/ Le banni peut être lavé de sa faute à l'approche de l'échéance électorale : l'interdiction ne vaut que « jusqu'aux six mois précédant la date des élections professionnelles suivantes dans l'entreprise » (C. trav., art. L. 2142-1-1) ; 2°/ cette interdiction n'est pas opposable au syndicat dès lors que le périmètre des élections est différent de celui retenu lors des élections précédentes et au sein duquel le représentant de la section avait été désigné (39). Le passé ne lie le présent que s'il en est d'une certaine façon le reflet.

Reste que la Chambre sociale de la Cour de cassation ne voit pas, dans cette interdiction, impossibilité pour un ancien délégué syndical (40) (la solution est identique pour un ancien représentant syndical au comité d'entreprise (41)), ayant conduit son syndicat à la défaite, d'occuper la fonction de R.S.S. Le désaveu électoral dont il a été l'objet n'a point ici le même effet. Sans doute une lecture des textes en vigueur fonde-t-elle pareille solution. Il est cependant difficilement intelligible que puisse être fait reproche au R.S.S. de « son » échec à faire reconnaître son organisation comme représentative, alors que l'incapacité du délégué syndical à lui maintenir cet état n'entache son passé de nulle infamie et n'obère en rien ses aptitudes présentes à repartir au combat électoral. Le passé n'a pas tout à fait, selon les cas, la même empreinte sur le présent.

III. Demain se conjugue au présent

A. Présent législatif

« Devenir représentatif » demain suppose nécessairement, aujourd'hui, de doter l'organisation syndicale qui se le donne pour objectif de moyens d'agir, de revendiquer, de se faire connaître et de convaincre les électeurs de voter pour elle. La

compétition électorale instituée par la loi du 20 août 2008 le commande. Le rapporteur Poisson l'avait dit avec ses mots : « *le sens de la fonction de représentant de la section syndicale apparaît bien : ouvrir le système en permettant à de nouveaux entrants de bénéficier transitoirement de certains moyens et protections en vue d'obtenir ensuite les résultats*

(34) L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, « La représentation du personnel dans l'entreprise après la loi du 20 août 2008 », RDT 2009, p. 490 : « *La mission de ce représentant, nécessairement temporaire, est essentiellement de faire connaître l'action de son syndicat afin de permettre à celui-ci de préparer les échéances électorales suivantes pour acquérir une audience électorale lui permettant d'être reconnu représentatif (...)* »

(35) Cass. Soc., 14 déc. 2010, n° 10-60221, Dr. ouvrier 2011, p. 201, n. C. Ménard.

(36) Ou, si de nouveau candidat il n'y a point, de se mettre provisoirement « en sommeil » en attendant de pouvoir

renommer comme R.S.S., dans les 6 mois qui précèdent l'élection, celui qui précédemment occupait ce poste (C. trav., art. L. 2142-1-1 al. 3).

(37) Y. Pagnerre, art. précité.

(38) Sur la conventionalité d'une telle interdiction : Cass. Soc. 14 nov. 2013, n° 13-11316.

(39) Cass. Soc. 25 sept. 2013, n° 12-26612.

(40) Cass. Soc. 20 mars 2013, n° 11-26836, Dr. social 2013, p. 464, n. F. Petit ; JCP S, 28 mai 2013, 1232, n. E. Jensen.

(41) Cass. Soc. 4 nov. 2009, n° 09-60039, Dr. social 2010, p. 247, n. F. Petit.

électorales qui constituent le principal fondement de la légitimité » (42) ; la Cour d'appel de Paris avec les siens : « le principe d'égalité entre organisations syndicales, de valeur constitutionnelle, implique nécessairement (...), dans la perspective des élections professionnelles qui détermineront l'audience de chaque organisation et donc sa représentativité, que chacune de celles-ci bénéficie de moyens identiques afin de promouvoir son action syndicale ; que ce principe est encore plus fortement justifié compte tenu des nouvelles dispositions législatives » (43).

On comprend alors, qu'à l'instar des « représentatifs », ceux qui ne le sont pas, ou plus, peuvent créer une section syndicale (44) et bénéficier des moyens d'action qui lui sont légalement attachés (collecte des cotisations, réunion des adhérents, affichage des communications sur les panneaux, diffusion des tracts). Ils pourront également désigner, dans les entreprises de 300 salariés, un représentant syndical au comité d'entreprise dès lors qu'ils y ont obtenu au moins deux élus (45). Par ailleurs, conformément à la règle soutenue par l'article L. 2141-7 du Code du travail, l'employeur (ou ses représentants) ne saurait valablement employer un moyen quelconque de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale, qu'elle soit ou non représentative (voir aussi, C. trav., art L. 2141-5). À une certaine idée de l'égalité des concurrents engagés dans la compétition électorale participe ce socle commun (aux « représentatifs » et « non représentatifs ») de prérogatives.

Est-ce à dire là que les « non représentatifs » doivent se voir attribuer exactement les mêmes droits et avantages que les « représentatifs » ? L'idée précédemment avancée d'une loyale mise en concurrence électorale pourrait hâtivement le laisser penser. Que chacun dans la course aux suffrages

dispose strictement des mêmes moyens pour franchir les haies ! Mais ce serait ignorer un fait majeur : « représentatifs » et « non représentatifs » ne sont point, eu égard aux attributions qui sont les leurs, dans une même situation. Les syndicats représentatifs ont, en effet, une mission de négociation collective – dont les « non représentatifs » sont privés – qui suppose que des outils particuliers leur soient octroyés et réservés. La Chambre sociale de la Cour de cassation l'a clairement affirmé : « des syndicats non représentatifs ne peuvent, au titre du principe constitutionnel d'égalité, revendiquer un traitement identique à celui réservé aux seuls syndicats représentatifs, auxquels la loi confère des prérogatives différentes de celles des syndicats non représentatifs » (46). C'est dire « qu'en soi, la notion légale de représentativité marque déjà une rupture avec une conception stricte de l'égalité et du pluralisme (...). Le législateur poursuit la quête d'une égalité concrète qui tend à l'attribution d'avantages particuliers à certains syndicats, eu égard à leur authenticité incontestable ou à leur influence plus forte » (47).

De ces avantages réservés, les règles légales, telles qu'interprétées par la jurisprudence, fournissent maintes illustrations (48) : les heures spécifiques de délégations attachées par l'article L. 2143-16 du Code du travail au processus de négociation collective, ne bénéficient ainsi, logiquement, qu'à ceux qui en ont la charge ! Si un syndicat non représentatif peut désigner un R.S.S. – et un seul, quel que soit l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement (49) –, soit au niveau de chaque établissement distinct, soit au niveau de l'entreprise (50) – le choix, lorsqu'il est ouvert, dans les entreprises à établissements multiples, lui appartient –, il ne peut en revanche, sauf convention collective contraire, nommer un représentant de section syndicale central. La Cour de cassation censure les juges du fond

(42) Rapport précité.

(43) CA Paris, 6 mai 2010, Dr. ouvrier 2010, p. 500, n. C. Nicod.

(44) Cass. Soc. 18 nov. 2009, n° 09-60033.

(45) Cass. Soc. 8 juillet 2009, n° 09-60015 ; circ. DGT n° 06/2011, 27 juill. 2011 ; F. Petit, « Les premières décisions intéressantes la « rénovation de la démocratie sociale » (loi n° 2008-789 du 20 août 2008) », Dr. ouvrier 2009 p. 585.

(46) Cass. Soc. 5 avr. 2011, n° 10-15341 ; Ch. Radé, « Différence de traitement entre syndicats représentatifs », D. 2013. 1417 : « La différence de traitement entre syndicats selon qu'ils sont ou non représentatifs ne constitue pas une discrimination syndicale, mais une différence de traitement justifiée ».

(47) G. Borenfreund, art. précité, in *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, sous la dir. de G. Borenfreund et I. Vacaric, Dalloz, Thème et commentaire, 2013, p. 151.

(48) Sur la constitutionnalité et la conventionalité d'un statut spécial pour les « représentatifs » : Cons. const. 14 déc. 1982, n° 82-148 DC, relative à la loi portant sur la composition des conseils d'administration des caisses de Sécurité sociale ; CEDH, Gr. Ch., 12 nov. 2008, n° 34503/97, *Demir et Baykara c/ Turquie*, Dr. ouvrier 2009, p. 352, n. M. Bonnechère ; D. 2009. 739, n. J.-P. Marguenaud et J. Mouly ; N. Hervieu, « La Cour européenne des droits de l'Homme, alchimiste de la liberté syndicale », RDT 2009. 288 ; Cass. Soc. 15 mai 2013, n° 12-18860.

(49) Cass. Soc., 14 déc. 2010, n° 10-60263. M. Grévy, « Syndicats professionnels. I. Droit syndical dans l'entreprise », Rep. trav., Dalloz, oct. 2010, n° 278 : « On peut y voir un signe supplémentaire de la perception législative de ce mandat, davantage envisagé comme un simple « porte-étendard » du syndicat en vue d'obtenir une audience aux prochaines élections qu'une authentique institution représentative du personnel ».

(50) Cass. Soc., 20 juin 2012, n° 11-60202 ; JCP S, 11 sept. 2012, 1374, n. B. Gauriau ; Cass. Soc., 31 mai 2011, n° 10-25688.

qui, après avoir relevé que les conditions de désignation du représentant de section syndicale, son statut et les moyens qui lui sont attribués sont analogues à ceux des délégués syndicaux (C. trav., art. L. 2142-1-2), pour lesquels l'article L. 2143-5 du Code du travail prévoit la désignation d'un délégué syndical central d'entreprise, avait considéré, par analogie et au regard de l'esprit de la loi du 20 août 2008, que chaque syndicat non représentatif dans l'entreprise peut désigner un représentant de section syndicale central d'entreprise distinct des représentants de section syndicale dans les établissements au sein desquels il n'est pas représentatif (51). Position jurisprudentielle qu'il convient d'approuver non seulement au regard de la lettre de la loi (52), mais également en contemplation des missions généralement reconnues au délégué syndical central (représenter son organisation dans les négociations collectives au niveau de l'entreprise) et au R.S.S. (« travailler » le terrain pour y ancrer son organisation).

Notons encore que si le R.S.S. se voit investi des mêmes prérogatives que le délégué syndical – pouvoir de négociation mis à part (cf. *supra*) –, il dispose cependant d'un crédit d'heures de délégation singulièrement réduit (53) pour les exercer. De plus, dans les entreprises ou établissements de 1 000 salariés et plus, le « non représentatif » devra se contenter d'un local syndical commun, là où chaque organisation représentative pourra bénéficier d'un local spécifiquement dédié (C. trav., art. L. 2142-8 al. 2). Le « non représentatif » est un SDP (sans domicile propre).

Plus difficilement justifiable est l'impossibilité pour le R.S.S. d'être désigné représentant syndical au comité d'entreprise dans les entreprises de moins de 300 salariés. La Chambre sociale juge avec fermeté que « la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise est une prérogative que la loi réserve aux syndicats qui ont obtenu une légitimité électorale, soit en étant reconnus représentatifs dans les entreprises de moins de 300 salariés, soit en ayant des élus au

CE dans les autres entreprises » (54). L'articulation des textes en cause (C. trav., art. L. 2324-2 et L. 2143-22) ne commande pas nécessairement pareille solution (sans pour autant la condamner) (55). Il est possible, en effet, de considérer que l'article L. 2143-22 n'a pas pour objet de fixer les conditions de désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise (dérogeant alors à celles déterminées par l'article L. 2324-2), mais seulement de restreindre la liberté du syndicat de choisir son représentant, en imposant que ce dernier soit investi d'un mandat de délégué syndical. Semblable lecture conduit à considérer que, dans toutes les entreprises (quel que soit leur effectif), c'est la présence d'élus – et elle seule – qui légitime la désignation d'un représentant syndical. Il n'est, dès lors, pas incongru de considérer que le R.S.S., investi par la loi des mêmes prérogatives que le délégué syndical, peut être désigné représentant syndical au comité d'entreprise dès lors que son syndicat y a plusieurs élus. Voilà qui éviterait d'avoir à se poser une fâcheuse question : pourquoi ouvrir l'accès à cette institution représentative du personnel aux « non représentatifs » dans les entreprises de 300 salariés et le leur refuser, alors même qu'ils y ont des élus (ce qui eu égard au nombre réduit de sièges à pourvoir peut s'avérer plus difficile... scandant une légitimité d'autant plus forte), dans les autres cas ? (56)

Reste, enfin, que les chances d'accéder, demain, à la représentativité s'amenuisent, si l'on ne permet pas, aujourd'hui, aux « non représentatifs » de s'organiser dans chacun des périmètres électoraux (57). Or, on le sait, au regard de la règle de concordance qui irrigue désormais le droit syndical, la représentativité du syndicat dans le « tout » (l'entreprise) ne suppose pas qu'il le soit dans chacune de ses parties (les établissements). Un syndicat peut à la fois (mais pas au même niveau !) être représentatif et non représentatif. Aussi convient-il d'approuver le spectaculaire et salubre revirement de jurisprudence opéré (sur le fondement de l'article L. 2142-1-1) par la Cour de cassation dans son arrêt du 13 février 2013 (n° 12-19663) (58).

(51) Cass. Soc., 29 oct. 2010, n° 09-60484.

(52) L'article L. 2142-1-2 du Code du travail ne renvoie qu'aux dispositions des articles L. 2143-1 et L. 2143-2 et non à celles de l'article L. 2143-5.

(53) C. trav., art. L. 2142-1-3 (texte à la rédaction fort étrange... puisque visant *expressis verbis* un plancher !).

(54) Cass. Soc. 14 déc. 2011, n° 11-14642.

(55) Sur les différentes manières envisageables d'articuler les articles L. 2324-2 et L. 2143-22 du Code du travail : J.-F. Césaró, « La représentation des syndicats dans l'entreprise », JCP S, 29 mai 2012, 1237.

(56) Ce mécanisme de désignation au comité d'entreprise est décidément bien critiquable. En imposant des élus dans

les entreprises de 300 salariés, la loi instaure entre les « représentatifs » une inopportune inégalité de traitement dont on peine à saisir la réelle justification. Le Conseil constitutionnel n'y a pourtant pas vu matière à critique (Cons. constit. n° 2011-216 QPC du 3 févr. 2012).

(57) Un syndicat non représentatif peut désigner un R.S.S. dans un établissement même s'il n'est pas présent dans tous les sites de l'établissement : Cass. Soc., 8 juill. 2009, n° 09-60048.

(58) Dr. ouvrier 2013, p. 559, n. P. Rennes ; Dr. social 2013, p. 376 n. F. Petit ; dans le même sens, Cass. Soc. 30 oct. 2013, n° 13-11493 ; pour la position contraire, Cass. Soc., 10 mai 2012, n° 11-21144, RDT 2012, p. 508, n. I. Odoul Asorey.

La Haute juridiction y pose la règle selon laquelle un syndicat représentatif au niveau de l'entreprise ayant désigné un délégué syndical central n'en conserve pas moins la possibilité de désigner un R.S.S. dans un établissement où il n'a pas atteint le score électoral suffisant pour y être représentatif ! Il fut justement remarqué que « *l'attendu de la Chambre sociale fait nettement apparaître que le représentant de la section syndicale a été conçu comme une institution mise au service de l'implantation syndicale ; il permet au syndicat non représentatif de renforcer son ancrage dans l'établissement, de telle manière à faciliter dans l'avenir l'acquisition d'une représentativité effective (...). En empêchant le syndicat de désigner un représentant de section syndicale dans l'établissement où il n'est pas représentatif, on le privait sans raisons solides d'une prérogative utile pour parfaire sa représentativité* » (59).

Dans son arrêt du 13 février 2013, la Haute juridiction note encore que le syndicat représentatif au niveau de l'entreprise « *ne saurait, dans un établissement où il n'a pas été reconnu représentatif, bénéficier de moins de prérogatives que celles reconnues aux syndicats non représentatifs* ». C'est là invoquer (implicitement) une règle d'égalité de traitement. Règle qui peut également se voir interrogée par des dispositions conventionnelles instituant des différences entre « représentatifs » et « non représentatifs ».

B. Présent conventionnel

Ne point hypothéquer l'avenir (et le « devenir ») ; à cette injonction, les partenaires sociaux doivent se tenir ! Mais est-ce dire là qu'aux dissemblances légales (cf. *supra*), ils ne peuvent en ajouter d'autres par voie conventionnelle ?

On pourrait, en effet, considérer que la loi attribue aux « non représentatifs » les moyens d'action qu'elle estime nécessaire pour devenir représentatifs ou du moins pour participer au processus électoral, sur un pied d'égalité, avec ceux qui le sont déjà. Ce socle commun de moyens étant assuré, nulle entrave ne pourrait être apportée à la liberté des partenaires

sociaux d'instituer au profit des représentatifs des avantages nouveaux. De plus, le simple constat que « représentatifs » et « non représentatifs » ne sont pas dans une situation identique (60) (au regard de leurs fonctions respectives ou de leur « légitimité ») exclurait que la comparaison entre les uns et les autres puisse se faire en contemplation d'un principe d'égalité de traitement.

Il n'est pas certain, pourtant, que pareille piste doive être suivie (61) si l'on veut éviter de fossiliser le présent ! Deux raisons. Le socle commun de moyens précédemment évoqué n'est pas « état statique », mais « rapport d'équilibre » entre organisations concurrentes. Doter trop richement les représentatifs, c'est prendre le risque de distordre, de rompre, ce rapport. Relever que « représentatifs » et « non représentatifs » n'ont pas les mêmes fonctions ne suffit pas non plus à les exclure du « cercle des égaux » (62). Au regard de ce qu'ils aspirent à devenir, ou à rester (représentatifs), ils sont effectivement placés dans une même situation. Et la différence de fonctions constatée ne peut pas mettre « hors jeu » le principe d'égalité, mais seulement en guider l'application.

Cette question de l'égalité peut, manifestement, se poser dans différentes configurations contentieuses.

Il ne fait aucun doute, déjà, que le caractère d'ordre public absolu des conditions d'accès à la qualité représentative condamne toute disposition conventionnelle qui accorderait aux « non représentatifs » des prérogatives réservées par la loi aux « représentatifs ». Un accord collectif ne saurait conférer aux premiers des moyens équivalents aux seconds, sans prendre de revers la loi du 20 août 2008 qui, dans l'intérêt des représentés, entend asseoir la légitimité de leurs représentants (syndicaux) sur le respect d'exigences intangibles. Mais ce n'est pas véritablement sous cet angle que la question de l'égalité se posera le plus fréquemment.

Une autre évidence : l'acquisition de la représentativité n'est possible qu'en impactant les positions électorales initiales... D'où la tentation

(59) F. Petit, note précitée.

(60) Un aveu : nous n'avons jamais été réellement convaincu par l'idée que le constat d'une situation identique conditionne l'application même du principe d'égalité, alors que l'exigence d'un critère pertinent intervient au stade de sa mise en œuvre. Ce raisonnement en deux temps nous semble assez largement artificiel. L'existence d'un critère pertinent de distinction démontre que les salariés, en comparaison, n'étaient pas dans une situation identique.

(61) C. Nicod, note précitée, p. 504 : « *La loi du 20 août 2008 a créé un type particulier d'organisations syndicales,*

des organisations non représentatives, mais quasi-représentatives, ou en mesure de le devenir. Cette nouvelle distinction suppose de repenser la répartition des droits des syndicats représentatifs et des droits, aujourd'hui reconnus dans l'entreprise, des syndicats non représentatifs, mais suffisamment implantés pour être susceptibles de le devenir ».

(62) J.-M. Béraud, « La singularisation face aux exigences de non-discrimination et l'égalité », in *Le singulier en droit du travail*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 53 sous la dir. de J.-M. Béraud et A. Jeammaud.

possible, chez ceux (les « représentatifs ») qui les tiennent, et qui y tiennent, de fermer la porte de la représentativité ou d'en rendre le franchissement plus difficile. Comment ? En s'octroyant des avantages dont les « non représentatifs » seraient exclus ! Se donner une longueur d'avance pour réduire les risques de se faire rattraper. Les dangers d'un possible « effet boomerang » pourraient, cependant, on l'admettra aisément, contribuer à refréner ces viles tentatives...

Les premiers contentieux judiciaires n'ont pas trouvé ressort dans ces peu louables intentions. En effet, dans une première séquence, a été soumis au juge le problème de la licéité d'accords qui, conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, prévoyaient, par hypothèse, des avantages aux seuls délégués syndicaux. Comme il fut souligné, « *la loi du 20 août 2008 a mis en porte-à-faux de nombreux accords collectifs consacrés aux moyens conférés aux syndicats de l'entreprise et qui en subordonnaient le bénéfice à la qualité de syndicats représentatifs, conformément au droit applicable à l'époque* » (63).

Dans un arrêt du 26 mai 2010 (n° 09-60243), la Cour de cassation devait juger que les dispositions d'une convention collective abaissant le seuil de 50 salariés pour la désignation d'un délégué syndical ne sont pas extensibles à la désignation du R.S.S. Chevillée à la lettre d'un texte conventionnel d'un temps passé (convention collective nationale du travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966), la Haute juridiction refuse ainsi aux « non représentatifs », la possibilité de s'implanter réellement dans l'entreprise (sauf à désigner comme R.S.S. un délégué du personnel, ce qui ne sera pas toujours possible) pour tenter d'y conquérir, avec quelque chance de succès, le sésame représentatif aux prochaines élections. La solution surprend : dès lors que la désignation d'un délégué syndical passe désormais par l'onction élective – même dans l'hypothèse d'un abaissement conventionnel du seuil d'effectif imposé –, il semble falloir assurer à chaque compétiteur un socle minimum de moyens d'action et de revendications. De plus, dès lors que le R.S.S. et le délégué syndical ont vocation à être désignés dans le même périmètre (*cf. supra*),

toute modification du cadre de désignation du second devrait impacter, dans la même mesure, le premier. Et constater, pour justifier pareille différence de traitement, que le délégué syndical et le R.S.S. ne sont pas dans une situation identique, leurs fonctions étant totalement distinctes, apparaît un peu court (64) au regard de la nouvelle mécanique de légitimation par l'élection instituée par la loi du 20 août 2008 et de la règle d'égalité qu'elle charrie dans son sillage.

Cette idée semble pourtant, quelques mois plus tard, irriguer la position de la Cour de cassation qui juge, dans une lapidaire formule (non dénuée d'équivoque), que « *l'accord qui octroie un avantage non prévu par la loi [en l'espèce, une section syndicale nationale] aux seuls syndicats représentatifs ne méconnaît pas le principe constitutionnel d'égalité* » (65). Ainsi, deux organisations syndicales non représentatives affiliées à la même confédération ne peuvent désigner chacune un R.S.S., alors même qu'une telle faculté est offerte par les dispositions conventionnelles applicables aux syndicats représentatifs (66).

À cette affirmation première, la Chambre sociale de la Cour de cassation apportera rapide inflexion. « *Aucune différence de traitement entre syndicats représentatifs et non représentatifs n'est permise dès lors qu'un accord prévoit des avantages plus favorables pour l'application de règles dont le bénéfice n'est pas subordonné à une condition de représentativité comme la création d'une section syndicale* » (67). Et de préciser, dans cette voie, que « *les dispositions d'une convention ou d'un accord collectif visant à faciliter la communication des organisations syndicales ne peuvent, sans porter atteinte au principe d'égalité, être limitées aux seuls syndicats représentatifs ; elles doivent bénéficier à tous les syndicats qui ont constitué une section syndicale* » (68).

Qu'en retenir ? « *Lorsque les syndicats représentatifs ne sont pas les seuls que la loi désigne comme bénéficiaires de l'avantage légal, l'accord collectif ne saurait, sous couvert d'amélioration, le leur réserver* » (69). On le comprend bien : en attribuant à chaque syndicat, représentatif ou non, un ensemble

(63) Ch. Radé, art. précité.

(64) Position adoptée par certains juges du fond dans une affaire « comparable » (CA Paris, 6 mai 2010, précité).

(65) Cass. Soc. 22 sept. 2010, n° 09-60410.

(66) Cass. Soc. 5 avr. 2011, n° 10-15341.

(67) Cass. Soc. 21 sept. 2011, n° 10-19017.

(68) Cass. Soc. 11 janv. 2012, n° 11-14292 ; C. Nicod, note précitée, p. 503 : le principe d'égalité entre les syndicats justifie pleinement que tous ceux qui sont en mesure de présenter des candidats aux élections professionnelles dans l'entreprise disposent de moyens identiques pour assurer la diffusion de leurs idées et positions auprès des salariés.

(69) G. Borenfreund, art. précité, in *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, sous la dir. de G. Borenfreund et I. Vacaric, Dalloz, Thème et commentaire, 2013, p. 154.

de prérogatives identiques, le législateur n'a pas instauré un « socle minimum commun », mais un « socle commun intangible ». Non pas au sens où ses composantes ne pourraient être améliorées, mais dans celui où ses améliorations doivent profiter à tous. Ce qui est intangible, c'est le rapport qu'institue ce socle commun entre les organisations qui en bénéficient, et non pas son contenu. C'est là condition essentielle d'un combat électoral équilibré. Si la loi, en revanche, (p)réserve certaines prérogatives « aux représentatifs », les « non représentatifs » ne pourront alors invoquer la violation de la règle d'égalité au motif que la norme conventionnelle les a exclus du bénéfice de leur amélioration. Reste, comme l'a pointé le Professeur Borenfreund, « *qu'en présence d'une clause conventionnelle améliorative des dispositions légales, il n'est pas toujours aisé d'identifier sans conteste quel est l'avantage légal amélioré et qu'il sera parfois bien délicat de déterminer si on se trouve en présence d'une clause conventionnelle plus favorable que la loi ou plutôt d'une clause non directement rattachable à une disposition légale ayant le même objet* » (70).

Quoi qu'il en soit, il y a, dans cette distinction, direction parfaitement intelligible : la règle d'égalité trouve fondement dans les aspirations identiques des organisations syndicales – du moins tels que le droit les conçoit et les construit à travers l'attribution de certains moyens communs – et limite dans les fonctions distinctes qui leur sont reconnues (et qui justifient seules des outils réservés). C'est une autre façon de dire que les distinctions opérées entre organisations représentatives et non représentatives ne peuvent que reposer – ce qui est fort classique – sur une raison « objective (matériellement vérifiable) et pertinente » (71), qui ne peut, ici, tenir qu'à la fonction de négociation dont les premières sont investies.

Semblable directive doit-elle être suivie dans l'hypothèse de la création d'un avantage conventionnel non directement rattachable à une disposition légale

ayant le même objet (l'on songe, par exemple, au versement par l'employeur d'une contribution financière) ? On peut le soutenir. Le risque de déséquilibre est patent s'il est accordé aux uns (les « représentatifs ») et pas aux autres (« les non représentatifs ») certains avantages, sans que cette distinction ne repose sur un critère objectif et pertinent, tenant à leurs fonctions ou rôles respectifs. La question de l'abaissement conventionnel du seuil d'implantation du délégué syndical (cf. *supra*) mériterait ainsi d'être reprise à cette aune. Mais faut-il alors considérer que doit être étendue aux « non représentatifs » la faculté reconnue aux « représentatifs », par l'accord-cadre du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail, de désigner un représentant syndical au CHSCT (établissements de plus de 300 salariés) ? Le régime applicable au comité d'entreprise laisse paraître qu'une certaine force de légitimité (présence de deux élus dans les entreprises de 300 salariés ; qualité représentative dans les autres) est nécessaire (et donc pertinente) pour qu'un syndicat puisse participer au fonctionnement d'une institution représentative du personnel (72). Difficile alors de considérer, au nom de l'égalité, que le « syndicat non représentatif » peut désigner un représentant au CHSCT, même s'il y a des élus (aucune disposition n'instaurant une telle alternative à la représentativité) (73).

« *L'avenir est ce qu'il y a de pire dans le présent* », pensait Flaubert. Le R.S.S., paradoxe temporel, mais visage de notre temps, ne pourra guère lui donner tort !

Patrice Adam

(70) G. Borenfreund, art. précité, p. 155.

(71) Comp. l'application de la règle d'égalité entre « représentatifs » : Cass. Soc. 29 mai 2013, n° 12-26955, RDT 2013, p. 639, obs. I. Odoul-Asorey ; L. Pécaut-Rivolier, « Différence de traitement entre syndicats représentatifs », Dr. social 2013. 597 ; Y. Struillou « Le concept politico-juridique de la représentativité : clef de voûte de l'armature de légalité en matière syndicale », Dr. ouvrier 2013, p. 91 ; P. Rennes, « Les principes de liberté et d'égalité syndicales appréciés avec raison », Dr. ouvrier 2008, p. 113.

(72) Rien, en revanche, ne semble s'opposer à ce que le délégué du personnel se fasse assister par un représentant d'une organisation syndicale non représentative (C. trav., art. L. 2115-10).

(73) Notons que le processus d'élection au second degré des membres élus de l'institution n'aurait, par ailleurs, pas tout à fait le même effet légitimant que l'élection directe au comité d'entreprise.