

Représentativité syndicale : de la présomption à la démonstration

Avec la loi du 20 août 2008 ⁽¹⁾, la notion de représentativité syndicale connaît un véritable bouleversement. Toute présomption irréfragable étant désormais abolie, la représentativité devra être prouvée, depuis l'entreprise jusqu'au niveau national. Cette rénovation des règles de la démocratie sociale concerne à la fois les élections professionnelles, la section syndicale, la validité des accords collectifs et les règles de la négociation collective.

Depuis plusieurs années déjà, les acteurs de la démocratie sociale, mais aussi ses nombreux observateurs, appelaient instamment de leurs vœux une réforme de la représentativité syndicale fondée sur la suppression de la présomption irréfragable. Le 9 avril 2008, une position commune sur la représentativité, le dialogue social et le financement des organisations syndicales était signé par le MEDEF et la CGPME, d'un côté, la CGT et la CFDT, de l'autre. Le 7 août 2008, le Conseil constitutionnel validait les nouvelles dispositions légales adoptées en la matière ⁽²⁾.

Cette loi du 20 août 2008 constitue sans aucun doute une rupture avec une certaine conception de la faculté de représentation du syndicat. L'historien du droit du travail, Jacques Le Goff, fait remarquer qu'à l'issue de la Seconde guerre mondiale, « la légitimité du syndicat ne procède plus dès lors de l'élection en tant que telle, mais d'un rapport d'identification avec le groupe salarié » ⁽³⁾. N'avait-on pas vu des auteurs affirmer que « le syndicat peut, si l'on veut, se passer des ouvriers, mais les ouvriers ne peuvent se passer des syndicats » ⁽⁴⁾ ?

La loi du 20 août 2008 refonde les règles de la représentativité syndicale autour de l'élection, ce qui renouvelle le fonctionnement des élections professionnelles comme de la section syndicale et laisse la place à de nouvelles règles de négociation collective et de validité des accords. De nombreuses dispositions transitoires viennent préciser l'application dans le temps de ce nouveau dispositif.

Représentativité syndicale : une légitimité désormais électorale

Les nouveaux critères de la représentativité syndicale s'appliquent à tous les niveaux : établissement, entreprise, branche, niveau national et interprofessionnel.

Nouveaux critères cumulatifs de la représentativité

Les nouveaux critères cumulatifs de la représentativité sont : « Les effectifs d'adhérents et les cotisations, la transparence financière, l'indépendance, le respect des valeurs républicaines, l'influence, caractérisée par l'activité et l'expérience, une ancienneté minimale de deux ans, l'au- ■ ■ ■



Par Lucien Flament



et Guillaume Bredon

Cabinet BRL Associés

(1) L. n° 2008-789, 20 août 2008, JO 21 août. (2) Cons const., 7 août 2008, n° 2008-568 DC. (3) J. Le Goff, « Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours », PUR, 2004, p. 420 ; Adde - P. Rosanvallon, « La question syndicale », Hachette, 1999. (4) P. Cuhe, La législation du travail et les transformations du droit : Cahiers de la nouvelle journée, 1925, n° 4, p. 185.

ACTUALITÉS

dience établie selon les niveaux de négociation »⁽⁵⁾. Hormis la référence à la transparence financière, ni les partenaires sociaux ni le législateur n'ont fait preuve d'une inventivité excessive : ces critères sont très proches de ceux retenus par la circulaire Parodi de 1945⁽⁶⁾ – eux-mêmes inspirés par la circulaire de 1936⁽⁷⁾. Et tout comme en 1945, on pourra remarquer que les conditions d'aptitude à être considéré comme représentatif (tous les critères, sauf l'audience) ne sont pas distinguées de la condition de majorité (l'audience)⁽⁸⁾.

L'attitude patriotique durant l'occupation, critère devenu obsolète⁽⁹⁾, a été remplacée par « le respect des valeurs républicaines ». La jurisprudence *Front national de la police* se trouve ainsi consacrée : un syndicat ne peut pas prôner des distinctions fondées sur la race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique⁽¹⁰⁾. Mais au-delà, que faut-il entendre au juste par « valeurs républicaines » ? Le Sénat a adopté un amendement reprenant la définition formulée par l'article 1^{er}, alinéa 1-6 de la position commune : « Le respect des valeurs républicaines implique le respect de la liberté d'opinion, politique, philosophique ou religieuse ainsi que le refus de toute discrimination, de tout intégrisme et de tout intolérance ». Cet amendement n'a pas été repris dans le texte définitif. Les parlementaires ont considéré qu'il était opportun de ne pas limiter la notion de valeurs républicaines qui renvoie

à l'ensemble du bloc de constitutionnalité⁽¹¹⁾. Ils ont ainsi jugé qu'il convenait de ne pas lier étroitement le juge par une définition trop restrictive de la notion⁽¹²⁾. Les juridictions devraient dès lors bénéficier d'un large pouvoir d'appréciation sur ce point.

Représentativité dans l'entreprise et l'établissement

Au-delà des critères précités, une organisation syndicale doit, afin d'être reconnue représentative, avoir recueilli 10 % des suffrages exprimés (et non des inscrits) au premier tour des élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut de comité d'entreprise, des délégués du personnel⁽¹³⁾.

Ndlr : Cette audience est mesurée uniquement par rapport au nombre des votants et non par rapport au nombre d'inscrits. Un syndicat ayant obtenu deux voix, alors que seulement 10 électeurs sur les 50 inscrits auront voté, sera considéré comme ayant une audience électorale de 20 %.

La référence à la notion de suffrages exprimés et non à celle de suffrages valablement exprimés⁽¹⁴⁾ ne semble avoir aucune incidence sur la prise en compte ou non des bulletins blancs et nuls. Selon le Ministre du travail, répondant à une question d'Alain Vidalies, ceux-ci doivent être exclus. En reprenant notre exemple, si l'audience se calcule sur la base des suffrages exprimés hors nuls et blancs, et si quatre des dix salariés ayant participé au scrutin ont mis un bul-

(5) C. trav., art. L. 2121-1. (6) Circ. 23 mai 1945, relative à l'appréciation du caractère représentatif des organisations syndicales (Parodi), *Dr. soc.* 1945, p. 275. (7) Circ. 17 août 1936, relative à l'application de la loi du 24 juin 1936 sur les conventions collectives (Lebas), *JO* 3 sept. 1936, p. 9392.

(8) J. Desplats, « La notion d'organisations syndicales les plus représentatives », *Dr. soc.* 1945, p. 270 ; P.-H. Antonmattei, « Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008 », *Dr. soc.* 2008, p. 771. (9) Bien que supprimée par les rédacteurs du nouveau Code du travail, la mention avait été rajoutée par le législateur à l'occasion de la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail (partie législative) art. 3, 28^e. Son rétablissement avait semble-t-il pour vocation « d'inciter les partenaires sociaux à réfléchir, dans le cadre de la réforme de la représentativité syndicale, à une actualisation de ce critère », *Rapport Sénat*, p. 11. (10) Cass. ch. mixte, 10 avr. 1998, n° 97-17.870. (11) J.-F. Poisson, *JO AN Débats*, 1^{re} séance, 2 juill. 2008, p. 4147 : « [...] Le respect des valeurs républicaines s'entend [...] comme le respect de l'ensemble de ce qui est contenu dans le bloc constitutionnel, en particulier la Déclaration des droits de l'homme, mais il inclut aussi d'autres éléments qui sont mentionnés dans la Déclaration des droits de l'homme et qui ne figurent pas dans le texte issu de la position commune, par exemple, la résistance à l'oppression, le respect de la propriété privée, tout ce qui est lié à l'ordre public ». (12) *JO AN Débats*, 1^{re} séance, 2 juill. 2008, p. 4147. (13) X. Bertrand, *JO AN*, 1^{re} séance, 2 juill. 2008, p. 4152 : « "A défaut" signifie bien que l'élection de référence est celle du comité d'entreprise. C'est uniquement lorsqu'il n'y a pas de comité d'entreprise qu'est prise en compte l'élection des délégués du personnel. Sont donc prises en compte les seules élections des comités d'entreprise dans les structures de plus de 50 salariés, à moins qu'elles n'aient pas de comité d'entreprise. Dans ce cas, comme pour les entreprises de moins de 50 salariés, il est tenu compte des élections des délégués du personnel ». (14) Selon les travaux parlementaires, l'adverbe « valablement » est redondant, car lorsqu'un suffrage est comptabilisé comme exprimé, il est forcément valablement exprimé (*JO AN* 2 juill. 2008, 1^{re} séance, p. 4151 ; *Rapp. AN*, p. 98 ; *Rapp. Sénat*, p. 54 ; *Commission des affaires culturelles AN*, *JO AN* 24 juin 2008, p. 3).

letin blanc ou nul dans l'urne, le syndicat qui a obtenu deux voix pourra se prévaloir d'une audience qui s'élèvera alors à 33,33 % (2/6).

Les organisations catégorielles doivent en outre se prévaloir de règles statutaires leur donnant vocation à présenter des candidats dans le collège électoral concerné et être affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale⁽¹⁵⁾. Cette disposition « sur mesure » permet à la CFE-CGC de conserver sa représentativité et rend impossible dans l'immédiat la reconnaissance de représentativité pour toute autre organisation catégorielle⁽¹⁶⁾, à l'exception des journalistes dont le cas particulier est prévu⁽¹⁷⁾. Cette disposition semble vouloir condamner le développement d'autres organisations catégorielles, répondant sans doute à un souci de regroupement du paysage syndical.

Lorsque plusieurs organisations présentent une liste commune, la répartition entre elles des suffrages exprimés se fait en fonction des indications données lors du dépôt de leur liste. Les possibilités d'arrangements post-électorales sont ainsi écartées. A défaut d'indication, la répartition des suffrages se fait à part égale entre les organisations concernées⁽¹⁸⁾. Destinée à favoriser les regroupements, cette disposition pourrait notamment s'appliquer à la CFE-CGC et l'UNSA.

Dispositions transitoires

Jusqu'aux prochaines élections professionnelles, sont encore présumés représentatifs **au niveau de l'entreprise et de l'établissement** :

- tous les syndicats affiliés à une organisation présumée représentative au 21 août 2008 ;
- tous les syndicats représentatifs dans l'entreprise au 21 août 2008 ;

– ainsi que tous les syndicats constitués à partir du groupement de plusieurs syndicats dont l'un au moins est affilié à une organisation représentative au 21 août 2008.

Par « premières élections », il faut entendre les élections pour lesquelles la date fixée pour la première réunion de la négociation du protocole d'accord préélectoral est postérieure à la publication de la loi, soit le 21 août 2008⁽¹⁹⁾.

Elections professionnelles

Les règles applicables à la négociation du protocole d'accord préélectoral, aux candidatures syndicales et aux conditions d'électorat et d'éligibilité des salariés mis à disposition sont modifiées.

Protocole d'accord préélectoral

Invitation à négocier

Un certain nombre d'organisations syndicales doivent être invitées par courrier pour négocier le protocole d'accord préélectoral. Ce sont celles dont l'employeur a ou peut avoir connaissance :

- celles reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement en application des nouveaux critères légaux ou des dispositions transitoires (voir *infra*) ;
- celles ayant valablement désigné un délégué syndical ou constitué une section syndicale ;
- et celles affiliées à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel.

Les autres organisations syndicales, dont l'existence n'a pas été portée à la connaissance de l'employeur, sont informées et invitées par affichage. Il doit s'agir d'organisations qui

⁽¹⁵⁾ C. trav., art. L. 2122-2. ⁽¹⁶⁾ Remarque de M^{me} Martine Billard, JO AN Débats, 1^{re} séance, 2 juill. 2008, p. 4152 qui ajoute : « Puisque nous nous situons au niveau de l'entreprise, je ne comprends pas pourquoi une organisation syndicale spécifique aurait le droit de présenter des listes dans un collège sur trois, tandis que les autres organisations catégorielles – qui sont pourtant, elles aussi, "historiques" et recueillent parfois pratiquement la majorité des suffrages dans leur catégorie – n'auraient pas la possibilité d'être reconnues comme représentatives, alors même que c'est le cas pour l'organisation nationale à laquelle elles sont affiliées ». ⁽¹⁷⁾ C. trav., art. L. 7111-8. ⁽¹⁸⁾ C. trav., art. 2122-3. ⁽¹⁹⁾ Loi du 20 août 2008, art. 11, IV.

ACTUALITÉS

satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, sont légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concerné.

Signature

Le protocole n'est désormais valable que s'il est signé par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation, dont celles ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles. Lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, ce dernier critère est remplacé par celui de la majorité des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ⁽²⁰⁾.

Elections partielles

Dans l'immédiat, la tenue d'élections partielles ne rendra pas à elle seule nécessaire une négociation du protocole d'accord préélectoral selon ces modalités nouvelles.

En effet, l'article L. 2324-10 du Code du travail indique que « les élections partielles se déroulent [...] sur la base des dispositions en vigueur lors de l'élection précédente » et la circulaire du 25 octobre 1983 a précisé que les dispositions du protocole préélectoral devaient être reprises ⁽²¹⁾.

Présentation des listes

La loi du 20 août 2008 sonne le glas du monopole de présentation des candidats attribué aux organisations représentatives. Peuvent non seulement présenter des candidats, au premier tour, les organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement (selon le niveau où est organisée l'élection), mais également celles ayant seulement constitué une section syndicale ⁽²²⁾ ainsi que toutes les autres organisations syndicales invitées,

par courrier ou affichage. Il n'est pas exigé que ces dernières justifient de plusieurs adhérents, comme pour la constitution d'une section syndicale (*voir infra*).

Un second tour a lieu si le nombre des votants est inférieur à la moitié des électeurs inscrits. Les candidats libres sont alors autorisés. A cette occasion, les candidats présentés pour le premier tour doivent être considérés comme maintenus pour le second ⁽²³⁾. Un accord préélectoral ne saurait déroger à cette règle d'ordre public ⁽²⁴⁾.

La représentativité est mesurée par les résultats du premier tour, peu important à cet égard que la condition de *quorum* soit remplie. Il sera donc toujours **nécessaire de dépouiller les résultats du premier tour**.

Electorat et éligibilité des salariés mis à disposition

Les salariés mis à disposition peuvent choisir de voter aux élections de DP et du CE et d'être candidats aux élections des DP, soit dans l'entreprise qui les emploie, soit dans l'entreprise utilisatrice. Ils doivent toutefois remplir, dans l'entreprise utilisatrice, une condition de présence de 12 mois continue pour être électeurs et de 24 mois continue pour être éligibles ⁽²⁵⁾. Les dispositions relatives au calcul des seuils d'effectif sont modifiées en conséquence. Désormais, pour être pris en compte dans les effectifs, les salariés mis à disposition doivent être présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travailler depuis au moins un an ⁽²⁶⁾. Saisi de cette question, le Conseil constitutionnel a jugé qu'en précisant avec des critères objectifs et rationnels la notion d'intégration à la communauté de travail, le législateur n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation ⁽²⁷⁾. Depuis une décision du 28 décembre 2006, la Cour suprême considèrerait en effet que « les sala-

⁽²⁰⁾ C. trav., art. L. 2314-3-1 ; C. trav., art. L. 2324-4-1. ⁽²¹⁾ Circ. 25 oct. 1983, § 2.5.2, JO NC, 10 janv. 1984. ⁽²²⁾ C. trav., art. L. 2314-3 ; C. trav., art. L. 2324-4. ⁽²³⁾ Cass. soc., 25 avr. 1984, n° 83-63.188. ⁽²⁴⁾ Cass. soc., 18 juill. 2000, n° 99-60.111. ⁽²⁵⁾ C. trav., art. L. 2314-3 et C. trav., art. L. 2324-4. ⁽²⁶⁾ C. trav., art. L. 1111-2. ⁽²⁷⁾ Cons. const. 7 août 2008, n° 2008-568 DC.

riés mis à disposition d'une entreprise, intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, sont électeurs et éligibles aux élections des représentants du personnel de l'entreprise d'accueil »⁽²⁸⁾. Néanmoins, les salariés mis à disposition ne peuvent être élus au comité d'entreprise, en raison du secret des affaires⁽²⁹⁾.

Le choix laissé au salarié mis à disposition soulève des questions pratiques. Si le vote dans l'entreprise employeur conduit à rendre impossible le vote dans l'entreprise utilisatrice, peut-on déduire de l'absence de vote dans l'entreprise employeur un choix positif de vote dans l'entreprise utilisatrice ? A cet égard, on ne saurait qu'insister sur la nécessité d'une bonne coordination avec l'entreprise extérieure, éventuellement organisée dans le contrat cadre. L'affichage électoral invitant les salariés mis à disposition à se manifester auprès de l'employeur s'ils souhaitent participer aux élections dans l'entreprise utilisatrice peut également être envisagé. Le protocole d'accord préélectoral pourra opportunément préciser ces différentes questions pratiques.

Droit syndical

Les modalités de désignation du délégué syndical et les exigences relatives à la reconnaissance de la section syndicale ont été modifiées. A été corrélativement créée une nouvelle fonction : le représentant de la section syndicale.

Section syndicale

Reconnaissance de la section syndicale

Peuvent constituer une section syndicale à la fois les organisations syndicales reconnues

représentatives, celles affiliées à une organisation représentative au niveau national et interprofessionnel et celles qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, sont légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise concernée⁽³⁰⁾. Toutes ces organisations devront en outre justifier d'au moins plusieurs adhérents. Ces exigences tirent un trait sur la jurisprudence qui décidait que lorsqu'un syndicat représentatif désigne un délégué syndical ou même un représentant syndical au comité d'entreprise dans une entreprise d'au moins cinquante salariés, cette seule désignation vaut preuve de l'existence de la section⁽³¹⁾.

Nombre d'adhérents

Quelles seront les modalités de prise en compte du nombre d'adhérents ? Les débats parlementaires nous assurent « qu'il n'est pas question de permettre à l'employeur d'exiger des listes d'adhérents »⁽³²⁾. Mais comment, dans la pratique, permettre un décompte du nombre d'adhérents sans permettre à l'employeur de connaître l'identité des syndiqués ? Les travaux préparatoires indiquent qu'« en cas de contestation, il conviendra donc de vérifier la pluralité des adhésions par des moyens à la fois confidentiels et certains, reconnus par le droit français »⁽³³⁾. La solution du recours à une autorité extérieure pour attester d'une liste sans la divulguer a été évoquée⁽³⁴⁾.

Condition d'ancienneté

La question du cadre de l'appréciation de la condition d'ancienneté de deux ans se pose⁽³⁵⁾. La lettre de la loi laisse à penser que l'apprécia-

⁽²⁸⁾ Cons. const. 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC. ⁽²⁹⁾ X. Bertrand : « Le bon fonctionnement du comité d'entreprise impose que soient données à ce dernier des informations confidentielles couvertes par le secret des affaires ou concernant la stratégie de l'entreprise. Ces renseignements ne pourraient plus être fournis si, au sein du comité d'entreprise, pouvaient siéger des salariés d'une autre entreprise. Ce fait explique l'exclusion de l'éligibilité des salariés extérieurs qui ne vaut que pour les seuls comités d'entreprise et non pour les délégués du personnel et, indirectement, pour les membres du CHSCT », JO Sénat, débats, séance du 17 juillet 2008, p. 4870. ⁽³⁰⁾ C. trav., art. L. 2142-1. ⁽³¹⁾ Cass. soc., 27 mai 2007, D. 1997, p. 46 et Cass. soc., 17 mars 1998, Dr. soc., 1998, p. 513. ⁽³²⁾ JO AN, Débats, 1^{re} séance, 2 juill. 2008, p. 4169. ⁽³³⁾ Op. cit. ⁽³⁴⁾ Rapp. AN, p. 129. ⁽³⁵⁾ Le rapport de l'Assemblée nationale met en avant le fait que s'agissant de l'accès aux élections professionnelles le texte se contente de faire référence à une « organisation syndicale » et non pas à « un syndicat » (C. trav., art. L. 2142-1), Rapp. AN, p. 127. Cette position ne semble pas partagée par le rapporteur devant le Sénat, Rapport Sénat, p. 56.

ACTUALITÉS

tion se fait dans un cadre plus large que celui de l'entreprise. En effet, le texte adopté par l'Assemblée nationale en première lecture prévoyait que le syndicat devait être « *légalement constitué depuis au moins deux ans dans l'entreprise ou dans son champ professionnel ou géographique* ». La version définitivement adoptée a remplacé cette formule par la référence à une organisation syndicale « *légalement constituée depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise concernée* ». Par définition, cette dernière condition n'a de sens que si l'ancienneté s'apprécie dans un cadre plus large que celui de l'entreprise. En outre, les travaux parlementaires soulignent que le changement de rédaction relève d'un simple amendement d'harmonisation ⁽³⁶⁾.

Désignation du délégué syndical

Conditions liées à l'organisation syndicale

Dans les entreprises et les établissements de cinquante salariés et plus, un délégué syndical ne peut être désigné que par une organisation syndicale représentative, ayant constitué une section syndicale.

Pour nommer un délégué syndical central, l'organisation doit avoir une audience électorale d'au moins 10 % (voir supra). Celle-ci s'apprécie en additionnant les suffrages obtenus au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise, de la délégation unique ou, à défaut, des délégués du personnel et **ce dans l'ensemble des établissements**.

Conditions liées au délégué

Le délégué doit avoir été candidat aux élections professionnelles et avoir recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour ⁽³⁷⁾, quel que soit le nombre de votants. S'il ne reste plus,

dans l'entreprise, de candidat remplissant ces conditions, un autre candidat peut être désigné. A défaut, il peut s'agir d'un salarié choisi parmi les adhérents du syndicat. A cet égard, le texte n'apporte pas de précisions sur les modalités de prise en compte des ratures ⁽³⁸⁾. On peut donc penser que les règles de droit commun en la matière s'appliquent et que les ratures ont donc vocation à être prises en compte, quel que soit leur nombre.

Dispositions transitoires

Les délégués syndicaux désignés avant la publication de la loi conservent leur mandat jusqu'aux prochaines élections.

Dans les entreprises qui n'en ont pas encore organisé de nouvelles élections, des délégués syndicaux peuvent être désignés jusqu'à cette date, par les syndicats qui remplissaient les conditions de représentativité en vigueur avant cette loi.

Comme pour la mesure de la représentativité, les élections prises en compte sont celles pour lesquelles la date fixée pour la première réunion de la négociation du protocole d'accord préélectoral est postérieure au 21 août 2008 ⁽³⁹⁾.

Représentant syndical au comité d'entreprise

Dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, la possibilité de désigner un représentant au comité d'entreprise est ouverte, non plus aux organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, mais à celles ayant des élus au comité d'entreprise ⁽⁴⁰⁾. Cette disposition a pour but de réserver cette faculté de désignation aux syndicats les plus représentatifs ⁽⁴¹⁾.

Contrairement au délégué syndical, ce représentant n'a pas à être choisi prioritairement parmi les candidats aux élections ayant recueilli au moins 10 % des suffrages.

⁽³⁶⁾ JO, Sénat, Débat, séance 17 juill. 2008, p. 4879. ⁽³⁷⁾ « Le fait que les élections professionnelles soient des élections de liste limitant toutefois le caractère personnel de cette exigence », Rapp. AN, p. 120. ⁽³⁸⁾ C. trav., art. L. 2314-24, al. 3 ; C. trav., art. L. 2324-22 al. 3. ⁽³⁹⁾ Loi du 20 août 2008, art. 13. ⁽⁴⁰⁾ Loi du 20 août 2008, art. 5, VII ; C. trav., art. L. 2324-2. ⁽⁴¹⁾ JO, Sénat, Débat, séance 17 juill. 2008, p. 4876.

La section syndicale peut désigner la personne de son choix. Cette solution s'explique par l'absence de voix délibérative des représentants syndicaux au comité d'entreprise ⁽⁴²⁾. Comme auparavant, dans les entreprises de moins de trois cents salariés, le délégué syndical est de droit représentant syndical au comité d'entreprise ⁽⁴³⁾. Cette disposition ne concerne pas les représentants en place. La loi emploie en effet le terme « nommé ». Elle ne s'applique donc, selon nous, aux intéressés qu'à compter du prochain renouvellement du comité d'entreprise. Mais elle s'ap-

plique en revanche dès maintenant pour toute nouvelle désignation.

Représentant de la section syndicale

De quoi s'agit-il ?

Selon le sénateur Gournac, c'est « un dirigeant de section défendant un syndicat qui n'a pas encore prouvé sa représentativité. Sa fonction sera de faire vivre la section syndicale afin que le syndicat obtienne les 10 % nécessaires aux élections professionnelles » ⁽⁴⁴⁾. Le rapporteur devant l'Assemblée nationale a souligné qu'« il ne s'agit pas d'organiser en permanence deux niveaux de représentativité, pleine et partielle, dans l'entreprise, mais d'ouvrir le système en permettant à de nouveaux entrants de bénéficier transitoirement de certains moyens et protections en vue d'obtenir ensuite les résultats électoraux qui constituent le principal fondement de la légitimité » ⁽⁴⁵⁾.

Conditions de désignation

Un représentant de la section syndicale doit être désigné par tout syndicat ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement mais qui n'est pas encore ou n'est plus représentatif ⁽⁴⁶⁾, c'est-à-dire qui ne peut pas justifier d'une audience électorale d'au moins 10 %.

Cette désignation peut intervenir immédiatement.

Elle peut, tout comme celle du délégué syndical, faire l'objet d'une contestation dans un délai de quinze jours ⁽⁴⁷⁾.

Dans les entreprises de moins de 50 salariés, seul un délégué du personnel peut être désigné représentant de la section syndicale pour la durée de son mandat.

Il ne peut pas bénéficier à ce titre d'un crédit d'heures spécifique. Le mandat du repré-

ÉCLAIRAGE Représentant syndical au CHSCT

Le sort du représentant syndical au CHSCT n'est pas traité par la réforme de la représentativité syndicale. En effet, cette possibilité laissée aux organisations syndicales, dans les entreprises ou établissements de plus de 300 salariés, ne découle pas du Code du travail, mais de l'accord-cadre du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail ⁽¹⁾, modifié par l'avenant du 16 octobre 1984 et étendu par l'arrêté du 12 janvier 1996 ⁽²⁾. On peut néanmoins penser qu'à l'avenir seules les organisations représentatives dans l'entreprise pourront désigner un représentant syndical au CHSCT.

Par ailleurs, on notera que cet accord ne s'applique qu'aux entreprises dont l'organisation de branche est adhérente au Medef ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Art. 23 : « En outre, afin de permettre aux organisations syndicales de participer plus étroitement aux actions de prévention, chaque organisation aura la faculté, dans les établissements occupant plus de 300 salariés, de désigner, parmi le personnel de l'établissement concerné, un représentant, qui, s'ajoutant aux personnes désignées à l'article R. 232-6 du Code du travail (recod. C. trav., art. R. 4613-1) assistera avec voix consultative aux réunions du CHSCT. Il en sera de même – lorsque, en application de l'article L. 236-6 du Code du travail (recod. C. trav., art. L. 4613-4), plusieurs CHSCT auront été institués au sein d'un même établissement – pour chaque partie d'établissement correspondant à un CHSCT et occupant plus de 300 salariés ». ⁽²⁾ JO 23 janv. 1996, p. 1130. ⁽³⁾ Cass. soc., 16 mars 2005, n° 03-16.616.

⁽⁴²⁾ Rapp. AN, p. 122. ⁽⁴³⁾ C. trav., art. L. 2143-22. ⁽⁴⁴⁾ Alain Gournac, rapport n° 470 fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, p. 57. ⁽⁴⁵⁾ Rapp. AN, p. 128. ⁽⁴⁶⁾ C. trav., art. L. 2142-1-1. ⁽⁴⁷⁾ C. trav., art. L. 2142-1-2.

ACTUALITÉS

sentant prend automatiquement fin après les premières élections suivant sa désignation, si le syndicat qui l'a nommé ne peut toujours pas justifier de l'audience de 10 % ⁽⁴⁶⁾. L'article L. 2142-1-1 du Code du travail semble admettre que ce syndicat puisse désigner un nouveau représentant de section syndicale, car il précise que l'ancien ne peut plus l'être jusqu'aux six mois précédant les prochaines élections.

Attributions

Le représentant de la section syndicale (RSS) bénéficie des mêmes prérogatives que le délégué syndical, sauf en ce qui concerne la négociation d'accords collectifs ⁽⁴⁶⁾. Il dispose d'un crédit de quatre heures de délégation par mois et d'un local « *convenable* » dans les entreprises de 1 000 salariés et plus ⁽⁴⁸⁾.

En ce qui concerne la capacité du représentant de la section syndicale à négocier et à signer des accords collectifs, celle-ci est réservée aux entreprises de plus de 200 salariés et est subordonnée à l'absence de tout délégué syndical dans l'entreprise et de toute possibilité de négocier avec des élus ou des salariés mandatés. Pour ce faire, ce représentant doit par ailleurs être spécialement mandaté par son organisation syndicale ⁽⁴⁹⁾.

Statut

Le représentant de la section syndicale est assimilé à un délégué syndical pour les conditions de sa désignation et pour la publicité, la contestation, l'exercice et la suppression de son mandat, ainsi que pour le bénéfice du statut protecteur ⁽⁵⁰⁾.

Questions pratiques

Le caractère elliptique des dispositions relatives

au représentant de la section syndicale laissent apparaître en creux des interrogations auxquelles le texte ne répond pas explicitement. Ainsi, que devient le représentant de la section syndicale dont le syndicat est reconnu représentatif aux élections ? L'esprit de la loi suggère qu'il a vocation à être nommé délégué syndical, dans la mesure où il a recueilli au moins 10 % des suffrages.

Le syndicat reconnu représentatif peut-il désigner une autre personne en qualité de délégué syndical et conserver son représentant de la section syndicale ? Cette éventualité semble devoir être écartée, l'esprit du texte s'opposant à un tel cumul.

Validité des accords et règles de la négociation collective

Les nouvelles règles de validité des accords constituent un des éléments essentiels de la loi, de même que la possibilité étendue de conclure des accords en l'absence de délégués syndicaux.

Validité des accords

Principe majoritaire

La validité des accords d'entreprise ou d'établissement est subordonnée, à compter du 1^{er} janvier 2009 ⁽⁵¹⁾, à leur signature par un ou plusieurs syndicats représentatifs ayant recueilli, quel que soit le nombre de votants, au moins 30 % des suffrages valablement exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise, de la délégation unique ou, à défaut, des délégués du personnel et à l'absence d'opposition de syndicats représentatifs ayant

⁽⁴⁸⁾ C. trav., art. L. 2142-1-3 et C. trav., art. L. 2142-8. ⁽⁴⁹⁾ C. trav., art. L. 2143-23. ⁽⁵⁰⁾ C. trav., art. L. 2142-1-2. ⁽⁵¹⁾ Dans l'entreprise, les nouvelles règles s'appliquent non pas à compter des prochaines élections mais dès le 1^{er} janvier 2009 (Loi du 20 août 2008, art. 12, II). A cet égard, les travaux préparatoires soulignent à juste titre que « dans un souci de cohérence, il aurait également été possible de faire démarrer l'application des nouvelles règles de majorité aux premières élections professionnelles postérieures à la présente loi, puisque c'est cette échéance qui marquera l'entrée en application des nouvelles règles de représentativité fondées sur la même mesure d'audience », Rapp. AN, p. 167. Au niveau national et interprofessionnel et au niveau de la branche, les règles nouvelles de validité des accords collectifs sont applicables à compter de la détermination des organisations représentatives dans les branches et au niveau interprofessionnel, soit au plus tard le 21 août 2013 (art. 12, I).

recueilli la majorité des suffrages ⁽⁵²⁾. L'opposition doit être exprimée dans un délai de 8 jours pour un accord d'entreprise ou d'établissement.

Perte de représentativité des signataires

La perte de la représentativité de toutes les organisations syndicales signataires de l'accord n'a pas pour effet de le remettre en cause ⁽⁵³⁾.

En ce qui concerne la dénonciation de l'accord, celle-ci ne peut avoir d'effet, lorsqu'un des syndicats signataires n'est plus représentatif, que si elle émane d'une ou plusieurs organisations représentatives ayant recueilli, seule ou ensemble, plus de 50 % des voix aux dernières élections professionnelles ⁽⁵⁴⁾.

Sort des accords antérieurs ébranlés par la jurisprudence Adecco

Le nouveau texte a-t-il pour effet de valider rétroactivement les accords d'entreprise conclus suite à la loi du 4 mai 2004, sans avoir, faute de quorum au premier tour, été validés par référendum ? ⁽⁵⁵⁾

L'employeur qui dispose encore des résultats scellés du premier tour peut, selon nous, procéder au dépouillement des votes sous réserve de respecter le principe du contradictoire au cours de cette opération. A défaut, il est conseillé de régulariser les accords passés dès la tenue des prochaines élections.

Personnes habilitées à négocier en l'absence de délégué syndical

A compter du 1^{er} janvier 2010, des accords d'entreprise pourront valablement être conclus par des élus ou des salariés mandatés. Il ne sera plus nécessaire qu'un accord de branche étendu l'autorise.

Dans les deux cas, ces accords ne pourront porter que sur des mesures dont la législation subordonne la mise en œuvre à un accord collectif. Sont par ailleurs exclus de ces modalités dérogatoires de négociation les accords de méthode prévus à l'article L. 1233-21 du Code du travail.

Les organisations syndicales représentatives dans la branche devront en être informées.

Conclusion des accords avec les élus CE, DUP ou DP

Cette possibilité n'est ouverte que dans les entreprises de moins de 200 salariés n'ayant pas de délégué syndical. Les élus signataires doivent représenter la majorité des suffrages exprimés ⁽⁵⁶⁾. La validité de l'accord doit être appréciée par la commission paritaire de branche dans un délai de quatre mois ⁽⁵⁷⁾. A défaut de réponse, l'accord est réputé valable.

Conclusion par un ou plusieurs salariés mandatés

Cette possibilité est ouverte dans toutes les entreprises n'ayant ni délégué syndical, ni représentant élu du personnel. L'entreprise devra se prévaloir d'un procès-verbal de carence et les salariés du mandat d'une organisation représentative dans la branche ⁽⁵⁸⁾. L'accord ainsi conclu devra être approuvé par référendum dont un décret précisera les conditions ⁽⁵⁹⁾.

Conditions de négociation

La négociation devra s'effectuer dans le respect de certains principes : « *Indépendance des négociateurs vis-à-vis de l'employeur, élaboration conjointe du projet d'accord par les négo-* ■ ■ ■

⁽⁵²⁾ C. trav., art. L. 2232-12. Au niveau interprofessionnel et de la branche, seuls sont pris en compte les suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives à ces niveaux. Cette disposition vise à atteindre le seuil de 30 %, malgré l'émiettement de la représentativité syndicale, fréquent dans les grandes entreprises (JO AN débats, 1^{re} séance, 2 juill. 2008, p. 4173). ⁽⁵³⁾ C. trav., art. L. 2261-14-1. ⁽⁵⁴⁾ C. trav., art. L. 2261-10, al. 4. ⁽⁵⁵⁾ Selon la Cour de cassation, il n'y a pas lieu de décompter les suffrages en faveur de chaque liste syndicale en l'absence de quorum au premier tour des élections professionnelles, puisque l'article L. 2324-22 du Code du travail prévoit dans ce cas un second tour (Cass. soc., 20 déc. 2006, n° 05-60.345). A défaut de pouvoir identifier des organisations majoritaires, ne serait-ce que pour l'exercice du droit d'opposition, la validité de l'accord était subordonnée à sa ratification par référendum. ⁽⁵⁶⁾ C. trav., art. L. 2232-22. ⁽⁵⁷⁾ C. trav., art. L. 2232-22. ⁽⁵⁸⁾ C. trav., art. L. 2232-24. ⁽⁵⁹⁾ C. trav., art. L. 2232-27.

ACTUALITÉS

ciateurs, concertation avec les salariés, faculté de prendre l'attache des organisations syndicales représentatives de la branche » ⁽⁶⁰⁾.

Les informations à remettre aux élus titulaires ou aux autres salariés mandatés préalablement à la négociation seront déterminées par accord. Chaque élu titulaire appelé à participer à une négociation disposera d'un crédit de dix heures à cet effet ⁽⁶¹⁾.

Dispositions transitoires

En ce qui concerne la négociation des accords collectifs, en l'absence de délégués syndicaux, avec des élus ou des salariés mandatés, les règles jusqu'à présent en vigueur sont maintenues jusqu'au 31 décembre 2009. Ces modalités sont subordonnées à un accord de branche étendu l'autorisant expressément.

Ce délai d'un an aurait, semble-t-il, pour vocation de permettre la conclusion de nouveaux accords de branche ⁽⁶²⁾.

Les conventions de branche conclues antérieurement à la publication de la loi continueront de produire leurs effets, y compris après le 31 décembre 2009, pour toutes les entreprises comprises dans leur champ, quel que soit leur effectif.



Profondément renouvelées, les règles de la représentativité devraient permettre une amélioration de la démocratie sociale et un raffermissement de la légitimité des organisations syndicales tout en contribuant à une concentration du paysage syndical. Mais la fin de la présomption irréfragable de représentativité devrait également avoir pour effet de multiplier les contentieux liés à la reconnaissance de celle-ci. ♦

⁽⁶⁰⁾ A cet égard, le rapport de J.-F. Poisson devant l'assemblée nationale indique que « ces éléments relatifs à l'esprit et la pratique de la négociation sont assez originaux en droit français. Ils constituent des règles de conduite et rejoignent à ce titre la préoccupation de certain juristes qui plaident pour la fixation conventionnelle de telles règles par la conclusion d'accords collectifs "de méthode" ayant pour objet la négociation elle-même », p. 151. Adde J. Barhtélémy, « Vers un droit plus contractuel et moins règlementaire, Règles de conduite de la négociation (3^e partie) », Les Cahiers du DRH, n° 141, mars 2008, p. 31.

⁽⁶¹⁾ C. trav., art. L. 2232-23. ⁽⁶²⁾ X. Bertrand, discours lors de la CNNC relatif au projet de loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (11 juin 2008) : « Le projet de loi laisse un délai d'un an pour que de nouveaux accords de branche, s'ajoutant aux seize existants, puissent encadrer la négociation avec des élus du personnel ou des salariés mandatés par un syndicat, avant d'ouvrir plus largement cette possibilité de négocier ».

Chronologie de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions ⁽¹⁾	
DANS L'IMMÉDIAT (A défaut de nouvelles élections organisées depuis l'entrée en vigueur de la loi)	VALIDITÉ DES ACCORDS COLLECTIFS
	Jusqu'au 1 ^{er} janvier 2009, ce sont les anciennes conditions de validité des accords qui continuent à s'appliquer.
	REPRÉSENTATIVITÉ SYNDICALE
	Conservent leur représentativité d'origine jusqu'aux prochaines élections : <ul style="list-style-type: none"> > les syndicats affiliés à une organisation présumée représentative au 21 août 2008 ; > les syndicats reconnus représentatifs dans l'entreprise au 21 août 2008 ; > les syndicats constitués à partir du groupement de plusieurs syndicats dont l'un au moins est affilié à une organisation représentative au niveau national et interprofessionnel au 21 août 2008. <i>NB : Les autres syndicats doivent satisfaire aux nouveaux critères de représentativité, y compris celui de l'audience électorale minimale de 10 %. La reconnaissance de leur représentativité est donc subordonnée aux résultats de la prochaine élection.</i>
	SECTION SYNDICALE
	Sous réserve d'avoir plusieurs adhérents dans l'entreprise, peuvent constituer une section syndicale, sans attendre les prochaines élections et quel que soit l'effectif de l'entreprise : <ul style="list-style-type: none"> > les syndicats reconnus jusqu'à présent représentatifs ; > les syndicats affiliés à une organisation représentative au niveau national et interprofessionnel ; > les syndicats qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, sont légalement constitués depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise concernée.
	DÉLÉGUÉ SYNDICAL
	Les délégués syndicaux désignés avant le 21 août 2008 conservent leur mandat. Les syndicats représentatifs au 21 août peuvent continuer à désigner des délégués syndicaux jusqu'aux prochaines élections. <i>NB : Les autres syndicats doivent satisfaire aux nouveaux critères de représentativité, y compris celui de l'audience électorale minimale de 10 %. Leur capacité à désigner un délégué syndical est donc subordonnée aux résultats de la prochaine élection.</i>
	REPRÉSENTANT DE LA SECTION SYNDICALE
	Un représentant de la section syndicale peut être nommé par tout syndicat ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement mais qui n'a pas le droit, ou ne l'a pas encore, de désigner un délégué syndical. <i>NB : Sont visés les syndicats qui n'étaient pas jusqu'à présent reconnus représentatifs dans l'entreprise ou qui ne bénéficiaient pas de la présomption nationale irrefragable de représentativité, mais qui satisfont aux nouveaux critères de représentativité, à l'exclusion de celui de l'audience électorale minimale de 10 %. Leur capacité à désigner un délégué syndical est donc subordonnée aux résultats de la prochaine élection. Dans l'attente, ils peuvent néanmoins nommer un représentant de section syndicale.</i>
REPRÉSENTANT AU COMITÉ D'ENTREPRISE	
Les représentants syndicaux au comité d'entreprise en place conservent leur mandat jusqu'au prochain renouvellement du CE. Dans les entreprises de 300 salariés et plus, la désignation d'un nouveau représentant syndical au CE, est réservée aux syndicats ayant des élus au CE.	
A L'ISSUE DES PROCHAINES ÉLECTIONS	VALIDITÉ DES ACCORDS COLLECTIFS
	Jusqu'au 1 ^{er} janvier 2009, ce sont les anciennes conditions de validité des accords qui continuent à s'appliquer.
	REPRÉSENTATIVITÉ SYNDICALE
Seules les syndicats ayant recueilli au moins 10 % des suffrages au premier tour des élections du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel verront leur représentativité reconnue.	

(1) Tableau réalisé en collaboration avec Alain Dupays.

ACTUALITÉS

Chronologie de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions ⁽¹⁾ (suite)	
A L'ISSUE DES PROCHAINES ÉLECTIONS (suite)	SECTION SYNDICALE
	<p>Sous réserve d'avoir plusieurs adhérents dans l'entreprise, pourront constituer une section syndicale, quel que soit l'effectif de l'entreprise :</p> <ul style="list-style-type: none"> > les syndicats représentatifs dans l'entreprise ; > les syndicats affiliés à une organisation représentative au niveau national et interprofessionnel ; > les syndicats satisfaisant aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constitués depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise. <p><i>NB : Continuent donc à être visés les syndicats reconnus jusqu'à présent représentatif au plan national car, par hypothèse, ils remplissent les nouvelles conditions fixées par la loi.</i></p>
	DÉLÉGUÉ SYNDICAL
	<p>Seuls les syndicats représentatifs, ayant donc recueilli au moins 10 % des suffrages au premier tour des élections du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et ayant constitué une section syndicale, pourront désigner ou conserver un délégué syndical. Celui-ci devra en principe avoir obtenu personnellement 10 % des suffrages.</p>
	REPRÉSENTANT DE LA SECTION SYNDICALE
	<p>Un représentant de la section syndicale peut être nommé par toute organisation syndicale non représentative dans l'entreprise, ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement mais qui ne peut plus avoir de délégué syndical parce qu'elle n'a pas recueilli au moins 10 % des suffrages ou qui ne peut pas encore en désigner faute d'avoir participé aux dernières élections et donc de justifier d'une telle audience.</p>
	REPRÉSENTANT AU COMITÉ D'ENTREPRISE
	<p>Dans les entreprises de 300 salariés et plus, seuls les syndicats ayant des élus au CE peuvent désigner ou conserver un représentant syndical au CE.</p>
A COMPTER DU 1 ^{er} JANVIER 2009	VALIDITÉ DES ACCORDS COLLECTIFS
	<p>Pour être valables les accords d'entreprise devront :</p> <ul style="list-style-type: none"> > être signés par des OS ayant recueilli au moins 30 % des suffrages ; > ne pas faire l'objet d'une opposition de la part de syndicats représentant 50 % ou plus des suffrages à ces mêmes élections.
A COMPTER DU 1 ^{er} JANVIER 2010	MODALITÉS DE NÉGOCIATION DES ACCORDS COLLECTIFS EN L'ABSENCE DE DÉLÉGUÉS SYNDICAUX
	<p>Conditions communes de validité liées au contenu :</p> <ul style="list-style-type: none"> > ne peuvent porter que sur des mesures dont la législation subordonne la mise en œuvre à un accord collectif ; > ne peuvent constituer des accords de méthode (C. trav., art. L. 1233-21). <p>Accord avec des élus :</p> <ul style="list-style-type: none"> > entreprises de moins de 200 salariés ; > élus représentant la majorité des suffrages exprimés ; > validation de l'accord par la commission paritaire de branche. <p>Accord avec un salarié mandaté :</p> <ul style="list-style-type: none"> > en l'absence d'élus ; > salarié nommé par une OS représentative de la branche ; > nécessité d'une approbation par référendum. <p>Accord avec un représentant de la section syndicale (RSS) :</p> <ul style="list-style-type: none"> > réservé aux entreprises d'au moins 200 salariés disposant d'élus ; > tous types d'accords peuvent être conclus ; > RSS mandaté par une OS représentative au niveau national ; > nécessité d'une approbation par référendum. <p><i>NB : Ces mécanismes dérogatoires s'appliqueront à défaut de modalités spécifiques négociées dans la branche, sachant que les dispositions des accords conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi continueront à s'appliquer.</i></p>

(1) Tableau réalisé en collaboration avec Alain Dupays.