

actualités

[syndicats]

Présence syndicale dans l'entreprise : les premières réponses de la Cour de cassation après la réforme

Moins d'un an après la loi du 20 août 2008 qui a bouleversé les règles de la représentativité syndicale [1], la Cour de cassation répond aux premières difficultés nées de la réforme.

Comment désigner un délégué syndical pendant la période transitoire ?

Faut-il compter plusieurs adhérents pour constituer une section syndicale et, si oui, comment prouver leur existence ?

Les réponses des juges.

Retour sur la réforme

La loi du 20 août 2008 a changé la donne en matière de présence syndicale dans l'entreprise. Auparavant, pour désigner un délégué syndical (DS), un syndicat appartenant à la liste des « cinq grands » (CGT, CFDT, CFTC, FO et CFE-CGC) n'avait pas à prouver sa représentativité. Seules les autres organisations syndicales devaient démontrer qu'elles étaient représentatives. Désormais, tous les syndicats sont logés à la même enseigne : pour être représentés par un délégué syndical, ils doivent tous remplir les sept critères suivants :

- le respect des valeurs républicaines ;
- l'indépendance ;
- la transparence financière ;
- l'ancienneté minimale de deux ans ;
- l'influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ;
- les effectifs d'adhérents et les cotisations ;
- une audience électorale minimale, c'est-à-dire un score d'au moins 10 % des voix au premier tour des dernières élections des membres titulaires du comité d'entreprise

1/ L. n° 2008-789, 20 août 2008, JO 21 août. Voir Social pratique n° 507, p. 3 et s.

ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, de l'élection des délégués du personnel [C. trav., art. L. 2121-1].

Toutefois, les syndicats qui n'atteignent pas ce score de 10 % ont la possibilité de constituer une section syndicale et de désigner un salarié en tant que représentant de cette dernière dès lors qu'ils ont plusieurs adhérents dans l'entreprise ou l'établissement et qu'ils remplissent les conditions suivantes :

- satisfaire les critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance ;
- être légalement constitués depuis deux ans ;
- avoir un champ professionnel et géographique qui couvre l'entreprise concernée [C. trav., art. L. 2142-1].

Le représentant de la section syndicale (RSS) est désigné dans l'attente des prochaines élections professionnelles qui décideront ou non de la représentativité de son syndicat. Si ce dernier franchit alors la barre des 10 %, il peut désigner un délégué syndical. Dans le cas contraire, il peut désigner un autre salarié en tant que représentant de la section syndicale [C. trav., art. L. 2142-1-1 et s.].

Désignation d'un délégué syndical pendant la période transitoire

Maintien d'une présomption de représentativité irréfragable

→ Ces nouvelles règles de représentativité s'appliquent à compter des **premières élections** qui se déroulent dans l'entreprise ou l'établissement sur la base d'un protocole préélectoral dont la première réunion a eu lieu **après le 21 août 2008**. En attendant ces résultats, reste présumé représentatif :

- tout syndicat affilié à la CGT, la CFDT, la CFTC, FO ou la CFE-CGC ;
- tout syndicat non affilié à l'un de ces « cinq grands » mais qui avait réussi à prouver sa représentativité dans l'entreprise ou l'établissement selon les anciens critères antérieurs au 21 août 2008 ;
- tout syndicat constitué à partir du regroupement de plusieurs syndicats dont l'un au moins est affilié à l'un des « cinq grands » [L. n° 2008-789, art. 11, IV, JO 21 août].

Les syndicats qui remplissent ces conditions peuvent, en attendant les prochaines élections professionnelles, désigner un DS.

→ La question s'est posée de savoir si cette présomption de représentativité maintenue provisoirement dans l'attente des prochaines élections professionnelles était simple ou irréfragable. Autrement dit, si elle pouvait être contestée. Cette difficulté est résolue par la Cour de cassation. Dans l'affaire qui lui était soumise, un syndicat affilié à la CGT – l'un des « cinq grands » – avait désigné un salarié comme DS. L'employeur contestait cette désignation au motif que le syndicat n'était pas représentatif. Le tribunal d'instance et la Cour de cassation lui ont donné tort : « l'article 11, IV de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, qui dispose que " jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles dans l'entreprise ou l'établissement, pour lesquelles la date fixée pour la première réunion de la négociation du protocole d'accord préélectoral est postérieure à la publication de la présente loi, est présumé représentatif à ce niveau tout syndicat affilié à l'une des organisations syndicales de salariés présumées représentatives au niveau national et interprofessionnel à la date de publication de la présente loi " n'a pas prévu qu'il puisse être rapporté une preuve contraire ». Par conséquent, en conclut la Cour de cassation, la représentativité du syndicat affilié à l'une des confédérations reconnues

représentatives au plan national antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi **ne peut plus être contestée pendant la période transitoire** prévue par la loi [Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 09-60.011].

Les choses sont donc claires : en attendant les résultats des prochaines élections dans l'entreprise ou l'établissement qui décideront de la représentativité des organisations syndicales selon les nouveaux critères, celles qui sont affiliées à la CGT, la CFDT, la CFTC, FO ou la CFE-CGC peuvent désigner des délégués syndicaux sans qu'il soit possible de contester leur représentativité.

Constitution d'une section syndicale : nécessité de prouver l'existence d'adhérents

Ainsi, ces organisations syndicales restent présumées représentatives pendant la période transitoire et l'employeur ne peut pas arguer du contraire pour s'opposer à la désignation de délégués syndicaux. Une question demeure cependant : pour désigner un tel délégué, ces organisations doivent-elles, d'ores et déjà, répondre aux nouvelles conditions de constitution d'une section syndicale ?

Dans cette même affaire, bien qu'ayant reconnu la représentativité du syndicat affilié à la CGT, le tribunal d'instance avait annulé la désignation du délégué syndical. Pour les magistrats, ce syndicat n'établissait pas la preuve de l'existence d'une section syndicale dans l'établissement où avait eu lieu la désignation. En effet, selon eux, « si la jurisprudence antérieure à la loi du 20 août 2008 avait admis [...] que lorsqu'un syndicat représentatif désigne un délégué syndical dans une entreprise qui emploie au moins 50 salariés, l'existence d'une section syndicale est établie par cette seule désignation, tel ne semble plus devoir être le cas sous l'empire du régime transitoire prévu par la nouvelle loi, le nouvel article L. 2142-1 du

Code du travail, d'application immédiate, prévoyant désormais que le préalable à la constitution d'une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement est l'existence de plusieurs adhérents au sein de la structure concernée ».

La Cour de cassation partage ce raisonnement. Selon elle, l'ex-article L. 2143-3 du Code du travail, dans sa rédaction applicable antérieurement à la loi du 20 août 2008, autorisait la désignation d'un DS par un syndicat représentatif qui constituait une section syndicale. Mais le nouvel article L. 2142-1 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 20 août 2008, **conditionne désormais la création d'une section syndicale à la présence de plusieurs adhérents dans l'entreprise ou l'établissement. Or, cet article est applicable immédiatement.** Par conséquent, selon la Cour, le syndicat devait bel et bien, pour justifier l'existence ou la constitution d'une section syndicale, démontrer la présence de plusieurs adhérents dans l'entreprise (sur la preuve de cette existence, voir p. 5).

La jurisprudence selon laquelle la désignation d'un DS suffit à prouver l'existence d'une section syndicale [Cass. soc., 27 mai 1997, n° 96-60.367] **n'est donc plus applicable**, et ce depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008.

Nouvelles conditions de constitution d'une section syndicale

Au moins deux adhérents dans l'entreprise

On vient de le voir, la loi du 20 août 2008 remet en cause la jurisprudence classique en matière de preuve de l'existence de la section syndicale. Désormais, pour pouvoir procéder à la désignation d'un DS, si elle est

représentative, ou, dans le cas contraire, d'un RSS, une organisation syndicale doit pouvoir constituer une section syndicale et, par conséquent, justifier de l'existence de plusieurs adhérents. Que faut-il entendre par là ? Dans une des affaires examinées par la Cour de cassation, un employeur contestait la désignation d'un salarié en tant que RSS. Selon lui, la condition selon laquelle le syndicat doit avoir plusieurs adhérents dans l'entreprise impliquait qu'il en ait au minimum plus de deux. Faux, a rétorqué la Cour : **la présence de deux adhérents dans l'entreprise suffit** [Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 08-60.599].

L'employeur ne peut contraindre le syndicat à communiquer le nom de ses adhérents

→ Le Code du travail et la Cour de cassation exigent la présence d'au moins deux adhérents du syndicat dans l'entreprise pour pouvoir constituer une section syndicale. Comment, dès lors, prouver leur existence ? Comme on l'a vu, la Cour de cassation considérait jusqu'à présent que la désignation d'un délégué syndical suffisait à établir l'existence d'une section syndicale (voir p. 4). Elle avait adopté cette solution justement pour éviter au syndicat d'avoir à faire cette preuve, et donc d'avoir à divulguer à l'employeur l'identité de ses adhérents, et ce afin de pallier tout risque de représailles à l'encontre de ces salariés.

Au regard des nouveaux articles du Code du travail qui posent l'existence d'adhérents comme condition de la constitution d'une section syndicale et, par conséquent, de la désignation d'un DS ou d'un RSS, cette solution ne peut plus s'appliquer, comme l'avaient justement affirmé certains tribunaux d'instance [TI Roanne, 15 déc. 2008 ; TI Roubaix, 2 janv. 2009]. Mais ce même tribunal d'instance de Roubaix avait en outre estimé qu'un syndicat ne pouvait pas se dispenser de communiquer contradictoirement la liste

de ses adhérents sans apporter la preuve d'un risque de représailles [TI Roubaix, 22 janv. 2009].

Cette position est balayée par la Cour de cassation. Elle affirme en effet que **l'adhésion du salarié à un syndicat relève de sa vie personnelle et qu'elle ne peut pas être divulguée sans son accord**. À défaut d'un tel accord, le syndicat qui entend créer ou démontrer l'existence d'une section syndicale dans une entreprise, alors que sa présence y est contestée, **ne peut pas produire ou être contraint de produire une liste nominative de ses adhérents** [préamb. Constit. 27 oct. 1946, al. 6 ; Conv. sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, art. 11 ; C. civ., art. 9]. Ainsi, **peu importe qu'il y ait ou non un risque de représailles** : sans l'accord des intéressés, l'employeur ne peut pas exiger d'une organisation syndicale qu'elle lui communique la liste de ses adhérents.

→ La Cour de cassation n'en oublie pas pour autant que le syndicat doit prouver l'existence d'au moins deux adhérents. Elle fixe pour cela la marche à suivre en précisant qu'il s'agit d'un **régime procédural dérogatoire** : ainsi, en cas de contestation sur l'existence d'une section syndicale, le syndicat doit apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise, dans le respect du contradictoire, **à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents** du syndicat. **Seul le juge** peut prendre connaissance de ces derniers [Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 09-60.011 ; communiqué disponible sur www.courdecassation.fr].

ATTENTION

L'ensemble des critères fixés pour la constitution d'une section syndicale doivent être remplis à la date de la désignation du DS ou du RSS. Il n'est donc pas nécessaire, notamment, que les adhésions des salariés soient préalables à ces désignations [Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 08-60.599].

Représentant de la section syndicale

Respect des valeurs républicaines

Un syndicat non représentatif peut constituer une section syndicale et désigner un représentant de la section syndicale dès lors qu'il remplit certains critères, parmi lesquels le respect des valeurs républicaines (voir p. 3). La Cour de cassation précise que **le syndicat n'a pas à prouver qu'il respecte cette condition**. Si l'employeur estime que cette dernière n'est pas remplie, c'est à lui de démontrer en quoi le syndicat ne respecte pas les valeurs républicaines [Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 08-60.599].

Champ professionnel et géographique

Le syndicat non représentatif qui entend constituer une section syndicale et désigner un RSS doit avoir un champ professionnel et géographique qui couvre l'entreprise concernée. Un des arrêts du 8 juillet 2009 précise à cet égard que le syndicat **n'a pas à démontrer son implantation dans l'ensemble des sites composant l'établissement** dans lequel il procède à la désignation. Autrement dit, il ne doit pas nécessairement avoir des adhérents répartis dans l'ensemble des sites de l'établissement ou dans l'ensemble des établissements de l'entreprise s'il s'agit d'un RSS d'entreprise [Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 09-60.048 ; communiqué disponible sur www.courdecassation.fr].

Social pratique est aussi sur
www.wk-ce.fr

Désignation

Pour la Cour de cassation, la lettre de désignation du représentant de la section syndicale fixe les limites du litige : le juge ne peut donc pas apprécier la validité d'une désignation dans le cadre d'un autre établissement que celui visé dans la lettre de désignation [Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 09-60.048]. La Cour transpose ainsi au RSS la règle applicable en matière de désignation du DS.

Autre précision : une **union de syndicats** peut procéder à la désignation d'un RSS dès lors, d'une part, que son champ professionnel et géographique couvre l'entreprise concernée et, d'autre part, que ses statuts lui permettent d'intervenir ainsi dans une entreprise en l'absence d'organisation adhérente compétente dans le champ géographique et professionnel couvrant cette dernière [Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 09-60.012].

Représentant syndical au comité d'entreprise

Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, les conditions de désignation d'un représentant syndical au CE distinct du délégué syndical ont changé : pour cela, les syndicats doivent désormais compter des élus au comité – au moins un titulaire et un suppléant [C. trav., art. L. 2324-2]. La Cour de cassation précise que ces nouvelles dispositions sont **applicables** depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, à savoir **depuis le 22 août 2008**. Ainsi, depuis cette date, chaque syndicat ayant des élus au CE peut, sans autre condition, y désigner un représentant. **Il n'a pas à prouver qu'il est représentatif** [Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 09-60.015].