

La Cour de cassation précise les règles applicables sur la représentativité syndicale pendant la période transitoire de la loi du 20 août 2008.

L'entre-deux de la représentativité syndicale

Laurence Pécaut-Rivolier, Magistrat à la Cour de cassation
Grégoire Loiseau, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris I)

La question tranchée par les trois arrêts de la Chambre sociale du 10 mars 2010 pourrait sembler anecdotique car elle est éphémère, soulevant un problème de règle transitoire à appliquer durant la période ayant commencé avec l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 et appelée à cesser avec les premières élections professionnelles organisées dans les entreprises. Elle est pourtant cruciale puisqu'il s'agit ni plus ni moins que de décider de la représentation syndicale au niveau des entreprises dans lesquelles ces élections ne se sont pas encore tenues, situation qui peut perdurer jusqu'au terme ultime du 20 août 2012¹. Le législateur avait bien sûr pensé régler lui-même la question en prévoyant à l'article 11-IV de la loi que, durant cette période, serait présumé représentatif au niveau de l'entreprise tout syndicat affilié à l'une des organisations syndicales de salariés présumées représentatives au niveau national et interprofessionnel, ainsi que tout syndicat représentatif à ce niveau à la date de la publication de la loi. Mais la formule posait question : devait-elle être comprise comme figeant une situation actée à la date de la publication de la loi ou pouvait-elle être interprétée comme laissant la possibilité de reconnaître la représentativité d'autres syndicats au cours de la période transitoire, par hypothèse avant l'épreuve des élections professionnelles et indépendamment du seuil fatidique d'audience de 10 % ? À concevoir une telle dynamique d'ouverture à des nouveaux syndicats, encore fallait-il s'entendre sur les critères de la représentativité conditionnant la possibilité d'exercer des prérogatives représentatives durant la période transitoire : devait-on s'en remettre aux critères préexistants du droit antérieur ou fallait-il d'ores et déjà s'emparer de ceux posés par la loi nouvelle sachant que l'un d'entre eux, celui de l'audience électorale, ne peut être satisfait ? C'est à ces questions en série que la Chambre sociale a répondu dans les présents arrêts : prenant le parti de permettre à tous les syndicats d'accéder à la représentativité, et donc de l'évolutivité de la représentation syndicale dans l'attente des élections professionnelles, la Cour de cassation lui fait suivre, pour déterminer la représentativité, le régime de la loi nouvelle.

1 L'OUVERTURE DE L'ACCÈS À LA REPRÉSENTATIVITÉ PENDANT LA PÉRIODE TRANSITOIRE

La solution à apporter n'allait pas de soi. Plusieurs arguments pouvaient justifier de figer l'état de la représentation syndicale à la date de publication de la loi pour réserver aux seuls syndicats représentatifs à cette date au niveau de l'entreprise l'exercice des prérogatives représentatives durant la période transitoire. Les termes de l'article 13 de la loi, qui déjà y invitaient à propos de la désignation des délégués syndicaux pendant cette période, prevoient que « jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles organisées dans les entreprises ou les établissements pour lesquels la date fixée pour la négociation du protocole préélectoral est postérieure à la publication de la présente loi, chaque syndicat représentatif dans l'entreprise ou l'établissement à la date de cette publication peut désigner un ou plusieurs délégués syndicaux pour le représenter auprès de l'employeur ». À cela s'ajoute qu'une perception photographique de la situation au 21 août 2008 arrêtée jusqu'aux résultats des prochaines élections qui dévoileront un nouveau phototype pouvait se recommander de l'esprit de la périodicité introduite par la loi du 20 août. Désormais, un syndicat qui remplit les conditions de représentativité, et notamment d'audience lors d'un scrutin, est en effet considéré représentatif jusqu'au scrutin suivant², un syndicat ne pouvant accéder à la représentativité en cours de cycle. Il en résulte que la jurisprudence traditionnelle, selon laquelle la représentativité doit être établie au jour où s'exerce la prérogative représentative, est caduque. La conséquence pouvait alors aussi en être que, durant la période transitoire, aucun syndicat autre que ceux représentatifs au 21 août 2008 ne puisse exciper d'une représentativité acquise au cours de cette période, antérieurement à l'échéance électorale.

► La faiblesse des arguments en faveur d'une représentativité figée

Ce n'est pourtant pas la voie suivie par la Cour de cassation, les arguments militant pour une approche statique de la représentation syndicale durant la période transitoire résistant mal, il est vrai, ●●●

1. Cass. soc., 10 févr. 2010, n° 09-60.244, publié au Bull., qui précise que, lorsque l'organisation dans l'entreprise d'élections ayant donné lieu à un procès-verbal de carence, aucune organisation syndicale ne s'étant présentée au scrutin, ces élections qui ne permettent pas d'évaluer l'audience syndicale ne mettent pas fin à la période transitoire, laquelle prend fin au plus tard le 20 août 2012.

2. La Cour de cassation en tire la conséquence, dans un autre arrêt rendu le 10 mars 2010 (n° 09-60.347), que, depuis la loi du 20 août 2008, les mandats de représentants syndicaux cessent lors de l'organisation d'un nouveau scrutin.

●●● à l'analyse. Celui tenant à la périodicité de l'accès à la représentativité depuis la loi du 20 août 2008 présente en particulier deux faiblesses. La première est qu'une telle périodicité aurait été mise en œuvre de manière inégalitaire, les syndicats n'ayant pas été mis de la même manière en mesure d'accéder à la représentativité figée. La seconde est que la périodicité de l'accès à la représentativité n'a de sens que par rapport au nouveau critère d'audience électorale dans le cadre d'un scrutin ouvert de la même façon aux syndicats. En outre, la solution consistant à s'en tenir à un état arrêté de la représentation au 21 août 2008, sous son apparente simplicité, est d'une pratique éminemment complexe. Pour les syndicats ne bénéficiant pas de la présomption en raison de leur affiliation, il eût fallu définir ce que recouvrait le fait d'avoir établi sa représentativité au 21 août 2008. Dans cette perspective, nul doute que la production d'un jugement aurait constitué un élément fort; mais c'est sans compter sur la question de la date à partir de laquelle une telle décision pouvait être considérée comme trop ancienne pour faire encore foi au 21 août. L'exercice de prérogatives représentatives avant le 21 août aurait été aussi une donnée pertinente, encore que, sans cantonnement dans le temps, l'appréciation rétrospective puisse être délicate, le juge devant s'appuyer sur les anciens critères pour reconstituer les éléments d'une représentativité dans un passé non précisément borné. Se posait enfin le problème de la représentativité de syndicats qui se sont affiliés à l'une des cinq confédérations présumées représentatives après la loi du 20 août 2008 : si la situation devait être figée, ces syndicats n'auraient pu être reconnus représentatifs pendant la période transitoire, ce qui déjoue les prévisions du dernier alinéa de l'article 11-IV de la loi qui fait bénéficier de la présomption de représentativité tout syndicat constitué à partir du regroupement de plusieurs syndicats dont l'un au moins est affilié à une organisation syndicale de salariés représentative au niveau national et interprofessionnel à la date de publication de la loi.

► Une représentativité évolutive conforme au principe de liberté et d'égalité syndicale

Dans ces conditions, la Chambre sociale a fait le choix d'une conception ouverte et dynamique de l'accès à la représentativité durant la période transitoire. La lettre de l'article 11-IV de la loi l'y autorisait en se prêtant à l'interprétation. La formule « *sont présumés représentatifs* » employée par ce texte, dès lors qu'elle ne comporte aucune exclusive (« *seuls...* »), peut en effet laisser entendre que les syndicats qui ne bénéficient pas de cette présomption conservent la possibilité, selon le droit commun, de faire la preuve de leur représentativité. Ainsi comprise, la présomption instituée par la loi n'aurait donc pour objet que de sécuriser, durant la période transitoire, la représentativité des syndicats anciennement représentatifs sans avoir pour effet de fermer l'accès à la représentativité à d'autres syndicats,

pendant cette période pouvant durer jusqu'à quatre ans. C'est du reste l'analyse qu'a défendue le ministère du Travail, dans un avis transmis à l'avocat général : après avoir souligné que cette question n'avait pas été abordée par la Position commune, la DGT a retenu qu'il « *n'était pas souhaitable de figer totalement le paysage professionnel et syndical de l'entreprise pendant la période transitoire* » et qu'il fallait en conséquence que, « *pendant cette période, un syndicat [puisse] faire la preuve de sa représentativité* ».

Sans doute, l'interprétation adoptée vient opportunément combler les silences de la loi quand on pourrait la suspecter d'ajouter aux prévisions légales. Mais elle donne voix – et c'est le principal, ce qui est décisif – aux principes d'égalité et de liberté syndicales. Pour assurer le respect de l'un et le plein exercice de l'autre, elle évite une représentation syndicale captive de la situation telle qu'elle était au lendemain de la loi, sans égard pour d'éventuels accédants à la représentativité jusqu'à la tenue des élections professionnelles. À cet égard, la liberté est donc d'abord celle de pouvoir accéder, de manière égale, à la représentativité : la Cour de cassation s'y est au demeurant déjà montrée attachée en jugeant, dans un arrêt rendu le 16 septembre 2008 au visa des articles 6 et 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, que si des dispositions conventionnelles « *peuvent prévoir que lors de l'exercice de prérogatives subordonnées à une condition de représentativité, les syndicats affiliés à l'une des cinq confédérations reconnues représentatives au plan national interprofessionnel n'auront pas à faire la preuve de leur représentativité, elles ne peuvent interdire aux syndicats non affiliés à l'une d'elles de prouver leur représentativité dans le cadre où ils entendent exercer les prérogatives qui y sont attachées* »³. Mais, plus au cœur, la liberté syndicale draine également le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur, droit qui en constitue, d'après la Cour européenne des droits de l'homme, l'un des éléments essentiels⁴. Avec cet attribut, elle commande donc qu'un syndicat représentatif, le serait-il devenu au cours de la période transitoire après la date de publication de la loi, puisse prendre part à la négociation collective, ce qui constitue d'ailleurs l'aptitude essentielle propre à la représentativité à travers la capacité de désigner un délégué syndical⁵. Seulement, il faut encore déterminer quels syndicats peuvent ainsi prétendre être représentatifs durant la période transitoire, et selon quels critères, pour pouvoir exercer des prérogatives représentatives.

2 LA DÉTERMINATION DE LA REPRÉSENTATIVITÉ SYNDICALE DURANT LA PÉRIODE TRANSITOIRE

► Une représentativité irréfragable...

La condition de syndicat représentatif emprunte principalement, dans la philosophie de la loi du 20 août 2008, à l'audience obtenue lors des élections professionnelles⁶. Toute la difficulté, alors, est de

3. Cass. soc., 16 sept. 2008, n° 07-13.440; Bull. civ. V, n° 162.
4. CEDH, 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c/Turquie*, n° 34503/97;
D. 2009, juris., p. 739, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

l'organiser durant la période transitoire sans pouvoir s'appuyer sur ce critère sélectif. Les arrêts rapportés présentent à cet égard l'avantage de dégager des principes nets, encore que leur mise en œuvre puisse être à l'occasion délicate. En substance, la représentativité peut être, dans l'attente des élections professionnelles, parfaite ou imparfaite.

Elle est parfaite lorsqu'elle emprunte au mécanisme présomptif qui permet de la tenir acquise, en soi, indépendamment de l'examen des critères de représentativité. C'est ainsi, d'une part, que sont considérés comme représentatifs, par présomption irréfragable⁷, les syndicats qui étaient affiliés avant la loi à l'une des cinq confédérations représentatives au niveau national ou interprofessionnel, ainsi que ceux qui s'y affilieraient postérieurement⁸. D'autre part, sont également considérés comme représentatifs, par une présomption dont les présents arrêts indiquent qu'elle est elle-même irréfragable, les syndicats dont la représentativité a été établie de manière formelle à l'époque précédant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

► Ou une représentativité à charge de preuve plus fragile

Dans les autres cas, la représentativité doit sortir de la preuve que le syndicat qui la revendique en remplit les critères et la Cour de cassation, à ce sujet, a logiquement décidé que ces critères doivent être ceux de la loi nouvelle, les anciens ayant été abrogés avec le texte antérieur. Mais c'est aussi la raison pour laquelle la représentativité peut être dite imparfaite puisque l'un de ces critères fait fatalement défaut : celui tenant à la nécessité d'un score électoral minimum de 10%. C'est donc en faisant fond sur une partie seulement des exigences légales que, par une sorte d'exemption limitée à la période transitoire, la Cour de cassation accepte de reconnaître une représentativité intermittente et provisoire jusqu'au terme des prochaines élections professionnelles⁹. Et parce qu'il manque ainsi, précisément, l'épreuve électorale qui rythme la périodicité de la représentativité, celle-ci n'est pas forcément continue comme elle l'est au cours d'un cycle. Concrètement, elle doit pouvoir être établie chaque fois qu'est exercée une prérogative syndicale et, inversement, peut être remise en cause à chaque exercice d'une prérogative réservée aux organisations syndicales représentatives. Imparfaite, la représentativité est donc corrélativement plus précaire et instable, exposée en tout cas à des remises en cause. Par exemple, si la présence d'un délégué syndical en fonction, élément essentiel de la prérogative représentative, conduit à admettre que le syndicat peut exercer les autres prérogatives nécessitant la preuve de la représentativité – telle la désignation d'un représentant au CHSCT –, ce ne serait plus le cas si le délégué syndical n'était plus en fonction ou s'il s'agissait de le remplacer : le syndicat devrait alors apporter la preuve qu'il remplit bien les critères fixés par la loi.

Cette preuve, qui n'a pas au demeurant besoin de couvrir chacun des critères puisque le respect des valeurs républicaines est présumé¹⁰, peut paradoxalement se révéler plus exigeante pour d'autres – on pense à l'influence et aux effectifs – qui peuvent être aisément considérés comme satisfaits quand le critère de l'audience l'est lui-même. On imagine mal en effet – sauf circonstances particulières – qu'une organisation ayant obtenu plus de 10 % aux élections professionnelles puisse voir sa représentativité sérieusement contestée pour manque d'influence dans l'entreprise ou en raison du faible nombre de ses adhérents. En revanche, faute de pouvoir se repérer à l'audience électorale, ces conditions peuvent retrouver un sens plus contraignant¹¹. Et par-delà l'objet de la preuve, c'est aussi son administration qui pourrait faire difficulté. Les arrêts commentés se bornent à énoncer, à ce sujet, qu'un syndicat qui serait *primo* accédant à la représentativité doit faire la preuve qu'il remplit les critères de celle-ci. Mais, si la sélection des organisations syndicales par leur score électoral suffit volontiers à les faire accepter, sauf contestation particulière, pour participer à l'exercice de prérogatives représentatives, il est plus difficile de savoir quelle preuve *a priori* attendre, formellement, durant la période transitoire, des syndicats prétendants à la représentativité pour que celle-ci soit reconnue par l'employeur. Il n'y a pas d'acte préconstitué pour l'établir et il serait déraisonnable qu'il faille uniquement compter sur l'issue d'un contentieux. Certes, il est aussi possible que l'employeur reconnaisse de lui-même la représentativité d'un prétendant à l'exercice de prérogatives représentatives. L'un des arrêts commentés l'envisage en inférant cette reconnaissance de ce que l'employeur avait en l'occurrence accordé au syndicat les moyens que l'accord collectif en vigueur réservait aux syndicats représentatifs et n'avait pas contesté la désignation par le syndicat de délégués syndicaux centraux¹². La reconnaissance volontaire peut du reste présenter pour l'employeur un intérêt, notamment lorsque celui-ci souhaite avoir pour interlocuteur un syndicat particulier quand ce dernier ne bénéficie pas d'une présomption de représentativité. Demeure tout de même le risque d'une représentativité de connivence ; mais il faut garder à l'esprit que la situation n'est que provisoire, et c'est ce qui fait pleinement approuver la position ouverte de la Chambre sociale : tôt ou tard, la représentativité imparfaite devra pour se parfaire gagner les suffrages des électeurs. Peu à peu, cette jurisprudence s'épuisera donc : dans moins de trente mois, les arrêts commentés auront perdu toute raison d'être. Mais dans l'intervalle, aucun syndicat ne se verra interdire l'accès à une prérogative qu'il pourrait légitimement prétendre exercer. ■

5. L'institution de la représentation de la section syndicale au profit des syndicats non représentatifs permet à ces derniers d'exercer les autres prérogatives syndicales.

6. V. not. F. Favennec-Héry, « La représentativité syndicale », *Dr. soc.*, 2009, p. 635.

7. *Cass. soc.*, 8 juill. 2009, n° 09-60.032 ; *Bull. civ. V*, n° 180.

8. *Cass. soc.*, 10 mars 2010, n° 09-60.065 (arrêt *Elidis*).

9. Le bénéfice de cette représentativité n'est pas cependant conditionné par l'obtention d'un score électoral de 10 % aux premières élections professionnelles organisées dans l'entreprise, à défaut duquel la représentativité durant la période transitoire serait rétroactivement remise en cause.

10. *Cass. soc.*, 8 juill. 2009, n° 08-60.599 ; *Bull. civ. V*, n° 181.

11. *Cass. soc.*, 13 janv. 2010, n° 09-60.108, publié au *Bull.*, qui juge que la désignation d'un délégué syndical pendant la période transitoire, étant envisagée par un syndicat représentatif qui constitue une section syndicale, suppose la présence de plusieurs adhérents dans l'entreprise ou l'établissement.

12. *Cass. soc.*, 10 mars 2010, n° 09-60.282 (arrêt *Pôle Emploi*).

Retrouvez le texte des arrêts sur :

