

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



Université
de Toulouse

THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par :

Université Toulouse 1 Capitole (UT1 Capitole)

Cotutelle internationale avec :

Présentée et soutenue par :

Marion EMERAS

Le vendredi 25 octobre 2013

Titre :

LA DEMOCRATIE SOCIALE DANS L'ENTREPRISE APRES 2008

ED S/P : Droit

Unité de recherche :

IRDEIC

Directeur(s) de Thèse :

Madame Thérèse AUBERT-MONPEYSSEN

Professeur d'université et Conseiller à la Cour de cassation

Rapporteurs :

Monsieur Franck PETIT (Professeur d'université, Doyen de la faculté de droit, d'économie et de gestion d'Avignon)

Monsieur François PETIT (Maître de conférences, Université Montesquieu Bordeaux 4)

Autre(s) membre(s) du jury :

Monsieur Albert ARSEGUEL

Professeur d'université, Université Toulouse 1 Capitole

« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat. »

REMERCIEMENTS

Je remercie vivement ma directrice de thèse, Madame le Professeur Thérèse Aubert-Monpeyssen, sans laquelle la réalisation de ce travail n'aurait pas été possible, pour son soutien, sa disponibilité et son aide tout au long de ce parcours d'études. Merci de m'avoir permis d'aller jusqu'au bout de cette grande aventure et d'avoir l'assurance d'en repartir en ayant gagné quelque chose.

Je remercie également vivement Monsieur le Professeur Albert Arseguel, spécialiste des questions de représentativité et de droits collectifs, qui a accepté de me diriger lorsque Madame Aubert-Monpeyssen a été nommée conseiller à la Cour de cassation, pour sa disponibilité et ses précieux conseils.

J'adresse également mes remerciements à tous ceux qui m'ont permis d'acquérir des connaissances et d'enrichir mon travail : Madame De Soyres, notamment, responsable du dialogue social à Aerolia, que j'apprécie tant pour ses qualités humaines que professionnelles. Aux professeurs et maîtres de conférences avec qui j'ai eu le plaisir de travailler ainsi qu'à mes collègues, qui m'ont aussi proposé leur aide et donné des conseils pour mener à bien ma thèse.

A Marie-Laure Morin, ancien conseiller à la Cour de cassation, pour son accueil et ses indications qui m'ont permis d'améliorer mes développements.

A toute l'équipe de la Chambre sociale de la Cour d'appel de Toulouse avec laquelle j'ai eu grand plaisir à travailler de 2007 à 2009.

A ma famille et à mes amis pour leurs encouragements et leur soutien moral dans tous les moments, les meilleurs comme les pires. En particulier à ceux qui ont pris la peine de m'aider à relire ma thèse et à la mettre en forme, tâches ingrates mais néanmoins indispensables : merci à Nathalie Sysavanh, Amandine Faura-Llavari, Sarah Ait-Said, Delphine Gardes et Tristan Thomasson.

Merci infiniment à tous.

SOMMAIRE

SOMMAIRE	3
LISTE DES ABREVIATIONS	6
SIGLES.....	8
INTRODUCTION.....	10
PREMIERE PARTIE LA LEGITIMITE DES SYNDICATS PILIER DE LA DEMOCRATIE SOCIALE : UN CHOIX PERTINENT ?	28
PROPOS LIMINAIRES.....	29
TITRE 1. UNE REFORME DE LA REPRESENTATIVITE AXEE SUR LA LEGITIMITE.....	46
Sous-titre 1. « L’assise démocratique de la représentation » : la légitimité	48
Chapitre 1 : Avant 2008 : un système dominé par la représentativité présumée	50
Chapitre 2 : Le passage à un système basé sur la représentativité prouvée	56
Sous-titre 2 : Une légitimité renforcée par la loi du 20 août 2008	84
Chapitre 1 - L’audience électorale, critère quantitatif dominant mais non exclusif	85
Chapitre 2 : L’extension du principe de concordance : des suites jurisprudentielles prévisibles	111
CONCLUSION DU TITRE 1.....	123
TITRE 2. UNE REFORME A RECENTRER SUR LE ROLE DES ACTEURS DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE	125
Sous-titre 1. Légitimité et négociation collective : les questions abordées par la loi.....	127
Chapitre 1 : La légitimité, condition de participation aux négociations	128

Chapitre 2 : La légitimité des acteurs de la négociation collective (après 2008).....	138
Sous-titre 2. Légitimité et négociation collective : les effets secondaires de la réforme.....	192
Chapitre 1 : Des risques de politisation des rapports	193
Chapitre 2 : Les questions laissées en suspens.....	205
CONCLUSION DU TITRE 2.....	256
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	258
DEUXIEME PARTIE LA DEMOCRATIE SOCIALE RENOVEE : APPROCHE PRATIQUE	261
TITRE 1. LA DEMOCRATIE SOCIALE RENOVEE AU SEIN D'AEROLIA	262
Sous-titre 1 : Les effets de la nouvelle légitimité dans l'entreprise	264
Chapitre 1 : La place des syndicats représentatifs dans la démocratie sociale rénovée : les ambivalences de la réforme.....	266
Chapitre 2 : Des effets qui dépassent le cadre de l'entreprise.....	310
Sous-titre 2. La nouvelle fonction des élections professionnelles.....	322
Chapitre 1 : Nouveaux participants, nouvelles stratégies.....	323
Chapitre 2 : Nouvelles fonctions, nouvelles problématiques : approche pratique	390
CONCLUSION DU TITRE 1.....	424
TITRE 2. FAVORISER LA DEMOCRATIE SOCIALE : LES VRAIES QUESTIONS ET LES SOLUTIONS ENVISAGEABLES	426
Sous-titre 1. Dialogue social et démocratie sociale en entreprise : les questions de fond	429
Chapitre 1 : L'avancée de la démocratie sociale dans l'entreprise : mythe ou réalité ?	430
Chapitre 2 : L'objectif de légitimation des syndicats : une semi-réussite.....	453
Sous-titre 2 : Des solutions envisageables	467
Chapitre 1 : La redéfinition nécessaire de certains principes.....	469

Chapitre 2 : L'adaptation possible de certains principes.....	524
CONCLUSION DU TITRE 2.....	558
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	560
CONCLUSION GENERALE	563
BIBLIOGRAPHIE	568
INDEX	596
TABLE DES MATIERES	602

LISTE DES ABREVIATIONS

§	Paragraphe
Aff.	Affaire
Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass. Nat.	Assemblée Nationale
Ass. Plén.	Assemblée Plénière
BOCC	Bulletin Officiel des Conventions Collectives
Bull. Civ.	Bulletin Civil
c.	contre
C. Civ.	Code civil
C. Trav. ou CT	Code du Travail
Cass.	Cour de Cassation
Cf.	Confère
Chron.	Chronique
Circ. Min.	Circulaire Ministérielle
Concl.	Conclusions
Cons. Constit.	Conseil Constitutionnel
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Décret
déc.	Décembre
Dir.	Sous la direction de
Ed. ou éd.	Edition
Ex.	Exemple
Ex.	Exemple
JO ou JORF	Journal Officiel de la République Française
JOAN	Journal Officiel de l'Assemblée Nationale
JOCE	Journal Officiel des Communautés Européennes
Obs.	Observations
p.	Page
pt	point
R.	Partie réglementaire
Rec.	Recueil
req.	Requête
Sect.	Section
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Synd.	Syndicat
BS	Bulletin social
L.	Partie législative
T.	Tome
CT	Code du travail
COJ	Code de l'Organisation Judiciaire
CE	Conseil d'Etat
CSS	Code de la Sécurité Sociale

REVUES

<i>AJDA</i>	Actualité Juridique Droit Administratif
<i>CJAMP</i>	Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine et Midi-Pyrénées
<i>D.</i>	Dalloz
<i>Dr. Ouv.</i>	Droit Ouvrier
<i>Dr. Soc.</i>	Droit Social
<i>DPS</i>	Dictionnaire Permanent Social
<i>JCP S</i>	Semaine juridique, édition sociale
<i>JCP E</i>	Semaine juridique, édition entreprise
<i>JCP G</i>	Semaine juridique, édition générale
<i>JSL</i>	Jurisprudence Sociale Lamy
<i>RTDC</i>	Revue Trimestrielle de Droit Civil
<i>RDT</i>	Revue de Droit du Travail
<i>RJS</i>	Revue de Jurisprudence Sociale
<i>TPS</i>	Travail et Protection Sociale

SIGLES

ACOSS	Agence Centrale des Organismes de Sécurité Sociale
ACI	Accords-cadres internationaux
AGIRC	Association Générale des Institutions de Retraite des Cadres
ANI	Accord National Interprofessionnel
ARRCO	Association des Régimes de Retraite Complémentaires
ASSEDIC	Association pour l'Emploi dans l'Industrie et le Commerce
BIT	Bureau International du Travail
CAF	Caisse d'Allocations Familiales
CDSS	Comité de dialogue social sectoriel
CEC	Confédération européenne des Cadres
CEDH	Cour ou Convention Européenne des Droits de l'Homme
CEDS	Comité Européen des Droits Sociaux
CEEP	Centre Européen des Entreprises à Participation Publique
	Conseil des Employeurs Européens du Métal, de l'ingénierie et des Technologies
CEEMET	
CES	Confédération Européenne des Syndicats
CES	Conseil Economique et Social
CESE	Conseil Economique et Social Européen
CFDT	Confédération Française Démocratique du Travail
CFTC	Confédération Française des Travailleurs Chrétiens
CGC	Confédération Générale des Cadres
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGPME	Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises
CGT	Confédération Générale du Travail
CHSCT	Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail
CIFRE	Convention Industrielle de Formation en Entreprise
CISL	Confédération Internationale des Syndicats Libres
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CMT	Confédération Mondiale du Travail
COE	Conseil d'orientation pour l'emploi
CRAM	Caisse Régionale d'Assurance Maladie
	Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi
DIRECCTE	
FEM	Fédération Européenne des Métallurgistes
	Fédération Internationale des Organisations de travailleurs de la Métallurgie
FIOM	
FME	Fédération européenne des Métallurgistes pour l'Europe
FO	Force Ouvrière
FSI	Fédération Syndicale Internationale
FSM	Fédération Syndicale Mondiale
FUE (traité)	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
FSU	Fédération Syndicale Unitaire
MEDEF	Mouvement des Entreprises de France
MOC	Méthode ouverte de coordination

NTIC	Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication
OIT	Organisation Internationale du Travail
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
PME	Petites et Moyennes Entreprises
RSE	Responsabilité Sociale de l'Entreprise
SPI	Secrétariats Professionnels Internationaux
TIPCE	Tribunal de première instance des communautés européennes
TPE	Très Petites Entreprises
UEAPME	Union Européenne des Artisans et des PME
UES	Unité économique et sociale
UNEDIC	Union Nationale Interprofessionnelle pour l'Emploi dans l'Industrie et le Commerce
UNICE	Union des Industries de la Communauté Européenne
UNSA	Union Nationale des Syndicats Autonomes
RSS	Représentant de la section syndicale

INTRODUCTION

« *L'autonomie contractuelle est un des principes de la démocratie*¹ ». Elle peut être définie soit comme « *l'expression d'un domaine réservé à la négociation collective*² », soit comme « *la capacité laissée par le législateur aux partenaires sociaux d'élaborer eux-mêmes des règles normatives (...)*³ ».

La loi du 20 août 2008 rénove la démocratie sociale afin de renforcer la légitimité des syndicats mais aussi celle des conventions et accords collectifs qu'ils signent⁴. La réforme de 2008 contient diverses dispositions en ce sens, les plus novatrices étant celles qui érigent l'audience électorale au rang de critère déterminant de la représentativité et imposent le cumul de tous les critères légaux pour l'accession des syndicats à la qualité représentative⁵. Ces nouveautés entraînent différentes conséquences. Parmi les plus importantes, désormais, la représentativité est mesurée à partir de l'entreprise et non plus déterminée par les pouvoirs publics. La présomption irréfragable de représentativité est ainsi appelée, à terme, à disparaître⁶.

La loi du 20 août 2008 apporte donc un certain nombre de changements. Pour autant, on peut se demander si elle porte réellement « rénovation de la démocratie sociale » ainsi que le suggère son intitulé et en quoi consiste cette rénovation. La réforme de la représentativité centrée sur la légitimité des syndicats contribue-t-elle effectivement au développement de la démocratie sociale ? L'examen de cette approche législative implique de prendre en compte les données principales de l'équation portée par la loi du 20 août 2008, à savoir : la démocratie sociale, la représentativité et la légitimité.

L'analyse de la loi du 20 août 2008 et notre expérience en entreprise nous conduisent alors à trois constats principaux : le premier, le plus général, est que cette réforme s'inscrit

¹ (R.) CAPITANT, *Ecrits constitutionnels*, Ed. du CNRS, 1982, p.173 et 192.

² (A.) MAZEAUD, « Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux depuis la Position commune du 16 juillet 2001, *Dr. Soc.* 2003, p. 361 ; (L.) DAUXERRE, *La représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, Thèse, PUAM, 2005, p. 520.

³ (A.) MAZEAUD, art. préc., p. 361.

⁴ (J.) PELISSIER, (G.) AUZERO, (E.) DOCKES, *Précis de droit du travail*, 27^{ème} édition, Dalloz, 2013.

⁵ Cf. *Infra* Première partie, Titre 1.

⁶ Cf. *Infra* Première partie, Titre 1 pour plus de développements sur ces questions.

dans les processus de développement du dialogue social et de la négociation dérogatoire engagé depuis plusieurs années.

Ensuite, cette réforme vise à renforcer la légitimité des syndicats dans la négociation collective, via notamment, l'introduction du critère de l'audience. Elle a soulevé des difficultés pratiques et a entraîné un contentieux abondant qui laissent penser qu'une révision du texte est peut-être nécessaire.

Enfin, l'étude de ces éléments nous amène à penser que la véritable problématique de fond que soulève cette réforme ne porte pas uniquement sur la question de la représentativité des partenaires sociaux ou leur légitimité mais réside en réalité dans la question de la répartition des compétences entre le législateur et ces derniers, autrement dit à la question de l'autonomie des partenaires sociaux.

Pour comprendre le sens de la réforme de 2008, nous allons donc tout d'abord effectuer un bref tour d'horizon des débats qui en sont à l'origine et des réformes qui l'ont précédée. Ce faisant, on constate que la loi du 20 août 2008 s'inscrit dans le processus de développement du dialogue social qui a été initié depuis plusieurs années déjà. On s'aperçoit ainsi que la notion de dialogue social doit également être prise en compte lorsque l'on traite de la loi du 20 août 2008 et, plus largement, de la démocratie sociale. Cette première analyse nous permet par ailleurs de saisir le lien qu'opère la réforme de 2008 entre démocratie sociale et représentativité (I).

L'étude de la loi du 20 août 2008 nous conduit dans un second temps à articuler notre introduction autour de deux axes principaux. Nous nous intéresserons ici aux rapports qui peuvent être établis entre les notions de démocratie sociale et de légitimité. Cette analyse contribue à nous permettre d'identifier les problématiques de fond qui ont suscité cette réforme et les raisons qui ont pu conduire le législateur à adopter les dispositions de la loi du 20 août 2008 en matière de représentativité (II).

Une réflexion plus pratique, basée sur nos expériences professionnelles, nous aidera par ailleurs à déterminer quelles pistes de réflexion gagneraient à être explorées, voire quelles solutions pourraient être trouvées pour résoudre ces problèmes (III).

I. Démocratie sociale, dialogue social et représentativité

Le souci de promouvoir le dialogue social et l'idée même de la démocratie sociale ne sont pas nouveaux. Les années 2000 sont toutefois davantage marquées par la volonté de réduire l'interventionnisme étatique⁷ en vue de permettre une plus grande flexibilité de la main-d'œuvre. Le droit du travail, jugé trop contraignant, est remis en cause par certains. La « modernisation du marché du travail » est à l'ordre du jour⁸. Afin de favoriser cette flexibilité et une meilleure adaptation du droit du travail aux réalités du terrain, la question de la concertation avec les partenaires sociaux et plus largement de la production de normes par ces derniers, ressurgit avec plus d'acuité. « *Nous avons besoin d'un syndicalisme fort, nous avons besoin d'un syndicalisme responsable pour faire fonctionner la démocratie sociale, c'est-à-dire pour aboutir à un syndicalisme équilibré* »⁹ affirme le Ministre des Affaires Sociales en 2002.

Ainsi, depuis quelques années se développe un mouvement en faveur de la négociation collective et la valorisation du dialogue social, ce dernier ayant même été inscrit en tête du code du travail pour témoigner de son importance.

L'article L. 1 du code du travail dispose ainsi que : « *Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au plan national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation* ».

Ce mouvement en faveur du développement du « dialogue social » s'inscrit toutefois dans un courant de pensée plus vaste qui est celui de la démocratie sociale. Le dialogue social n'étant « qu'un outil de cette démocratie¹⁰ ». La représentativité quant à elle, demeure en France, pour les syndicats, la clé d'accès à la négociation collective¹¹ et à la participation à

⁷ Sous l'impulsion du MEDEF notamment, qui a lancé en 2000 une vaste négociation en vue d'une « Refondation sociale ».

⁸ (J.) PELISSIER, (A.) SUPIOT, (A.) JEAMMAUD, *Précis de droit du travail*, 22ème édition, Dalloz, 2004, p. 29 ; voir aussi (E.) DOCKES, (J.) PELISSIER, (G.) AUZERO, *Précis de droit du travail*, 25ème édition, 2010.

⁹ (F.) FILLON, *Le Monde*, 13 décembre 2002, p. 20.

¹⁰ (P.-Y.) VERKINDT, « L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », *Dr. Soc.* mai 2010, p. 519 ; voir aussi (P.-Y.) VERKINDT, « Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale », *JCP S*, n° 22, 29 mai 2012, p. 17.

¹¹ Cf. *Infra* Première partie, Propos liminaires.

l'élaboration des lois, ces deux processus ayant connu un fort développement depuis une trentaine d'années¹². La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale (et réforme de la représentativité) s'inscrit dans ce courant. Compte tenu des liens qui existent entre démocratie sociale et dialogue social la réforme aura nécessairement des impacts sur ce dernier. Il s'agit là d'un élément central qui constituera en quelque sorte le « fil rouge » de nos travaux.

Compte tenu de cette évolution en faveur du dialogue social et plus particulièrement de l'essor de la négociation dérogatoire¹³, les organisations syndicales voient leur fonction évoluer. Leur domaine d'action grandissant, la question de leur responsabilité vis-à-vis des collectifs qu'ils engagent est de plus en plus soulevée. Et par conséquent, simultanément, se pose avec une acuité croissante la question de la représentativité et de la légitimité des partenaires sociaux.

Mais depuis les années 70, le syndicalisme décline lentement, comme en témoigne notamment la réduction des effectifs des grands syndicats. L'ancien système de représentativité est de plus en plus critiqué, notamment par les syndicats émergents qui remettent en cause la légitimité des syndicats présumés représentatifs¹⁴. Au cours des discussions précédant l'adoption de la loi du 4 mai 2004, le Ministre des affaires sociales a par ailleurs ajouté : « *le sujet de la représentativité de droit sera abordé dans le débat qui va s'engager avec les partenaires sociaux. Il ne peut pas ne pas l'être* »¹⁵. Cette affirmation témoigne du lien étroit qui existe en France entre la mise en œuvre de la démocratie sociale et la notion de représentativité. Une question se pose alors : la représentativité qui permet habituellement l'accès aux syndicats à certaines prérogatives, notamment la négociation collective peut-elle servir à légitimer leur participation à la mise en œuvre de la démocratie sociale ? Tel semble être, en tout cas, l'objectif de la loi du 20 août 2008.

Pendant longtemps, le législateur comme les partenaires sociaux n'ont pas osé modifier en profondeur le système, historique, issu notamment de l'arrêté de 1966, qui confère la représentativité présumée aux cinq grandes centrales syndicales que sont la CGT, la CFDT, la CTFC, FO et la CFE-CGC.

¹² (A.) SUPPIOT, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Ed. Seuil, 2006, p.243.

¹³ Cf. *Infra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 1.

¹⁴ Cf. *Infra* Première partie, Propos liminaires.

¹⁵ (F.) FILLON, *La Tribune*, 2 décembre 2002, p. 28 et 29.

En témoigne la position commune adoptée en 2001 par les partenaires sociaux qui, à l'époque, ont préféré se concentrer sur la répartition des champs d'application entre la loi et la négociation collective et les conditions de validité des accords et conventions collectifs de travail.

Comme la position commune de 2001, la loi du 4 mai 2004 n'a pas entraîné de modifications profondes de la représentativité. Elle s'est toutefois accompagnée de la promesse du législateur de faire précéder le vote des lois sociales d'une discussion avec les partenaires sociaux, se traduisant généralement par une négociation avec ces derniers. Cette idée est devenue une exigence légale figurant en tête du nouveau Code du travail¹⁶.

Ainsi, le dialogue social a été consacré et la réforme de la représentativité envisagée par le législateur a donné lieu à une discussion avec les partenaires sociaux. De cette concertation est ressortie la position commune du 9 avril 2008, bien que cette position « commune » n'ait été signée, côté salariés, que par la CGT et la CFDT, FO et la CFTC n'ayant pas hésité à effectuer des recours en conventionalité¹⁷ et en constitutionnalité¹⁸ contre ce texte. « *L'adjectif [« commune »] apparaît [alors] quelque peu usurpé* »¹⁹. Il n'en demeure pas moins que la position commune du 9 avril 2008 revêt une importance majeure car elle a largement inspiré la loi du 20 août 2008. Accessoirement, c'est la première fois que les partenaires sociaux ont choisi la représentativité comme objet de négociation.

II. Démocratie sociale et légitimité

*« Il est important de disposer de partenaires sociaux reconnus et légitimes, interlocuteurs de premier plan pour le Gouvernement dans la conduite des réformes nationales, mais aussi dans les branches professionnelles, les entreprises de toute nature et les territoires [...] »*²⁰.

¹⁶ Art. L. 1, préc.

¹⁷ Voir par exemple Cass. Soc., 24 octobre 2012, n° 11-25.530, *Bull.* 2012 V, n° 280 ; cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 1.

¹⁸ Voir par exemple Cons. Constit., 12 novembre 2010, n° 2010-63 : JO du 13 novembre 2010, p. 20238 ; cf. *Infra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 2.

¹⁹ (G.) BORENFREUND, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale », *RDT* juin 2008, p. 360.

²⁰ *Feuille de route de la grande conférence sociale des 9 et 10 juillet 2012*, Préambule : la démocratie sociale, préc.

« Les partenaires sociaux ont vocation à construire, au niveau national et interprofessionnel, des réponses adaptées sur les questions d'emploi, de travail, de formation professionnelle, de relations sociales, réponses susceptibles d'être ensuite traduites dans la loi ou la réglementation par le Gouvernement et le Parlement [...] »²¹.

Il convient dans un premier temps de définir les contours de la « démocratie sociale » dont la loi du 20 août 2008, précisée par la circulaire DGT du 13 novembre 2008²², entend porter rénovation. Notons que la notion de démocratie sociale est extrêmement vaste, tant elle peut être appréhendée sous différents angles²³. Nous nous limiterons ici à en dégager les aspects principaux. En effet, comme le souligne Pierre-Yves Verkindt, *« la notion de démocratie sociale est imprégnée de l'histoire sociale et de l'histoire syndicale. Le sens de son utilisation dans les discours politiques et juridiques contemporains ne peut se dévoiler qu'à partir d'une interrogation sur ses origines intellectuelles et politiques. C'est à ce prix que seront perceptibles les valeurs qu'elle porte »²⁴.*

La démocratie tout d'abord, s'entend étymologiquement comme le gouvernement du peuple par le peuple. Idéalement, *« la démocratie est une forme d'Etat ou de société dans laquelle la volonté générale est formée ou [...] l'ordre social créé par ceux qu'il est appelé à régir, - le peuple »²⁵.* On notera que la démocratie suppose nécessairement l'existence de groupements ou partis politiques : en effet, l'individu isolé, dans la démocratie, d'un point de vue politique, n'a pas d'existence véritable et ne peut exercer d'influence réelle sur la formation de la volonté générale, ni l'exprimer tout seul. D'après Hans Kelsen, la démocratie ne peut *« sérieusement exister que si les individus se groupent d'après leurs fins et affinités politiques, c'est-à-dire que si, entre l'individu et l'Etat viennent s'insérer ces formations collectives dont chacune représente une certaine orientation commune à ses membres, un parti politique. La démocratie est donc nécessairement et inévitablement un Etat de partis (Parteienstaat) »²⁶.* On peut ici opérer un rapprochement avec les syndicats qui constituent des formations collectives représentant une orientation commune à leurs membres. La mise en

²¹ Feuille de route de la grande conférence sociale des 9 et 10 juillet 2012, Préambule : la démocratie sociale, p.5 : Document disponible sur <http://www.gouvernement.fr>.

²² Circ. DGT n°20 du 13 novembre 2008, *JCP S* 25 novembre 2008, p. 42-56.

²³ (P.-Y.) VERKINDT, « Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale », art. préc., p. 18.

²⁴ *Ibid*, p. 17.

²⁵ (H.) KELSEN, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, Dalloz, 2010, p. 13-14.

²⁶ *Ibid*, p. 20-21.

place d'une forme de démocratie au sein des entreprises est-elle pour autant vraiment envisageable ?

La démocratie peut prendre différentes formes. On parle par exemple de « démocratie directe²⁷ », lorsque les citoyens exercent eux-mêmes le pouvoir, sans intermédiaires, ou encore lorsque les citoyens choisissent eux-mêmes le chef du Gouvernement ; de « démocratie représentative » lorsque les citoyens donnent mandat à certains d'entre eux d'exercer le pouvoir en leur nom et à leur place²⁸.

Au vu de ces définitions, on peut d'ores et déjà constater que l'entreprise n'est pas le lieu d'une démocratie directe mais celui où s'exerce une démocratie représentative. En effet, l'employeur ne peut pas négocier directement avec ses salariés, il doit faire appel aux représentants de ces derniers, en l'occurrence aux représentants syndicaux.

A côté des systèmes démocratiques que nous venons d'évoquer existent des régimes de « démocratie libérale ». Celle-ci vise à résoudre l'antagonisme entre le pouvoir et la liberté au moyen de procédés de conciliation et d'équilibre, par exemple en reconnaissant aux individus des droits opposables à l'Etat, en aménageant la structure de l'Etat de manière à limiter le pouvoir politique (par le principe de séparation des pouvoirs notamment²⁹).

La démocratie devient « pluraliste » lorsque l'on reconnaît la légitimité d'une pluralité effective de partis politiques et de leur alternance au pouvoir³⁰.

La démocratie est dite « semi-directe » lorsque le pouvoir est normalement exercé par des représentants mais que les citoyens peuvent dans certaines conditions intervenir directement dans son exercice³¹.

Enfin, on parle de « démocratie économique et sociale » lorsque la participation des citoyens au pouvoir s'accompagne d'une action du pouvoir lui-même visant à réduire les inégalités économiques et sociales³².

Il ressort de ces différentes définitions que la démocratie repose sur les relations entre les citoyens et les personnes qui incarnent le pouvoir. En tout état de cause, le régime de la démocratie exclut la domination du Gouvernement ; celui-ci ne peut, qualitativement, être

²⁷ *Lexique des termes juridiques*, 14^{ème} édition, Dalloz, p. 202.

²⁸ *Lexique des termes juridiques*, 14^{ème} édition, Dalloz, p. 203.

²⁹ *Lexique des termes juridiques*, 14^{ème} édition, Dalloz, p. 202.

³⁰ *Lexique des termes juridiques*, 14^{ème} édition, Dalloz, p. 203.

³¹ *Lexique des termes juridiques*, 14^{ème} édition, Dalloz, préc.

³² *Lexique des termes juridiques*, 14^{ème} édition, Dalloz, p. 202.

supérieur aux citoyens, ces derniers doivent lui donner ses pouvoirs pour que ceux-ci soient légitimés et acceptés comme tels. Somme toute, il s'agit d'une relation de confiance entre le peuple et ses dirigeants dans laquelle le peuple reste libre de conférer la puissance publique aux personnes de son choix. Les citoyens demeurent la source du pouvoir³³.

En France, cette conception est tempérée par l'existence de la Nation et de la souveraineté nationale qui s'y rattache : la puissance étatique n'appartient pas entièrement aux citoyens qui ne peuvent d'ailleurs pas l'exercer eux-mêmes. Ces derniers ne font qu'exercer la souveraineté nationale, ils n'ont pas de « vocation personnelle³⁴ ». La Nation, entité distincte des individus qui la composent, détient la souveraineté. La Constitution du 4 octobre 1958 reprend d'ailleurs fidèlement ce principe dans son article 3 qui dispose que « la souveraineté nationale appartient au peuple (...). Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ». Etant une entité distincte, mais abstraite, la Nation a alors besoin de représentants physiques pour exercer sa souveraineté.

Comme le relève Lydie Dauxerre, « *seul un régime représentatif qui dérive du principe de la souveraineté nationale*³⁵ » est alors envisageable. Les citoyens vont devoir donner mandat à des représentants, ce qui suppose généralement l'organisation d'élections. Et pour que l'essence de la démocratie soit préservée, les mécanismes électifs retenus doivent garantir l'équilibre des forces entre les citoyens et leurs représentants. Le système de la démocratie directe apparaît alors comme le plus adapté. Or, la représentativité des syndicats est indubitablement liée à une audience particulière de ces derniers dans le milieu professionnel considéré³⁶. De plus, « *les critères du choix des organisations syndicales les plus représentatives reposent sur la loi de la majorité, donc sur un principe conforme à l'idéal de la démocratie de type classique*³⁷ ». Autant d'éléments qui expliquent pourquoi le législateur a choisi de rénover la démocratie sociale en réformant la représentativité syndicale, accordant une place prépondérante au critère de l'audience électorale.

La démocratie sociale quant à elle est une notion relativement ancienne qui a commencé à apparaître après la Première Guerre Mondiale, lorsque les pouvoirs publics ont « *cherché à*

³³ Sur ce point, voir aussi (R.) CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Dalloz, 2004, 2^{ème} partie, n° 334, p. 183.

³⁴ (L.) DAUXERRE, Thèse préc., p. 510 ; (R.) CARRE DE MALBERG, préc., p. 194.

³⁵ (L.) DAUXERRE, préc. p. 510 ; (R.) CARRE DE MALBERG, préc., p. 358.

³⁶ (J. J.) DUPEYROUX, *Le régime juridique des organisations professionnelles dans les pays membres de la C.E.C.A.*, Service de publication des communautés européennes, 1966, p. 309.

³⁷ (A.) ARSEQUEL, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, Thèse de doctorat, Toulouse, 1976, p. 13.

*s'associer les forces économiques et sociales organisées pour [...] juguler et maîtriser les différents intérêts corporatifs qui se dessinaient face à l'intérêt général*³⁸ ». Comme le souligne Albert Arseguel, ce type de démocratie, basé sur la concertation, pouvait constituer « *un gage sérieux de paix sociale dans la mesure où il est plus difficile aux intéressés de contester les décisions à l'élaboration desquelles ils ont pris part*³⁹ ». On remarque qu'implicitement, c'est bien de la légitimité des normes produites par les partenaires sociaux qu'il est question lorsqu'on évoque la démocratie sociale.

René Capitant quant à lui voit dans la démocratie sociale le prolongement naturel de la démocratie politique : « *de même que la démocratie politique consiste à rendre au citoyen la souveraineté qu'il transfère aux partis ou aux élus, [...] la démocratie sociale consiste à réintégrer le salarié dans la liberté et la propriété dont le prive abusivement le contrat de travail. Il s'agit donc de substituer au contrat de travail actuel – contrat de subordination – un contrat de type nouveau, respectueux de la liberté et de l'égalité des parties [...]*⁴⁰ ». A la lecture de cette définition, on s'aperçoit que la démocratie sociale, comme la démocratie politique, est fondée sur les principes de liberté et d'égalité⁴¹. Ce qui explique que la démocratie sociale soit basée sur le paritarisme et la négociation collective. Ces notions sont étroitement liées et reliées par le concept de représentativité syndicale.

En effet, le paritarisme permet la représentation des salariés dans l'entreprise, tout en garantissant un certain équilibre des forces ; on peut y voir la volonté d'assurer une forme d'égalité. La négociation collective quant à elle confère un rôle normatif aux syndicats, ouvrant au secteur professionnel une forme d'autonomie et donc de liberté. Cette capacité normative n'est toutefois ouverte, même après 2008, qu'aux syndicats représentatifs.

Ainsi, le fait d'être représentatif permet aux syndicats d'accéder aux fonctions de représentation, au dialogue social et plus largement, leur confère une capacité normative. Plus encore après 2008, la représentativité contribue à asseoir la légitimité des syndicats. En effet, la loi du 20 août 2008 repose essentiellement sur l'idée selon laquelle la légitimité des

³⁸ (A.) ARSEGUEL, Thèse préc., p. 2.

³⁹ (A.) ARSEGUEL thèse préc., p. 3.

⁴⁰ Rapport présenté par R. CAPITANT aux Assises nationales du RPF à Paris les 9, 10 et 11 novembre 1952 in (R.) CAPITANT, 1901-1970, *Espoir, Revue de l'institut Charles de Gaulle*, n° 36, Plon, p. 69 ; (L.) DAUXERRE, Thèse préc., p. 514.

⁴¹ Sur ce point voir par exemple : (E.) DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, 2004, p. 1-61 ; (H.) KELSEN, ouvrage préc., p. 1-12 ; (R.) CAPITANT, *Ecrits constitutionnels*, préc., p. 182.

syndicats se trouvera renforcée par le fait qu'un pourcentage suffisant⁴² de salariés a voté pour eux.

La légitimité est une notion difficile à cerner car elle fait référence à un ensemble de valeurs philosophiques et morales. De façon synthétique, on peut dire que la légitimité d'une institution ou d'une autorité est la reconnaissance implicite de sa domination, la croyance en son pouvoir. Comme le souligne Mélanie Schmitt, ce dernier peut avoir différents fondements dont le plus classique est la démocratie⁴³.

Par ailleurs, dans un régime démocratique, les citoyens sont libres de choisir les règles auxquelles ils veulent se soumettre.

Le peuple lui-même réclame une participation des représentants des travailleurs, une responsabilité de ces derniers, dans l'élaboration des lois sociales⁴⁴. Il souhaite étendre sa souveraineté aux domaines qui lui échappent et surtout veiller à ce que les pouvoirs normatifs des autres acteurs socio-économiques, l'Etat, les entreprises, les institutions européennes et les autres, n'oublie pas de veiller à ses intérêts. Par le jeu de la démocratie sociale, les citoyens espèrent tempérer, voire créer les normes qui leur sont applicables, somme toute faire office de contre-pouvoir des autres acteurs, par l'intermédiaire de leurs représentants.

L'entreprise est alors un lieu où s'exerce la démocratie dite sociale, les institutions représentatives du personnel étant chargée de défendre les intérêts collectifs des salariés par le jeu de la négociation collective dont elles sont des acteurs majeurs. C'est en ce sens qu'il faudrait comprendre la « démocratie sociale » au sens de la loi du 20 août 2008 : cette réforme n'a pas vocation à favoriser l'établissement d'une souveraineté des travailleurs. Elle vise, plus modestement, à « l'établissement d'un contre-pouvoir démocratique, orienté vers la défense des intérêts des collectivités [de travailleurs] »⁴⁵. C'est donc de la participation des syndicats à la détermination des conditions de travail et à la négociation collective qu'il s'agit. Indirectement, il s'agit aussi évidemment de la participation des salariés puisque l'article 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946⁴⁶ consacre l'exercice de la représentation des salariés par les syndicats. Il semblerait toutefois que la réforme de 2008 ait une vocation

⁴² Un pourcentage déterminé par la loi.

⁴³ (M.) SCHMITT, *L'autonomie collective des partenaires sociaux dans l'ordre juridique communautaire : contribution à l'étude du principe de subsidiarité*, Thèse, 2007, p. 582.

⁴⁴ (A.) LYON-CAEN, « L'influence des syndicats dans la confection des lois », in *Syndicats et droit du travail*, dir. (G.) BORENFREUND, (M.A.) SOURIAU, Dalloz, 2008, p. 65.

⁴⁵ (G.) BORENFREUND, « Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise », art. préc., p. 495.

⁴⁶ « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

plus large et vise également à renforcer la légitimité des syndicats à participer à l'élaboration des lois. Or, cette dernière fonction dépasse largement le cadre de la négociation collective, qu'on entend comme la négociation en entreprise ou la négociation productrice de normes qui ont vocation à s'appliquer uniquement à des collectivités de salariés. D'après nous, la fonction des syndicats dans l'élaboration de la loi doit être clairement distinguée de leur capacité à participer aux négociations collectives.

La question cruciale aujourd'hui lorsqu'on s'attache à la mise en œuvre de la « démocratie sociale » touche donc en réalité à la fonction normative des syndicats c'est-à-dire à leur participation au processus de la négociation collective, ce dernier pouvant englober la mise en œuvre de lois, ou leur participation dans l'élaboration des lois. Or il s'agit de deux types d'action très différents. La légitimité des partenaires sociaux ne saurait être appréciée de la même façon selon que l'on considère leur fonction normative dans le cadre de la négociation collective ou dans l'élaboration de la loi.

Ainsi, « *la refondation démocratique des modes d'accès à la représentativité a [été pensée] à l'aune d'une réflexion sur la nécessité d'un renforcement du rôle de la négociation collective ; renforcement auquel participe également le resserrement des conditions de validité des accords collectifs, à travers la promotion de l'exigence majoritaire* ⁴⁷ ».

En même temps, le législateur de 2008 retient la légitimité, fondée sur le résultat des élections professionnelles comme axe réforme de la représentativité. On observe un rapprochement évident avec le système de l'élection démocratique que nous connaissons en France pour d'autres institutions. Cette approche semble pertinente au regard de la définition de la démocratie sociale car comme l'affirme le Professeur Verkindt : « *La démocratie sociale correspond à l'extension des procédés démocratiques du domaine politique au plan économique et social et permet un renforcement de la légitimité des autorités (à quelque niveau et dans quelque domaine qu'elles se situent) dont se dote une collectivité humaine* ⁴⁸ ». Il ressort de cette définition que les notions de démocratie sociale et la question de la légitimité des acteurs de cette démocratie sont indissociablement liées. Ce qui explique en partie le fait que le législateur ait choisi la légitimité comme axe de réforme de la

⁴⁷ (G.) BORENFREUND, « Représentativité syndicale et négociation collective », *Dr. Soc.* avril 2013, p. 300.

⁴⁸ (P.-Y.) VERKINDT, art. préc., p. 520 ; (G.) BURDEAU, *Traité de science politique* : LGDJ, 2ème édition 1973, t. VII, n° 171, p. 462 ; voir aussi (R.) CAPITANT, *Ecrits constitutionnels*, éd. du CNRS, 1982, p. 172 ; (G.) BORENFREUND, (M.-A.) SOURIAU, « Les rapports de la loi et de la convention collective : mise en perspective », *Dr. Soc.* janvier 2003, p. 80.

représentativité dans la loi du 20 août 2008. Une telle approche paraît toutefois risquée, compte tenu du rapprochement qu'elle opère avec les procédés démocratiques utilisés en politique et donc du risque de politisation des relations professionnelles qu'elle engendre. Par ailleurs, elle implique l'utilisation de la représentativité pour la mesure de la légitimité, ce qui ajoute une autre donnée à l'équation et suscite des problématiques juridiques supplémentaires. Ce qui nous amène à nous interroger sur la pertinence du choix de la légitimité comme pivot d'une réforme de la représentativité (Première partie).

Toutefois, le fait que le législateur ait retenu la légitimité comme axe de réforme s'explique probablement davantage par la prise en considération du rôle des partenaires sociaux dans l'élaboration de la loi.

A l'heure actuelle, la Constitution ne contient aucune disposition à ce propos. Cependant, en mars 2013 a été voté un projet de loi constitutionnelle visant à étendre la règle de l'article L.1 du Code du travail aux propositions de loi et à l'inscrire dans la Constitution. Cela donnerait une légitimité plus forte aux partenaires sociaux lorsqu'ils interviennent dans le processus d'élaboration de la loi. La mesure de la représentativité des syndicats basée sur l'audience électorale s'assimilant davantage au processus démocratique appliqué au niveau national, ces derniers verraient leur légitimité renforcée également par ce biais. La loi du 20 août 2008 contribuerait alors à donner aux partenaires sociaux un « sésame démocratique » pour participer à l'élaboration des lois.

Le problème étant que la loi, à la différence des conventions collectives, a vocation à s'appliquer à l'ensemble des personnes comprises dans son champ d'application et non seulement aux collectivités de salariés des entreprises. L'idée dominante demeure celle selon laquelle « la loi, expression démocratique issue du suffrage universel ⁴⁹ », est supérieure au contrat, lequel n'est qu'un « compromis entre des intérêts particuliers et divergents ⁵⁰ ». Par conséquent, comment les syndicats pourraient-ils justifier d'une quelconque légitimité à élaborer des normes erga omnes au niveau national alors qu'ils ne sont élus que par des salariés ?

Certes, « *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir, personnellement ou par leurs représentants, à sa formation* ⁵¹ ». Néanmoins, la Constitution prohibe l'exercice de la souveraineté nationale par une « section du peuple », à

⁴⁹ (G.) BORENFREUND, (M.-A.) SOURIAC, art. préc., p. 80.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen 1789, art. 6.

moins que « la Nation » n'ait expressément autorisé cette section à l'exercer⁵². Actuellement, les partenaires sociaux ne peuvent participer à l'élaboration des lois que si le législateur les y a expressément autorisés ; la Constitution ne leur confère pas un domaine de compétence particulier pour élaborer des normes de façon totalement autonome.

On observe toutefois un mouvement marqué en faveur du développement des normes conventionnelles.

Ainsi, par exemple, les accords d'entreprise peuvent déroger à la loi, voire la suppléer, sous certaines conditions préalablement fixées par voie législative. La loi du 20 août 2008⁵³ va d'ailleurs clairement dans ce sens dans son volet consacré à l'aménagement du temps de travail : le nouvel article L. 3122-2 du Code du travail instaure la primauté de la convention ou de l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement par rapport à la convention ou l'accord de branche. L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013⁵⁴ va encore plus loin en englobant dans la négociation d'entreprise les mesures relatives au maintien dans l'emploi⁵⁵ telles que le temps de travail ou les salaires « en cas de graves difficultés conjoncturelles rencontrées par une entreprise ».

Pas d'inconstitutionnalité donc en matière de négociation d'entreprise. En revanche, concernant la capacité des organisations syndicales à exprimer la volonté générale, on reste dubitatif. Leur légitimité reste à établir même après la loi du 20 août 2008 dans la mesure où les membres du corps électoral ne couvrent pas l'intégralité du champ dans lequel le texte a vocation à s'appliquer : les salariés qui votent pour les syndicats ne représentent qu'une fraction des citoyens auxquels la loi a vocation à s'appliquer. Et si la loi permet une telle exception elle n'en justifie pas véritablement la nécessité ou la raison morale ou politique qui en permettrait l'acceptation par tous les citoyens concernés.

Avec la mise en place des syndicats, représentants des salariés, s'est posée la question de leur représentativité et, plus tard, celle du système à mettre en place pour leur permettre d'exercer leurs mandats et leurs prérogatives. On remarque la présence de trois éléments principaux : des représentants munis de mandats, des libertés et des prérogatives, assimilables

⁵² Constitution du 4 octobre 1958, art. 3.

⁵³ Art. 20 (V) de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, préc.

⁵⁴ Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés : http://direccte.gouv.fr/IMG/pdf/ANI_securisation_de_1_emploi-2.pdf.

⁵⁵ Art. 18 de l'ANI du 11 janvier 2013, préc.

à une forme de citoyenneté. La mise en place d'une forme de démocratie dans l'entreprise semble donc possible.

Compte tenu de la nature des syndicats, qui ne sauraient s'assimiler à des groupes politiques, l'exercice d'une démocratie politique est impossible et en tout état de cause, serait inutile, l'objectif des syndicats étant de défendre les intérêts collectifs, non de mener à l'élection d'un chef d'entreprise.

Compte tenu de la nature de la relation de travail ensuite, une telle transposition serait malvenue. En effet, suivant l'idée selon laquelle la démocratie sociale « *correspond à l'extension des procédés démocratiques du domaine politique au plan économique et social*⁵⁶ », la mise en place de la démocratie sociale dans l'entreprise supposerait une transposition du langage politique à l'entreprise. Mais « *l'entreprise n'est pas une communauté politique*⁵⁷ ».

Les relations individuelles entre salarié et employeur sont en effet basées sur le contrat de travail. Comme on le sait, la relation de travail est caractérisée dès lors que trois éléments sont réunis : une prestation de travail effectuée pour le compte d'autrui, une rémunération et un lien de subordination juridique. Dès lors que le salarié est subordonné, placé sous l'autorité de l'employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné, il se trouve en position de faiblesse par rapport à l'employeur. Le travailleur n'a, au demeurant, aucun moyen d'influer sur les décisions de son employeur. C'est pourquoi le droit du travail a été initialement érigé, pour pallier au déséquilibre des forces entre les deux protagonistes que sont le salarié et l'employeur. Nous sommes bien loin d'un système démocratique. Parler d'une « citoyenneté d'entreprise⁵⁸ » paraît alors absurde.

Les syndicats professionnels ont vu le jour en tant qu'institution le 21 mars 1884 grâce à la loi Waldeck-Rousseau⁵⁹ qui a consacré la liberté syndicale, permettant ainsi aux syndicats de se constituer librement. Ils n'ont toutefois été légalisés dans l'entreprise, sous la forme que nous connaissons aujourd'hui, qu'en 1968.

Leur objectif est fixé par le Code du travail qui dispose dans son article L. 2131-1 que les syndicats professionnels « ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi

⁵⁶ (P.-Y.) VERKINDT, art. préc., p. 520.

⁵⁷ (L.) DAUXERRE, Thèse préc., p. 515.

⁵⁸ (J.) LE GOFF, « Les lois Auroux, 20 ans après », *Dr. Soc.* juillet-août 2003, p. 706 ; (Y.) CHOTARD, « Le rapport Auroux », *Dr. Soc.* avril 1982, p. 259.

⁵⁹ JORF du 22 mars 1884, p. 1577.

que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts ». Pour ce faire, les syndicats disposent de différentes libertés et prérogatives, leur principale prérogative étant le droit de négocier les accords et convention collectifs. Plus encore, les accords qu'ils signent produisent un effet erga omnes⁶⁰, c'est-à-dire qu'ils s'appliquent à tous les salariés compris dans leur champ d'application, que ces salariés soient syndiqués ou non.

Le droit du travail protège donc les salariés au niveau individuel. Il est complété par le droit syndical, qui assure la défense des intérêts collectifs dans l'entreprise.

Mais le droit syndical lui, s'exerce par le biais de représentants dont la légitimité doit être acquise.

Cette légitimité conditionne non pas l'aptitude du syndicat à négocier, qui lui est reconnue dès lors qu'il acquiert la qualité représentative, mais sa reconnaissance par la collectivité des salariés qu'il représente et sa force d'action. Plus la légitimité du syndicat sera forte, plus il aura de poids dans les négociations collectives. Ce mode de négociation avec les partenaires sociaux tend à se développer et à s'étendre au niveau européen. Le dialogue social constitue la base fondamentale de la démocratie sociale. Dans l'étude de la démocratie sociale c'est donc au dialogue social que nous devons attacher un intérêt particulier dans notre travail de réflexion, qu'il s'agisse du contenu de la notion, de ses enjeux ou des outils utilisés pour la mettre en œuvre.

III. La démocratie sociale rénovée : approche pratique et solutions envisageables

Outre les questions juridiques qu'elle soulève, la loi du 20 août 2008 a eu des incidences pratiques importantes en entreprise que nous avons pu mesurer pleinement. Il s'agit en effet ici d'une thèse CIFRE réalisée au sein de la société Aerolia, une entreprise à forte empreinte syndicale, bien que récemment créée.

Cette expérience est intéressante car nous avons dû organiser les élections professionnelles de cette société au cours de l'année 2009, peu après l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 et avant que la plupart des jurisprudences concernant l'application de la

⁶⁰ Loi n°50-205 du 11 février 1950, JORF du 12 février 1950, p. 1688 ; cf. Infra Première partie, Propos liminaires.

réforme n'aient été rendues par la Cour de cassation. Cette difficulté se double du fait que le contexte qui entoure cette société était très particulier.

En effet, la société Aerolia, spécialisée dans la fabrication des pointes avant d'avions, a été créée le 1^{er} janvier 2009. Il s'agit d'une filiale du groupe EADS NV.

La société Aerolia comporte trois établissements, issus du transfert de certaines activités d'Airbus, autre société du groupe EADS NV.

L'un de ces établissements, situé à Méaulte, a été transféré dans son intégralité à Aerolia. Ses institutions représentatives, à savoir un comité d'entreprise et des délégués du personnel, étaient donc déjà en place au 1^{er} janvier 2009. L'ensemble des contrats du personnel a également été transféré, soit environ 400 salariés.

Une partie des activités de l'établissement de Saint-Nazaire a ensuite été transférée à Aerolia, avec 200 salariés.

Enfin, l'établissement de Toulouse a fait l'objet d'un transfert partiel à Aerolia, englobant environ 200 salariés.

Au 1^{er} janvier 2009, Aerolia disposait de cinq délégués syndicaux centraux, CFDT, CFTC, CFE-CGC, CGT et FO.

A Méaulte, les délégués du personnel ont conservé leurs mandats, les membres du CHSCT également et le comité d'entreprise a été maintenu. A Saint-Nazaire et à Toulouse, les mandats des délégués du personnel, des membres du comité d'entreprise et du CHSCT ont pris fin. Des délégués syndicaux ont toutefois été désignés.

Il a donc notamment fallu procéder au découpage de l'entreprise Aerolia en établissements distincts et aux élections professionnelles pour mettre en place les représentants du personnel manquants et le comité central d'entreprise.

En attendant, pour assurer la continuité du dialogue social, la société a mis en place un dispositif transitoire.

Des réunions périodiques ont eu lieu avec les délégués syndicaux centraux sur les thèmes comme la situation générale de la société, la situation des programmes, les plans de charge, les appels d'offre, les commandes ou encore la gestion prévisionnelle des emplois.

Des mesures ont également été prises pour permettre aux salariés de continuer à bénéficier des œuvres sociales et culturelles offertes par les comités d'entreprise par la signature d'une convention avec les comités d'entreprise d'Airbus France.

Dans les établissements de Toulouse et de Saint-Nazaire, une commission de prévention des risques professionnels (hygiène et sécurité), composée d'un membre par organisation

syndicale, a été constituée. Chaque organisation syndicale étant tenue de désigner en priorité un ancien mandaté du Comité d'Hygiène et de Sécurité d'Airbus France.

Les accords en vigueur au sein d'Airbus France ont été transférés à Aerolia, conformément aux dispositions légales, le 1^{er} janvier 2009.

Cependant, la société nouvellement créée a dû procéder à la mise en place des institutions représentatives du personnel dans un contexte social difficile, nombre de salariés arrivant d'Airbus suite à la mise en œuvre du plan Power 8, fortement médiatisé.

La difficulté de la tâche a été accrue par l'intervention de la loi du 20 août 2008, appréhendée tant par les syndicats que par la Direction, les uns craignant de perdre leur représentativité et les autres s'interrogeant sur les impacts de la réforme sur le dialogue social dans l'entreprise.

Enfin, le contexte de création de la société a ajouté d'autres obstacles au bon déroulement des opérations, compte tenu de l'arrivée d'un grand nombre de nouveaux embauchés, dont il a fallu tenir compte pour l'organisation des élections professionnelles.

Par la suite, en-dehors du contrat CIFRE, nous avons été en charge de l'organisation des élections professionnelles d'une autre société, ayant une configuration similaire à Aerolia, dans le même secteur professionnel mais beaucoup plus ancienne. Les élections se sont toutefois déroulées en 2011 cette fois, après que de nombreuses jurisprudences aient été rendues par la Cour de cassation concernant la loi du 20 août 2008. Cette deuxième expérience pratique nous a permis de compléter la première mais a également suscité d'autres problématiques qui nous permettent d'étayer nos développements.

Ces expériences et nos recherches nous conduisent à constater que si la loi du 20 août 2008 rénove bien la démocratie sociale, elle est loin de résoudre les problématiques de fond liées à la représentativité et en soulève de nouvelles en introduisant notamment la prise en compte des salariés mis à disposition dans les élections professionnelles. Quant aux nouveautés introduites concernant les conditions d'accès à la représentativité, il s'avère qu'au final, elles ne conduisent pas nécessairement à faciliter la mise en œuvre du dialogue social dans les entreprises.

La légitimité, pivot de la réforme de 2008, semble appropriée pour renforcer le rôle des syndicats dans la négociation collective, quoiqu'on puisse s'interroger sur la nécessité d'une telle réforme de la représentativité dans la mesure où le système antérieur à 2008 fonctionnait finalement plutôt bien. Cependant, en admettant la nécessité d'une telle réforme, on peut

considérer que dans le cadre de la négociation collective, le choix d'une légitimité normative assise sur la représentativité est pertinent.

En revanche, concernant la participation des syndicats à l'élaboration de la loi, l'intervention législative de 2008 paraît inadéquate. Dans ce cas, il est en effet impératif de renforcer la légitimité des agents de négociation⁶¹. Tel est bien l'objectif de la loi du 20 août 2008. Néanmoins, la question de la légitimité des syndicats pour participer à l'élaboration de la loi dépasse largement celle de la représentativité puisqu'elle touche à la répartition des compétences et domaines législatifs, laquelle est fixée par la Constitution⁶². En réalité, la légitimité est le « *pilier central de tout réordonnement des rapports de la loi et de la convention collective* »⁶³. Or, la loi du 20 août 2008 ne contient aucune disposition à ce sujet.

La véritable question réside alors dans le fait de savoir quelle marge de manœuvre, quelle liberté est-on prêt à accorder aux partenaires sociaux pour qu'ils édictent des normes dans les domaines normalement réservés au législateur ? Comment dans ce cas articuler la loi et la convention collective ? Cela passe-t-il nécessairement par une révision constitutionnelle ? Ces questions ne sont pas nouvelles mais ne sont pas encore totalement résolues. Elles conduisent à s'intéresser, notamment, à « *[ce qu'il convient] d'appeler l'ordre public social* »⁶⁴ auquel fait d'ailleurs référence l'ANI du 11 janvier 2013 qui prévoit que les accords de maintien dans l'emploi qu'il institue « ne pourront pas déroger aux éléments de l'ordre public social, tels que, notamment, le Smic, la durée légale, les durées maximales quotidiennes et hebdomadaires, le repos quotidien et hebdomadaire, les congés payés légaux, la législation relative au 1^{er} mai »⁶⁵.

La recherche de solutions nous conduit à constater que des problématiques similaires existent au niveau européen. Toutefois, des mécanismes différents y sont mis en œuvre. Sans avoir la prétention de nous livrer à une étude de droit comparé, nous pensons alors qu'il est intéressant de rechercher à ce niveau des outils qui seraient exploitables pour faciliter la mise en œuvre du dialogue social en France, voire résoudre les problématiques liées à la fonction normative des syndicats que ce soit dans l'entreprise ou concernant leur participation à l'élaboration des lois (Deuxième partie).

⁶¹ (G.) BORENFREUND, (M.-A.) SOURIAC, art. préc., p. 81.

⁶² Art. 34 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁶³ (G.) BORENFREUND, (M.-A.) SOURIAC, art. préc., p. 81.

⁶⁴ (G.) BORENFREUND, (M.-A.) SOURIAC, art. préc., p. 73 ; cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 2.

⁶⁵ Art. 18 de l'ANI du 11 janvier 2013, préc.

PREMIERE PARTIE

LA LEGITIMITE DES SYNDICATS PILIER DE LA DEMOCRATIE SOCIALE : UN CHOIX PERTINENT ?

« L'exigence de représentativité est [...] la conséquence de notre conception de liberté syndicale. [...] Parmi tous les syndicats, seuls sont représentatifs ceux qui présentent des garanties suffisantes pour intervenir au nom de tous les salariés. Les conditions dans lesquelles la représentativité peut être reconnue fondent la légitimité du pouvoir syndical⁶⁶ ».

⁶⁶ (M.L.) MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective principe général du droit*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 15.

PROPOS LIMINAIRES

« La représentativité est liée aux caractéristiques du syndicat par rapport à la collectivité de négociation⁶⁷ ».

« Les organisations [syndicales] doivent être capables de représenter l'ensemble des travailleurs et non simplement leurs adhérents [...]. Lorsque [le] caractère [représentatif] leur est attribué, cette représentation d'ensemble devient leur mission impérative⁶⁸ ».

La notion de représentativité revêt nettement plus d'importance en France que dans d'autres Etats membres de l'Union Européenne. Elle conditionne en effet la plupart des prérogatives syndicales, notamment la capacité du syndicat à négocier ce qui n'est pas le cas aux Pays-Bas par exemple, où les accords collectifs peuvent être signés avec n'importe quelle organisation syndicale, pourvu qu'elle dispose de la personnalité morale et soit habilitée à y procéder.

Comme nous allons le voir, la définition de la représentativité n'est pas aisée et ce, pour plusieurs raisons, qui tiennent à la fois à l'histoire des syndicats et aux intentions législatives ayant présidé à la création du droit syndical.

Avant de tenter de définir la représentativité, il convient toutefois de s'intéresser à la capacité de représentation des syndicats. En effet, ces concepts sont étroitement liés d'une part, parce que c'est l'évolution de la capacité de représentation des syndicats qui est à l'origine du débat sur la représentativité ayant conduit à l'adoption de la loi du 20 août 2008. D'autre part, la capacité de représentation des syndicats est conditionnée par la notion de représentativité. Or, la notion de représentation elle-même est employée à différentes fins, ce qui la rend évolutive et empêche une définition ferme et définitive. Les interactions de ces différents concepts aux contours flous sont à l'origine du débat sur la représentativité (Section 1).

⁶⁷ (M.L.) MORIN, thèse préc., p. 15.

⁶⁸ (A.) ARSEQUEL, Thèse préc., p. III.

Par ailleurs, représentativité et négociation collective doivent être appréhendées concomitamment et ce, pour plusieurs raisons.

Tout d'abord parce que la question de la représentativité est étroitement liée à celle de la négociation collective. En effet, la représentativité ouvre aux syndicats l'accès à différentes prérogatives dont la négociation collective. Or, depuis les années 80, la négociation collective a été largement encouragée sous les différentes impulsions gouvernementales et s'est largement développée dans l'entreprise. On peut dire qu'il s'agit aujourd'hui de la prérogative la plus importante des syndicats en entreprise et celle qui suscite le plus de questions juridiques et pratiques.

D'un autre côté, la négociation collective a été utilisée à des fins différentes : on note le recours croissant à la concertation avec les partenaires sociaux pour l'élaboration des lois par exemple. Concomitamment, c'est donc la fonction même de la négociation collective qui a beaucoup évolué. Et ses enjeux. Ce qui explique que les enjeux de la représentativité soient devenus de plus en plus importants : les modifications apportées à la représentativité auront nécessairement des impacts sur la négociation collective. Ces deux thématiques doivent donc être appréhendées simultanément si l'on veut réformer correctement la représentativité (Section 2).

Section 1 - La représentation, un concept flou

La représentation est une composante essentielle de la capacité de représentation. Si l'on veut aboutir à une définition claire de cette capacité dévolue aux syndicats, il est donc nécessaire d'identifier précisément cette composante qu'est la représentation.

Le concept juridique de représentation n'a pu voir le jour qu'à partir du moment où la liberté syndicale a été reconnue. La définition de la liberté syndicale a toutefois connu de nombreuses évolutions de 1884 à nos jours. Elle a annoncé la naissance du droit syndical et indirectement, de la représentation syndicale. L'étude de ces évolutions historiques est nécessaire pour saisir la teneur et l'ampleur du sujet qui nous intéresse.

L'analyse de ces évolutions nous révèle tout d'abord, que la loi du 20 août 2008, à l'instar des textes précédents, opère une confusion entre le principe de la liberté syndicale et celui de la représentation syndicale (§1).

Par ailleurs, la représentativité conditionne la capacité de représentation des syndicats. Une fois la liberté syndicale reconnue, la capacité de représentation des syndicats a connu quelques évolutions qu'il convient d'examiner parce qu'elles expliquent les orientations retenues en matière de représentativité. Mais surtout, la fonction de la représentation elle-même a changé, rapprochant les questions de représentativité et de négociation collective (§2).

§1. La confusion entre le principe de liberté syndicale et celui de représentation syndicale

« Le Droit syndical français [...] a le mérite, en attribuant des pouvoirs dans l'intérêt général à certains syndicats, de maintenir les principes de la liberté syndicale en les faisant simplement fléchir lorsque cela s'avère nécessaire pour organiser la représentation des intérêts professionnels⁶⁹ ».

Avant tout développement sur la capacité de représentation des syndicats, il convient d'apporter quelques éclaircissements sur la notion de représentation qui en est une composante essentielle. A ce propos, on constate tout d'abord que la notion de représentation syndicale est souvent confondue avec le principe de la liberté syndicale dont le champ d'application a évolué avec le temps (I). La loi du 20 août 2008 ne résout pas ce problème (II).

I. Le champ d'application de la liberté syndicale

Le principe de la liberté syndicale est relativement ancien. Il constitue un principe majeur du droit français, plus spécialement du droit syndical (A). Par ailleurs, des corollaires importants ont progressivement été adjoints à ce principe, contribuant à étendre son champ d'application (B).

⁶⁹ (A.) ARSEGUÉL, thèse préc., p. XII.

A. Un principe majeur du droit français

Sous l'Ancien régime, existaient les corporations⁷⁰, traditionnellement considérées comme les ancêtres des syndicats.

Pour prévenir toute reformation des corporations, la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791 a été votée, interdisant les regroupements d'ouvriers ou de compagnons.

Le Code pénal de 1810 réprimait toute coalition et toute association non autorisée de plus de 20 personnes.

Malgré les interdictions, durant cette période post-révolutionnaire, les compagnonnages se sont maintenus clandestinement. Les sociétés de secours mutuel, à l'origine des chambres syndicales qui, en cas de grève, assurent en partie les revenus des salariés, ont vu le jour.

En 1864, le délit de coalition est remplacé par le délit d'entrave à la liberté du travail, qui donnera naissance, plus tard, au droit de grève.

Avec la consécration de la liberté syndicale, le 21 mars 1884, par la loi Waldeck-Rousseau⁷¹, les syndicats ont ensuite trouvé le soutien nécessaire à leur reconnaissance en tant qu'institution. A compter de cette date, ils ont pu se constituer librement. Cette loi a marqué la reconnaissance du principe de la liberté syndicale. Plus encore, la loi de 1884 a introduit le principe de spécialité : à compter de cette date, la liberté de groupement a été subordonnée à la défense de l'intérêt professionnel (de la profession, du secteur). Ce faisant, la loi Waldeck-Rousseau posait les bases des conventions collectives actuelles, bien qu'à l'époque la notion d'« intérêt professionnel » resta encore à définir⁷².

Toutefois, pendant longtemps, le rôle des syndicats est resté strictement encadré : s'ils bénéficient du droit de se constituer librement, ils ne sauraient jouer le rôle d'une organisation officielle de l'Etat ; il s'agit alors d'organisations de droit privé qui se limitent à la représentation des intérêts de leurs seuls adhérents.

La donne change cependant en 1913, lorsque la Cour de cassation elle-même reconnaît que les syndicats ont pour objet la défense des intérêts de la profession qu'ils représentent⁷³.

⁷⁰ Par métier en général : ex : les charpentiers etc.

⁷¹ JORF du 22 mars 1884, p. 1577.

⁷² (M.L.) MORIN, Thèse préc., p. 188.

⁷³ Cass. 5 avril 1913, in Dalloz, 1914, III. 1, p. 71 : «*défenseur attiré des intérêts économiques de la profession, le syndicat professionnel agit en vertu d'un droit propre et distinct, non en vertu d'une délégation, d'un mandat des membres qui le composent [...] le droit syndical n'est pas le faisceau des droits individuels* ».

Le syndicalisme d'entreprise quant à lui ne connaît ses premiers balbutiements qu'après la Seconde Guerre mondiale. A cette époque, le principe de la liberté syndicale a été promu au rang constitutionnel, en étant inscrit dans le Préambule de la Constitution de 1946⁷⁴ auquel renvoie la Constitution de 1958.

Enfin, dans les années 80, la liberté syndicale a été qualifiée de liberté fondamentale, peu après que la France ait ratifié la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales⁷⁵.

Le principe de la liberté syndicale constitue donc un principe majeur du droit français dont le champ a ensuite été étendu par l'adjonction d'un certain nombre de corollaires qu'il convient de rappeler brièvement car cela explique en partie la confusion opérée entre les notions de liberté syndicale et de représentation syndicale.

B. Un champ d'application étendu

La liberté syndicale comporte deux volets : celui de la liberté de l'individu et celui de la liberté de l'organisation syndicale elle-même⁷⁶.

Une des conditions de la liberté de l'organisation syndicale est son indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics, politiques, et de l'employeur. Aujourd'hui encore, après la réforme du 20 août 2008, l'indépendance du syndicat reste un critère nécessaire, conditionnant l'existence même du groupement⁷⁷.

En outre, la reconnaissance de la liberté syndicale s'est accompagnée de la reconnaissance de droits individuels : à compter de 1884, tout salarié peut adhérer librement au syndicat de son choix. Cette mesure permet également de garantir le pluralisme syndical, corollaire de la liberté syndicale.

Les lois du 27 mars 1956⁷⁸ et du 27 avril 1956⁷⁹ ont consacré la liberté de ne pas adhérer ou de démissionner d'un syndicat, condamnant ainsi définitivement les clauses de *union shop* et

⁷⁴ Préambule de la Constitution de 1946, alinéa 6 : « *Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer librement au syndicat de son choix* » ; Cons. Constit, Décret n° 89-257 du 25 juillet 1989.

⁷⁵ Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (CEDH) ratifiée par la France en 1974 ; CEDH, art. 11-1 ; voir aussi Charte des droits sociaux fondamentaux, art. 11.

⁷⁶ (B.) BOUBLI, « Etude limitée à la représentativité et à ses attributs », *SSL* n°1370, 2008, p. 16.

⁷⁷ Cf. *Infra* Sous-titre 2, Chapitre 1.

⁷⁸ (J. E.) RAY, *Droit du travail : droit vivant*, éd. Liaisons, 2008-2009, p. 447.

⁷⁹ Ancien article L. 412-2 du Code du travail.

de *closed shop* utilisées par certains employeurs qui subordonnaient l'embauche du salarié à son adhésion à un syndicat (*union shop*) ou qui n'engageaient que des salariés syndiqués (*closed shop*)⁸⁰.

La reconnaissance de la liberté syndicale s'est également accompagnée d'une protection contre la discrimination syndicale, qui a été intégrée au Code du travail. La discrimination syndicale est interdite non seulement au moment de l'embauche, mais aussi pendant l'exécution du contrat de travail⁸¹.

La prise en compte de ces corollaires montre que le principe de la liberté syndicale recouvre aujourd'hui un champ large. L'étendue de ce champ rend compréhensibles les confusions qui ont pu être opérées entre les notions de représentation et de liberté syndicales.

II. Un problème non résolu

Les confusions opérées entre le principe de liberté syndicale et celui de représentation syndicale s'expliquent notamment par l'interdépendance des concepts (A). La loi du 20 août 2008 ne résout pas ce problème. On peut même considérer qu'elle l'amplifie (B).

A. L'interdépendance des concepts, source de confusion

Comme le souligne le Professeur Verdier, le principe du pluralisme syndical découle « de la conception française (et de celle de l'OIT) de la liberté syndicale, qui a pour corollaire l'égalité de traitement entre les organisations concurrentes. Celle-ci, aisée à réaliser dans le domaine de l'implantation et de l'action revendicative, est beaucoup plus difficile à mettre en œuvre dans celui de la participation à la gestion de certains organismes et à l'édiction de normes par la négociation collective qui ne peut être confiée à des organisations squelettiques ou d'une indépendance douteuse à l'égard des employeurs. D'où la solution transactionnelle du recours à la représentativité [...] »⁸². La représentativité syndicale constitue donc un « filtre » qui vise à limiter les effets du pluralisme syndical, pour faciliter la négociation collective, sans porter atteinte au principe de la liberté syndicale. Ce

⁸⁰ Art. L. 2141-1 à L. 2141-3 du Code du travail.

⁸¹ Art. L. 2141-5 du Code du travail.

⁸² (J.-M.) VERDIER, « Des propositions de grand intérêt », *RDT* novembre 2006, p. 284 ; voir aussi (A.) ARSEGUEL, « Controverse : Réformer sans bouleverser », *RDT* novembre 2006, p. 288.

qui explique les confusions parfois opérées entre les notions, l'équilibrage s'avérant délicat, compte tenu de l'importance historique et sociale de ces principes.

Cette confusion existait déjà dans le système antérieur à 2008. Ainsi, l'article L. 133-2 du Code du travail⁸³ posait l'indépendance comme critère de la représentativité.

La notion de représentativité dans le système antérieur est censée constituer un filtre destiné à faciliter la négociation collective sans porter atteinte au principe de la liberté syndicale. Cependant, la notion de représentativité est conditionnée par le principe de liberté syndicale et ce, par le jeu du critère de l'indépendance.

Le principe de liberté syndicale sous-tend le critère de l'indépendance dans la mesure où le syndicat, pour pouvoir exister et revendiquer la qualité de syndicat, doit prouver son indépendance vis-à-vis de l'Etat, de l'employeur et des partis politiques, ce qui garantit la liberté de ses actions et leur efficacité.

L'indépendance est un pré requis nécessaire au bon accomplissement des missions du syndicat. En effet, il est difficile d'imaginer un syndicat entièrement financé par un groupe politique ou un employeur. Dans cette hypothèse, le rôle de défenseur des intérêts collectifs des salariés du syndicat pourrait se trouver affecté par sa dépendance financière, le syndicat pouvant alors faire l'objet de pressions politiques ou patronales.

Cependant, on peut s'interroger sur la pertinence du critère de l'indépendance comme condition d'accès à la représentativité. Paradoxalement, pour permettre le libre exercice de leurs prérogatives de défenseurs des intérêts collectifs des salariés, on exige que les syndicats prouvent leur liberté. Il est difficile de concevoir qu'une liberté puisse conditionner l'accès à des prérogatives auxquelles les syndicats ont naturellement vocation à prétendre.

La loi du 20 août 2008 n'apporte pas de réels changements sur ce point. Elle maintient le critère de l'indépendance et le renforce par l'introduction du nouveau critère de la transparence financière, sur lequel nous reviendrons dans nos développements ultérieurs⁸⁴.

B. Une confusion amplifiée

Pierre Boubli relève que la loi du 20 août 2008 présente la liberté syndicale sous l'angle de la représentativité syndicale⁸⁵.

⁸³ Art. L. 2121-1 du Nouveau Code du travail.

⁸⁴ Cf. *Infra* Sous-titre 2, Chapitre 1.

En effet, le législateur, dans le nouvel article L. 2121-1 du Code du travail, a retenu cinq critères (sur sept) de nature à identifier les syndicats respectant le principe de la liberté syndicale. Il s'agit des critères de « respect des valeurs républicaines », d'« indépendance », des « effectifs et cotisations », de « transparence financière » et « l'ancienneté minimale de deux ans dans le champ géographique et professionnel couvrant le champ de négociation ».

Comme nous le verrons au cours de nos développements, le critère de l'indépendance reste, comme par le passé, un critère dominant. Il demeure le critère nécessaire à la constitution et à l'existence même du syndicat⁸⁵.

L'exigence d'indépendance des syndicats est même renforcée car la loi du 20 août 2008 introduit le critère de la transparence financière. Ce critère constitue un corollaire de l'indépendance car il permet de vérifier l'origine des sources de financement des syndicats. Il devrait donc devenir simple de vérifier si ces financements sont d'origine étatique ou patronale. Si l'essentiel des revenus d'une organisation professionnelle provenait d'une de ces sources, son indépendance pourrait être remise en question et par conséquent, sa représentativité aussi.

Après l'intervention du législateur en 2008, le concept de représentativité reste donc étroitement lié à celui de liberté syndicale, en raison notamment du maintien de cinq critères sur sept qui tendent à identifier les syndicats qui respectent la liberté syndicale. Le risque de confusion entre les concepts de liberté syndicale et de représentativité n'est donc toujours pas écarté.

En outre, dans le nouveau système de représentativité mis en place, cette confusion prend davantage d'importance, en raison du caractère cumulatif des sept critères.

En effet, outre l'exigence d'indépendance et de transparence financière, le syndicat doit désormais remplir les sept conditions pour être reconnu représentatif.

Le critère des effectifs et cotisations a été maintenu. Au final, sur les sept critères, trois sont relatifs à la liberté syndicale contre deux auparavant. On peut donc considérer qu'au lieu d'être résolu, le problème de confusion des notions a été amplifié.

⁸⁵ (B.) BOUBLI, « Etude limitée à la représentativité et à ses attributs », *SSL* n°1370, 2008, p. 16.

⁸⁶ Cf. *Infra* Sous-titre 2, Chapitre 1.

§2. L'évolution des fonctions de la représentation

La représentation n'est pas une notion simple à définir, ce qui a trait en grande partie à son histoire, mais aussi à l'angle sous lequel on regarde le verbe « représenter » lui-même : s'agit-il simplement d'être le porte-parole de quelqu'un ou le concept confère-t-il aux syndicats la qualité pour engager juridiquement d'autres personnes ? Les fonctions de la représentation ont changé.

Les évolutions historiques et législatives successives ont modelé la capacité de représentation de ses origines à nos jours, la faisant passer d'une simple fonction de communication, à l'époque où les syndicats n'avaient qu'un rôle de porte-parole des travailleurs (I), à une véritable capacité d'engagement.

Entre-temps est apparue la notion de représentativité et les syndicats se sont vus reconnaître le rôle de défenseurs des intérêts collectifs de la profession qu'ils représentent (II). Ces événements ont contribué à la transformation du rôle des syndicats jusqu'au rôle normatif qu'on leur connaît aujourd'hui...et à l'augmentation des débats autour de la représentativité qui ont conduit à l'adoption de la loi du 20 août 2008.

I. De la représentation, fonction de communication...

Au départ, les syndicats représentent le groupe de travailleurs auquel ils s'identifient, c'est-à-dire qu'ils lui servent de porte-parole.

La présentation de revendications constitue en effet la fonction initiale et naturelle des syndicats, comme en témoigne l'Histoire. Ainsi, le rôle premier des syndicats a consisté à initier des mouvements sociaux visant à obtenir des améliorations des conditions de travail (les 39 heures par exemple).

A ce stade, la représentation se limite à une fonction de communication des revendications. Notons toutefois que les syndicats, à la différence des autres institutions représentatives ont la faculté de « revendiquer », c'est-à-dire d'agir pour obtenir des avantages sociaux et de militer. A l'heure actuelle, les délégués syndicaux sont d'ailleurs toujours les seuls à être habilités à présenter des revendications. Les autres représentants ne disposent pas d'une telle prérogative : les délégués du personnel par exemple, ne peuvent que présenter des réclamations.

Toutefois, suite à la loi Waldeck-Rousseau de 1884, les syndicats commencent à signer des conventions plus larges et plus structurées. Assez rapidement, la jurisprudence reconnaît la capacité des syndicats à signer des conventions⁸⁷. Cependant, se pose alors le problème de l'étendue de l'effet obligatoire de ces conventions⁸⁸.

Résoudre ce problème implique de déterminer l'étendue du rôle des organisations syndicales et leur légitimité à conclure de telles conventions. Déjà à la fin du XIXème siècle, se pose donc la question de la légitimité des syndicats dont traite la loi du 20 août 2008.

II...au syndicat, défenseur des intérêts collectifs de la profession

Par la loi du 12 mars 1920⁸⁹, le législateur a admis que les syndicats représentent l'intérêt collectif de la profession. Ce texte constitue une évolution notable de la définition du rôle du syndicat vers celle que nous connaissons aujourd'hui.

En effet, cette intervention législative a élargi le champ de représentation des syndicats. Pour la première fois, une loi a clairement orienté l'action des syndicats vers la défense des intérêts collectifs de la profession qu'ils représentent et non plus seulement la défense des intérêts de leurs adhérents. La capacité de représentation des syndicats commence alors à être envisagée à une échelle plus importante. Plus précisément, l'action des syndicats commence à être envisagée comme une action de nature à créer des effets erga omnes, précédant l'évolution suivante de la capacité de représentation en capacité d'engagement.

De plus, cette loi a renforcé l'efficacité des actions syndicales en offrant aux syndicats la possibilité d'agir en justice, devant toutes les juridictions, dans l'intérêt collectif de la profession.

Plus tard, en 1990⁹⁰, le rôle de défenseur des syndicats a encore été étendu par la création de l'action de substitution permettant à un syndicat d'agir en justice à la place d'un salarié, sous réserve que celui-ci ne se soit pas opposé à cette action⁹¹.

⁸⁷ Trib. Comm. Charolles, 18 février 1890, *Rev. Des Sociétés* 1890, p. 318 ; Dijon, 21 juillet 1890, D. 1893, I, 241.

⁸⁸ (M.L.) MORIN, Thèse préc., p. 190.

⁸⁹ Loi du 12 mars 1920 sur l'extension de la capacité civile des syndicats professionnels : JORF du 14 mars 1920, p. 4179.

⁹⁰ Loi n° 90-613 du 12 juillet 1990 : JO du 14 juillet 1990, p. 8322.

⁹¹ Art. L. 1247-1 du Code du travail.

La loi du 12 mars 1920 a donc érigé les syndicats en véritables défenseurs de l'intérêt collectif des salariés qu'ils représentent, en fonction de leur appartenance professionnelle, et a accompagné cette reconnaissance de l'attribution de droits d'action en justice, conférant aux syndicats des possibilités d'action juridique pour assurer l'exercice des droits qu'ils doivent défendre ce qui leur a également conféré une force plus importante dans l'entreprise.

Concomitamment, le concept de représentativité s'est développé. En effet, plus les prérogatives des syndicats sont devenues importantes, plus la preuve de leur légitimité à représenter les salariés a été exigée. Progressivement, spécialement avec le développement de la négociation collective et du rôle normatif des syndicats⁹², la représentativité est devenue « *la condition sine qua non de l'exercice plénier du droit syndical*⁹³ ».

Section 2 - La négociation collective, question indissociable de celle de la représentativité

Les syndicats sont de plus en plus appelés à participer au processus normatif. Cette évolution les conduit à engager la collectivité des salariés sur des questions de plus en plus cruciales. D'où l'engagement d'une réflexion sur la légitimité des syndicats et leur représentativité que l'on retrouve dernièrement dans la loi du 20 août 2008 (§1).

A notre avis, la question de fond qui a suscité la réforme de 2008 dépasse la seule question de la représentativité des syndicats⁹⁴. Toutefois, en admettant qu'on limite le débat à la nécessité de réformer la représentativité, nous pensons que la réforme de 2008 ne peut qu'aboutir à un résultat imparfait car elle appréhende le problème de façon discutable, voire trop partielle selon l'angle sous lequel on se place. Au lieu de n'appréhender que la question de la légitimité des syndicats, c'est en réalité la question de leur capacité de représentation qu'il faut étudier et envisager sous un angle collectif (§2).

⁹² Cf. *Infra* B.

⁹³ (M.L.) MORIN, *Le droit des salariés à la négociation collective principe général du droit*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 354 ; (Y.) CHALARON, *Réflexions sur l'exercice du droit syndical dans l'entreprise* in Mélanges Jauffret, 1974, p. 184.

⁹⁴ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 2.

§1. L'origine des débats sur la représentativité

La représentativité conditionne l'accès des syndicats à la négociation collective. Or, la fonction même de la négociation collective a évolué (I). Et avec l'évolution de la fonction de la négociation collective, le rôle des syndicats change également : ces derniers occupent une place de plus en plus importante dans le processus normatif (II).

I. L'évolution de la fonction de la négociation collective

La finalité des conventions collectives a été largement débattue et ce, dès les années 1900. A cette époque en effet, les syndicats conçoivent ces conventions comme un moyen de définir la charte de la profession pour assurer la sécurité et la stabilité des salariés tandis que les employeurs voient plutôt dans ces textes un outil de rationalisation économique⁹⁵. A ce propos, on observe que la fonction de la négociation collective, avec notamment l'introduction des modes alternatifs de négociation, semble plutôt s'orienter dans cette deuxième direction.

L'évolution de la fonction de la négociation collective résulte principalement de la modification des relations entre la loi et la négociation collective⁹⁶.

La place et l'étendue de la fonction collective varient selon les Etats⁹⁷. Dans certains systèmes juridiques, comme ceux des pays anglo-saxons, la négociation collective est un instrument essentiel, voire unique, de régulation des relations professionnelles. Dans d'autres pays, l'autonomie collective est reconnue constitutionnellement, au moins dans certains domaines. Dans d'autres Etats enfin, la loi et la négociation collective sont deux modes complémentaires de régulation des relations professionnelles. La France suit ce dernier « modèle », l'ordre public social jouant un rôle primordial pour la détermination des domaines négociables et non négociables⁹⁸. Cependant, avec l'introduction des accords dérogatoires⁹⁹ et le recours

⁹⁵ (M.L.) MORIN, thèse préc., p. 203.

⁹⁶ (M.L.) MORIN, thèse préc. p. 13.

⁹⁷ (M.L.) MORIN, thèse préc. p. 9.

⁹⁸ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 2.

⁹⁹ Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits, JORF du 14 novembre 1982, p. 3414.

croissant à la technique dite de la « loi négociée¹⁰⁰ », cette affirmation est de moins en moins vraie.

Le développement de ces instruments et techniques traduit un profond changement de la fonction de la négociation collective : initialement destinée à définir des avantages au profit des salariés, la négociation collective devient aussi « un outil d'adaptation des conditions d'emploi » dont les effets dépassent parfois largement le cadre de l'entreprise.

II. Le développement du rôle normatif des syndicats

Progressivement, les syndicats ont été amenés à participer au processus de production des normes. La capacité de représentation englobe alors une véritable capacité d'engagement. C'est essentiellement à partir de ce moment qu'a commencé à naître le débat sur la représentativité qui a conduit à l'adoption de la loi du 20 août 2008.

Le rôle normatif des syndicats a commencé à se développer avec la mise en place de la négociation collective dans les branches professionnelles, puis dans les entreprises par la loi du 24 juin 1936¹⁰¹ qui reconnaît le pouvoir de négocier les accords de branche aux syndicats d'employés et d'employeurs les plus représentatifs et surtout, introduit « dans notre droit conventionnel la catégorie des conventions collectives susceptibles d'extension¹⁰² ».

La loi du 11 février 1950¹⁰³ confère ensuite aux conventions ordinaires la capacité à produire un effet erga omnes.

A partir de ce moment, représentation syndicale et négociation collective vont être envisagées concomitamment.

Ainsi, la loi du 13 juillet 1971¹⁰⁴ reconnaît aux salariés un droit à la négociation généralisé dont les syndicats sont les exécutants. Elle dispose en effet dans son article 2 que : « *la convention collective de travail est un accord relatif aux conditions de travail et aux garanties sociales qui est conclu entre : d'une part, une ou plusieurs organisations syndicales*

¹⁰⁰ Cf. *Infra* Titre 2, Sous-titre 1, Chapitre 2.

¹⁰¹ Loi du 24 juin 1936 modifiant et complétant le chapitre IV « bis » du titre II du livre 1^{er} du Code du travail : « de la convention collective de travail », *D.* 1936, IV, p. 1369.

¹⁰² (A.) ARSEGUEL, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, Thèse de doctorat, Toulouse, 1976.

¹⁰³ Loi n°50-205 du 11 février 1950 : JORF du 12 février 1950, p. 1688.

¹⁰⁴ Loi n° 71-561 du 13 juillet 1971 : JORF du 14 juillet 1971, p. 6939.

de travailleurs reconnues les plus représentatives au plan national (...), ou qui sont affiliées auxdites organisations ou qui ont fait la preuve de leur représentativité dans le champ d'application professionnel ou territorial de la convention collective ; et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement (...) ».

Avec le développement de la négociation collective, le rôle des syndicats connaît une évolution significative. En effet, l'attribution initiale et principale des syndicats était la revendication, le fait de réclamer des changements dans un sens favorable aux salariés.

Dans le cadre de la négociation collective, le législateur leur a confié le rôle de négociateurs pour les salariés par le biais des accords collectifs.

Ces derniers « *se caractérisent par un dualisme marqué : ils sont à la fois des conventions et des sources de droit* »¹⁰⁵. Ce constat a donné lieu à de nombreux débats sur les avantages de la loi et du contrat comme producteurs de normes en droit du travail sur lesquels nous ne nous étendrons pas ici afin de ne pas trop nous éloigner de notre sujet.

Toujours est-il que cette dualité a des répercussions sur la façon dont on appréhende le rôle des syndicats et leur représentativité.

En effet, les syndicats se voient conférer le monopole de la négociation. En principe, les négociations, quel que soit leur niveau, doivent se faire avec les syndicats par le biais de leurs représentants mandatés à cet effet, à savoir les délégués syndicaux.

Parallèlement, on assiste depuis 2002 à un mouvement en faveur du développement du dialogue social. En 2003, le Ministre des Affaires sociales a affirmé que les partenaires sociaux ne devaient plus être de simples « accompagnateurs » mais de véritables acteurs de la régulation économique et sociale¹⁰⁶. Leur rôle normatif a donc augmenté au fil des années. La place faite à la « loi négociée » s'est accrue¹⁰⁷.

Les syndicats participent donc au processus normatif. Leur rôle initial de porte-parole laisse place à la capacité d'engager les salariés qui se verront appliquer les normes contenues dans l'accord collectif signé par leurs représentants.

¹⁰⁵ (P.) DURAND, « Le dualisme de la convention collective de travail », *RTDC* 1939, p. 353 ; (M.L.) MORIN, « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes : validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord », *Dr. Soc.* janvier 2008, p. 24.

¹⁰⁶ (F.) FILLON, JO 12 décembre 2003, Ass. Nat., Débats, p. 12230.

¹⁰⁷ Cf. *Infra* Sous-titre 2, Chapitre 1.

Cependant, la fonction de la négociation collective a changé. Avec l'apparition des accords dérogatoires, dont le champ a été largement étendu par la loi du 4 mai 2004, les syndicats qui n'étaient auparavant habilités qu'à négocier des normes plus favorables aux salariés peuvent désormais les représenter pour négocier des mesures moins favorables.

De ce fait, la question de la légitimité des syndicats, et de leur aptitude à représenter l'ensemble des salariés, devient cruciale. Comme le souligne Madame Marie-Laure Morin, « *la qualité représentative est une condition légale du pouvoir donné au syndicat de définir par accord les règles qui s'imposeront erga omnes*¹⁰⁸ ».

L'évolution de la négociation collective a donc amené la question qualité représentative des syndicats et celle de leur légitimité, qui résulte de cette qualité représentative, au cœur des débats. Cette évolution explique également en grande partie le dispositif de la réforme de 2008, lequel s'inscrit dans ce processus d'évolution de la négociation collective¹⁰⁹.

§2. La nécessité d'une approche plus globale

L'évolution des fonctions de la représentation et du rôle des syndicats a conduit à s'interroger sur leur légitimité. La loi du 20 août 2008 entend renforcer cette légitimité en modifiant les critères de la représentativité et en fondant cette dernière sur la mesure de l'audience syndicale recueillie lors des élections professionnelles. Au vu des origines du problème, on peut toutefois se demander si cette façon de l'appréhender est satisfaisante et ce, pour plusieurs raisons (Titre 1).

En effet, la question de la légitimité des syndicats dépasse en réalité largement la seule problématique de la représentativité. En retenant cette approche, la réforme de 2008 ne peut donc qu'aboutir à un résultat insuffisant, elle n'apportera que des solutions partielles. La véritable question ne porte pas sur la légitimité des syndicats en France mais bien sur la représentation du personnel, d'une façon générale. Or, de nombreuses questions subsistent encore à ce sujet et, à l'heure du développement du dialogue social, on constate que la représentation est loin d'être assurée dans toutes les entreprises. Comment mener efficacement des négociations collectives lorsque la ou les collectivités de salariés ne sont pas correctement représentées ?

¹⁰⁸ (M.L.) MORIN, « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes : validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord », *Dr. Soc.* janvier 2008, p. 26.

¹⁰⁹ Cf. *Infra* Sous-titre 2, Chapitre 1.

D'autre part, dans le système de représentativité qui existait en France avant 2008, les syndicats étaient présumés représentatifs. Ce qui correspond aux articles du Code du travail qui précisent clairement que le syndicat défend les droits et intérêts des personnes mentionnées dans ses statuts¹¹⁰, sans qu'il ait besoin de justifier d'une quelconque légitimité en la matière. Les syndicats ont donc vocation, légalement, à représenter les salariés sans avoir à justifier de leur légitimité pour ce faire.

En admettant que l'on se base malgré tout sur cette notion de légitimité pour réformer la représentativité, quelques pistes de réflexion peuvent d'ores et déjà être identifiées.

Nous sommes d'avis qu'il faudrait, comme nous y invite le Professeur Supiot, engager une réflexion sur la notion de capacité collective des syndicats¹¹¹. Comme l'explique cet auteur, la notion de capacité collective présente en effet l'intérêt de couvrir trois aspects : d'une part, elle prend en compte le fait que la représentativité ne peut pas être uniforme, toutes les organisations ne bénéficient pas du même degré de représentativité, et donc de légitimité ; d'autre part, la capacité collective englobe l'idée de la reconnaissance d'une capacité juridique au profit des organisations considérées ; enfin, il est vrai que « *raisonner en termes de capacité collective oblige à se poser la question des moyens d'agir des syndicats*¹¹² » car, comme le souligne le Professeur Arseguel, « *c'est par l'action et non par la loi que les syndicats seront réellement représentatifs*¹¹³ ». Or, on constate par exemple que la loi du 20 août 2008 ne pose absolument pas la question des moyens des syndicats, qu'il s'agisse des moyens financiers ou des moyens d'action. Elle se borne à mettre en place un système de contrôle via le critère de la transparence financière¹¹⁴ mais ne propose pas de solutions ou de garanties. La question de la représentativité des organisations patronales n'est pas abordée. Ces lacunes proviennent du fait que la problématique n'est pas abordée correctement.

Par ailleurs, comme le souligne Madame Morin, « *l'organisation de tout système de négociation suppose la définition de quatre éléments qui contribuent à le caractériser : les agents de la négociation collective, la structure de la négociation collective comme processus*

¹¹⁰ Article L. 2131-1 du Code du travail.

¹¹¹ (A.) SUPIOT, « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. Soc.*, mai 2010, p. 531.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ (A.) ARSEGUÉL, « Controverse : Réformer sans bouleverser », *RDT* novembre 2006, p. 288-291.

¹¹⁴ Cf. *Infra* Sous-titre 2, Chapitre 2, Section 1, §2.

*de décision [...], l'objet de la négociation, l'effet de l'accord*¹¹⁵ ». Les acteurs de la négociation collective doivent donc être clairement définis pour qu'un système de négociation collective fonctionne. Plus précisément, leur rôle doit être clairement établi.

En modifiant les critères de la représentativité, la loi du 20 août 2008 a nécessairement des répercussions sur les « agents de la négociation collective », qui ne sont autres que les syndicats, via leurs représentants. Cependant, à aucun moment la question de leur rôle dans la négociation collective n'est abordée par la réforme. On s'expose alors à des problèmes juridiques, concernant par exemple, le devenir des accords conclus par les syndicats représentatifs selon les nouveaux critères¹¹⁶. Ces difficultés auraient pu être prévenues et ces problèmes peuvent encore être résolus si l'on choisit d'engager une réflexion sur la représentativité qui prendra cette fois pleinement en compte le paramètre de la négociation collective et donc le rôle des syndicats dans ce processus (Titre 2).

¹¹⁵ (M.L.) MORIN, thèse préc., p. 113.

¹¹⁶ Cf. *Infra* Chapitre 2.

TITRE 1. UNE REFORME DE LA REPRESENTATIVITE AXEE SUR LA LEGITIMITE

Initialement constitués et reconnus pour défendre les intérêts collectifs des salariés, les syndicats ont progressivement été appelés par le législateur à jouer un autre rôle. La capacité de négociation est ainsi reconnue aux organisations syndicales depuis 1936¹¹⁷.

Parallèlement, la négociation collective a évolué. Alors que jusque là le mécanisme de représentativité établi suffisait à assurer la légitimité des organisations syndicales, la question a ressurgi avec une acuité croissante, spécialement quand la négociation collective a commencé à se généraliser, à partir de 1971¹¹⁸.

Avec le développement de la négociation collective dans l'entreprise, il ne s'agit plus simplement pour les syndicats de défendre les salariés mais bien d'engager la collectivité dans un processus normatif.

Le système en vigueur avant 2008 s'est révélé inadapté à la réalisation de ces nouveaux objectifs car il n'appréhende la représentativité que d'une seule façon et non selon la fonction en cause¹¹⁹. La capacité des syndicats est appréciée de la même façon, quelle que soit la prérogative concernée, alors que toutes les prérogatives n'ont pas les mêmes impacts juridiques dans l'entreprise.

La capacité de représentation des syndicats, leur aptitude à exercer différentes prérogatives, notamment leur participation au dialogue social dans l'entreprise, la légitimité qui leur est reconnue pour exercer ces prérogatives, est conditionnée par leur représentativité. C'est pourquoi en 2008 le législateur a retenu la légitimité comme pivot central de la réforme de la représentativité. Pour reprendre l'expression employée par Jean-François Césaro¹²⁰, dans le système issu de la réforme de 2008, la légitimité constitue donc « *l'assise démocratique de la représentation* » (Sous-titre 1).

¹¹⁷ Loi n° du 24 juin 1936 sur les conventions collectives : JO du 26 juin 1936, p. 6698.

¹¹⁸ Loi n°71-561 du 13 juillet 1971, préc.

¹¹⁹ (F.) FAVENNEC-HERY, « La représentativité syndicale », *Dr. Soc.* juin 2009, p. 631.

¹²⁰ (J.F.) CESARO, « La représentation des syndicats dans l'entreprise », *JCP S* n° 22, 29 mai 2012, p. 46.

La loi du 20 août 2008 porte par ailleurs « rénovation de la démocratie sociale ». Cet intitulé nous amène tout d'abord à nous demander si on peut bien parler d'une rénovation.

La démocratie sociale repose sur deux piliers : le paritarisme d'un côté, qui assure la participation des salariés à « l'Etat social » par le biais de leurs représentants, et de l'autre, la négociation collective, qui traduit la fonction normative des syndicats dans le monde professionnel. Le dialogue social est une composante de la « démocratie sociale » au même titre que la notion de représentation¹²¹.

Le législateur souhaite renforcer la légitimité des syndicats. Pour ce faire, il instaure de nouveaux critères de représentativité, dont l'audience électorale. La loi du 20 août 2008 rénove ainsi la démocratie sociale puisque cette modification va avoir des impacts sur toutes les composantes de la démocratie sociale : paritarisme, négociation collective, dialogue social. La question essentielle qui se pose alors est de savoir si l'objectif de renforcement de la légitimité des syndicats affiché par la loi du 20 août 2008 est bien atteint (Sous-titre 2).

¹²¹ Cf. *Supra*, Introduction.

Sous-titre 1. « L'assise démocratique de la représentation » : la légitimité

De façon générale, un syndicat est un groupement constitué pour la défense d'intérêts professionnels ou catégoriels communs.

En droit du travail, le syndicat professionnel se définit plus précisément comme « un groupement constitué par des personnes exerçant une même profession, ou des professions connexes ou similaires, pour l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels des personnes visées par ses statuts »¹²². Le syndicat jouit de la personnalité civile et dispose de la capacité d'ester en justice.

Ainsi, nombre de groupements pourraient, a priori, être qualifiés de syndicats, ou avoir intérêt à se faire reconnaître cette qualité.

Cependant, le législateur a estimé que l'élargissement des attributions des syndicats ne saurait profiter indistinctement à l'ensemble des organisations.

Le critère de sélection retenu a été celui de la représentativité, dont la preuve peut être rapportée à l'aide de plusieurs autres critères. Mais l'introduction de ces éléments a suscité des interrogations, concernant notamment la façon dont il fallait les interpréter, la portée et la combinaison des différents critères. Les interprétations jurisprudentielles ont apporté des éclaircissements mais ont aussi mis en évidence le caractère polymorphe de la notion de représentativité.

Ce n'est qu'en 1919 qu'est apparue pour la première fois la notion de représentativité, lors de la création de l'Organisation Internationale du Travail (OIT)¹²³.

Le Conseil de l'OIT impose une représentation tripartite des Etats membres composée de deux délégués gouvernementaux, un délégué travailleur et un délégué employeur nommés par l'Etat.

La représentativité syndicale s'apprécie alors quantitativement, en fonction du nombre d'adhérents des syndicats. Les syndicats de travailleurs doivent également justifier de leur

¹²² Définition du *Lexique des termes juridiques*, 17^{ème} édition, Dalloz, 2009.

¹²³ Traité de Versailles, art. 389 repris à l'article 3 § 5 de la Constitution de l'OIT.

indépendance vis-à-vis des employeurs et des autorités publiques. Toutefois, l'OIT n'a pas posé de définition de la représentativité. Cette tâche est donc revenue aux Etats.

Ainsi, à la Libération, le législateur a été poussé à définir les critères de représentativité, précisés ensuite par la jurisprudence, critères qui sont restés en vigueur jusqu'en 2008¹²⁴. La notion de « syndicats les plus représentatifs » a été introduite par le législateur en 1936¹²⁵, sans autre précision. Pour tenter de faciliter l'application de ce texte, l'administration a précisé dans une circulaire du 17 août 1936¹²⁶ les différents éléments nécessaires à la reconnaissance de la qualité représentative, soulignant notamment l'importance du nombre d'adhérents et du versement régulier de cotisations d'un montant suffisant. Cette circulaire insiste en outre sur la nécessité d'apprécier les circonstances de constitution du syndicat, son ancienneté, ainsi que son action syndicale¹²⁷. Ce texte a posé les premiers jalons de l'appréciation de la représentativité sur lesquels se base le système de représentativité antérieur à 2008.

Le système antérieur à 2008 se caractérise notamment par le fait que cinq grands syndicats étaient présumés représentatifs. Pour accéder à la qualité représentative, les autres syndicats devaient soit s'affilier à ces cinq grandes centrales, soit prouver leur représentativité sur la base de critères légaux. On se situe alors dans un système où domine la représentativité présumée (Chapitre 1).

Certains des anciens critères ont été repris par la loi du 20 août 2008, d'autres supprimés ou modifiés. Ces changements entraînent une conséquence majeure : on passe désormais à un système basé sur la représentativité prouvée (Chapitre 2).

¹²⁴ Voir *Infra* Sous-titre 2.

¹²⁵ Loi du 24 juin 1936, préc.

¹²⁶ Circ. Lebas du 17 août 1936 : JO du 3 septembre 1936, p. 9392.

¹²⁷ (C.) FOURCADE, *L'autonomie collective des partenaires sociaux*, Thèse, LGDJ, 2006, p. 187.

Chapitre 1 : Avant 2008 : un système dominé par la représentativité présumée

L'étude des mécanismes juridiques antérieurs de la représentativité est essentielle car les critiques adressées à ce système ont largement contribué à l'adoption de la loi du 20 août 2008.

Dans l'ancien système, les cinq grands syndicats reconnus par l'arrêté de 1966¹²⁸ bénéficiaient d'une présomption irréfragable de représentativité (Section 1). Les autres syndicats pouvaient soit s'affilier à ces syndicats et ainsi bénéficier d'une représentativité d'emprunt, soit prouver leur représentativité suivant les critères figurant dans le Code du travail.

Le législateur peut, sans méconnaître le principe de la liberté syndicale, subordonner l'exercice de prérogatives syndicales à une condition de représentativité¹²⁹. La représentativité ne découle donc pas directement de la reconnaissance de la liberté syndicale, elle constitue un critère de filtrage légal, pour l'exercice de certaines prérogatives découlant de cette liberté. Dans l'ancien système, elle ne figure d'ailleurs pas dans le chapitre IV du Code du travail consacré aux syndicats, mais dans le livre Ier, au titre III, consacré à la négociation collective, l'article L. 133-2¹³⁰ précisant les conditions de représentativité des syndicats. Ce classement entraîne des conséquences sur l'appréciation de la représentativité qui peut notamment varier selon la prérogative ou le niveau de négociation considérés (Section 2). Ce caractère variable de la représentativité a des incidences sur l'application de la loi du 20 août 2008.

Section 1 - La représentativité présumée

Les critères de représentativité ont été fixés dès la Libération. Il a toutefois fallu attendre 1966 pour que la présomption irréfragable de représentativité instituée au profit des cinq

¹²⁸ Arrêté du 31 mars 1966 relatif à la détermination des organisations appelées à la discussion et la négociation des conventions collectives de travail : JO 2 avril 1966, p. 2675.

¹²⁹ Cons. Constit., 14 décembre 2006, DC n°2006-544 ; Cass. Soc., 16 septembre 2008, n°07-13.440, *Bull. Civ. V*, n° 162.

¹³⁰ Art. L. 2121-1 du Nouveau Code du travail.

grandes centrales syndicales soit définitivement consacrée (§1). Entre-temps, pour adapter la représentativité aux évolutions syndicales, a été créée la représentativité d'affiliation (§2).

§1. La naissance de la représentativité d'affiliation

Le premier des cinq grands syndicats à voir le jour a été la CGT (Confédération Générale du Travail), en 1895. Ce syndicat a alors pour objectif de rassembler les syndicats ouvriers, quelle que soit leur opinion politique, philosophique ou religieuse. Toutefois, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, sous l'influence du communisme, une scission a eu lieu, donnant naissance à la CGT-Force Ouvrière (CGT-FO).

Suite à cette scission a été créée la « représentativité d'affiliation ». En effet, la CGT-FO, bien qu'issue d'un groupement bénéficiant de la présomption irréfragable de représentativité, était une organisation syndicale nouvellement créée ne justifiant d'aucune expérience et d'aucune ancienneté.

Le Ministre du Travail déclara alors dans une circulaire en date du 20 janvier 1948 que les organisations affiliées à la nouvelle Confédération CGT-FO « n'étant que la reconstitution d'une organisation ancienne justifiant d'un long passé syndical ¹³¹ » empruntaient cette expérience et cette ancienneté. Cette circulaire ajoutait que « dans le cas où le caractère représentatif d'une organisation ne pourrait être suffisamment établi sur le plan de l'entreprise, il pourrait être tenu compte, comme d'un élément supplémentaire, de l'appartenance de cette organisation à l'une des grandes centrales syndicales ¹³² », sans toutefois préciser qui étaient les grandes centrales syndicales visées.

Cependant, face aux difficultés rencontrées, le dispositif a été abrogé par une décision du 8 avril 1948 ¹³³ qui a établi que dans toutes les branches d'activité les syndicats affiliés à certaines confédérations seraient représentatifs pour négocier, consacrant la représentation d'affiliation. Cette décision a alors énuméré limitativement les confédérations visées, à savoir, la CGT, la CGT-FO, la CFTC et pour les cadres, la CGC.

¹³¹ Circ. du 20 janvier 1948 ; (C.) FOURCADE, *L'autonomie collective des partenaires sociaux*, Thèse, LGDJ, 2006, p. 190.

¹³² (A.) ARSEGUEL, thèse préc., p. 153.

¹³³ Décision du 8 avril 1948 relative à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collectives de travail, *Dr. Soc.*, 1948, p. 156.

La CFTC (Confédération Française des travailleurs Chrétiens), a été constituée en 1919. En 1964, une majorité de ses membres, n'adhérant pas au caractère catholique de la Confédération, lui a préféré la notion de démocratie et a fondé la CFDT (Confédération Française Démocratique du Travail).

Créée en 1944, la CGC (Confédération Générale des Cadres) réunit quant à elle un syndicalisme de cadres. En 1981 elle a décidé d'élargir son audience et pris le nom de Confédération Française de l'Encadrement CGC (CFE-CGC), d'inspiration réformiste, comportant plus de 60% de cadres ou d'ingénieurs et environ 35% d'agents de maîtrise ou de techniciens.

§2. La consécration de la présomption irréfragable de représentativité

La décision du 8 avril 1948¹³⁴ a donné naissance à la présomption irréfragable de représentativité. L'arrêté du 31 mars 1966¹³⁵ a ensuite simplement pris acte de la scission de la CFTC en CFTC et CFDT. Cette dernière date reste cependant, historiquement, la date de consécration de la présomption irréfragable de représentativité des cinq grandes centrales syndicales telles qu'on les connaît jusqu'en 2008.

La présomption irréfragable de représentativité au profit des cinq centrales syndicales dominantes, surnommé le « club des cinq » est alors établie. Par ricochet, cette présomption profite aussi aux organisations qui sont affiliées à ces centrales syndicales.

Toutefois, la jurisprudence a toujours considéré que la liste fixée par l'arrêté de 1966 était limitative, excluant le bénéfice de la présomption à d'autres syndicats. Ainsi, la Cour de cassation a décidé que l'UNSA devait prouver sa représentativité en démontrant qu'elle réunissait les critères légaux dans le périmètre considéré. Le seul fait que le Ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement lui ait reconnu la représentativité sur le plan

¹³⁴ Décision du 8 avril 1948, préc.

¹³⁵ Arrêté du 31 mars 1966, préc.

national dans le cadre de la convention collective nationale de branche "sociétés d'assurance" ne suffisait pas à établir la représentativité de ce syndicat¹³⁶.

Section 2 - L'appréciation variable de la représentativité prouvée

Pour pallier à l'absence de syndicats à représentativité présumée dans certaines entreprises qui comptaient malgré tout la présence de syndicats influents, la notion de représentativité d'emprunt - ou représentativité prouvée - a été introduite. La loi du 27 décembre 1968¹³⁷ pose en effet comme principe que tout syndicat affilié à une organisation représentative sur le plan national est considéré comme représentatif dans les entreprises. Les syndicats qui s'affiliaient aux grandes centrales bénéficiaient automatiquement de la présomption de représentativité, quelle que soit leur situation réelle dans l'entreprise¹³⁸. Leur représentativité ne valait toutefois que dans les limites de la représentativité du syndicat auquel ils s'affiliaient. Ainsi, un syndicat affilié à la CGC, syndicat catégoriel, n'était représentatif dans l'entreprise que pour la catégorie de salariés concernée.

Actuellement, dans leur grande majorité, les syndicats sont affiliés à une des cinq grandes confédérations. Ils disposent ainsi d'un soutien administratif et financier important, à la différence des syndicats autonomes qui pour la plupart, perdent peu à peu du terrain faute d'appui suffisant pour assurer leur communication avec les salariés. Il a été décidé que les syndicats affiliés à une des cinq confédérations pourraient bénéficier de la représentativité d'affiliation¹³⁹. Ou bien qu'ils pourraient prouver leur représentativité selon des modalités, qui diffèrent selon la prérogative considérée (§1) et selon le niveau de négociation envisagé (§2).

§1. Une appréciation fonctionnelle du cadre de la représentativité

Les critères de représentativité doivent être appréciés différemment selon que l'on se situe au niveau de l'entreprise, de l'établissement ou du groupe. Cette règle est judicieuse car il serait illogique de reconnaître au syndicat représentatif dans l'établissement une

¹³⁶ Cass. Soc., 8 novembre 2006, n° 06-60.002, *Bull. Civ. V*, n° 335, p. 325.

¹³⁷ Loi n° 68-1179 du 27 déc. 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises, JO du 31 déc. 1968, p. 12403.

¹³⁸ Cass. Soc. 16 mars 1978, n° 77-60.690, *Bull. Civ. V*, p. 158 ; Cass. Soc. 17 mars 1998, n° 96-60.396, Bulletin 1998 V N° 157 p. 116 ; Cass. Soc., 31 mars 1999, n° 98-60.195, inédit.

¹³⁹ Cf. *Supra* §1.

représentativité au niveau du groupe tout entier¹⁴⁰. Suivant cette logique, la jurisprudence est allée plus loin en décidant que le syndicat représentatif dans une entreprise ne l'était pas nécessairement dans une autre entreprise du même groupe¹⁴¹.

Il faut donc déterminer le cadre d'appréciation de la représentativité en fonction du cadre dans lequel la prérogative considérée va être exercée. Ainsi, s'il s'agit de désigner un délégué syndical la représentativité doit logiquement être examinée dans le cadre au sein duquel il va être appelé à exercer ses fonctions c'est-à-dire au niveau de l'entreprise¹⁴² ou de l'établissement selon la structure de l'entreprise. En revanche, s'il s'agit de désigner un délégué syndical central, la représentativité sera systématiquement appréciée au niveau de l'entreprise puisque c'est à ce niveau que le délégué syndical central va exercer ses fonctions. L'appréciation du cadre de la représentativité revêt donc un caractère fonctionnel.

La loi du 20 août 2008 suit cette logique puisqu'elle précise que pour pouvoir désigner un délégué syndical l'organisation syndicale doit être représentative au niveau de l'entreprise ou de l'établissement¹⁴³. La réforme de 2008 permet en outre aux syndicats qui ont « recueilli 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au CE [...] en additionnant les suffrages de l'ensemble des établissements [de cette entreprise]¹⁴⁴ » de désigner un délégué central.

A ce propos on note que la mise en œuvre de la loi du 20 août 2008 risque de conduire à des paradoxes : par le jeu des nouvelles dispositions, un syndicat peut être représentatif au niveau de l'entreprise mais pas nécessairement au niveau des établissements qui la composent. En effet, le calcul de l'audience au niveau de l'entreprise s'effectue par addition des suffrages obtenus par le syndicat dans chaque établissement¹⁴⁵. Une organisation syndicale peut donc avoir atteint le seuil d'audience requis pour être représentative dans l'entreprise mais pas dans l'établissement. Elle pourra donc négocier au niveau de l'entreprise, voire du groupe mais pas de l'établissement, ce qui est plutôt surprenant. Ce phénomène résulte à la fois de l'application des nouveaux critères posés par la loi du 20 août 2008 et du caractère fonctionnel du cadre de la représentativité.

¹⁴⁰ Voir notamment Cass. Soc. 21 novembre 1990, n°89-61.281, *RJS* 1991, n°49 ; Cass. Soc. 31 mars 1999, n°98-60.205, *Bull. Civ. V*, n°148.

¹⁴¹ Cass. Soc. 21 juillet 1986, n° 86-60.044, *Bull. Civ. V*, n°457.

¹⁴² Cass. Soc. 26 novembre 1986, n° 85-60.668, *Bull. Civ. V*, n° 559.

¹⁴³ Art. L. 2143-3 du Code du travail.

¹⁴⁴ Art. L. 2143-5, al. 2 du Code du travail.

¹⁴⁵ Cf. *Infra* Sous-titre 2, Chapitre 2.

§2. Une appréciation variable selon le niveau de négociation

En matière de négociation collective, la représentativité s'apprécie différemment, selon le texte à conclure.

Ainsi, s'il s'agit de conclure une convention de branche, la représentativité s'apprécie au niveau professionnel. Pour un accord de groupe elle sera vérifiée au niveau du groupe. Pour un accord d'établissement, au niveau de l'établissement. Et ainsi de suite.

Autrement dit, la représentativité syndicale s'apprécie, pour l'application d'un texte déterminé, dans le cadre où ce texte est appelé à s'appliquer.

Plus précisément, la représentativité s'apprécie dans le cadre où le texte est appelé à s'appliquer, au moment où se produit l'événement pour lequel on contrôle son existence. Une organisation syndicale peut donc perdre sa représentativité selon la date à laquelle elle est appréciée.

Ainsi, dans le cadre de la négociation collective, la représentativité d'un syndicat s'apprécie à la date où la négociation intervient.

De la même façon, la jurisprudence a estimé que pour les élections au comité d'entreprise ou la désignation d'un délégué syndical, la représentativité s'apprécie à la date du dépôt des candidatures¹⁴⁶ ou à la date de la désignation¹⁴⁷.

La représentativité était donc déjà une notion variable avant 2008. En intégrant le critère de l'audience électorale, la loi du 20 août 2008 ajoute un élément de variation supplémentaire¹⁴⁸ : désormais, la représentativité sera remise en jeu tous les quatre ans, à l'occasion des élections professionnelles. En même temps, la réforme de 2008 supprime, à terme, la présomption de représentativité, marquant le passage d'un système où dominait la représentativité présumée à un système basé sur la représentativité prouvée.

¹⁴⁶ Cass. Soc., 1^{er} fév. 1983, *Bull. Civ.* V, n°66.

¹⁴⁷ Cass. Soc., 3 mars 1993, n° 92-60028, non publié au bulletin.

¹⁴⁸ Cf. *Infra* Sous-titre 2.

Chapitre 2 : Le passage à un système basé sur la représentativité prouvée

Deux questions majeures ont été au cœur de tous les débats, avant même que ne soit arrêtée la position commune du 9 avril 2008 : celle de la présomption irréfragable des cinq grands syndicats et de ceux qui leur sont affiliés, et celle de l'adoption d'un nouveau critère qui permettrait de mesurer la représentativité réelle des syndicats dans chaque entreprise, celui de l'audience électorale.

La présomption légale de représentativité a été vivement critiquée, car elle octroie une légitimité formelle et de nombreuses prérogatives à des syndicats, parfois faiblement implantés, auxquelles ils n'auraient pas nécessairement eu droit si l'on s'en tenait à leur nombre d'adhérents. Autrement dit, on reproche à la présomption légale de représentativité de ne pas permettre une évaluation de la légitimité des syndicats, dont l'indicateur principal aurait été, avant 2008, le nombre d'adhérents.

Suivant cette idée, avec la réforme de 2008, le législateur a souhaité tenir compte de la légitimité réelle des syndicats dans l'entreprise, en retenant comme indicateur principal le vote des salariés lors des élections professionnelles dans l'entreprise, soit l'audience électorale des syndicats.

Pour atteindre ces objectifs, la loi du 20 août 2008 conduit donc, à terme, à la fin de la présomption irréfragable de représentativité (Section 1). A la place, elle instaure un système qui repose sur une nouvelle technique de légitimation basée sur l'audience électorale (Section 2).

Section 1 - La mort annoncée de la présomption irréfragable de représentativité

La loi du 20 août 2008, en changeant les critères de reconnaissance de la représentativité, va entraîner, à terme, la disparition de la présomption irréfragable instituée en 1966.

Toutefois, pour éviter aux acteurs sociaux un changement trop brutal, si cette mort est programmée, elle ne prendra totalement effet que dans quelques années (§1), le système

antérieur subsistant encore quelque temps par le jeu des mesures transitoires prévues par le législateur (§2).

§1. Une mort programmée

Si la loi du 20 août 2008 annonce la fin de la présomption irréfragable de représentativité, concrètement, par le jeu des mesures transitoires, celle-ci a encore quelques belles années devant elle en perspective.

La présomption irréfragable de représentativité des syndicats a fait l'objet de contestations et de critiques venant notamment de syndicats qui n'en bénéficient pas alors qu'ils assurent représenter un nombre conséquent de salariés dans certaines entreprises.

La position commune du 9 avril 2008, reprise sur ce point par la loi du 20 août 2008, remet clairement en cause le principe de la présomption irréfragable de représentativité. Désormais, les cinq grands syndicats (CFDT, CFE-CGC, CFTC, CGT et FO) et les syndicats qui leurs sont affiliés, ne sont plus présumés représentatifs. A l'issue de chaque élection des membres titulaires du comité d'entreprise, chaque organisation syndicale devra établir sa représentativité sur la base des critères figurant à l'article L. 2121-1 du Code du travail. A terme, la représentativité ne sera plus acquise mais devra donc obligatoirement être prouvée et ce, tous les quatre ans.

Toutefois, pour laisser aux acteurs sociaux le temps de s'adapter et en attendant les résultats qui permettront de mesurer la représentativité au niveau national et au niveau des branches, le législateur a intégré dans le dispositif de la loi du 20 août 2008 des mesures transitoires.

§2. Les mesures transitoires

Les mesures transitoires prévues par la loi du 20 août 2008 permettent une survie de la présomption de représentativité aux côtés des nouvelles règles de représentativité (I).

La coexistence des deux régimes juridiques pose toutefois quelques difficultés. La question s'est notamment posée de savoir si cette présomption en sursis avait toujours valeur irréfragable pendant la période transitoire, le dispositif de la loi du 20 août n'étant pas clair sur ce point (II).

I. La coexistence prolongée des deux régimes de représentativité

La coexistence du régime de représentativité en vigueur avant 2008 et du régime issu de la réforme fait l'objet de mesures transitoires inscrites dans la loi du 20 août 2008¹⁴⁹ et ce pour chacun des niveaux d'implantation syndicale : au niveau de l'entreprise ou de l'établissement (A), au niveau national et interprofessionnel (B) et au niveau des branches professionnelles (C). La durée de coexistence des deux régimes diffère selon le niveau considéré.

A. Au niveau de l'entreprise ou de l'établissement

La loi n'a été publiée que le 21 août 2008. Les entreprises qui auraient organisé des élections professionnelles peu avant cette date, n'appliqueront les nouveaux critères que lors des prochaines élections dans l'entreprise, lesquelles ont lieu tous les quatre ans. La question s'est donc posée de savoir quels seraient leurs interlocuteurs en attendant les prochains votes des salariés.

Pour répondre à cette question, il convient de se référer aux dispositions transitoires mises en place par le législateur.

La loi du 20 août 2008 précise que la période transitoire prend fin dans les entreprises lors de la première réunion de négociation du protocole d'accord préélectoral postérieure à la publication de la loi¹⁵⁰. Autrement dit, l'organisation des élections professionnelles peu après la publication de la loi ne met pas automatiquement fin à la période transitoire, encore faut-il que la première réunion de négociation du protocole préélectoral se soit tenue après l'entrée en vigueur de la réforme¹⁵¹. La même règle est applicable au niveau de l'UES à une nuance près : la période transitoire prend fin lorsque des élections se sont déroulées dans chacune des entités composant l'UES, pour lesquelles la date fixée pour la première réunion de négociation du protocole d'accord préélectoral est postérieure à la publication de la loi du 20 août 2008 et au plus tard le 22 août 2012¹⁵².

¹⁴⁹ Art. 11 de la loi du 20 août 2008.

¹⁵⁰ Art. 11. IV de la loi du 20 août 2008.

¹⁵¹ Cass. Soc., 21 octobre 2009, n° 09-60.090, *Bull.* 2009, V, n° 229, note (J.Y.) KERBOURC'H, *JCP S*, n°6, 9 février 2010, p. 24-25 ; voir aussi Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-25.279, *Bull.* 2011, V, n° 214.

¹⁵² Cass. Soc., 5 avril 2011, n° 10-18.523, *Bull.* 2011 V, n° 89 ; (J.) PELISSIER, (G.) AUZERO, (E.) DOCKES, ouvrage préc., p. 1031.

S'est également posée la question de savoir à quel moment prend fin la période transitoire dans l'entreprise dans l'hypothèse d'une carence : en effet, la loi du 20 août 2008 énonce que cette période se prolonge « jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles dans l'entreprise ou dans l'établissement¹⁵³ ». En cas de carence aux élections professionnelles fallait-il en déduire que la période transitoire se prolongeait ? La Cour de cassation répond par l'affirmative, précisant qu'en toute hypothèse, la période transitoire s'achève au plus tard le 22 août 2012¹⁵⁴.

La question de la durée maximale de la période transitoire dans les entreprises est ainsi résolue.

B. Au niveau national et interprofessionnel

La coexistence des règles anciennes permettant aux organisations syndicales de prouver et de revendiquer leur représentativité, et des règles nouvelles permettant l'accession à la représentativité de certains syndicats qui se la voyaient refuser jusqu'à présent, est maintenue au niveau national et interprofessionnel.

Ainsi, au niveau national et interprofessionnel, les organisations syndicales reconnues représentatives pouvaient conserver cette qualité pendant cinq ans encore après l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008. En effet, la liste des organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel ne devait être arrêtée par le Ministre du Travail, après avis du Haut Conseil du dialogue social, qu'une fois que les résultats des élections dans les entreprises auraient été collectés, ce qui laissait un délai de quatre ans, plus une année pour agréger et compiler les résultats, soit jusqu'en 2013. Cette liste est finalement parue en mars 2013¹⁵⁵.

Jusqu'à ce que le Ministre ait arrêté la liste, étaient présumées représentatives au niveau national et interprofessionnel les organisations syndicales affiliées aux cinq grandes confédérations syndicales et les organisations syndicales déjà représentatives au niveau de la branche au 21 août 2008, date d'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Cass. Soc., 10 février 2010, n° 09-60.244 et 09-60.245, *Bull.* 2010, V, n°39 ; voir aussi Cass. Soc., 19 janvier 2011, n° 10-60.277, inédit.

¹⁵⁵ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 2 pour plus de développements sur ce point.

A ce propos, notons que pendant longtemps le Conseil d'Etat estimait qu'en l'absence de dispositions expresses en ce sens, les autorités administratives étaient incompétentes pour dresser une liste des organisations syndicales représentatives¹⁵⁶. La loi du 20 août 2008 évite cet écueil en donnant expressément compétence au Ministre du Travail pour lister les organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel¹⁵⁷.

C. Au niveau des branches professionnelles

Concernant la représentativité dans les branches professionnelles, les règles applicables sont les mêmes qu'au niveau national et interprofessionnel : cette présomption perdurera encore quatre ans pour les syndicats affiliés aux cinq grandes confédérations syndicales, après que le Ministre ait arrêté pour la première fois la liste des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau de la branche.

Ainsi, pendant ces quatre années supplémentaires coexisteront au niveau des branches professionnelles les syndicats reconnus représentatifs en application des nouveaux critères, et ceux qui, n'ayant pas réussi à être reconnus représentatifs, se rattachent aux syndicats reconnus représentatifs au niveau national et interprofessionnel, la liste de ces derniers devant en principe être établie par le Ministre du Travail en 2013.

En instaurant ce dispositif, le législateur a souhaité éviter une rupture trop brutale, surtout en matière de négociation collective. Toujours est-il que l'adjonction de ce délai supplémentaire permet la survie de la représentativité d'emprunt de certains syndicats jusqu'en 2017.

Enfin, jusqu'aux résultats des prochaines élections professionnelles, tout syndicat faisant partie d'un regroupement de syndicats est présumé représentatif si au moins un des syndicats du regroupement considéré est affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel¹⁵⁸.

¹⁵⁶ CE, sect. 24 mai 1974, Fédération générale des syndicats de transport CFDT, p. 306 ; CE, 5 novembre 2004, concl. (J.) STAHL, *Dr. Soc.* décembre 2004, p. 1100.

¹⁵⁷ Art. 2, section 5 de la loi du 20 août 2008.

¹⁵⁸ Art. 11 §IV de la loi du 20 août 2008.

II. Une présomption toujours irréfragable

La loi du 20 août 2008 a conduit les juges à statuer sur le caractère irréfragable ou non de la présomption de représentativité. Il ressort de ces décisions que la présomption irréfragable survivra encore longtemps (A). Cependant, d'ici 2017, le paysage syndical risque d'être singulièrement modifié (B).

A. La survie du caractère irréfragable de la présomption

On peut s'interroger sur le caractère simple ou irréfragable de la présomption maintenue pendant la période transitoire. Le législateur semble considérer que cette présomption revêt un caractère simple, tandis que les juges retiennent son caractère irréfragable.

En effet, dans plusieurs jugements rendus en 2009, les juridictions du premier degré se sont accordées à dire que : *« La loi fait disparaître la présomption irréfragable de représentativité des syndicats parce qu'elle met en place un système nouveau d'évaluation périodique de la représentativité à partir d'un ensemble de critères incluant l'audience du syndicat. Tant que ce système n'est pas mis en place et que la représentativité du syndicat ne peut s'apprécier à l'aune des nouveaux critères définis, il n'y a pas lieu de modifier les principes d'appréciation de la représentativité des syndicats. Les cinq grandes organisations syndicales reconnues représentatives sur le plan national et interprofessionnel bénéficient d'une présomption irréfragable de représentativité, présomption qui s'étend aux syndicats qui leurs sont affiliés ¹⁵⁹ ».*

Cette solution peut paraître surprenante car si la loi du 20 août 2008 ne précise pas le caractère simple ou irréfragable de la présomption, de nombreux indices font pencher la balance en faveur d'une présomption simple. Ainsi, l'article L. 2122-6 du Code du travail institue en faveur des confédérations dans les branches dont la majorité de l'effectif est employé dans des TPE¹⁶⁰, une présomption de représentativité sans « préjudice de la preuve du contraire ».

¹⁵⁹ Tribunal d'instance d'Evry, 26 mars 2009, CGT c./Société Accor ; voir aussi Tribunal d'instance de Roubaix, 22 janvier 2009, *SSL* 2009, n° 1393.

¹⁶⁰ Cette disposition présente toutefois un caractère temporaire, l'article L. 2122-6 du Code du travail précisant que ce dispositif vaut en attendant l'intervention d'une loi après des négociations devant s'achever au plus tard le 30 juin 2009.

De plus, l'article 11 de la loi du 20 août 2008 précise que les syndicats affiliés aux organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au niveau de la branche professionnelle sont présumés représentatifs, sans davantage préciser le caractère simple ou irréfragable de la présomption. Néanmoins, dans la mesure où la représentativité de ces syndicats est subordonnée, comme par leur passé, à leur affiliation, il y a tout lieu de penser que c'est bien d'une présomption simple dont parle le législateur. Sans oublier que la Position commune d'avril 2008, dont s'est largement inspirée la loi du 20 août, énonce clairement dans son article 4-1 qu' « à titre transitoire, la reconnaissance de la représentativité d'une organisation syndicale au niveau national et interprofessionnel suivant les nouvelles règles précitées lui confère une présomption simple de représentativité – hors critères d'audience – au niveau des branches professionnelles ».

Les rapporteurs du projet de loi au Parlement se sont quant à eux clairement prononcés en faveur d'une présomption simple¹⁶¹.

La représentativité actuelle des syndicats devrait donc à priori s'analyser en une présomption simple, ce qui signifie qu'elle pourrait être contestée par n'importe quel autre syndicat qui y a intérêt.

Pourtant, au niveau national et interprofessionnel et au niveau des branches, la liste des syndicats représentatifs est établie par le Ministre du Travail. Au niveau des entreprises, la reconnaissance de la représentativité doit résulter d'une décision judiciaire. Doit-on considérer que la représentativité établie par voie administrative ou judiciaire n'a valeur que de présomption simple ? Une telle interprétation pourrait conduire à un contentieux sans fin et menacer la sécurité juridique des relations collectives.

De plus, les nouveaux critères ne peuvent pas encore être totalement utilisés, notamment celui de l'audience, dans l'attente des prochaines élections professionnelles. Pour apprécier la représentativité des syndicats pendant la période transitoire, les magistrats doivent donc naturellement se tourner vers les anciens critères, lesquels ne permettaient pas de combattre la présomption de représentativité qui était jusque là irréfragable. Les juges sont donc amenés à retenir le caractère irréfragable de la présomption, ce qui explique la solution donnée par le Tribunal d'instance d'Evry, qui reste à notre avis la plus pertinente en l'état actuel des choses.

¹⁶¹ *Rapport Poisson*, Doc. Ass. Nat., n° 992, p. 165 ; *rapport Gournac*, Doc. Sénat, n° 470, examen de l'article 9.

La Cour de cassation a tranché la question en ce sens dans un arrêt rendu le 8 juillet 2009 : à défaut de règle contraire dans la loi du 20 août 2008, la représentativité d'un syndicat affilié à une des confédérations représentatives au plan national antérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi ne peut pas être contestée. Il s'agit donc toujours d'une présomption irréfragable de représentativité¹⁶², du moins en ce qui concerne les cinq grandes centrales syndicales et les organisations qui y sont affiliées. Le dispositif de la loi du 20 août 2008 prévoit la survie de cette présomption jusqu'en 2017 dans certains cas¹⁶³.

Ainsi, la présomption de représentativité connaîtra non seulement une survie prolongée mais conservera également son caractère irréfragable pendant près de 8 ans.

Ces arrêts mettent en évidence la volonté de la Cour de cassation d'assurer la pérennité des organisations syndicales déjà existantes¹⁶⁴.

En même temps, la Haute juridiction a veillé à ne pas priver les nouveaux syndicats de l'accession à la représentativité suivant les nouvelles règles, respectant ainsi le souhait du législateur.

Ainsi, la Cour de cassation précise que, conformément aux principes de la liberté syndicale et de l'égalité syndicale, la survie de la présomption irréfragable de représentativité ne prive pas les syndicats qui le souhaitent d'établir leur représentativité pendant la période transitoire, soit en s'affiliant à une organisation syndicale représentative, soit en démontrant qu'ils remplissent les critères posés par la loi du 20 août 2008¹⁶⁵, à l'exception du score de 10% des suffrages exprimés qui devra être atteint lors des prochaines élections professionnelles¹⁶⁶. La loi nouvelle n'exclut donc pas que la représentativité puisse être établie au niveau de l'entreprise ou de l'établissement par d'autres modes que la présomption instituée¹⁶⁷. Cette solution est logique au regard de l'article 11-II de la loi du 20 août 2008 qui prévoit qu'au

¹⁶² Cass. Soc., 8 juillet 2009, n° 09-60.011, 09-60.031 et 09-60.032, Société Okaidi, Publié au bulletin ; communiqué de la Cour de Cassation, « Loi du 20 août 2008 : premières décisions », disponible à l'adresse : http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arrets_no_13183.html ; (M.L.) MORIN, « La représentativité des syndicats pendant la période transitoire de la loi du 20 août 2008 », *Dr. Soc.* mai 2010, p. 549 ; (L.) PECAUT-RIVOLIER, « Les premiers arrêts de la Cour de cassation relatifs à la loi du 20 août 2008 », *SSL*, 13 juillet 2009, n° 1408, p. 6-7.

¹⁶³ Cf. *Supra*, II A.

¹⁶⁴ (P.) LAGESSE, (N.) BOUFFIER, « Dispositions transitoires sur la représentativité syndicale : les premières solutions de la Cour de cassation », *Dr. Soc.*, janvier 2011, p. 75.

¹⁶⁵ Art. L. 2121-1 CT.

¹⁶⁶ Cass. Soc., 10 mars 2010, n° 09-60.065, *Bull. 2010 V*, n°61 ; Cass. Soc., 3 mars 2010, n° 09-60.246, *Bull. 2010 V*, n° 62 ; (M.L.) MORIN, art. préc., p. 553 ; Cass. Soc., 10 mars 2010, n° 10-19.017 et 10-23.247, *Bull. 2011 V*, n° 193 ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.* mai 2010, p. 604.

¹⁶⁷ (G.) BORENFREUND, La possibilité ouverte à des syndicats d'établir leur représentativité pendant la période transitoire, *RDT* mai 2010, p. 309.

niveau national interprofessionnel sont représentatives les cinq confédérations mais aussi toute organisation qui parvient à prouver sa représentativité sur la base des anciens critères¹⁶⁸. On notera que dans les arrêts rendus le 10 mars 2010¹⁶⁹, pour l'appréciation de la représentativité au niveau de l'entreprise ou de l'établissement la Cour de cassation ne fait pas référence aux critères antérieurs à la réforme de 2008. Elle n'exclut toutefois pas la possibilité pour un syndicat d'apporter la preuve de sa représentativité sur la base des nouveaux critères, à l'exclusion de l'audience électorale, faisant ainsi une interprétation plutôt extensive des dispositions transitoires¹⁷⁰.

B. Les modifications prévisibles du paysage syndical

D'ici 2017, le paysage syndical risque d'être singulièrement modifié, certains syndicats pouvant désormais revendiquer leur représentativité alors qu'elle leur était refusée auparavant ou qu'ils ne pouvaient pas y prétendre. On pense par exemple au niveau national et interprofessionnel à l'UNSA¹⁷¹ (Union Nationale des Syndicats Autonomes), à laquelle le Conseil d'Etat avait dénié cette qualité, estimant que pour déterminer la représentativité d'un syndicat au niveau national, l'autorité publique doit prendre en compte les effectifs et l'audience de l'organisation en cause non seulement dans le secteur privé mais aussi parmi les salariés du secteur public relevant du Code du travail¹⁷².

La loi du 20 août 2008 risque de court-circuiter cette appréciation du Conseil d'Etat. En effet, au vu des résultats obtenus par l'UNSA aux dernières élections prud'homales¹⁷³, il y a de fortes chances pour que le Ministre du Travail la retienne sur la liste des organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel.

De cette façon, certains syndicats pourraient accéder aux négociations nationales et interprofessionnelles alors que les syndicats qui leurs sont liés ne se verraient pas forcément reconnaître la représentativité pendant la période transitoire au niveau des branches ou des entreprises¹⁷⁴. Ce n'est pas le cas de l'UNSA, qui va visiblement s'implanter aux niveaux inférieurs, si l'on s'en tient aux résultats qu'elle a obtenus aux élections professionnelles

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ Cass. Soc., 10 mars 2010, n° 09-60.065 et 09-60.246, préc.

¹⁷⁰ (B.) GAURIAU, note sous Cass. Soc. 10 mars 2010, n° 09-60.065, *JCP S* n°21, 25 mai 2010, p. 36.

¹⁷¹ (P.) RODIERE, « Du dialogue social à la démocratie sociale », *SSL* n° 1370, 2008, p. 10.

¹⁷² CE, 5 novembre 2004, préc.

¹⁷³ Elections prud'homales du 3 décembre 2008. L'UNSA a obtenu 6,3% avec 288 691 suffrages exprimés.

¹⁷⁴ (G.) BELLIER, (H.J.) LEGRAND, *La négociation collective après la loi du 20 août 2008*, éd. Liaisons, 2009, p. 23.

organisées au sein de la SNCF le 26 mars 2009¹⁷⁵. Mais d'autres organisations syndicales pourraient être concernées.

Section 2 – La légitimité électorale, marque de la démocratie sociale

Jusqu'à présent, l'élection était considérée comme une technique de légitimation de second rang, la primauté étant donnée à la représentativité comme mode d'accession à la légitimité¹⁷⁶.

La loi du 20 août 2008 inverse la polarité en introduisant le critère de l'audience électorale, qui va désormais conditionner en grande partie la reconnaissance de la représentativité des syndicats (§1). Cette nouveauté entraîne des changements importants sur le système de représentativité et sur la logique globale qui sous-tend le système de la représentativité. Ce changement d'optique appelle des remarques. Pour plus de clarté, nous nous intéresserons au critère de l'audience lui-même dans nos développements ultérieurs¹⁷⁷.

Par ailleurs, la première question d'ordre général qui soulève des débats est celle de la base qui va servir de mesure à la représentativité au niveau national et interprofessionnel et au niveau des branches (§2).

§1. Les impacts de l'audience sur le système de la représentativité

La réforme de 2008 induit de grands changements parmi lesquels, à terme, la disparition de la présomption de représentativité. En réalité, cette disparition n'est pas explicitement prévue, elle découle simplement de l'application du critère de l'audience introduit par la réforme (I).

L'introduction du critère de l'audience entraîne un autre changement majeur : désormais, la représentativité s'apprécie de l'entreprise au niveau national et interprofessionnel. D'un système de représentativité descendant on passe donc à un système de représentativité ascendant, avec tous les risques qu'un tel changement comporte (II).

¹⁷⁵ L'UNSA est devenue le second syndicat de la SNCF avec 18,05% des voix, derrière la CGT qui a recueilli 39% des voix et devant la CFDT, alliée à la Fgaac qui a obtenu 11,59% des voix. Les syndicats FO, CFE-CGC et CFTC ont en revanche perdu leur représentativité, n'atteignant pas le seuil des 10% (Source : *Entreprise et Carrières* n° 952/953 du 28 avril au 11 mai 2009, p. 23-24 ; <http://www.wk-ce.fr>).

¹⁷⁶ (P.Y.) VERKINDT, « Les élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr Soc.* juin 2009, p. 649.

¹⁷⁷ Cf. *Infra* Sous-titre 2, Chapitre 1.

I. La disparition de la présomption de représentativité

Le critère dominant de la représentativité institué par la loi du 20 août 2008 est celui de l'audience électorale.

L'idée n'est pas nouvelle, le rapport Hadas-Lebel, présenté au Premier ministre en mai 2006¹⁷⁸, ainsi que l'avis du Conseil Economique et Social rendu la même année¹⁷⁹, en faisaient déjà état. Les partenaires sociaux l'ont ensuite entériné dans la position commune d'avril 2008, reprise par le législateur en août 2008. En retenant ce critère révisable tous les quatre ans, le législateur a souhaité donner aux syndicats une réelle légitimité, par le vote des salariés.

Ce choix est logique au regard des éléments contextuels qui entourent les élections professionnelles (A). Toutefois, il conduit nécessairement à la disparition de la présomption de représentativité (B).

A. Un choix logique

Tout d'abord, rappelons que le critère de l'audience et surtout, son mode de calcul, ont suscité de vifs débats. Ce système permet-il un calcul fiable et objectif ? A quel niveau le réaliser ? En effet, plusieurs élections auraient pu servir de base de référence pour la détermination de la représentativité des syndicats : les élections prud'homales notamment, et les élections professionnelles. Certains ont même avancé l'idée d'organiser des élections spécifiques pour déterminer la représentativité.

Comme le souligne Monsieur Arseguel, « *pour que des résultats électoraux puissent être un instrument sérieux et non contesté de mesure de la représentativité, encore faut-il que les élections dont ils découlent aient fait l'objet d'un dépouillement exhaustif, doublé d'un contrôle des services de l'administration du travail qui en attesteront la régularité. Or, à l'heure actuelle, [...] les seules élections qui vérifient ces exigences sont les élections aux comités d'entreprise*¹⁸⁰ ». Cette affirmation est toujours d'actualité, les élections professionnelles étant les seules à donner lieu à des procès-verbaux qui sont envoyés à

¹⁷⁸ Rapport Hadas-Lebel, « Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles syndicales », mai 2006.

¹⁷⁹ Conseil économique et Social, « Consolider le dialogue social », avis adopté le 29 novembre 2006, p.14.

¹⁸⁰ (A.) ARSEGUEL, thèse préc., p. 273.

l'administration du travail, laquelle en contrôle la régularité et les adresse à l'administration centrale qui publie ensuite les résultats d'ensemble et ce, depuis 1966¹⁸¹.

Il est donc logique que les partenaires sociaux, dans la position commune du 9 avril 2008, reprise sur ce point par la loi du 20 août 2008, aient finalement opté pour les résultats obtenus aux élections professionnelles comme base de mesure de la représentativité ce qui toutefois ne va pas sans poser quelques problèmes juridiques et pratiques.

En effet, d'un côté, ce choix se révèle judicieux. Les élections professionnelles bénéficient d'un taux de participation nettement plus élevé que les élections prud'homales¹⁸². Il est donc logique d'exclure ces dernières.

Cependant, le fait de retenir l'entreprise comme niveau de détermination de la représentativité entraîne des conséquences juridiques et pratiques importantes pour les syndicats eux-mêmes, et, indirectement, sur la négociation collective. La première de ces conséquences étant, à terme, la disparition de la présomption irréfragable de représentativité.

B. Une conséquence logique

La loi du 20 août 2008 subordonne désormais la reconnaissance de la représentativité aux résultats obtenus aux dernières élections professionnelles dans l'entreprise ou dans l'établissement considéré¹⁸³, étendant le principe de concordance à ce niveau. Elle décline les règles de calcul de l'audience au niveau de l'entreprise, du groupe, de la branche, et au niveau national interprofessionnel.

Ainsi, pour être représentatif dans l'entreprise ou dans l'établissement, un syndicat doit avoir recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au 1er tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise. A défaut d'élections pour le comité d'entreprise (ou la délégation unique du personnel), il faut se référer aux dernières élections des titulaires des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants¹⁸⁴.

La Cour de cassation, qui a eu à se prononcer sur la prise en compte des bulletins raturés pour la mesure de la représentativité des syndicats précise qu'un bulletin sur lequel des noms ont

¹⁸¹ *Ibid.* Résultats disponibles sur <http://travail-emploi.gouv.fr>.

¹⁸² En décembre 2008, seulement 25,5% des salariés appelés ont voté (*Liaisons sociales Quotidien*, 5 décembre 2008, p. 1).

¹⁸³ Art. L. 2122-1 du Code du travail.

¹⁸⁴ Article L. 2122-1 du Code du travail.

été rayés compte pour une voix au profit de la liste pour mesurer la représentativité du syndicat considéré¹⁸⁵.

Par ailleurs, il convient ici de relever l'existence d'un cas particulier dans lequel le principe de concordance ne s'applique pas directement, à savoir celui des territoires d'outre-mer. Ainsi, pour que la représentativité d'un syndicat dans une entreprise comportant des établissements dans les territoires d'outre-mer (Polynésie française, Wallis et Futuna...) soit calculée en prenant en compte les résultats obtenus dans ces établissements, un accord collectif de transposition doit avoir été signé entre les syndicats et l'employeur. Sinon, la loi du 20 août 2008 n'étant pas directement applicable à ces territoires, les résultats obtenus dans les établissements qui y sont implantés ne seront pas pris en compte pour la mesure de la représentativité¹⁸⁶.

Dans le cadre d'un groupe, la mesure de l'audience sera effectuée par addition de l'ensemble des suffrages obtenus dans les entreprises ou établissements concernés¹⁸⁷. Notons que la question s'est posée de savoir si dans une entreprise à établissements multiples, le calcul de la représentativité syndicale au niveau supérieur devait se faire à chaque élection, fut elle partielle, ou uniquement à la fin du cycle électoral. En l'espèce, les élections des membres des quatre établissements de la société Mécachrome s'étaient déroulées entre 2009 et 2011. La Fédération générale des mines de la métallurgie CFDT a obtenu 9,25% des suffrages exprimés. Toutefois, suite à la démission d'un représentant du collège des cadres dans l'un des établissements, des élections partielles ont été organisées. La CFDT, se prévalant d'avoir, grâce à ces élections partielles, atteint le seuil de 10% des suffrages posé par la loi du 20 août 2008, a désigné un délégué syndical central. La Fédération Force ouvrière de la métallurgie a contesté cette désignation.

Le tribunal d'instance, retenant que la représentativité d'un syndicat s'apprécie au jour de la désignation du délégué syndical a validé la désignation litigieuse.

Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation a apporté une précision importante : « les résultats obtenus lors d'élections partielles ne peuvent pas avoir pour effet de modifier la mesure de la représentativité calculée lors des dernières élections générales¹⁸⁸ ».

¹⁸⁵ Cass. Soc., 6 janvier 2010, n° 10-60.168, Publié au bulletin.

¹⁸⁶ Cass. Soc., 27 février 2013, n° 11-23.331, Publié au bulletin ; Rapport (J.-G.) HUGLO.

¹⁸⁷ Article L. 2122-4 du Code du travail.

¹⁸⁸ Cass. Soc., 13 février 2013, n° 12-18.098, Publié au bulletin.

En effet, si l'organisation d'élections partielles peut permettre à un syndicat d'accéder à la représentativité, elle peut aussi le conduire à perdre cette qualité¹⁸⁹. « Cependant, dans la note que la DGT a fait parvenir dans le cadre de la consultation, la direction du travail fait état d'une évolution liée notamment aux décisions prises dans le cadre du Haut conseil du dialogue social. Elle préconise de favoriser la stabilité, et de ne pas prendre en considération les élections partielles, sauf lorsque ces élections conduisent à un renouvellement complet des sièges¹⁹⁰ ». Pour cause : la prise en compte systématique des élections partielles entraîne une instabilité de la représentativité des syndicats dans l'entreprise et donc de la mise en œuvre du dialogue social dans cette dernière.

La Cour de cassation, confrontée à l'imprécision des textes législatifs et réglementaires, devait finalement trancher entre une solution permettant une mesure de la représentativité plus conforme à la réalité, suivant l'esprit de la loi du 20 août 2008¹⁹¹ : dans ce cas, il est nécessaire de prendre en compte les résultats des élections partielles qui seraient intervenues après la fin du cycle électoral de l'entreprise ; et une solution favorisant la stabilité du dialogue social dans les entreprises consistant à ne pas prendre en compte ces résultats intermédiaires, en se cantonnant au résultat des élections générales¹⁹².

Par le passé, que ce soit à propos de la composition du comité d'entreprise européen¹⁹³ ou du terme de la période transitoire¹⁹⁴, la Chambre sociale a estimé qu'il ne fallait pas prendre en compte les élections partielles : ces dernières ne remettent pas en cause le mandat d'un membre du comité d'entreprise européen et ne mettent pas un terme à la période transitoire instituée par la loi du 20 août 2008. Les magistrats ont par ailleurs précisé que même en cas d'augmentation des effectifs, les élections professionnelles doivent être organisées à l'issue des mandats de 4 ans, sauf accord unanime des syndicats présents dans l'entreprise¹⁹⁵.

Consultés sur la question, les partenaires sociaux ont rendu des avis différents : certains plutôt en faveur de la prise en compte des élections partielles au fur et à mesure de leur déroulement

¹⁸⁹ Circ. DGT du 20 novembre 2008, préc. : « *Les élections partielles sont prises en compte dans l'appréciation de la représentativité; elles peuvent conduire à modifier celle-ci. Ainsi, un calcul de représentativité consolidé doit avoir lieu après chaque élection partielle, afin de déterminer les nouveaux pourcentages, qui fonderont la mesure pour la validité des accords* ».

¹⁹⁰ *Rapport de la Cour de cassation* sous Cass. Soc., 13 février 2013, p. 4. Note de la DGT annexée au rapport.

¹⁹¹ (F.) FAVENNEC-HERY, « L'accès à la représentativité », *JCP S* n° 22, 29 mai 2012, p. 21-28.

¹⁹² (H.) GUYOT, « Elections partielles et représentativité », *JCP S* 2012, 1023.

¹⁹³ Cass. Soc., 21 janvier 2009, n° 08-60.426, *Bull.* 2009 V, n° 21.

¹⁹⁴ Cass. Soc., 6 janvier 2011, n° 10-60.169, *Bull.* 2011 V, n° 8.

¹⁹⁵ Cass. Soc., 13 octobre 2010, n° 09-60.206, *Bull.* 2010 V, n° 225 ; *Rapport de la Cour de cassation* sous Cass. Soc., 13 février 2013, préc., p. 9.

(CGT, IUMM, UNSA, CFTC), d'autres plutôt opposés à cette solution (MEDEF, CFE-CGC, FO, CFDT)¹⁹⁶.

Suivant la logique de ses jurisprudences précédentes et privilégiant la sécurité des relations juridiques et sociales dans l'entreprise, la Cour de cassation a finalement décidé que les élections partielles ne pouvaient pas modifier la mesure de la représentativité en cours de cycle électoral¹⁹⁷. Nous pensons qu'il s'agit là d'un choix judicieux, la stabilité du dialogue social et le climat social de l'entreprise étant déjà suffisamment susceptibles d'être bouleversés par l'intervention législative de 2008¹⁹⁸ sans qu'il soit besoin d'y ajouter un autre facteur de perturbation.

Au niveau de la branche professionnelle, sont représentatives les organisations syndicales qui remplissent les trois conditions énoncées à l'article L. 2122-5 du Code du travail. Cet article vise les organisations syndicales qui satisfont aux sept critères de l'article L. 2121-1 du Code du travail, disposent d'une implantation territoriale équilibrée au sein de la branche, ont recueilli au moins 8% des suffrages exprimés au 1er tour des dernières élections des titulaires aux comités d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, additionnés au niveau de la branche. La mesure de l'audience s'effectue tous les 4 ans.

Sont représentatives au niveau national et interprofessionnel les organisations syndicales qui satisfont aux sept critères de l'article L. 2121-1 du Code du travail, sont représentatives à la fois des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services, et ont recueilli au moins 8% des suffrages exprimés au 1er tour des dernières élections des titulaires aux comités d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, additionnés au niveau de la branche.

Seront également pris en compte les résultats de la mesure de l'audience prévue à l'article L. 2122-6 du Code du travail, s'ils sont disponibles. La mesure de l'audience s'effectue tous les 4 ans¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Rapport de la Cour de cassation, préc.

¹⁹⁷ Cass. Soc., 13 février 2013, préc.

¹⁹⁸ Cf. *Infra* Titre 2, Sous-titre 2.

¹⁹⁹ Article L. 2122-9 du Code du travail.

A terme, la représentativité d'affiliation ne sera plus non plus présumée. La réforme de 2008 met toutefois en place une période transitoire au cours de laquelle cette présomption subsiste.

Ainsi, jusqu'aux résultats des prochaines élections professionnelles, tout syndicat faisant partie d'un regroupement de syndicats est présumé représentatif si au moins un des syndicats du groupement considéré est affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel²⁰⁰.

De même, tout syndicat affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel conserve sa représentativité jusqu'aux élections professionnelles suivantes. Ici, la représentativité par irradiation subsiste encore pour un temps au niveau des entreprises et des établissements. Mais à l'issue des prochaines élections professionnelles, la représentativité de ces syndicats sera elle aussi conditionnée par les nouveaux critères et donc soumise au principe de concordance puisque pour être représentative au niveau national et interprofessionnel, une organisation syndicale doit avoir recueilli au moins 8% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel²⁰¹.

La loi du 20 août 2008 décline ensuite ce principe au niveau catégoriel, exigeant que pour être représentatives, les organisations syndicales catégorielles soient affiliées à une organisation syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale et qu'elles aient recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou à défaut, des délégués du personnel dans ces collèges²⁰².

Par conséquent, il ne suffit plus à un syndicat de s'affilier à un syndicat représentatif pour obtenir cette qualité, encore faut-il qu'il obtienne le taux d'audience requis au niveau considéré. La représentativité d'emprunt telle qu'elle existait dans le système antérieur n'existe donc plus. Soumise au principe de concordance, sa reconnaissance passe elle aussi par les résultats obtenus aux élections professionnelles.

Définitivement donc, le lieu de mesure de l'audience retenu est l'entreprise. Ce changement résultant de la loi du 20 août 2008 emporte deux conséquences majeures.

²⁰⁰ Art. 11 §IV de la loi du 20 août 2008.

²⁰¹ Art. L. 2122-9 du Code du travail.

²⁰² Art. L. 2122-2 du Code du travail.

D'une part, alors qu'auparavant les cinq grandes centrales syndicales représentatives au niveau national conféraient la représentativité aux syndicats situés au niveau de l'entreprise qui s'affiliaient à elles, désormais, les syndicats établissent leur représentativité au niveau de l'entreprise. C'est à partir de cette représentativité que sera établie la représentativité au niveau national. On passe ainsi d'un système de représentativité descendant à un système de représentativité ascendant. D'autre part, en érigeant le critère de l'audience comme critère dominant pour l'appréciation de la représentativité, il devient impossible de bénéficier d'une présomption de représentativité, ce qui explique qu'à terme, celle-ci soit appelée à disparaître.

II. Les risques inhérents au passage d'un système de représentativité descendant à un système ascendant

Le passage d'un système de représentativité descendant à un système ascendant laissait entrevoir des risques prévisibles : le risque d'une multiplication des contentieux électoraux et le risque de multiplication ou de réduction des acteurs habilités à négocier dans l'entreprise. Ces deux phénomènes risquent de ne pas faciliter la négociation en entreprise (A).

Par ailleurs, s'est posé le problème de l'audience à prendre en compte lorsqu'un syndicat change d'affiliation. Peut-il continuer à se prévaloir des voix obtenues sous l'empire de l'ancienne affiliation ? Le choix des électeurs risquait de ne pas être respecté. C'est pourquoi la Cour de cassation s'est prononcée à plusieurs reprises en faveur d'un syndicalisme dit « de tendance », faisant prévaloir dans le même temps le principe de l'unicité syndicale (B).

A. L'augmentation prévisible des contentieux et des blocages dans la négociation

D'un système descendant, dans lequel les syndicats exerçaient leur influence du niveau national jusqu'à l'entreprise et pouvaient, en toute hypothèse, négocier, on passe à un système ascendant dans lequel le syndicat doit gagner ses galons au niveau de l'entreprise avant d'accéder au portail supérieur de la négociation collective.

Désormais, les résultats obtenus lors des élections professionnelles dans les entreprises et les établissements déterminent la représentativité des syndicats à ces niveaux. Ensuite, leur

représentativité est établie au niveau du groupe par addition des suffrages obtenus dans les entreprises ou établissements faisant partie du groupe considéré²⁰³.

Pour les entreprises à structure complexe, il faut additionner les suffrages obtenus dans chaque établissement pour établir la représentativité des syndicats au niveau de l'entreprise²⁰⁴.

Au niveau de la branche professionnelle et au niveau national et interprofessionnel, quel que soit le nombre de votants, l'addition des suffrages dans les entreprises du secteur permettront au Ministre du Travail, tous les quatre ans, de déterminer quelles sont les syndicats représentatifs à ce niveau, après avis du Haut Conseil du dialogue social.

Les élections professionnelles changent donc de fonction, ce qui risque de conduire à une « judiciarisation » de ces élections. En effet, les contentieux risquent de se multiplier, qu'il s'agisse des syndicats qui obtiennent un nombre de voix légèrement inférieur aux seuils fatidiques posés par la loi du 20 août 2008 ou des syndicats représentatifs désireux de rester en place qui verront d'un mauvais œil l'arrivée de nouveaux acteurs sociaux dans l'entreprise et seront tentés d'engager des actions en contestation de la représentativité des syndicats qui essaient de s'implanter. Ce risque de « judiciarisation » s'est trouvé confirmé depuis²⁰⁵.

On s'expose aussi avec la mise en œuvre des nouveaux critères de représentativité prévus par la réforme au risque d'une multiplication des acteurs au niveau des entreprises et/ou à une réduction du nombre de syndicats représentatifs²⁰⁶. Dans un cas comme dans l'autre, on risque de voir surgir davantage de blocages dans la négociation collective.

Par ailleurs, on constate que dans le système mis en place par la loi du 20 août 2008, si le syndicat reconnu représentatif n'a plus à prouver qu'il remplit le critère de l'audience jusqu'aux prochaines élections professionnelles, pendant ces quatre années, il faut également qu'il continue à satisfaire aux six autres critères.

Malgré les reproches qu'on peut lui adresser, la présomption irréfragable de représentativité avait le mérite de limiter les contentieux. Elle favorisait en outre une certaine stabilité dans les négociations, les entreprises pouvant négocier avec des partenaires sociaux qu'elles connaissaient parfois de longue date. Avec l'assurance que ces interlocuteurs soient

²⁰³ Art. L. 2122-4 CT.

²⁰⁴ Circ. DGT n°20 du 13 novembre 2008, préc. ; voir aussi Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-26.545, *Bull.* 2011, V, n° 213 : « La représentativité d'un syndicat, pour la désignation d'un délégué syndical central d'entreprise, doit s'apprécier par rapport à l'ensemble du personnel de l'entreprise ».

²⁰⁵ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 2, Chapitre 2.

²⁰⁶ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Chapitre 1.

encore présents dans les années à venir, y compris pour renégocier les accords qu'ils ont signés.

Dans le système mis en place par la loi du 20 août 2008, la représentativité d'un syndicat risque d'être fréquemment remise en cause, ce qui peut laisser craindre une précarisation des négociations collectives et une augmentation des contentieux, plus spécialement des contentieux intersyndicaux qui risquent de mobiliser substantiellement les syndicats. La redéfinition fréquente du paysage syndical français induite par la réforme de 2008 pourrait donc se révéler néfaste au bon déroulement du dialogue social dans l'entreprise.

B. La consécration du syndicalisme « de tendance » et du principe de l'unicité syndicale

La loi du 20 août 2008 met en place un nouveau système de représentativité dont l'audience électorale constitue le pivot central. Ce système entraînera, à terme, la disparition de la présomption de représentativité dont bénéficiaient les cinq grandes centrales syndicales²⁰⁷. Cette présomption trouvait son origine dans la logique d'un syndicalisme confédéré de tendance. Avec la disparition de cette présomption annoncée par la loi du 20 août 2008 on pouvait s'attendre à ce que le jeu de l'affiliation soit relativisé.

En réalité, il n'en est rien, bien au contraire : on observe un renforcement, voire une prévalence des liens d'affiliation²⁰⁸ après 2008 tant dans les pratiques syndicales²⁰⁹ que dans la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, la question de la représentativité par affiliation a fait l'objet de nombreux contentieux qui ont été réglés par la Haute juridiction, notamment sur le point de savoir si un syndicat qui change d'affiliation peut continuer à se prévaloir de l'audience qu'il a recueillie, du vote des salariés obtenu sous son ancienne étiquette syndicale. Une telle question a naturellement conduit les magistrats à s'interroger sur « le contenu représentatif traduit par le vote en faveur d'un syndicat dans un scrutin d'entreprise²¹⁰ » car « *dans le système de représentation français, l'adhésion à un syndicat évoque davantage une reconnaissance d'identité ou de conviction [qu'une] logique*

²⁰⁷ Cf. *Supra* Section 1.

²⁰⁸ (M.) GREVY, « La capacité d'intervention des syndicats face au nouveau régime de la représentativité », *Dr. Soc.* avril 2013, p. 311.

²⁰⁹ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 2, Chapitre 1.

²¹⁰ (J.-M.) PERNOT, « La loi du 20 août 2008 et la portabilité des suffrages », *RDT* juillet-août 2011, p. 428.

*d'intérêt*²¹¹ ». Il ressort des différents arrêts rendus par la Cour de cassation que cette dernière consacre le syndicalisme dit « de tendance » et en même temps, le principe de l'unicité syndicale. Pour plus de lisibilité, nous nous limiterons ici à l'étude des principes généraux dégagés par la jurisprudence qui guident l'ensemble des décisions rendues par la Cour de cassation concernant l'affiliation et la désaffiliation syndicale. Nous développerons ces dernières dans notre deuxième partie, davantage axée sur les incidences pratiques de la réforme²¹².

Depuis septembre 2010 se dessinait déjà la position de la Cour de cassation en faveur d'un syndicalisme de tendance. Elle décidait en effet que « *les résultats obtenus par différents syndicats affiliés à la même organisation nationale interprofessionnelle au sein d'une même entreprise se cumulent, à condition que ces organisations ne se soient pas présentées dans un ou plusieurs collèges en concurrence*²¹³ ». Ainsi, l'élément déterminant à retenir pour apprécier la représentativité d'un syndicat n'est pas l'audience électorale proprement dite mais l'appartenance à une mouvance syndicale.

Cette position de la Cour de cassation a été confirmée, notamment, au travers d'une série d'arrêts rendus en mai 2011.

Dans une des affaires²¹⁴ soumises à la Haute juridiction, le syndicat STAAAP, affilié à la CFTC, avait recueilli plus de 10% des voix aux dernières élections professionnelles organisées dans l'entreprise et désigné un délégué syndical. Après s'être désaffilié de la CFTC, le STAAAP s'est affilié à l'UNSA et a confirmé la désignation. Le tribunal d'instance a estimé que cette désignation était valable. La Cour de cassation a cassé cette décision, indiquant qu'une confédération ne peut continuer à se prévaloir des suffrages obtenus sous son ancienne affiliation pour revendiquer sa représentativité²¹⁵.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1, II « Les nouvelles stratégies syndicales ».

²¹³ Cass. Soc., 22 septembre 2010, n° 10-60.135 et 10-60.136, *Bull. 2010*, V, n° 184 ; (T.) RENARD, « Le syndicalisme de tendance conforté par la Cour de cassation », *SSL* n° 1463, 18 octobre 2010, p. 12.

²¹⁴ Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-21.705, *Bull. 2011*, V, n°124.

²¹⁵ (M.) GREVY, « Affiliation syndicale et démocratie sociale : à propos des arrêts du 18 mai 2011 », *RDT* septembre 2011, p. 491.

En revanche, la Haute juridiction affirme que les unions ou confédérations syndicales « d'origine »²¹⁶ conservent les voix recueillies par les syndicats qui se sont désaffiliés et peuvent donc s'en prévaloir pour obtenir la qualité représentative²¹⁷.

La Cour de cassation considère donc que le vote des électeurs exprime une préférence pour un mouvement syndical, indépendamment des personnes physiques ou morales qui composent le syndicat. Un salarié ne vote pas nécessairement pour le candidat présenté par le syndicat mais pour les idées, les valeurs que représente ce syndicat. C'est pourquoi les syndicats ne peuvent se prévaloir de l'audience recueillie dès lors qu'ils se désaffilient d'une confédération, rien ne permettant d'assurer qu'ils en conserveront les valeurs ou l'idéologie : la volonté des salariés exprimée au travers de leur vote ne saurait être détournée.

En même temps, au travers de ces décisions, la Haute juridiction consacre l'unicité syndicale : « *l'union et les syndicats qui y sont affiliés forment un ensemble global* »²¹⁸. Il résulte de ce principe un ensemble de conséquences : notamment, une confédération syndicale et les syndicats qui lui sont affiliés ne peuvent exercer simultanément des prérogatives identiques dans les entreprises²¹⁹. Par ailleurs, une union, une fédération ou une confédération intervenant dans une entreprise, en l'absence de syndicat affilié présent, peut se prévaloir des adhérents du syndicat pour l'exercice des prérogatives découlant de la loi²²⁰.

Notons que la consécration de ce syndicalisme dit « de tendance » entraîne également d'autres conséquences pour les syndicats sur lesquelles nous reviendrons dans nos développements ultérieurs, concernant plus particulièrement les stratégies syndicales adoptées après 2008 dans le cadre des élections professionnelles et des désignations²²¹.

²¹⁶ (M.) GREVY, art. préc., p. 491.

²¹⁷ Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.300, *Bull.* 2011, V, n° 121.

²¹⁸ Rapport C. Cass. 2010, p. 345 : www.courdecassation.fr ; (Y.) PAGNERRE note sous Cass. Soc., 28 novembre 2012, *JCP S* n° 6, 5 février 2013, p. 32.

²¹⁹ Cass. Soc., 22 septembre 2010, n° 10-60.135 et 10-60.136, *Bull.* 2010, V, n° 184.

²²⁰ Cass. Soc., 13 janvier 2010, n° 09-60.155, *Bull.* 2010, V, n° 13 ; (Y.) PAGNERRE, note préc.

²²¹ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 2, Chapitre 1.

§2. La base de mesure de la représentativité, une question débattue

Le choix du critère de l'audience pour mesurer la représentativité syndicale ne résout pas le problème de l'absence de représentants dans les petites entreprises dès lors que ces dernières ne sont pas tenues, légalement, d'organiser des élections professionnelles. Elles ne sont donc pas soumises à la loi du 20 août 2008. Ce point pose problème car on ne saurait prétendre mesurer la représentativité et la légitimité des syndicats en ignorant la voix des salariés, de plus en plus nombreux, qui travaillent dans des entreprises de moins de 11 salariés. En effet, « la crédibilité du droit négocié repose désormais sur la représentativité réelle découlant [du mouvement ascendant d'appréciation de la représentativité mis en place par la loi du 20 août 2008] ²²²».

A ce propos, le texte de la loi du 20 août 2008 prévoyait qu'une négociation devrait s'engager au niveau national et interprofessionnel sur les moyens de renforcer l'effectivité de la représentation du personnel dans les petites entreprises, par exemple en mettant en place des structures professionnelles territoriales.

L'article L. 2122-6 du Code du travail précisait que le fruit de cette négociation devrait donner lieu à l'édiction d'une loi.

Un projet de loi a donc été voté le 7 juillet 2010²²³. Ce texte prévoit l'organisation d'un scrutin spécifique, tous les quatre ans, dans les entreprises employant moins de 11 salariés. Les résultats de ce scrutin seront comptabilisés pour la mesure de la représentativité au niveau des branches et au niveau national et interprofessionnel.

Ces idées sont reprises dans la loi du 15 octobre 2010 complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi du 20 août 2008²²⁴. Cette loi fixe les modalités de mesure de l'audience dans les entreprises de moins de 11 salariés (I).

Ce texte renforce la représentation du personnel des petites entreprises en termes d'audience. Mais elle ne prévoit rien de particulier en ce qui concerne la représentation des

²²² (A.) MAZEAUD, « Les élections dans les TPE : l'absence de courant ascendant », *Dr. Soc.*, février 2013, p. 153.

²²³ *SSL*, n°1456, 30 août 2010, Actualités, p. 2.

²²⁴ Loi n°2010-1215 du 15 octobre 2010 complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi n°2008-789 du 20 août 2008, JO n°0241 du 16 octobre 2010 p. 18569.

salariés dans les petites entreprises, ce qui déçoit certains partenaires sociaux. On peut toutefois s'interroger sur la nécessité d'ouvrir un tel débat (II).

I. La mesure de l'audience dans les TPE

Pour mesurer la représentativité des organisations syndicales dans les TPE, un scrutin aura lieu tous les 4 ans au niveau régional²²⁵.

Des mesures spécifiques sont toutefois prévues pour le secteur de l'agriculture : la représentativité des branches du secteur agricole, ainsi que la représentativité au niveau national et interprofessionnel seront évaluées sur la base des suffrages obtenus aux élections des membres des chambres départementales d'agriculture.

De plus, par accord du 25 janvier 2011²²⁶, les partenaires sociaux du secteur agricole ont précisé les modalités d'application des règles de représentativité issues de la loi du 15 octobre 2010. Ils ont notamment indiqué que la comptabilisation des suffrages sera effectuée par la chambre d'agriculture puis consolidée au niveau national.

Pour la mesure de la représentativité au niveau des branches professionnelles, l'accord du 25 janvier précise quels sont les secteurs couverts par la branche de l'agriculture : il s'agit des activités visées aux 1° à 4° de l'article L. 722-1²²⁷ et au 2° de l'article L. 722-20²²⁸ du Code rural et de la pêche maritime.

Concernant les organisations d'employeurs du secteur, l'accord précise que pour chaque négociation, la signature de l'organisation d'employeurs représentative dans le champ d'application de l'accord est nécessaire²²⁹. Sinon, le champ d'application de l'accord sera réduit d'autant. En cas de pluralité d'organisations d'employeurs représentatives dans le même secteur, la signature d'une seule d'entre elles suffit.

La loi du 15 octobre 2010 apporte les précisions nécessaires à l'organisation du scrutin qui permettra de mesurer l'audience des syndicats dans les TPE.

²²⁵ (F.) FAVENNEC-HERY, « L'accès à la représentativité », *JCP S* n° 22, 29 mai 2012, p. 25.

²²⁶ Accord du 25 janvier 2011 relatif à la représentativité des syndicats de salariés en production agricole.

²²⁷ Exploitations de culture et d'élevage, établissements de pisciculture...

²²⁸ Gardes-chasse, gardes forestier, jardiniers...

²²⁹ « Les nouvelles règles de négociation collective dans la production agricole », *Liaisons sociales Quotidien*, n° 15801, 23 février 2011, p. 1.

Ainsi, sont électeurs les salariés des entreprises qui emploient moins de onze salariés au 31 décembre de l'année précédant le scrutin, titulaires d'un contrat de travail au cours de ce mois de décembre, âgés de seize ans révolus et ne faisant l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à leurs droits civiques²³⁰.

On note que le législateur a réglé la question des salariés mis à disposition en précisant que seuls les salariés doivent s'inscrire auprès de l'employeur auquel ils sont liés par un contrat de travail. Le texte de loi fait par ailleurs référence à l'article L. 10 du Code électoral, excluant ainsi toute possibilité de double vote²³¹.

A ce propos, autant on peut comprendre qu'au vu de la jurisprudence existante, la référence au contrat de travail n'ait pas été retenue par la loi du 20 août 2008 comme critère pour autoriser le vote des sous-traitants²³², autant on peut se demander pourquoi la référence à l'article L. 10 du code électoral n'a pas été faite pour les entreprises de onze salariés et plus.

Les listes électorales sont établies par l'autorité compétente de l'Etat²³³. Les électeurs sont inscrits dans deux collèges : un collège " cadres " et un collège " non cadres ", en fonction des informations relatives à l'affiliation à une institution de retraite complémentaire portées sur les déclarations sociales des entreprises²³⁴ (les caisses de sécurité sociale ont l'obligation de communiquer aux services du ministre chargé du travail les données nécessaires à la constitution de la liste électorale²³⁵). Le décret du 28 juin 2011²³⁶ précisant les modalités d'organisation du scrutin dans les TPE prévoit que concrètement, les listes électorales seront en fait établies par un prestataire agissant pour le compte du ministère du travail²³⁷, à partir d'un « fichier national des électeurs ». Ce fichier sera constitué à l'aide des informations contenues dans les déclarations sociales.

Tous les électeurs et mandataires des organisations syndicales pourront consulter la liste électorale de leur région dans les DIRECCTE, leurs unités territoriales et sur le site Internet du ministère du travail à compter d'une date fixée par arrêté et jusqu'à l'expiration d'un délai de huit jours après l'affichage des résultats du scrutin²³⁸.

²³⁰ Art. L. 2122-10-2 du Code du travail.

²³¹ (F.) PETIT, « Les scrutins sur sigle dans les très petites entreprises », *Dr. Soc.* Janvier 2012, p. 50.

²³² Cf. *Infra* Titre 2, Sous-titre 2, Chapitre 2, Section 2.

²³³ Le Ministre du Travail a priori.

²³⁴ Art. L. 2122-10-4 du Code du travail.

²³⁵ Art. L. 2122-10-3 du Code du travail.

²³⁶ Décret n° 2011-771 du 28 juin 2011 : JO du 30 juin 2011, p. 11117.

²³⁷ Art. R. 2122-54 du Code du travail.

²³⁸ Décret n° 2011-771 du 28 juin 2011, préc.

Le décret du 28 juin 2011 prévoit également que la liste électorale est susceptible de recours gracieux devant le Direccte dans les 3 semaines à compter de la date d'ouverture des consultations. Ensuite, un recours contentieux est possible devant le tribunal d'instance dans les 10 jours suivant la décision du Directeur de la DIRECCTE ou la décision implicite de rejet.

Les candidatures sont ouvertes à tout syndicat qui satisfait aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et auxquelles les statuts donnent vocation à être présentes dans le champ géographique concerné, ainsi qu'aux syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel²³⁹. Les candidatures devront être déposées auprès de la DIRECCTE ou des services centraux du ministère du travail selon que les statuts du syndicat lui donnent vocation à être présent dans une seule région ou sur un périmètre plus large²⁴⁰.

Les électeurs votent pour des sigles (étiquettes syndicales) et non pour des listes syndicales malgré les demandes de certains syndicats en ce sens. Pour justifier ce choix a notamment été avancé l'argument selon lequel le scrutin de sigle est plus pertinent dans la mesure où si on avait retenu un scrutin de liste, les salariés des TPE auraient eu à voter pour des candidats inconnus, alors que les sigles eux, sont connus de tous.

Le décret du 28 juin 2011 précise que les syndicats affiliés à une même organisation syndicale au niveau interprofessionnel devront se déclarer sous une étiquette commune.

Est également prévue, au niveau régional, la mise en place auprès des DIRECCTE de commissions de vote chargées de contrôler la conformité des circulaires des organisations syndicales ayant déposé leur candidature et de proclamer les résultats.

Le scrutin a lieu par voie électronique et par correspondance²⁴¹. Les électeurs choisissent soit le vote électronique soit le vote par correspondance, le premier primant sur le second.

Le prestataire ministériel chargé d'établir les listes électorales envoie à chaque salarié concerné sa fiche d'identification²⁴².

²³⁹ Art. L. 2122-10-6 du Code du travail.

²⁴⁰ Décret du 28 juin 2011, préc.

²⁴¹ Art. L.2122-10-7 du Code du travail.

²⁴² Art. R. 2122-50 du Code du travail.

En revanche l'envoi et la réception du matériel de vote, comportant notamment les bulletins de chaque candidature, sont effectués par la commission nationale des opérations de vote.

Le dépouillement du vote électronique s'effectue en public le dernier jour du dépouillement du vote par correspondance, celui-ci s'effectuant en public après la fin du vote, en présence de la commission nationale des opérations de vote²⁴³.

Immédiatement après la fin du dépouillement, les résultats sont établis par la commission nationale des opérations de vote et transmis aux commissions régionales²⁴⁴ pour proclamation et affichage dans les DIRECCTE. Les résultats sont aussi publiés sur le site du ministère²⁴⁵.

Les contentieux relatifs à l'inscription des électeurs doivent être précédés d'un recours gracieux auprès du directeur des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi²⁴⁶. Néanmoins, toutes les contestations relatives au déroulement des opérations électorales relèvent au final de la compétence du tribunal d'instance²⁴⁷ dont le jugement est susceptible de pourvoi en cassation. Les recours doivent être formés dans les quinze jours suivant l'affichage des résultats²⁴⁸.

II. Au-delà de la représentation des salariés dans les TPE

La création de commissions paritaires régionales en vue de développer le dialogue social dans les TPE a donné lieu à de nombreux débats entre certaines organisations patronales et syndicales dont les avis divergent sur la question.

Les commissions paritaires régionales ont vocation, pour les TPE, à compléter l'action des commissions paritaires locales (CPL) instituées par la loi du 4 mai 2004. De façon générale, les CPL travaillent sur des grandes thématiques du droit du travail (comme par exemple la prévention des risques ou l'emploi des jeunes) pour mettre en place des guides d'information, réaliser des évaluations, organiser des formations adaptées, donc donner l'impulsion à des actions au niveau local.

²⁴³ Décret du 28 juin 2011, préc. ; art. R. 2122-44 du Code du travail.

²⁴⁴ Art. R. 2122-47 du Code du travail.

²⁴⁵ Décret du 28 juin 2011, préc.

²⁴⁶ Art. 2122-21 du Code du travail.

²⁴⁷ Art. L. 2122-10-11 du Code du travail.

²⁴⁸ Art. R. 2122-93 du Code du travail.

L'idée de création de commissions paritaires facultatives chargées, notamment, d'assurer le suivi de l'application des accords collectifs, a été abandonnée dans le projet de loi du 7 juillet 2010²⁴⁹, le MEDEF et la CGPME estimant notamment que la mise en place de ces commissions, qui n'a été demandée ni par les organisations patronales, ni par les salariés, est une source de complexité administrative.

La loi du 15 octobre 2010 modifie certaines dispositions relatives aux commissions paritaires professionnelles ou interprofessionnelles.

Ainsi, désormais il est possible de prévoir dans les accords instituant ces commissions au niveau local, départemental ou régional, que la composition de ces commissions devra tenir compte des résultats obtenus lors des élections organisées dans les TPE²⁵⁰.

La loi du 15 octobre 2010 indique par ailleurs que ces accords peuvent prévoir que ces commissions n'exercent qu'une partie des missions définies à l'article L. 2234-2 du Code du travail²⁵¹.

Certains syndicats auraient souhaité que la création des commissions paritaires régionales soit obligatoire et qu'elles bénéficient d'un réel pouvoir de contrôle et de suivi de l'application des accords collectifs. Au final, ces possibilités sont ouvertes par la loi du 15 octobre 2010 mais pas obligatoires, ce qui explique les critiques qui ont pu être adressées par certains partenaires sociaux²⁵², qui reprochent à la loi sur les TPE de ne pas renforcer suffisamment l'effectivité de la représentation des salariés dans les petites entreprises.

Il est vrai qu'on peut reprocher à la loi du 15 octobre 2010 de ne pas renforcer l'effectivité de la représentation des salariés dans les TPE, au sens attendu par certaines organisations syndicales. En réalité, cette loi renforce l'effectivité de la prise en compte des voix des salariés des TPE pour la mesure de l'audience et non l'effectivité de leur représentation sur le terrain²⁵³.

²⁴⁹ Art. 6 du projet de loi.

²⁵⁰ Art. L. 2234-1 du Code du travail.

²⁵¹ Art. L. 2234-2 du Code du travail : « Les commissions paritaires : 1° Concourent à l'élaboration et à l'application de conventions et accords collectifs de travail, négocient et concluent des accords d'intérêt local, notamment en matière d'emploi et de formation continue ; 2° Examinent les réclamations individuelles et collectives ; 3° Examinent toute autre question relative aux conditions d'emploi et de travail des salariés intéressés. ».

²⁵² CFDT, CGT.

²⁵³ Il s'agit d'une "élection de représentativité" : (F.) FAVENNEC-HERY, « L'accès à la représentativité », art. préc., p. 25.

On peut toutefois s'interroger sur la nécessité d'instaurer des formes de représentation dans les TPE alors que la plupart des syndicats ne la réclament pas, d'autant plus qu'une telle représentation serait extrêmement difficile à mettre en place, voire inutile, dans les entreprises qui comptent 5 salariés ou dans les entreprises familiales par exemple. D'ailleurs, le scrutin sur sigle qui a eu lieu à la fin de l'année 2012 a été marqué par une forte abstention...sur près de 4 millions 500 000 salariés, seuls 10% d'entre eux ont voté. L'audience des organisations syndicales dans les TPE est donc minime. Comme le relève Antoine Mazeaud²⁵⁴, l'enjeu direct de cette élection ne consiste pas à mesurer l'audience des syndicats dans les TPE : ses résultats seront pris en compte pour mesurer l'audience des syndicats au niveau national et interprofessionnel par le jeu des articles L. 2122-9 et L. 2122-5 du Code du travail qui prévoient que les suffrages recueillis dans les TPE seront additionnés à ceux recueillis dans les entreprises pour calculer l'audience au niveau interprofessionnel et au niveau des branches. Les résultats de ce scrutin révèlent toutefois « *le peu d'appétence des salariés des TPE pour le syndicalisme*²⁵⁵ ».

²⁵⁴ (A.) MAZEAUD, art. préc., p. 152.

²⁵⁵ *Ibid.*

Sous-titre 2 : Une légitimité renforcée par la loi du 20 août 2008

La loi du 20 août 2008, largement inspirée de la Position commune du 9 avril 2008, modifie les critères de la représentativité. Il s'agit alors de déterminer sur quoi portent ces modifications et à terme, quelles seront les conséquences de la réforme sur le paysage syndical français.

L'innovation majeure de la loi du 20 août 2008 réside dans le fait qu'elle assied la légitimité syndicale sur la légitimité électorale, inversant la tendance antérieure qui ne voyait dans le critère de l'audience qu'un critère secondaire, privilégiant la représentativité présumée à la représentativité prouvée²⁵⁶.

La mise en avant de la légitimité électorale constitue une étape importante, nécessaire à la mise en place de la démocratie sociale dans l'entreprise. C'est donc logiquement que le législateur a érigé l'audience en critère dominant pour la reconnaissance de la représentativité. Ce faisant, alors que dans le système antérieur à 2008 la reconnaissance de la représentativité reposait essentiellement sur des critères qualitatifs, le législateur privilégie le critère quantitatif de l'audience, avec les conséquences juridiques qu'emporte ce changement (Chapitre 1).

Parallèlement, notamment en définissant les règles de mesure de l'audience et parce qu'elle entraîne le passage d'une représentativité présumée à une représentativité prouvée, la loi du 20 août 2008 concourt à l'extension du principe de concordance. Cette évolution laisse présager certaines suites jurisprudentielles (Chapitre 2).

²⁵⁶ Cf. *Supra* Sous-titre 1, Chapitre 2.

Chapitre 1 - L'audience électorale, critère quantitatif dominant mais non exclusif

Avant la réforme du 20 août 2008, la représentativité prouvée s'appréciait selon les critères posés par la loi du 11 février 1950²⁵⁷, énumérés à l'article L. 133-2 du Code du travail²⁵⁸. Ces critères, non cumulatifs²⁵⁹, étaient alors au nombre de cinq : l'indépendance, les effectifs, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté, et l'attitude patriotique du syndicat pendant l'Occupation. A ces critères la jurisprudence a ajouté des critères « secondaires », à savoir l'activité et de l'influence du syndicat²⁶⁰.

La réforme de 2008 innove de plusieurs façons. Elle impose désormais le cumul des critères de représentativité et en introduit de nouveaux, notamment celui de la transparence financière. Ces nouveautés emportent certaines conséquences juridiques qu'il convient d'examiner tout en s'interrogeant sur l'opportunité de tels changements (Section 1).

Par ailleurs, la loi du 20 août 2008 a conservé certains des anciens critères de représentativité et en a modifié d'autres (Section 2).

Section 1 - Les innovations de 2008

La loi du 20 août 2008 apporte deux innovations majeures. La première réside dans le fait que les critères de la représentativité sont désormais tous cumulatifs. Il en résulte qu'a priori, le juge n'aura plus beaucoup de marge d'appréciation : si les critères ne sont pas tous réunis, le syndicat n'est pas représentatif. Il semblerait toutefois que la Cour de cassation ait fait une interprétation plutôt extensive, voire libre, de ce principe en décidant malgré tout que certains critères ont un caractère relatif (§1).

En second lieu, la loi du 20 août 2008 introduit le critère de la transparence financière, qui se révèle utile à la mise en œuvre de la démocratie sociale dans l'entreprise (§2).

²⁵⁷ Loi du 11 février 1950, préc.

²⁵⁸ Devenu article L. 2121-1 du Nouveau Code du travail.

²⁵⁹ Cass. Soc., 5 novembre 1986, n° 86-60.043, *Bull. Civ. V*, n° 512 ; Cass. Soc., 8 février 1994, n° 93-60.141, inédit.

²⁶⁰ Cf. *Infra* §2.

§1. L'exigence du cumul : une exigence stricte ?

L'exigence du cumul des critères remédie au problème posé par le caractère polymorphe de la représentativité qui obligeait les juges à déterminer la combinaison des critères de représentativité (I).

Cependant, la Cour de cassation a visiblement fait une interprétation plutôt libre de ce principe, établissant une distinction entre les critères devant être satisfaits de manière autonome et ceux devant être appréciés globalement (II).

I. Un remède au caractère polymorphe de la notion de représentativité

Le caractère cumulatif des critères de représentativité constitue une nouveauté. En effet, auparavant, la Cour de cassation procédait à un examen des critères et à leur combinaison. Cependant, une fois le critère de l'indépendance constaté, elle n'imposait pas un strict cumul des autres critères pour établir la représentativité des syndicats. La loi du 20 août 2008 va donc plus loin en posant comme principe le cumul des sept critères légaux et de ce fait, réduit la marge de manœuvre du juge dont le contrôle sera nécessairement moins souple que par le passé.

L'exigence du cumul imposé par la loi du 20 août a le mérite d'ôter tous les doutes qui pesaient sur la combinaison des critères de la représentativité : les juges n'auront plus à apprécier la prééminence des critères.

La jurisprudence relative à l'appréciation de la notion de représentativité devrait toutefois continuer à se développer après 2008. En effet, le critère prétorien de l'influence, dont les contours sont laissés à l'appréciation des juges, est maintenu²⁶¹.

De plus, la position commune du 9 avril 2008 a pris le soin de préciser que les critères devaient s'apprécier « dans un cadre global » tandis que le projet de loi prévoit que « tous les critères devront être remplis mais que leur pondération pourra varier selon les situations et les niveaux en fonction de leur importance relative ». Une certaine liberté semble donc laissée aux juges dans l'appréciation des critères selon le contexte dans lequel intervient cette

²⁶¹ Cf. *Infra* §2, II.

appréciation. Une nouvelle source de contentieux et vraisemblablement de nouvelles constructions jurisprudentielles se profilent donc à l'horizon²⁶².

II. L'interprétation « libre » de la Cour de cassation : des critères toujours relatifs après 2008

La Chambre sociale de la Cour de cassation a rendu un arrêt surprenant le 29 février 2012²⁶³ qui n'a pas manqué de susciter de nombreux commentaires. A première vue, cette décision semble en effet peu conforme à l'intention législative dans la mesure où la Haute juridiction retient que « *si les critères posés par l'article L. 2121-1 du Code du travail doivent tous être réunis pour établir la représentativité d'un syndicat et si ceux tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière doivent être satisfaits de manière autonome, ceux relatifs à l'influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, aux effectifs d'adhérents et aux cotisations, à l'ancienneté dès lors qu'elle est au moins égale à deux ans et à l'audience électorale dès lors qu'elle est au moins égale à 10% des suffrages exprimés, doivent faire l'objet d'une appréciation globale* ». Cependant, cet arrêt s'inscrit en réalité de façon logique dans la jurisprudence de la Cour de cassation et a par ailleurs le mérite d'offrir une interprétation plus proche du texte de la Position commune d'avril 2008.

Dans cette affaire, le syndicat CGT de l'Institut de gestion sociale des armées (IGESA) qui avait obtenu 16,13% des suffrages exprimés lors du premier tour des élections des titulaires du comité d'établissement « siège » de l'IGESA, avait désigné en qualité de délégué syndical et de délégué syndical central une salariée ayant elle-même obtenu 14,4% des suffrages au premier tour de l'élection des délégués du personnel de cet établissement. Le tribunal avait toutefois annulé les élections, retenant notamment que la représentativité du syndicat dans cet établissement n'était pas établie au regard du critère de l'influence dans la mesure où les actions du syndicat avaient été menées conjointement avec d'autres organisations syndicales et intéressaient l'ensemble de l'entreprise. Le tribunal a également relevé que la CGT n'avait que trois adhérents dans cet établissement qui compte 211 inscrits sur les listes électorales.

²⁶² (G.) BORENFREUND, Le nouveau régime de la représentativité syndicale, *Revue de droit du travail*, décembre 2008, p. 714 ; cf. *Infra* II.

²⁶³ Cass. Soc., 29 février 2012, n° 11-13.748, *Bull.* 2012 V, n° 83.

Avant 2008, la Cour de cassation admettait que dès lors que l'indépendance et l'influence d'un syndicat étaient caractérisées, le tribunal d'instance pouvait apprécier souverainement sa représentativité²⁶⁴. Autrement dit, à l'exception de l'indépendance, les critères requis pour l'appréciation de la représentativité avaient une valeur relative²⁶⁵. Les juges devaient prendre en compte tous les critères de représentativité mais dans le cadre d'une appréciation pondérée²⁶⁶. Avec l'intervention législative de 2008 qui impose le cumul des sept nouveaux critères de représentativité se pose la question de savoir si une telle interprétation des juges est toujours possible : tous les critères sont-ils susceptibles d'une appréciation globale pondérée²⁶⁷ ?

Dans l'arrêt du 29 février 2012²⁶⁸, la Cour de cassation retient un principe d'ordre général : l'exigence du cumul des critères posée par la loi du 20 août 2008 impose qu'on les vérifie tous²⁶⁹. La lecture du texte de la loi du 20 août 2008 laissait penser que désormais, les critères doivent tous être obligatoirement satisfaits, sans qu'un critère puisse venir compenser la faiblesse d'un autre, comme c'était le cas auparavant. C'est d'ailleurs la lecture faite par le tribunal d'instance saisi de l'affaire CGT/IGESA.

Toutefois, la Cour de cassation retient qu'en réalité, seuls trois critères doivent impérativement être réunis pour que le syndicat puisse accéder à la qualité représentative : le respect des valeurs républicaines, l'indépendance et la transparence financière. Il s'agit donc de critères autonomes, ne pouvant pas faire l'objet d'une appréciation pondérée. On comprend aisément pourquoi la Haute juridiction a retenu ces derniers : l'indépendance a été maintes fois consacrée comme critère nécessaire à l'existence même du syndicat²⁷⁰. Le respect des valeurs républicaines n'est pas, par nature, un critère susceptible d'être pondéré : on ne saurait imaginer une institution qui ne respecte pas les valeurs de la République. Le critère des valeurs républicaines suscite certes quelques interrogations et controverses²⁷¹ mais il est alors question de l'interprétation qu'il convient d'en faire et non de pondération de ce critère dans

²⁶⁴ Cass. Soc., 3 décembre 2002, n° 01-60.729 : Jurisdata n° 2002-016630 ; Cass. Soc., 24 mai 2006, n° 05-60.246 : Jurisdata n° 2006-033744 ; *Bull. Civ.* 2006, n° 194.

²⁶⁵ (B.) GAURIAU, « Critères de représentativité : entre appréciation disjointe et appréciation conjointe », note sous Cass. Soc., 29 février 2012, *JCP S* n° 15, 10 avril 2012, p. 38.

²⁶⁶ Rapport annuel de la Cour de cassation, 2002, disponible sur : <http://www.courdecassation.fr>.

²⁶⁷ (J.-M.) BERAUD, « Représentativité : pondération des critères et transparence financière », Rapport sur Cass. Soc., 29 février 2012, *Dr. Ouv.* Mai 2012, p. 315.

²⁶⁸ Cass. Soc., 29 février 2012, préc.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ Cf. *Infra* Section 2.

²⁷¹ Cf. *Infra* Section 2.

le cadre de l'appréciation de la représentativité. La transparence financière quant à elle est un corollaire de l'indépendance²⁷² : l'opacité des comptes d'un syndicat, par exemple, pourrait faire douter de son indépendance financière.

Les autres critères, à savoir l'ancienneté, l'influence, l'audience (dès lors qu'elle est au moins égale à 10%), les effectifs d'adhérents et les cotisations, doivent être appréciés de manière globale.

Certains de ces critères peuvent donc venir compenser la faiblesse d'un autre. Avec une nuance toutefois : la Cour de cassation maintient l'exigence d'une ancienneté d'au moins deux ans, conformément au texte de la loi du 20 août 2008. Un syndicat qui ne satisfait pas à cette condition ne pourra pas être reconnu représentatif. De même, un syndicat qui n'a pas obtenu l'audience requise ne pourra pas être représentatif. L'influence, les effectifs d'adhérents et cotisations ne peuvent donc pas compenser une audience insuffisante ou une ancienneté de moins de deux ans. En revanche, l'audience et l'ancienneté du syndicat, si elles sont suffisamment fortes, pourraient être retenues par les juges pour compenser une influence ou un nombre d'adhérents plus faible.

La Cour de cassation adopte donc une position qui peut paraître non conforme à l'intention législative qui impose le cumul des sept critères de représentativité²⁷³. Cette interprétation procède toutefois d'une logique certaine, au regard notamment du contexte syndical en France qui se caractérise, entre autres, par un taux de syndicalisation plutôt bas. Il est alors cohérent de relativiser la prise en considération du des effectifs d'adhérents et des cotisations du syndicat pour apprécier sa représentativité, ceux-ci devant davantage servir d'indices de représentativité que de conditions nécessaires pour pouvoir y prétendre, comme c'était le cas avant 2008.

Ainsi, conformément à la jurisprudence antérieure, les cotisations doivent être d'un montant suffisant pour assurer le fonctionnement et l'indépendance du syndicat²⁷⁴.

La condition d'effectif s'apprécie au regard du taux de syndicalisation dans l'entreprise et des effectifs des syndicats présumés représentatifs²⁷⁵. La faiblesse des effectifs peut toutefois être compensée par une activité et un dynamisme suffisants²⁷⁶.

²⁷² Cf. *Infra* §2.

²⁷³ (B.) TEYSSIE, « 2008-2012 : les syndicats, le législateur et le juge », *JCP S* n° 22, 29 mai 2012, p. 15.

²⁷⁴ Cass. Soc., 8 janvier 1997, n° 95-60.995, préc.

²⁷⁵ Cass. Soc., 18 décembre 2000, n° 99-60.472, préc.

Par une décision conjointe du 13 mars 1947²⁷⁷, le président du Conseil et le Ministre du Travail ont instauré des seuils d'effectifs en-dessous desquels un syndicat ne pouvait pas participer à une négociation collective. Cependant, craignant une atteinte au pluralisme syndical, les juges ont été amenés à écarter le mode de calcul instauré par la circulaire du 13 mars 1947²⁷⁸.

Initialement envisagé comme critère dominant, le critère des effectifs a donc, sans être écarté, été relégué à un rang secondaire, au profit de l'indépendance du syndicat. Le critère des effectifs demeure toutefois un critère important car les effectifs conditionnent les cotisations, lesquelles doivent être suffisantes pour garantir l'indépendance du syndicat vis-à-vis de l'employeur²⁷⁹.

La condition d'effectif constitue donc un élément important dont l'examen permet de conforter l'indépendance du syndicat, mais non un élément déterminant pour la reconnaissance de la représentativité. Comme le relève Albert Arseguel, la Cour de cassation s'est toujours attachée « à une analyse globale des éléments de la représentativité sans jamais attribuer à l'un des critères de l'article L. 133-2 le caractère d'une condition nécessaire et suffisante²⁸⁰ ».

L'influence « prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience » du syndicat constitue quant à elle un critère par nature relatif, laissé à l'appréciation du juge. Ce qui explique que la Cour de cassation reconnaisse aux juges une marge d'appréciation assez large pour ce critère. Si la position adoptée par la Cour de cassation le 29 février 2012 peut surprendre, on notera qu'elle se rapproche davantage du texte de la position commune de 2008 qui prévoyait que les critères de représentativité devaient s'apprécier « dans un cadre global²⁸¹ ».

Une mise à jour des critères légaux de la représentativité s'imposait²⁸². Toutefois, comme le souligne le Professeur Arseguel, on pouvait déplorer que ces critères « favorisent une approche quantitative de la représentativité [alors que] le faible niveau de

²⁷⁶ Cass. Soc., 8 novembre 1988, n° 87-60.326, préc.

²⁷⁷ Circ. Croizat du 13 mars 1947 (deux décisions) : JO du 15 mars 1947, p. 2444 ; (C.) FOURCADE, Thèse préc., p. 188.

²⁷⁸ (C.) FOURCADE, Thèse préc., p. 189.

²⁷⁹ Cass. Soc., 8 janvier 1997, arrêt préc.

²⁸⁰ (A.) ARSEGUEL, thèse préc., p. 163.

²⁸¹ Cf. *Supra* I.

²⁸² (A.) ARSEGUEL, thèse préc. ; voir aussi *Infra* Section 2.

*syndicalisation n'est pas appelé à s'élever*²⁸³ ». Jean-Maurice Verdier s'interrogeait quant à lui sur la pertinence de ne retenir que l'audience comme critère de la représentativité « *alors qu'en jurisprudence l'audience d'un syndicat est souvent mesurée aussi à sa capacité de mobilisation et d'entraînement dans les actions déclenchées sur le terrain*²⁸⁴ ». Le législateur de 2008 a préféré ériger l'audience, critère quantitatif, en critère dominant, plutôt que l'influence, par exemple, qui est un critère qualitatif. Cependant, la loi du 20 août 2008 n'apportant pas de solution au problème de fond du déclin du syndicalisme en France, celui-ci reste toujours d'actualité. On voit mal alors pourquoi les juges auraient changé leur appréciation en la matière : il est possible de retenir l'audience comme critère dominant mais un rééquilibrage des critères quantitatif à l'aide de critères plus qualitatifs est nécessaire. Au regard de ces différents éléments, la solution que la Cour de cassation retient dans l'arrêt du 29 février 2012 nous paraît donc tout à fait pertinente.

§2. La transparence financière au service de la démocratie sociale

En 2006, le rapport Hadas-Lebel²⁸⁵ indiquait que le financement des syndicats « *se caractérise par une grande opacité : à notre connaissance, aucun document public ou administratif ne présente une synthèse des ressources financières des syndicats en France, ni même des mécanismes de financement* ».

Suite à « l'affaire IUMM », les partenaires sociaux ont reçu le 26 décembre 2007 un « complément au document d'orientation sur la démocratie sociale du 18 juin 2007 » qui proposait trois thèmes : « critères de la représentativité, règles de validité des accords, négociation collective dans les PME ». A ces thèmes, le gouvernement a ajouté ceux du « financement des organisations syndicales et professionnelles » et du « champ d'application des règles de la démocratie sociale en matière de temps de travail », invitant les partenaires sociaux à lui communiquer leur avis sur ces points²⁸⁶ et inscrivant les dernières lignes de ce qui allait devenir la loi du 20 août 2008.

Désormais, pour accéder à la représentativité, les syndicats doivent donc respecter le principe de transparence financière inscrit dans la loi du 20 août 2008. L'exigence de ce

²⁸³ (A.) ARSEQUEL, « Réformer sans bouleverser », art. préc., p. 288.

²⁸⁴ (J.-M.) VERDIER, art. préc., p. 286.

²⁸⁵ « Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales », préc.

²⁸⁶ (J.E.) RAY, préc., p. 141 et 142.

critère complète celui du respect des valeurs républicaines, destiné à assurer la moralité du syndicat²⁸⁷.

Le dispositif de 2008 s'appuie notamment sur la certification des comptes des organisations syndicales et professionnelles.

Ainsi, l'article 10 de la loi du 20 août impose aux syndicats professionnels, représentatifs ou non, et aux unions de syndicats d'établir des comptes annuels²⁸⁸.

Ce même article précise que les syndicats, les unions, et associations de salariés ou d'employeurs qui contrôlent une ou plusieurs personnes morales sans avoir de lien d'affiliation ou d'adhésion avec ces dernières doivent établir des comptes consolidés ou fournir, en annexe à leurs propres comptes, les comptes de ces personnes morales²⁸⁹. Ils devront ensuite assurer la publicité de ces comptes²⁹⁰. Les syndicats professionnels ou d'employeurs dont les ressources dépassent 230 000€ devront quant à eux nommer un commissaire aux comptes²⁹¹.

Les conditions de publicité des comptes ont été précisées par deux décrets du 28 décembre 2009²⁹². Ainsi, si les comptes sont égaux ou supérieurs à 230 000 €, les organisations doivent les transmettre par voie électronique au Journal Officiel, qui en assure la publicité²⁹³; si les comptes des organisations sont inférieurs à 230 000 € elles peuvent en assurer la publicité en les envoyant au Journal officiel par voie électronique, ou à défaut en les déposant à la Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi (DIRECCTE) compétente²⁹⁴.

Les comptes annuels ainsi déposés par les organisations sont librement consultables, sous réserve toutefois que cette consultation ne porte pas atteinte à la vie privée des membres de ces organisations (en tout cas pour les organisations dont les comptes sont inférieurs à 23 000€²⁹⁵). La DIRECCTE peut donc rendre anonymes les mentions permettant

²⁸⁷ (B.) TEYSSIE, « A propos de la rénovation de la démocratie sociale », *Dr. Soc.* 2009, p. 629.

²⁸⁸ Art. L. 2135-1 et D. 2135-1 et suivants du Code du travail.

²⁸⁹ Art. L. 2135-2 du Code du travail.

²⁹⁰ Art. L. 2135-5 du Code du travail.

²⁹¹ Art. L. 2135-6 du Code du travail.

²⁹² Décret n° 2009-1664 du 28 décembre 2009 relatif à la certification des comptes des syndicats professionnels et associations de salariés ou d'employeurs et Décret n° 2009-1665 du 28 décembre 2009 relatif à l'établissement, à la certification et à la publicité des comptes des syndicats professionnels de salariés ou d'employeurs et de leurs unions et des associations de salariés ou d'employeurs mentionnés à l'article L. 2135-1 du Code du travail.

²⁹³ Art. D. 2135-7 du Code du travail.

²⁹⁴ Art. D. 2135-8 du Code du travail.

²⁹⁵ Art. D. 2135-8 du Code du travail.

l'identification des membres avant communication des documents comptables de l'organisation concernée.

Le critère de la transparence financière est le fruit d'un processus législatif et jurisprudentiel relativement ancien, dont les contours ont été définitivement arrêtés en 2007. Il ressort de l'examen de la jurisprudence et des lois que les ressources des organisations syndicales, qu'elles soient d'origine étatique ou privée, doivent être réparties équitablement entre les syndicats. Quelques inégalités de traitement sont toutefois tolérées, sous certaines conditions (I). L'étude de cette jurisprudence antérieure présente un double intérêt : au regard du critère de la transparence financière d'abord, mais aussi parce qu'elle fait référence au critère de l'influence, retenu par le législateur de 2008 pour apprécier la représentativité des syndicats.

On constate par ailleurs que la transparence financière est nécessaire à la mise en œuvre de la démocratie sociale (II). En introduisant ce critère, la réforme de 2008 va donc dans le sens de la démocratie sociale, sans toutefois résoudre le problème de fond du financement des syndicats.

I. Les inégalités de traitement tolérées

Avec le déclin du syndicalisme, la question du financement des syndicats devient de plus en plus importante.

En effet, le nombre d'adhérents et de cotisants étant en constante diminution, on est arrivé à se demander comment les syndicats pouvaient se maintenir et continuer leurs actions sans avoir recours à des financements externes, autrement dit sans perdre leur indépendance.

A ce propos, malgré l'existence du critère indispensable, de l'indépendance²⁹⁶, on note que depuis une dizaine d'années les subventions patronales indirectes aux syndicats sont acceptées. Ainsi, en 1990, la société AXA par exemple, a initié un système de subvention patronale indirecte aux syndicats dans le cadre d'un accord relatif au « bon de financement syndical ». Ce système consistait à remettre aux salariés des bons, d'une valeur de 49,60 euros pour les cadres et 41,60 euros pour les autres ; une collecte était alors organisée, pendant six

²⁹⁶ Cf. *Infra* §2.

semaines, auprès des salariés qui pouvaient, s'ils le souhaitaient, donner leur bon à une organisation syndicale. Ce système nous semble ingénieux car il garantit l'indépendance des syndicats et évite les discriminations qui pourraient résulter de l'attribution directe de ce genre de subvention, comme par exemple, le fait de n'attribuer les subventions patronales qu'aux seuls syndicats signataires d'un accord collectif²⁹⁷. Il s'agit d'un système licite dans la mesure où l'employeur ne favorise pas directement un syndicat plus qu'un autre : le choix final revient aux salariés. Tant que l'employeur assure une répartition égalitaire des subventions, le système choisi est licite au regard des principes de non discrimination et d'égalité syndicale.

Cependant une jurisprudence de 2007 entérine la répartition inégalitaire des subventions patronales entre les syndicats d'une même entreprise.

En l'espèce, un accord applicable aux entreprises du bâtiment répartissait de manière égale entre les syndicats les participations des entreprises au financement du dialogue social. En 2003, il a été envisagé de modifier cette répartition en allouant 3/13ème de cette participation à la CFDT, la CGT et CGT-FO, et 2/13ème à la CFTC et la CFE-CGC qui ont saisi le juge judiciaire de la question.

La Chambre sociale de la Cour de cassation a tranché dans un arrêt rendu en octobre 2007²⁹⁸, décidant que « *Ni l'article 6 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, ni l'article 6 du préambule de la Constitution, ni l'article L. 120-2 du Code du travail*²⁹⁹, ne font obstacle à ce qu'un accord collectif établisse des règles de répartition inégalitaire d'une contribution au financement du dialogue social entre les organisations syndicales représentatives, dès lors, d'une part, que cette répartition n'a ni pour objet, ni pour effet d'imposer à quiconque l'adhésion ou le maintien de l'adhésion à une organisation syndicale, aucune organisation syndicale représentative n'en étant exclue. Que d'autre part, la différence de traitement est justifiée par des raisons objectives matériellement vérifiables liées à l'influence de chaque syndicat dans le champ de l'accord ».

Subventionner davantage un syndicat plutôt qu'un autre est donc possible, à condition que la différence de répartition soit justifiée par des éléments objectifs, compte tenu notamment de l'influence du syndicat dans l'entreprise. Certains accords antérieurs prévoyaient même le

²⁹⁷ Arrêt Cegelec : Cass. Soc., 29 mai 2001, n°98-23.078, *Bull. Civ. V*, n° 185, p. 146.

²⁹⁸ Cass. Soc., 10 octobre 2007, n° 05-45.347, Syndicat CFE-CGC du bâtiment et des travaux publics, Fédération Bati-Mat-TP CFTC c./ Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment ; (G.) BORENFREUD, « Le financement des syndicats sous l'emprise de l'autonomie collective ? », *Dr. Soc.*, janvier 2008, p. 106-112.

²⁹⁹ Art. L. 1121-1 du Nouveau Code du travail.

versement d'une contribution patronale en fonction des résultats électoraux des organisations syndicales³⁰⁰.

On remarque que la loi du 20 août 2008 s'inscrit dans la lignée de l'arrêt du 10 octobre 2007³⁰¹ en ce qu'elle entend reconnaître la représentativité des syndicats en fonction de leur influence réelle dans l'entreprise³⁰².

II. Un critère nécessaire à la mise en œuvre de la démocratie sociale

De nombreuses entreprises, plutôt que d'adopter un système comme celui mis en place chez AXA³⁰³, préfèrent financer elles-mêmes directement les sections syndicales.

Pour s'assurer que le syndicat reste indépendant vis-à-vis de l'employeur, il est impératif de vérifier l'ampleur de ce type de subvention, qui doit rester une source de financement secondaire pour l'organisation concernée. La lisibilité des budgets des syndicats et surtout l'analyse de leur structure est donc indispensable. Cette nécessité se faisait doublement sentir avec l'entrée en vigueur de la réforme d'août 2008 qui favorise notamment la création des sections syndicales et modifie le critère de l'influence.

A titre d'exemple de structure budgétaire, citons la CFDT qui a publié son budget officiel³⁰⁴ en 2006, indiquant que celui-ci se composait à 73% de ressources d'origine interne : 65 millions d'euros de cotisations de ses adhérents ; 4,4 millions d'euros de « produits financiers » ; 5,3 millions de « ventes de publications et guides juridiques » ; 0,6 millions au titre des indemnités de membres du CES et 0,7 millions au titre du « bénévolat militant ».

Mais aussi 11,56 millions d'euros de moyens externes, à savoir : 4,82 millions de subventions ministérielles pour la formation et les études ; 2,63 millions au titre de la mise à disposition de salariés dans le cadre du droit syndical et 3,63 millions provenant des institutions paritaires (Sécurité sociale, Unedic, formation professionnelle) où siègent des administrateurs CFDT.

³⁰⁰ Ex : accord Renault du 23 juin 2000 sur la représentation du personnel et la concertation sociale chez Renault, *Liaisons sociales* du 26 juillet 2000, n° 119, p. 4.

³⁰¹ Cass. Soc., 10 octobre 2007, préc.

³⁰² Cf. *Infra* Section 2, §2.

³⁰³ Cf. *Supra* I.

³⁰⁴ Document disponible sur : <http://www.cfdt.fr>.

Comme le relève Jean-Emmanuel Ray³⁰⁵, il ressort clairement de ces chiffres que les seules cotisations ne suffisent plus à financer le syndicat. A l'évidence, la majorité des ressources financières des syndicats proviennent de sources externes. Ce constat appelle plusieurs remarques.

D'une part, soulignons que de tels financements sont légaux, à condition toutefois qu'ils ne remettent pas en cause l'indépendance des syndicats. La lisibilité des comptes des syndicats est donc indispensable pour vérifier leur indépendance et leur représentativité, puisque l'indépendance est un critère nécessaire à l'acquisition de cette qualité.

D'autre part, ce constat révèle les problèmes de financement des syndicats qui résultent du déclin du syndicalisme. Ce déclin expliquait la tendance des juges, avant 2008, à privilégier les critères qualitatifs, comme l'influence, pour reconnaître la représentativité des syndicats³⁰⁶. Le législateur de 2008 s'oriente plutôt vers des critères quantitatifs. Ce choix peut se justifier à certains égards mais peut aussi poser problème au regard de la situation du syndicalisme en France³⁰⁷.

Enfin, on remarque que la loi du 20 août 2008 ne comporte aucune mesure invitant les salariés à se syndiquer davantage, laissant entier le problème de la faiblesse des effectifs et des cotisations, donc du financement des syndicats.

Si cette réforme entraîne une multiplication des syndicats, il faudra également envisager une multiplication des financements, donc des dépenses de l'Etat pour des syndicats qui n'auront pas nécessairement une influence très importante³⁰⁸.

Par conséquent, à l'heure actuelle, aucune solution n'a été proposée pour résoudre le problème de fond du financement des syndicats : ce dernier est toujours censé reposer sur les cotisations, qui en pratique, sont insuffisantes. Les organisations syndicales doivent donc recourir à des sources externes qu'il est difficile de contrôler en dépit de l'obligation de publicité des comptes instaurée par la loi du 20 août 2008.

³⁰⁵ (J.E.) RAY, « Sur le financement des syndicats », *Dr. Soc.* février 2008, p. 143.

³⁰⁶ Cf. *Infra* Section 2, §2..

³⁰⁷ Cf. *Supra* §1.

³⁰⁸ La loi du 20 août 2008 s'est d'ailleurs accompagnée d'un financement conséquent, fixé par la loi de finances 2008 qui prévoit « pour le dialogue social et la démocratie sociale » un total de 83,2 millions d'euros d'aides étatiques et 29,9 millions de crédits de paiement.

Par ailleurs, on peut s'interroger sur la médiatisation des syndicats et son incidence sur le vote des salariés. Cette médiatisation résulte des actions de l'organisation syndicale. Mais ces actions ne sont possibles que si le financement du syndicat est suffisant. On peut alors se demander si les subventions étatiques ne doivent pas être strictement identiques pour tous les syndicats dans la mesure où, indirectement, elles constituent un privilège susceptible d'influencer le choix des travailleurs.

Il conviendrait alors de s'assurer que les sources de financement d'origine étatique sont réparties équitablement entre les syndicats. Notons qu'il existe depuis longtemps un dispositif qui impose aux organisations syndicales dont les structures locales sont financées par les collectivités territoriales de présenter aux conseils municipaux, départementaux ou régionaux concernés, un rapport expliquant l'utilisation des subventions³⁰⁹. Le Conseil constitutionnel a précisé que ces dispositions ne devaient pas « avoir pour effet d'autoriser une assemblée locale à traiter inégalement des structures locales des organisations syndicales représentatives également éligibles à l'octroi de telles subventions du fait des missions d'intérêt général qu'elles remplissent sur le plan local³¹⁰ ».

En revanche, concernant les sources de financement d'origine « privée » rien n'empêche l'application de la jurisprudence de 2007³¹¹ qui approuve l'accord collectif autorisant une répartition inégalitaire des contributions des entreprises dès lors que cette répartition ne porte pas atteinte à la liberté d'adhésion et que la différence de traitement est justifiée par des raisons objectives.

Ces différents constats démontrent que l'introduction d'un critère permettant de vérifier les sources de financement des syndicats s'imposait afin de garantir l'égalité de traitement entre les organisations et par conséquent la mise en œuvre de la démocratie sociale dans l'entreprise. Car on ne saurait parler d'une véritable démocratie si dès le départ tous les acteurs potentiels ne disposent pas des moyens leur permettant d'exercer leurs missions et incidemment de conquérir un électorat.

³⁰⁹ Art. L. 2251-3-1, L. 3231-3-1 et L. 4253-5 CGCT.

³¹⁰ Cons. Constit. DC n° 2001-455 du 12 janvier 2002, JO du 18 janvier 2001, p. 1053.

³¹¹ Cass. Soc., 10 octobre 2007, n° 05-45.347, préc.

Section 2 - Les critères maintenus

Comme le souligne Monsieur Boubli³¹², « *les critères légaux et jurisprudentiels de la représentativité peuvent être ramenés à deux grands groupes : ceux qui relèvent de l'indépendance et ceux qui témoignent de l'activité du syndicat dans l'entreprise* ».

L'attitude patriotique, les effectifs et les cotisations s'inscrivent dans la première catégorie tandis que l'ancienneté, l'expérience, l'activité et l'influence viennent intégrer la seconde.

Comme dans le système antérieur à 2008, certains critères doivent impérativement être satisfaits pour que le syndicat puisse se constituer, et donc exister. On constate que le législateur a ainsi maintenu le critère de l'indépendance et remplacé celui de l'attitude patriotique par la notion, plus moderne, de « respect des valeurs républicaines » (§1). Par ailleurs, il a apporté quelques modifications aux critères liés à l'activité des syndicats (§2).

§1. Les critères nécessaires à l'existence du syndicat

L'indépendance est une condition nécessaire à la reconnaissance de la représentativité du syndicat. Sa vérification est complétée par d'autres critères légaux, notamment celui de l'attitude patriotique du syndicat pendant l'Occupation.

Le législateur de 2008 a maintenu le critère de l'indépendance comme condition nécessaire à la constitution du syndicat (I). Par ailleurs, il a remplacé le critère de l'attitude patriotique qui était devenu désuet, mais était néanmoins utile en raison de la dimension éthique qui le sous tendait (II).

I. L'indépendance, une condition nécessaire

Le premier critère auquel doit impérativement satisfaire le syndicat qui souhaite prouver sa représentativité est celui de l'indépendance. Cette exigence s'explique par des raisons pratiques.

L'indépendance constitue en effet une garantie de la liberté syndicale, sans laquelle le droit syndical ne peut s'exercer.

³¹² (B.) BOUBLI, « A propos de la représentativité syndicale », *SSL*, 11 janvier 1999, n° 916, p. 8.

Le syndicat doit être indépendant par rapport à l'employeur. Ce critère constitue le socle de la représentativité et plus encore, la condition d'existence du groupement syndical. Les autres critères visent, d'une manière ou d'une autre, à confirmer ou à assurer cette indépendance du syndicat³¹³, qui garantit la réalité de son action au profit des salariés et l'empêche de devenir l'instrument d'autres acteurs, sociaux ou politiques.

L'indépendance ne suffit toutefois pas à elle seule à prouver la représentativité du syndicat³¹⁴.

En principe, l'indépendance du syndicat, si elle n'est pas contestée, est présumée. Le juge doit donc simplement la constater. En revanche, si elle est discutée, le juge doit se baser sur d'autres indices. C'est ainsi que la jurisprudence a été amenée à introduire d'autres critères, en sus des critères légaux, à savoir l'influence et l'activité du syndicat³¹⁵.

La loi du 20 août 2008 a maintenu le critère de l'indépendance sans y apporter de modifications particulières. Elle n'a d'influence que sur la combinaison de ce critère avec les autres pour acquérir la qualité représentative.

Après 2008, l'indépendance du syndicat demeure toujours une condition sine qua non de son existence.

Ni la loi, ni la jurisprudence ne définissent le critère de l'indépendance. Il faut donc logiquement se référer aux règles antérieures : l'indépendance des syndicats demeure donc présumée, il incombe à celui qui la conteste de prouver que cette condition n'est pas remplie³¹⁶.

Les effectifs et les cotisations garantissent l'autonomie du syndicat dans ses relations avec l'employeur. La jurisprudence précise d'ailleurs expressément que les cotisations doivent être d'un montant suffisant pour assurer le fonctionnement et l'indépendance du syndicat³¹⁷.

Cependant, auparavant, la représentativité des syndicats pouvait être établie en combinant l'indépendance avec un ou deux autres critères, notamment celui de l'influence³¹⁸.

³¹³ (P.) BOUBLI, La représentativité syndicale dans l'entreprise, *SSL* supplément du n°1263, 29 mai 2006, p. 8.

³¹⁴ Cass. Soc., 24 sept. 2003, n° 02-60.615, non publié au bulletin.

³¹⁵ Voir *Infra* §2.

³¹⁶ (B.) GAURIAU, « La rénovation de la démocratie sociale », *JCP S*, 2 septembre 2008, n° 36, p. 15.

³¹⁷ Cass. Soc., 8 janvier 1997, n° 95-60.995, *Bull. Civ. V*, n°13.

³¹⁸ Cass. Soc. 3 décembre 2002, préc. ; voir aussi Cass. Soc., 3 octobre 2007, n° 06-60226, *Bull. Civ. V*, n° 150 ; Cf. *Supra* Section 1, §1.

Une telle jurisprudence aurait pu être inapplicable à l'avenir dans la mesure où le législateur de 2008 a imposé le cumul des sept nouveaux critères pour la reconnaissance de la représentativité des syndicats³¹⁹. La Cour de cassation en a toutefois décidé différemment en retenant que les critères de l'indépendance, des valeurs républicaines et de la transparence financière doivent être satisfaits de manière autonome mais que les autres critères peuvent faire l'objet d'une appréciation globale³²⁰. Les effectifs d'adhérents et les cotisations s'ils sont suffisamment forts peuvent ainsi être retenus par les juges pour compenser un critère plus faible. Inversement, si les effectifs et cotisations sont trop faibles, cela ne suffit pas à refuser la représentativité au syndicat : il convient auparavant de vérifier si l'audience, l'ancienneté et l'influence du syndicat en question ne témoignent pas suffisamment de son caractère représentatif.

II. De l'attitude patriotique au respect des valeurs républicaines : une exigence d'éthique

En vertu de l'ancien article L. 133-2 du Code du travail³²¹, pour être reconnu représentatif, le syndicat doit avoir fait preuve d'une attitude patriotique pendant l'Occupation. Ce critère procède de la même veine que celui de l'indépendance ; il vise à vérifier l'indépendance du syndicat vis-à-vis de l'autorité de l'occupant pendant la Seconde Guerre mondiale ; il tend à veiller à ce que le syndicat ne devienne pas un instrument politique. Ce critère contribue à assurer l'intégrité du syndicat. Il revêt donc clairement une dimension éthique, ce qui explique qu'il n'ait pas été purement et simplement supprimé par la loi du 20 août 2008, mais remplacé par le critère du respect des valeurs républicaines.

Le critère de l'attitude patriotique résulte des circonstances historiques qui l'ont entouré. En effet, il a été institué par une circulaire de 1945³²² qui précise qu'il convient de « *prendre en considération les états de services patriotiques des syndicats et leur loyauté en matière d'application de la législation sociale. Les organisations qui sont restées étrangères à l'action du soi disant gouvernement de Vichy, qui ont rejeté toute ingérence de l'occupant, qui ont lutté contre la charte du travail et pour le respect de la liberté syndicale, qui ont pris*

³¹⁹ Cf. *Supra* Section 1..

³²⁰ Cass. Soc., 29 février 2012, préc. ; Cf. *Supra* Section 1, §1.

³²¹ Art. L. 2121-1 du Nouveau Code du travail.

³²² Circ. Parodi du 28 mai 1945 : JO du 28 juin 1945, p. 3915 ; *Dr. Soc.* 1945, p. 275.

collectivement une part active à la résistance clandestine [...] ont acquis, de ce fait, des titres de nature à consacrer leur caractère d'organisations représentatives ³²³».

Cependant, la Seconde Guerre mondiale est loin désormais et les tensions consécutives à cette dernière se sont considérablement apaisées. L'expression « attitude patriotique » est tombée en désuétude. A tel point que la loi du 20 août 2008 l'a finalement supprimée. Mais il est toujours nécessaire de s'assurer d'une certaine éthique de la part des syndicats, comme l'a encore rappelé la Cour de cassation en 1998³²⁴. Le législateur de 2008 a donc préservé la référence aux valeurs de la République qu'impliquait le critère de l'attitude patriotique en le remplaçant par le critère du « respect des valeurs républicaines ».

Selon nous, le législateur a effectué un choix pertinent en retenant le critère du respect des valeurs républicaines malgré les controverses auxquelles a pu donner lieu ce nouveau critère (A). Ce dernier suscite toutefois lui aussi son lot d'interrogations juridiques sur la durée, notamment dans l'hypothèse où un syndicat viendrait à ne plus remplir cette condition alors qu'il a désigné des représentants ou délégués dans l'entreprise. Quid alors des sanctions envisageables dans la mesure où la loi du 20 août 2008 ne précise rien à ce sujet (B) ?

A. La dimension éthique du critère des valeurs républicaines : pertinence et controverses

Un problème aurait pu se poser concernant la notion de « valeurs républicaines » car si la Position commune d'avril 2008 en proposait une définition³²⁵, le législateur ne l'a pas retenue. De plus, le fait de retenir un critère extérieur à l'histoire des syndicats peut surprendre. Ce choix suit toutefois une orientation logique, pour plusieurs raisons.

D'une part, si ce critère n'est pas propre aux syndicats et à leur histoire, il présente l'avantage de rapprocher les syndicats de la société et, en quelque sorte de les y intégrer, en proposant le modèle d'un syndicat citoyen. Compte tenu de la perte de vitesse que connaît le syndicalisme ces dernières années, un tel rapprochement est, à notre sens, opportun.

Accessoirement, la loi du 20 août 2008 marque la volonté des partenaires sociaux de se soumettre à une autre institution : la République. Au premier abord, le constat est plutôt

³²³ Circ. n°9 DRP, 28 mai 1945 : JO du 28 juin 1945, p. 3915 ; *Dr. Soc.* 1945, p. 277.

³²⁴ Cass. Ch. Mixte, 10 avril 1998, n° 97-17.870.

³²⁵ Position commune du 9 avril 2008, art. 1-6.

positif mais quelques réserves peuvent être émises, tant la notion de République est juridiquement incertaine³²⁶. Elle fait en effet tantôt référence à une forme de gouvernement, tantôt à un ensemble de valeurs philosophiques. Si la forme de gouvernement peut être identifiée, il n'en va pas de même des valeurs philosophiques qui se révèlent souvent très variables selon l'angle sous lequel on les appréhende. A ce niveau, le choix d'une autre institution aurait peut-être été plus judicieux. Le législateur aurait peut-être même pu saisir l'occasion pour tenter une harmonisation avec le droit européen en choisissant des valeurs européennes.

D'autre part, le critère du respect des valeurs républicaines s'inscrit dans la logique juridique.

En effet, s'il n'était pas nommé, ce critère était déjà sous-jacent dans les constructions juridiques antérieures.

Ce critère est en adéquation avec la loi et la jurisprudence de la Cour de cassation. Car rappelons le, la loi dispose que « Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts »³²⁷. L'objet des syndicats doit donc rester strictement professionnel. La formulation légale met toutefois l'accent sur l'idée de défense des intérêts non seulement matériels mais aussi moraux.

De ce principe, la Cour de cassation a tiré les conséquences légales en décidant qu'un syndicat qui, sous couvert d'un objet conforme à l'article L. 2131-1³²⁸ du Code du travail, poursuit des objectifs exclusivement politiques et agit contrairement aux dispositions de l'article L. 1132-1³²⁹ du Code du travail et aux principes de non-discrimination contenus dans la Constitution³³⁰, les engagements internationaux ou les textes à valeur constitutionnelle, a un objet illicite³³¹.

Cette jurisprudence fait écho à la loi du 1er juillet 1901³³² relative au contrat d'association qui dispose dans son article 3 que « toute association fondée sur une cause ou un objet illicite,

³²⁶ (Y.) PAGNERRE, Le respect des valeurs syndicales ou « l'éthique syndicale », *JCP S* 2009, p. 11.

³²⁷ Article L. 2131-1 CT (ancien article L. 411-1).

³²⁸ Ancien article L. 411-1 CT.

³²⁹ Ancien article L. 122-45 CT.

³³⁰ Cf. notamment l'article 1er de la Constitution qui précise que « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances ».

³³¹ Cass. Ch. Mixte, 10 avril 1998, n° 97-17.870 : JurisData n° 1998-001727 ; *Bull. Civ. Ch. Mixte* n°2, SSL 4 mai 1998, n°885, p. 10.

³³² Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association : JO 2 juillet 1901, p. 4025.

contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement est nulle et de nul effet ».

Le syndicat n'est pas une association mais son statut en est très proche. Par conséquent, il doit également respecter les valeurs visées par la loi du 1er juillet 1901, qui vise précisément « la forme républicaine du gouvernement ». On note que la référence aux bonnes mœurs contenue dans la loi de 1901 implique également une référence à des valeurs morales.

Suivant ces textes, les partenaires sociaux ont précisé dans l'article 1er de la position commune du 9 avril 2008 que « *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 toute intolérance* ». Ainsi, la référence à un ensemble de valeurs morales implique la référence à une éthique de la part des syndicats pour qu'ils puissent se constituer.

En retenant le critère des valeurs républicaines dans la loi du 20 août 2008, le législateur a donc à la fois conservé les règles relatives à l'objet du syndicat et renforcé les principes de non discrimination, de liberté d'opinion politique, philosophique ou religieuse, qui doivent servir de base à la représentation des salariés. Si le critère des valeurs républicaines n'est pas défini exactement par la loi, on constate que le législateur comme les partenaires sociaux ont entendu valoriser ces principes de non-discrimination, garantis par de nombreux textes nationaux et européens. Ainsi, bien que les valeurs républicaines n'aient pas été clairement définies dans la loi, il est fort probable que la mise en œuvre de ce critère ne pose pas de problèmes particuliers au juge qui devrait suivre son orientation jurisprudentielle antérieure en la matière ou suivre l'intention du législateur qui elle, est assez apparente.

B. Les sanctions envisageables

Une difficulté survient cependant avec l'intervention de la loi du 20 août 2008. Elle tient au fait que jusque là, le critère du respect des valeurs républicaines, même s'il n'était pas nommé, était reconnu par la loi et la jurisprudence comme une condition d'existence du syndicat et d'exercice du droit syndical.

La donne change avec la loi du 20 août 2008 qui vient poser ce critère comme condition d'accès à la qualité représentative. Le contrôle du juge et les contentieux risquent alors de prendre un tour différent, qu'il s'agisse des modalités procédurales ou de l'application des sanctions.

Plusieurs cas de figure sont envisageables.

Tout d'abord, il est permis de se demander ce qui se passera si un syndicat légalement constitué ne respecte plus les valeurs républicaines alors qu'un de ses membres a un mandat en cours³³³. Faut-il conclure à l'extinction immédiate du mandat, voire à la dissolution pure et simple du syndicat ? Peut-on accepter que le syndicat se repente et conserve l'intégralité de ses prérogatives ?

Au niveau probatoire, ces questions ne posent pas de véritables problèmes. Conformément au droit antérieur, il appartient à celui qui se prévaut du non-respect des valeurs républicaines de le prouver³³⁴. Un tel comportement ne saurait être présumé dans la mesure où, en principe, le groupement qui ne satisfait pas au critère du respect des valeurs républicaines ne peut pas accéder au statut de syndicat. La Cour de cassation précise en outre qu'il incombe au demandeur d'établir que l'organisation syndicale en cause poursuit effectivement, dans ses actions, un but illicite, contraire aux valeurs républicaines, en vue du renversement de l'Etat ou incitant à la violence par exemple³³⁵. Peu importe les mentions figurant dans les statuts du syndicat, seuls comptent les actes qui lui sont imputables³³⁶.

La jurisprudence a par ailleurs décidé que l'action en contestation de la qualité professionnelle d'un syndicat est ouverte à toute personne qui justifie d'un intérêt à agir³³⁷.

En revanche, la question de la sanction pose problème selon le moment auquel intervient la violation et selon la qualité de l'auteur de la violation. Celle-ci peut en effet intervenir juste avant les élections professionnelles ou la désignation d'un délégué syndical par exemple. Elle peut être le fait d'un délégué du personnel, d'un délégué syndical, ou d'un simple adhérent. Il nous semble indispensable que le juge, confronté à ce type de contentieux, prenne en compte ces différents éléments.

Concernant la présentation d'un candidat aux élections professionnelles, nous nous accordons à dire, comme Monsieur Pagnerre³³⁸, que la déchéance devrait être prononcée si une organisation syndicale venait à ne plus respecter les valeurs républicaines entre deux

³³³ (Y.) PAGNERRE, Le respect des valeurs républicaines ou « l'éthique syndicale », *JCP S* 2009, p. 9.

³³⁴ (Y.) PAGNERRE, préc., p. 9 ; Cass. Soc., 13 octobre 2010, n° 10-60.130, *Bull.* 2010, V, n° 135 ; Cass. Soc., 8 juillet 2009, n° 08-60.599, *Bull.* 2009, V, n° 181.

³³⁵ (H.) TISSANDIER, « De l'importance des statuts du syndicat depuis la loi du 20 août 2008 », *RDT* décembre 2010, p. 729 ; Cass. Soc., 13 octobre 2010, préc.

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ Cass. Ch. Mixte, 10 avril 1998, préc.

³³⁸ (Y.) PAGNERRE, art. préc., p.9.

élections. Cette sanction devrait également être étendue au cas où une organisation syndicale viole le critère des valeurs républicaines pendant le laps de temps qui sépare la présentation des candidats du scrutin du premier tour.

Il nous paraît logique d'appliquer la même sanction à l'organisation qui souhaiterait désigner un délégué syndical, l'acceptation d'un repentir nous paraissant difficilement envisageable, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, parce que le droit nécessite l'existence de règles fiables, stables ; afin de garantir la sécurité juridique, il vaut mieux éviter de renvoyer les litiges à l'appréciation du juge au cas par cas. Accessoirement, la connaissance d'une sanction rigide et forte est dissuasive et donc généralement plus efficace qu'une sanction « souple ». Evidemment, il convient de ne pas tirer de ce constat la conclusion que les sanctions rigides et fortes constituent une solution convenable ou souhaitable en toute hypothèse ; mais il nous semble que de telles sanctions s'imposent fréquemment lorsqu'un principe juridique important, un principe sociétairer majeur ou l'ordre public est en cause. Si l'on érige le critère des valeurs républicaines en condition nécessaire d'accès à la représentativité, si l'on prend en compte le fait que ce critère a été consacré par la jurisprudence antérieure qui n'a pas hésité à l'associer à des principes généraux du droit, comme le principe de non-discrimination, il convient de considérer que ce critère est un corollaire de certains grands principes et doit être protégé au même titre que ces derniers. Logiquement, la déchéance constitue alors une sanction adaptée.

De même, l'hypothèse dans laquelle une organisation syndicale affiliée à une confédération ne respecte plus les valeurs républicaines ne pose pas de problèmes particuliers ; dans ce cas, il est évident que la sanction ne doit pas s'étendre à l'ensemble du groupement, mais se limiter à la branche qui se place dans l'illicéité. La déchéance ne devrait alors être prononcée qu'à l'encontre de la section de l'organisation ayant commis la violation.

Le problème est différent dans l'hypothèse où une organisation syndicale qui a désigné un délégué syndical ne respecterait soudain plus les valeurs républicaines. Est-il judicieux de révoquer le mandat du délégué syndical qui serait affilié à cette organisation si, individuellement il n'a commis aucune violation, et priver ainsi les salariés d'un représentant ?

Suivant le raisonnement précédent, nous pensons qu'il faudrait prononcer la déchéance du syndicat coupable de violation des valeurs républicaines.

Cependant, dans cette hypothèse, il serait plus judicieux de laisser une chance de repentir au syndicat en cause, au moins jusqu'à la fin du mandat du délégué syndical, en prévenant le syndicat qu'une révocation de mandat est possible par voie judiciaire s'il persiste à violer les valeurs républicaines. Dans ce cas, il convient en quelque sorte de temporiser la sanction, en laissant du temps au syndicat qui, dans un premier temps, ne recevrait qu'un simple avertissement.

§2. Les modifications apportées aux critères liés à l'activité du syndicat

Pour assurer l'égalité syndicale et résoudre certains problèmes liés au déclin du taux de syndicalisation en France, les magistrats ont apporté quelques précisions et compléments aux critères légaux.

Dans ces jurisprudences se profilaient déjà le critère de l'audience retenu par la loi du 20 août 2008 (I) et celui de l'influence, destiné à être promu au rang de critère déterminant de la représentativité par les juges (II).

I. Les prémices du critère de l'audience

On constate que la référence à l'audience, plus particulièrement à l'audience basée sur les résultats électoraux, reprise par la loi du 20 août 2008, ne constitue pas une nouveauté.

Ainsi, dès 1970, la Cour de cassation qualifiait l'audience de « *condition essentielle de la représentativité syndicale*³³⁹ ».

En 1971, l'administration précisait que les organisations syndicales les plus représentatives sont celles qui démontrent qu'elles ont vocation à s'exprimer au nom de l'ensemble des salariés, cette aptitude ne pouvant exister que si elles « *disposent d'une audience auprès de tous les travailleurs et si elles justifient que leurs effectifs et leur influence sont bien répartis entre les différentes régions et les divers secteurs professionnels*³⁴⁰ ».

³³⁹ Cass. Soc., 7 janvier 1970, *Dr. Ouv.* 1971, p. 120 ; (A.) ARSEGUEL, thèse préc., p. 167.

³⁴⁰ Réponse ministérielle n° 1345 : JOAN du 6 février 1971, p. 364 ; (A.) ARSEGUEL, thèse préc., p. 270.

Dès 1973, le Conseil d'Etat a jugé qu'il peut être légalement tenu compte des résultats des élections aux comités d'entreprise pour apprécier la représentativité d'une organisation³⁴¹. Les juges ont eu recours au critère de l'audience pour pallier à l'absence de recensement officiel permettant de déterminer les effectifs des syndicats. Néanmoins, ils estimaient alors que le critère de l'audience ne pouvait servir à lui seul à déterminer la représentativité d'un syndicat, le fait de voter étant moins significatif que celui de se syndiquer³⁴².

Les juges avaient alors anticipé le dispositif de la loi du 20 août 2008 qui va toutefois plus loin en érigeant le critère de l'audience en critère dominant et en imposant une condition d'ancienneté de deux ans, mettant ainsi un terme à la jurisprudence antérieure qui accordait la reconnaissance de la représentativité aux syndicats récemment constitués justifiant d'une activité suffisante pour caractériser leur influence.

Le critère de l'ancienneté a initialement été retenu afin d'éviter la constitution rapide de syndicats par une minorité de personnes dans le seul but de contester un événement ponctuel. L'ancienneté constitue en quelque sorte un gage de sérieux et de fiabilité du syndicat. Ce critère pose plus problème au regard des syndicats qui viennent d'être créés dans la mesure où ces derniers ne peuvent pas justifier d'une quelconque ancienneté³⁴³.

Toutefois, dans un arrêt rendu le 24 mai 2000, la chambre sociale de la Cour de cassation a résolu ce problème en décidant que l'absence d'ancienneté peut être compensée par la démonstration d'une activité et d'une influence réelles³⁴⁴.

Cette solution jurisprudentielle montre que l'expérience, entendue comme la capacité revendicative du syndicat, l'efficacité de ses actions, constitue le critère le plus important des deux. On relève d'ailleurs que les deux critères sont reliés dans l'ancien article L. 133-2 du Code du travail par la conjonction de coordination « et », soulignant le fait que l'ancienneté du syndicat s'apprécie au regard de ses activités passées, donc de son expérience³⁴⁵.

Cependant, on remarque que très tôt, les juges n'ont pas hésité à adopter une conception extensive des notions d'expérience et d'ancienneté, soupçonnées d'entraver l'action de

³⁴¹ CE sect., 26 octobre 1973, Fédération Nationale des syndicats indépendants et des industries chimiques et similaires et confédération générale des syndicats indépendants, p. 599.

³⁴² (C.) FOURCADE, Thèse préc., p. 197 ; (F.) PETIT, obs. sous Cass. Soc., 20 octobre 2011, n° 11-60.203, *Bull.* 2011 V, n° 238.

³⁴³ Cass. Soc., 9 juin 1999, n° 98-60.338, inédit.

³⁴⁴ Cass. Soc., 24 mai 2000, n° 99-60.242, inédit.

³⁴⁵ (C.) FOURCADE, thèse préc., p. 202.

syndicats récemment formés mais néanmoins actifs, en substituant à ces critères ceux de l'influence et de l'activité réelle du syndicat. Ce faisant, les magistrats ont souhaité éviter la consolidation de situations acquises au profit d'organisations syndicales qui ne seraient pas nécessairement plus actives que les autres. Au regard du principe de l'égalité syndicale, il aurait en effet été anormal d'octroyer des privilèges fondés sur la simple constatation d'une ancienneté qui ne démontre pas l'efficacité réelle d'un syndicat.

Ainsi, un syndicat qui a trente ans d'existence mais n'a pas d'activité n'est pas représentatif³⁴⁶.

A contrario, la constitution récente d'un syndicat, son absence d'ancienneté, n'exclut pas, à elle seule, la représentativité si elle est compensée par des effectifs significatifs, une activité réelle, une influence se reflétant dans les résultats électoraux³⁴⁷.

II. L'influence promue au rang de critère déterminant de la représentativité

Tandis que le Conseil d'Etat évoquait le critère de l'audience à cette époque, la Cour de cassation a développé celui de l'influence.

La Haute juridiction a alors jugé qu'un syndicat ne peut être considéré comme représentatif dès lors « qu'il ne résulte d'aucun élément de la procédure que le syndicat eut fait état de l'importance de ses effectifs, de son influence, ou de l'expérience (...), ce qui aurait été indispensable pour établir la représentativité qu'il prétendait avoir³⁴⁸».

Par la suite, la jurisprudence a suivi cette orientation en précisant qu'un syndicat dont l'activité est nulle ne peut pas prétendre être représentatif. Ce dernier critère ne suffit toutefois pas à lui seul à prouver la représentativité d'un syndicat³⁴⁹. On note également que l'activité, si elle constitue un indice d'influence, ne suffit pas à elle seule à établir l'influence du syndicat.

³⁴⁶ Cass. Soc., 3 mars 1983.

³⁴⁷ (J.) PELISSIER, (A.) SUPLOT, (A.) JEAMMAUD, *Précis de droit du travail*, 22^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 685 ; Cass. Soc., 21 juillet 1981, *Bull. Civ. V*, n°727 et 730 ; Cass. Soc., 21 mai 1986, *Bull. Civ. V*, n° 236 ; Cass. Soc., 16 mai 1990, *Bull. Civ. V*, n° 235 ; Cass. Soc., 12 juillet 1994, n° 93-60.110, n° 92-60.116, n°93-60.085, inédits.

³⁴⁸ Cass. Soc. 27 octobre 1971 : JurisData n° 1971-099597 ; *Bull. Civ.* 1971 V, n° 597.

³⁴⁹ Cass. Soc., 8 février 1994, n° 93-60.141, préc.

En 2002, la Cour de cassation a définitivement érigé l'influence, aux côtés de l'indépendance, au rang de critère déterminant de la représentativité des syndicats en précisant que « *dès lors qu'il constate l'indépendance, et caractérise l'influence au regard des critères énumérés par l'article L. 133-2 du Code du travail, le tribunal d'instance apprécie souverainement la représentativité*³⁵⁰ ».

Cette décision présente un double intérêt : d'une part, elle rappelle que l'indépendance du syndicat est une condition nécessaire à la reconnaissance de sa représentativité. D'autre part, elle précise que le cumul des deux critères, indépendance et influence, peut suffire à reconnaître la représentativité d'un syndicat, nonobstant l'appréciation des autres critères.

La Cour de cassation a donc invité les juges à ne pas se limiter aux critères énumérés par la loi pour apprécier la représentativité des syndicats mais à tenir compte de leur place réelle dans l'entreprise, en se basant notamment sur des indices tels que l'audience, l'influence ou encore l'activité réelle du syndicat. Autrement dit, en privilégiant des critères qualitatifs plutôt que des critères quantitatifs.

Ainsi, les juges ont essayé de résoudre le problème du faible taux de syndicalisation des salariés en privilégiant un syndicalisme de représentation à un syndicalisme d'adhésion³⁵¹. Ce faisant, ils ont également posé les bases juridiques d'un raisonnement suivi par le législateur en 2008, qui privilégie également le syndicalisme de représentation, mais utilise les anciens critères qu'il a maintenus de manière différente.

Par la suite, la Cour de cassation a fait référence à plusieurs reprises au critère de l'influence, lui conférant davantage d'importance. Ainsi, dans un arrêt rendu le 25 janvier 2006, la Haute juridiction a censuré le Tribunal d'instance qui avait retenu la représentativité d'un syndicat « *par des motifs ne caractérisant pas l'influence du syndicat*³⁵² ».

La loi du 20 août 2008 a conservé ce critère pour la reconnaissance de la représentativité et l'a intégré dans le Code du travail.

³⁵⁰ Cass. Soc. 3 décembre 2002 : *JurisData* n° 2002-016630 ; *RJS* 2003, n° 212 ; voir aussi Cass. Soc., 3 octobre 2007, n° 06-60226, *Bull. Civ. V*, n° 150.

³⁵¹ (E.) LETOMBE, La notion d'influence dans le droit de la représentativité syndicale, *JCP S* 17 juin 2008, p. 4.

³⁵² Cass. Soc., 25 janvier 2006, n° 04-60.437 ; (G.) BORENFREUND, « La reconnaissance de la représentativité syndicale, quelques interrogations autour de trois décisions », *Dr. Soc.* septembre-octobre 2006, p. 871.

Les contours de la notion d'influence restent néanmoins assez flous, la Cour de cassation les appréciant de manière variable comme en témoignent quelques exemples jurisprudentiels.

Ainsi, en 2004, la Cour de cassation a reconnu la qualité représentative à un syndicat qui ne justifiait d'aucune activité syndicale et dont les effectifs étaient assez faibles³⁵³. A contrario, dans des arrêts postérieurs, elle a refusé la représentativité au syndicat dont l'absence d'influence a été caractérisée³⁵⁴. En 2007, la Haute Juridiction a reconnu la représentativité d'un syndicat dont l'influence « est réelle »³⁵⁵.

On notera cependant que la Cour de cassation a d'ores et déjà commencé à apporter des précisions concernant notamment l'hypothèse d'un syndicat qui s'est désaffilié. La Haute juridiction indique à ce sujet que « *la rupture du lien d'affiliation n'exclut pas que, pour apprécier l'influence de ce syndicat, le juge prenne en considération l'ensemble de ses actions, y compris celles qu'il a menées alors qu'il était affilié à une confédération syndicale dont il s'est par la suite désaffilié*³⁵⁶ ». Pour apprécier l'influence d'un syndicat, les juges pourront donc prendre en compte l'expérience acquise par ce dernier avant sa désaffiliation. Cette solution est logique car elle respecte le principe de la liberté syndicale : l'appréciation des nouveaux critères de représentativité ne doit pas être de nature à remettre en cause la liberté d'agir du syndicat, ainsi que de s'affilier ou de se désaffilier. Il est donc logique que l'ancienneté ou l'influence du syndicat ne soient pas remis en cause par le simple fait qu'il s'affilie ou se désaffilie, ces choix devant rester libres.

³⁵³ Cass. Soc., 13 juillet 2004, n° 03-60.431, inédit.

³⁵⁴ Cass. Soc., 28 septembre 2005, n° 05-60.039, inédit.

³⁵⁵ Cass. Soc., 4 avril 2007, n° 06-60.152, inédit.

³⁵⁶ Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-26.545, *Bull.* 2011, V, n° 213 ; (M.) GREVY, « De quelques incidences de la désaffiliation sur la représentativité et l'exercice du droit syndical », *RDT* décembre 2011, p. 713.

Chapitre 2 : L'extension du principe de concordance : des suites jurisprudentielles prévisibles

Le principe de concordance signifie que « *d'une manière générale, les critères et conditions de représentativité doivent être appliqués et appréciés dans le cadre territorial et professionnel qui est celui de la question pour laquelle la représentativité est requise*³⁵⁷ ».

La loi du 20 août 2008 étend ce principe au niveau de l'entreprise et de l'établissement, mais aussi au niveau de la branche et au niveau national et interprofessionnel de différentes façons.

Dans les deux cas, l'extension du principe de concordance aura des conséquences pour les juges, que ce soit sur la latitude qui leur est laissée pour apprécier la représentativité au niveau de l'entreprise ou de l'établissement (Section 1), ou sur les précisions jurisprudentielles attendues concernant les critères à prendre en compte au niveau national et interprofessionnel (Section 2).

Section 1 - Au niveau de l'entreprise et de l'établissement : la restriction du rôle des juges

En modifiant les critères de l'ancienneté et de l'influence, la loi du 20 août 2008 concourt à l'extension du principe de concordance en renforçant la prise en compte des champs professionnels et géographiques. En même temps, elle modifie le rôle du juge dans l'appréciation de la représentativité.

La loi du 20 août 2008 a des incidences contradictoires sur le rôle des magistrats. En effet, d'une part, la combinaison des critères de l'audience et de l'influence qu'elle impose entraîne un affaiblissement du rôle du juge. Ce constat appelle quelques remarques (§1).

D'autre part, les contentieux suscités par la réforme ont conduit les magistrats à préciser la notion d'ancienneté du syndicat dans le champ géographique et professionnel considéré,

³⁵⁷ (J.M.) VERDIER, « Syndicats et droit syndical », Dalloz 1987, vol. 1, n° 173 ; (F.) FAVENNEC-HERY, « La représentativité syndicale », *Dr. Soc.* juin 2009, p. 632 ; (J.) PELISSIER, (G.) AUZERO, (E.) DOCKES, Précis de droit du travail, préc., p. 1016.

nous rappelant que les juges auront encore un rôle essentiel à jouer dans la mise en œuvre de la réforme (§2).

§1. L'affaiblissement du rôle du juge

La Position commune d'avril 2008 précise que l'influence se caractérise par « l'activité l'expérience et l'implantation géographique et professionnelle du syndicat »³⁵⁸.

La loi du 20 août 2008 a conservé ces critères mais les applique différemment.

Ainsi, le critère de l'influence introduit par la Cour de cassation est préservé mais son contenu est désormais limité à deux éléments, à savoir l'activité et l'expérience du syndicat et, dans certains cas, son implantation géographique et professionnelle. Par le jeu des critères de l'audience et de l'influence ainsi entendue, le rôle des juges se trouve restreint (I). Cette restriction nous paraît en contradiction avec l'objectif de la réforme de 2008 (II).

I. La restriction du rôle du juge

La Cour de cassation, dans un arrêt du 3 décembre 2002, énonce que « *dès lors qu'il constate l'indépendance, et caractérise l'influence au regard des critères énumérés par l'article L. 133-2 du Code du travail*³⁵⁹, le tribunal d'instance apprécie souverainement la représentativité³⁶⁰ ».

Par cet arrêt, l'influence a définitivement été érigée en critère déterminant de la représentativité et les juges ont montré leur volonté de privilégier l'appréciation des critères qualitatifs plutôt que celle des critères quantitatifs que sont les effectifs et les cotisations.

Ainsi, la représentativité s'apprécie de manière plus concrète, au regard de l'influence réelle du syndicat dans l'entreprise.

En conservant le critère de l'influence, et en y ajoutant celui de l'audience le législateur a donc suivi cette voie.

Cependant, par l'adjonction du critère de l'audience, désormais cumulatif, il a également restreint le rôle du juge qui disposait auparavant d'une grande liberté d'appréciation dans les contentieux relatifs à la représentativité. Avec l'intégration du critère de l'audience, le rôle du

³⁵⁸ Position commune du 9 avril 2008, préc., art. 1-1.

³⁵⁹ Article L. 2121-1 du Nouveau Code du Travail.

³⁶⁰ Cass. Soc., 3 décembre 2002, préc.

juge risque d'être davantage centré sur le règlement des contentieux électoraux³⁶¹ que sur l'appréciation de la représentativité proprement dite, les résultats aux élections professionnels constituant des éléments objectifs que les magistrats ne peuvent pas véritablement remettre en cause ou interpréter.

Par ailleurs, la notion d'influence était jusque là relative³⁶², les juges pouvant librement apprécier l'ampleur de l'activité du syndicat dans l'entreprise. Désormais, l'appréciation de l'influence s'effectue au regard de l'activité et de l'expérience. Des éléments de mesure de l'influence sont donc clairement posés par la loi qui apporte ainsi à la fois des précisions au système antérieur de représentativité, mais aussi des restrictions. La création prétorienne relative aux critères de la représentativité pourrait donc être plus limitée après l'intervention de la réforme de 2008.

II. Une restriction en contradiction avec l'objectif de la loi ?

On peut s'interroger sur la pertinence du critère de l'influence ainsi appréhendé. En effet, dans l'ancien système, les juges vérifiaient que l'influence était caractérisée par des éléments suffisamment probants pour, éventuellement, compenser la faiblesse d'autres critères, comme les effectifs ou les cotisations. Ils veillaient toutefois à ce que l'appréciation d'ensemble des critères soit équilibrée. Était-il vraiment nécessaire de rendre ces critères cumulatifs et de restreindre le contrôle du juge sur le critère de l'influence ? Le système antérieur fonctionnait plutôt bien à ce niveau et sur ce point, le choix opéré par le législateur nous semble discutable.

En effet, l'activité doit être combinée avec l'expérience du syndicat.

La notion d'expérience renvoie à celle d'ancienneté.

La loi du 20 août 2008 indique que pour être représentatif, le syndicat concerné devra justifier d'une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation. Ainsi, pour la négociation d'un protocole d'accord préélectoral, doivent être invitées les organisations syndicales représentatives au niveau de l'entreprise ou de l'établissement concerné³⁶³.

³⁶¹ Sur ce point, voir (M.L.) MORIN, « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes : validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord », *Dr. Soc.* janvier 2008, p. 26.

³⁶² (E.) LETOMBE, La notion d'influence dans le droit de la représentativité syndicale, préc., p. 4.

³⁶³ Art. L. 2324-4 al. 2 du Code du travail..

Le législateur précise que cette ancienneté s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts.

L'exigence d'une ancienneté minimale de deux ans met fin à la possibilité réservée au juge de déterminer la représentativité d'un syndicat récent par son influence³⁶⁴.

On peut également s'interroger sur la pertinence du choix opéré par le législateur qui, aux termes de l'article L. 2121-1 du Code du travail caractérise l'influence « prioritairement » par l'activité et l'expérience du syndicat. En effet, un syndicat très actif et expérimenté peut ne pas être influent. La position commune retenait plus judicieusement l'implantation géographique et professionnelle comme critère constant. La loi du 20 août 2008 ne retient ce dernier élément que pour caractériser la représentativité des syndicats au niveau de la branche professionnelle³⁶⁵.

On s'aperçoit que le législateur souhaitait, avec la loi du 20 août 2008, que la représentativité des syndicats corresponde davantage aux réalités du terrain. Cependant, en instaurant des critères objectifs et en restreignant le rôle des juges, la réforme de 2008 ne favorise pas nécessairement l'adaptation du droit à la pratique. On ne saurait reprocher au législateur les imperfections : les nouveaux critères ont le mérite d'être clairs, plus précis. La contrepartie de cette précision est la réduction de la marge d'interprétation des juges, donc moins de souplesse dans l'appréciation de la représentativité. Cette restriction du rôle des juges nous semble finalement peu souhaitable au regard de l'objectif affiché par le législateur, l'adaptation aux réalités de l'entreprise nécessitant au contraire une grande souplesse pour couvrir un maximum de cas.

§2. L'intervention nécessaire des juges

La loi du 20 août 2008 associe le critère de l'ancienneté au principe de concordance (I). Par ailleurs, elle introduit le critère de la compétence géographique et professionnelle du syndicat, ce qui en soi, ne constitue pas une réelle nouveauté, mais pose cependant des problèmes d'interprétation (II).

³⁶⁴ Cass. Soc. 5 mai 1998 : JurisData n°1998-002030 ; *RJS* 1998, n° 755.

³⁶⁵ Art. L. 2122-5 2° du Code du travail.

I. L'exigence d'ancienneté associée au principe de concordance

L'ancienneté est un ancien critère. Elle a simplement été précisée par la loi du 20 août 2008 qui exige que le syndicat soit constitué depuis au moins deux ans pour acquérir la qualité représentative ou, s'il s'agit d'un syndicat non représentatif, exercer certaines prérogatives³⁶⁶. Cette exigence d'ancienneté de deux ans pour pouvoir constituer une section syndicale a d'ailleurs été jugée licite³⁶⁷ par la Cour de cassation qui a refusé de renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité d'un syndicat qui y voyait une atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution³⁶⁸.

La compétence professionnelle et géographique du syndicat dans le champ couvrant le niveau de négociation ne constitue quant à elle qu'un rappel du principe de spécialité des syndicats qui figure dans le Code du travail³⁶⁹. Ce principe de spécialité des syndicats signifie qu'un syndicat a vocation à défendre les intérêts matériels et moraux « des personnes mentionnées dans [ses] statuts³⁷⁰ ». Il ne s'agit donc pas d'une réelle nouveauté.

En revanche, le législateur de 2008 innove en exigeant que pour être représentatif, un syndicat soit légalement constitué depuis au moins deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation concerné. L'exigence d'ancienneté est donc ainsi précisée, mais surtout associée au principe de concordance³⁷¹.

Des contentieux sont toutefois apparus concernant les syndicats qui ont dû modifier leurs statuts pour satisfaire aux nouvelles exigences légales. La loi du 20 août 2008 subdivise en effet l'ancienneté en deux branches : d'un côté l'ancienneté du syndicat proprement dite, c'est-à-dire sa date de constitution, et de l'autre, l'ancienneté du syndicat dans le champ professionnel et géographique considéré. En effet, la loi du 20 août 2008 énonce que les

³⁶⁶ Comme par exemple présenter un candidat au premier tour des élections professionnelles.

³⁶⁷ Cass. Soc., 30 novembre 2011, n° 11-40.072, *Bull.* 2011 V, n° 278 : « L'exigence d'une ancienneté minimale de deux ans subordonnant la constitution par une organisation syndicale d'une section syndicale au sein de l'entreprise, [...] constitue une **condition raisonnable et proportionnée** pour garantir la mise en œuvre du droit de participation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs représentants et l'exercice par le syndicat de prérogatives au sein de l'entreprise, sans priver le salarié de la liberté d'adhérer au syndicat de son choix ».

³⁶⁸ Cass. Soc., 30 novembre 2011, préc ; note (B.) GAURIAU, *JCP S* n° 8, 21 février 2012, p. 39-40.

³⁶⁹ Art. L. 2131-1 et L. 2131-2 du Code du travail.

³⁷⁰ Art. L. 2131-1 du Code du travail.

³⁷¹ (F.) FAVENNEC-HERY, "La représentativité syndicale", préc. p. 636.

syndicats doivent être « légalement constitués depuis au moins deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation³⁷² ».

Ainsi, un tribunal d'instance a jugé que l'ancienneté d'un syndicat s'apprécie à la date de dépôt de ses statuts et de ses éventuelles modifications lorsqu'elles portent sur le champ géographique ou professionnel du syndicat³⁷³. De même, le changement d'affiliation d'un syndicat a été considéré par les juges comme équivalent à la création d'un nouveau syndicat qui ne pouvait par conséquent satisfaire à l'exigence d'ancienneté posée par la loi du 20 août 2008³⁷⁴.

Il ressort de ces différentes décisions que le changement d'affiliation ou du champ géographique et professionnel n'affecte pas la personnalité civile du syndicat, sa date de constitution, donc son ancienneté strictement entendue. En revanche, celui-ci ne remplit plus la condition de couverture du champ géographique et professionnel de deux ans posée par la loi.

Le doute reste toutefois permis quant à l'interprétation proposée dans la mesure où l'article L. 2121-1 du Code du travail précise que l'ancienneté « s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts ». Si l'on s'en tient à une interprétation restrictive, une modification des statuts ne devrait donc pas affecter la condition d'ancienneté, à moins qu'une intention frauduleuse soit effectivement démontrée.

La Cour de cassation a finalement réglé ces questions en décidant que dès lors que le syndicat respecte l'objet syndical, c'est-à-dire la défense des intérêts matériels et moraux de ses membres, il est libre de modifier ses statuts ou de changer d'affiliation. Ces événements ne privent à aucun moment le syndicat de sa personnalité juridique et par conséquent, de son ancienneté³⁷⁵. Ce qui ne dispense pas l'organisation syndicale de couvrir le champ géographique de l'entreprise. Ainsi, le syndicat dont les statuts couvraient le département du Rhône et non celui de l'Isère où était implanté l'établissement dans lequel se déroulaient les élections professionnelles, n'avait pas le droit de présenter des candidats au premier tour³⁷⁶.

³⁷² Art. L. 2121-1 4° du Code du travail.

³⁷³ TI, Juvisy-sur-Orge, 7 mai 2009 ; (P.) CLEMENT, « Loi portant rénovation de la démocratie sociale : nouvelles précisions des tribunaux », *JSL*, n° 260, 29 juillet 2009, p. 5.

³⁷⁴ TI Lyon, 17 février 2009 ; (P.) CLEMENT, art. préc.

³⁷⁵ Cass. Soc., 3 mars 2010, n° 09-60.283, STAAP UNSA c./SPASAF et autres, *Bull. 2010 V*, n° 54.

³⁷⁶ Cass. Soc., 22 septembre 2010, n° 09-60.480, Association l'Oeuvre du Bon Pasteur c./Garcia et autres, *Bull. 2010 V*, n° 185.

II. L'interprétation délicate du critère du « champ géographique »

Les juges ont choisi d'interpréter le critère du « champ géographique » que doit couvrir le syndicat non représentatif pour pouvoir créer une section syndicale, en appliquant le principe de concordance entre le cadre de la désignation du représentant de section et le champ géographique qui doit être couvert par le syndicat pour qu'il puisse procéder à cette désignation. Cette interprétation, non conforme à l'esprit de la loi du 20 août 2008, a été censurée par la Cour de cassation qui décide que le critère du champ géographique s'apprécie au regard du principe de spécialité des syndicats (A). La question de la définition du « champ professionnel » reste toutefois encore en suspens (B).

A. Une interprétation non conforme à l'esprit de la loi du 20 août 2008

Une première décision a été rendue par le Tribunal d'instance de Lille en janvier 2009³⁷⁷ concernant l'appréciation de ces conditions et plus spécialement celle du champ géographique qui doit être couvert par le syndicat auteur de la désignation.

En l'espèce, la SA B. contestait la désignation par le syndicat SUD Banques d'un représentant de section syndicale dans l'établissement GPAC Nord de la société, au motif notamment que le syndicat ne justifiait pas avoir créé une section syndicale dans le respect des dispositions de l'article L. 2142-1 du Code du travail.

Après avoir constaté que le syndicat SUD Banques est un syndicat non représentatif, le tribunal de Lille a été amené à vérifier qu'il satisfaisait aux quatre conditions posées par l'article L. 2142-1 du Code du travail.

Au vu des différents documents produits par les parties, les juges ont tout d'abord relevé l'existence de plusieurs adhérents à ce syndicat dans l'entreprise. De plus, ils ont constaté que les statuts du syndicat ont été enregistrés le 2 octobre 2000 ce qui prouve qu'il est légalement constitué depuis au moins deux ans.

Le tribunal a ensuite relevé que le préambule des statuts du syndicat SUD Banques qui définit les objectifs du syndicat, est conforme aux valeurs républicaines.

Pour apprécier l'indépendance du syndicat, les juges ont constaté que les adhérents sont à jour de leurs cotisations et que le syndicat dispose d'un compte créditeur de 5000 euros, ce qui

³⁷⁷ TI Lille, 21 janvier 2009, n° 08-003994, SA B. c./ SUD Banques et autres : Juris-Data n° 2009-001485.

atteste de son autonomie financière ; qu'en outre, il compte 6 élus au comité d'entreprise et un élu au CHSCT.

En revanche, les juges ont constaté que par décision du 30 septembre 2008, le Directeur départemental du travail a procédé à un redécoupage des établissements de la société B. L'établissement GPAC Nord a alors fusionné avec un nouvel établissement regroupant au niveau national les collaborateurs GPAC et APA. Ainsi, le périmètre des prochaines élections professionnelles devient un périmètre national.

Les magistrats ont relevé que les statuts du syndicat indiquent qu'il réunit les travailleurs et travailleuses des banques et établissements financiers ainsi que leurs filiales et entreprises sous-traitantes.

Les juges ont donc décidé que le syndicat SUD Banques a vocation à s'implanter au sein de tous les établissements de la société B. Par conséquent, le syndicat doit prouver que son champ professionnel et géographique couvre « l'entreprise ou l'établissement concerné », autrement dit, l'établissement issu de la fusion regroupant les collaborateurs GPAC-APA.

Le Tribunal de Lille a jugé que le syndicat SUD ne rapportait pas la preuve de son implantation au niveau national pour l'ensemble des collaborateurs considérés. Par conséquent, il a annulé la désignation.

Cette décision apporte quelques éléments intéressants concernant notamment la notion de « champ professionnel et géographique » que doit couvrir le syndicat qui entend créer une section syndicale. L'analyse des juges dans le cas d'espèce présenté nous semble toutefois critiquable.

En effet, la loi du 20 août 2008 vise clairement à élargir l'accès à la représentativité aux syndicats non représentatifs. Le dispositif de l'article L. 2142-1 du Code du travail s'inscrit dans cette perspective. Et beaucoup de syndicats non représentatifs ne sont pas nécessairement implantés dans l'entreprise au niveau national. La logique veut qu'un syndicat non représentatif qui veut accéder à la représentativité commence par une implantation au niveau local (établissement, région). La loi du 20 août 2008 a d'ailleurs institué le représentant de section afin de favoriser l'implantation du syndicat dans l'entreprise. Comment lui demander alors de prouver qu'il couvre un champ géographique national ? Une telle exigence nous semble en contradiction avec l'esprit de la réforme de 2008.

En réalité, les juges ont appliqué les textes en faisant application du principe de concordance entre le cadre de la désignation du représentant de section et le champ

géographique qui doit être couvert par le syndicat pour qu'il puisse procéder à cette désignation. Or, les textes n'imposent la condition du champ géographique que dans le but de contrôler la représentativité du syndicat considéré, ce qui suppose que cette condition soit appréciée au regard du principe de spécialité des syndicats, comme l'a justement précisé la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 8 juillet 2009³⁷⁸.

Suite à l'arrêt rendu par le Tribunal de Lille le 21 janvier 2009, la Cour de cassation a en effet été saisie d'un pourvoi par le syndicat SUD Banques.

La Haute juridiction s'est donc prononcée le 8 juillet 2009³⁷⁹. Elle a confirmé le jugement attaqué en ce qu'il décidait que la lettre de désignation fixe les limites du litige et que le juge ne peut apprécier la validité de la désignation en-dehors du cadre de cette lettre.

La Cour de cassation a ajouté que si le Tribunal de Lille avait fait erreur en exigeant que le syndicat établisse son implantation au niveau de tous les établissements de la société, le jugement rendu était toutefois justifié dans la mesure où l'établissement dans le cadre duquel le syndicat avait désigné son représentant n'existait plus à la date de la désignation.

En effet, retenir la solution du tribunal d'instance aurait abouti à faire application du principe de concordance au stade de la désignation alors que ce principe ne s'applique que pour apprécier la représentativité du syndicat³⁸⁰. Le critère de l'article L. 2142-1 du Code du travail selon lequel pour qu'il puisse constituer une section syndicale le champ professionnel et géographique du syndicat doit couvrir l'entreprise concernée, ne constitue qu'un rappel du principe de spécialité des syndicats. Ces derniers ne peuvent simplement pas exercer leurs prérogatives en-dehors du champ couvert par leurs statuts³⁸¹. A ce propos, on note que la Cour de cassation semble avoir une interprétation assez souple : elle décide ainsi que les statuts d'un syndicat visant « la défense de l'ensemble des personnels de l'industrie » et couvrant « le territoire national » sont respectueux du principe de spécialité³⁸².

³⁷⁸ Cass. Soc., 8 juillet 2009, n° 09-60.048, *Bull. Civ. V*, n° 178.

³⁷⁹ Cass. Soc., 8 juillet 2009, n° 09-60.048, *préc.*

³⁸⁰ Cf. supra Titre 1, Sous-titre 2, chapitre 2, Section 2 ; (L.) PECAUT-RIVOLIER, « Les premiers arrêts de la Cour de Cassation relatifs à la loi du 20 août 2008 », *SSL*, 13 juillet 2009, n° 1408, p. 9.

³⁸¹ Art. L. 2131-1 CT.

³⁸² Cass. Soc., 9 novembre 2011, n° 11-11.007 et 11-60.074, inédit ; note (E.) JEANSEN, *JCP S* n° 7, 14 février 2012, p. 37.

B. Un « champ professionnel » à déterminer

Les décisions rendues en 2009³⁸³ portent essentiellement sur l'appréciation du champ géographique. Cependant, il n'est pas exclu que des contentieux relatifs au champ « professionnel » à considérer surgissent. Il semble en effet difficile de délimiter un tel champ, surtout en présence d'une entreprise de dimension nationale ou internationale. Visiblement, les juges ont choisi de se référer aux statuts des syndicats pour résoudre les problèmes relatifs au champ géographique. La Cour de cassation avait d'ailleurs déjà rendu un arrêt en ce sens en février 2009, indiquant qu' « *un syndicat ne peut désigner un délégué syndical que dans le champ d'application géographique et professionnel déterminé par ses statuts, peu important son adhésion à une organisation reconnue représentative au plan national et interprofessionnel* »³⁸⁴. Il y a donc de fortes chances pour que les juridictions continuent à se référer aux statuts des syndicats, y compris lorsqu'il s'agira d'apprécier le champ professionnel du syndicat.

Comme le relève Maître Guillouet, la loi du 20 août 2008 semble exiger une certaine précision des statuts des syndicats en la matière³⁸⁵. La question a déjà été soulevée par un employeur devant le tribunal d'instance de Rennes en février 2009. Celui-ci soutenait en effet que le syndicat mentionnant dans ses statuts le secteur professionnel de « l'industrie d'Ille et Vilaine » ne couvrirait pas les sociétés en cause, qui exercent des activités de bâtiment et de génie civil, et ne pouvait donc pas désigner un représentant de section syndicale. Le tribunal a cependant éludé cette question, retenant simplement que le syndicat a adressé la désignation à une société morale dont il n'est pas salarié et concernant un périmètre inadapté, compte tenu de l'organisation de la société qui l'emploie³⁸⁶, ce qui rend la désignation irrégulière, et en a ordonné l'annulation.

Concernant les changements de statuts des syndicats, notons par ailleurs que la Cour de cassation a clairement dissocié l'ancienneté du champ professionnel et géographique du

³⁸³ TI Lille, 21 janvier 2009, préc. ; Cass. Soc., 8 juillet 2009, n° 09-048, préc.

³⁸⁴ Cass. Soc., 11 février 2009, n° 08-60.440 : JurisData n°2009-047006 ; (L.) PECAUT-RIVOLIER, (Y.) STRUILLOU, « Chronique des jurisprudences sur la représentation du personnel », *SSL*, 25 mai 2009, n° 1401, p. 8.

³⁸⁵ (D.) GUILLOUET, « A propos de la désignation du représentant de section syndicale », note sous TI Lille, 21 janv. 2009, n° 08-003994, *JCP S* n° 15, 7 avril 2009, p. 40 ; Cass. Soc., 8 juillet 2009, n° 09-60.048, préc.

³⁸⁶ TI Rennes, 2 février 2009, n° 11-09-000028, SAS E et autres c./ R. et autres : JurisData n° 2009-001450 ; (D.) GUILLOUET, note sous arrêt, *JCP S* n°15, 7 avril 2009, préc.

syndicat³⁸⁷. Dans cette affaire, la RATP sollicitait l'annulation de la désignation d'un représentant de section syndicale par le Syndicat autonome Tout RATP en faisant valoir que le syndicat avait modifié son champ géographique et professionnel quelques mois auparavant, ne remplissant plus alors la condition d'ancienneté posée par la loi du 20 août 2008. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, décidant que « la modification par le syndicat de son champ statutaire n'a pas pour effet de remettre en cause l'ancienneté acquise par le syndicat à compter du dépôt initial de ses statuts³⁸⁸ », il importait seulement que le champ géographique et professionnel du syndicat couvre l'entreprise à la date de la constitution de la section syndicale.

Section 2 - Au niveau de la branche et au niveau national et interprofessionnel : des précisions jurisprudentielles attendues

Outre l'exigence du seuil de 8% des suffrages exprimés et la réunion des autres critères, au niveau de la branche et au niveau national et interprofessionnel, la loi du 20 août 2008 fait intervenir deux nouveaux critères.

Ainsi, pour être représentatif au niveau de la branche, un syndicat devra faire preuve d'une « présence territoriale équilibrée » (§1).

Au niveau national et interprofessionnel, la réforme de 2008 pose une condition de représentativité supplémentaire (§2).

Ces nouveaux critères soulèvent eux aussi quelques interrogations même si pour le moment ils n'ont pas donné lieu à des jurisprudences aussi abondantes que les autres critères. Ce constat s'explique toutefois pour l'instant par le fait que la représentativité au niveau des branches vient tout juste d'être évaluée³⁸⁹. Il n'est toutefois pas exclu que des contentieux apparaissent ultérieurement.

³⁸⁷ Cass. Soc., 14 novembre 2012, n° 12-14.780, Publié au bulletin ; note (B.) GAURIAU, *JCP S* n° 5, 29 janvier 2013, p. 38 ; voir aussi Cass. Soc., 14 novembre 2012, n° 11-20.391, Publié au bulletin.

³⁸⁸ Cass. Soc., 14 novembre 2012, préc.

³⁸⁹ Résultats présentés le 29 mars 2013 aux partenaires sociaux réunis au sein du Haut Conseil du Dialogue social consultables à l'adresse suivante : http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Scores_par_branche.pdf.

§1. Une présence territoriale « équilibrée »

Désormais, pour être représentative au niveau de la branche, une organisation syndicale doit faire preuve d'une « présence territoriale équilibrée » au sein de la branche concernée³⁹⁰. Cette appréciation devra se faire tous les quatre ans à partir de la prise en compte de l'audience au niveau des branches. La même condition s'applique aux syndicats catégoriels³⁹¹.

On est en droit de se demander quel est le sens exact du terme « équilibrée » et de s'inquiéter de l'annonce d'un contentieux épineux qu'il appartiendra au juge de démêler. En outre, on peut s'interroger sur la représentativité d'un syndicat qui bénéficierait d'une forte implantation dans certains secteurs alors qu'il serait faiblement implanté dans certaines zones géographiques. Sur ce point, des suites jurisprudentielles sont donc attendues.

§2. Une exigence supplémentaire

La loi du 20 août 2008 précise qu'au niveau national interprofessionnel, pour qu'un syndicat soit reconnu représentatif, sa représentativité devra être établie à la fois dans les branches de « l'industrie, du commerce et de la construction » conformément aux dispositions de l'article L. 2122-10 du Code du travail qui renvoie à l'article L. 2122-9 du même code.

Au niveau national et interprofessionnel, le champ professionnel devient donc prééminent³⁹². Comme le relève le Professeur Gauriau, cette disposition « constitue à la fois un sous-critère et une exigence supplémentaire³⁹³ », ce qui ne va pas forcément faciliter les procédures de reconnaissance de la représentativité. Il appartiendra évidemment aux juges de prendre en compte et de vérifier ce nouveau critère.

³⁹⁰ Art. L. 2122-5 CT.

³⁹¹ Art. L. 2122-7 CT.

³⁹² (L.) PECAULT-RIVOLIER, (F.) PETIT, « Le redéploiement des forces syndicales », *Dr. Soc.*, Décembre 2010, p. 1169.

³⁹³ (B.) GAURIAU, préc., p. 16.

CONCLUSION DU TITRE 1

« Il est devenu inexact de dire que certains syndicats sont représentatifs. Ils « sont ». Et parce qu'ils sont, ils ont vocation à être tous les porte-parole des salariés. Par la représentativité, le droit prend son parti de ce que les syndicats remplissent tous un rôle que les salariés n'ont pas expressément voulu leur confier³⁹⁴ ».

La loi du 20 août 2008 entend renforcer la légitimité des syndicats dans l'entreprise et dans la négociation collective.

Pour ce faire, elle modifie les critères de représentativité, mettant un terme à la représentativité présumée dont bénéficiaient certains syndicats. Elle fait par ailleurs basculer le système de représentativité « descendant » qui existait auparavant vers un système de représentativité dit « ascendant »³⁹⁵ : la mesure de la représentativité des organisations syndicales au niveau national sera désormais réalisée à partir des résultats obtenus au niveau de l'entreprise.

La légitimité des syndicats est donc toujours fondée sur leur représentativité, même après 2008. Mais elle est renforcée par la mise en œuvre des nouveaux critères institués par la réforme, plus spécialement du critère de l'audience, censé refléter la voix, l'intention véritable des salariés.

La représentativité résulte de la combinaison de critères essentiellement qualitatifs au départ. Mais progressivement, la jurisprudence a introduit de nouveaux éléments permettant de mesurer davantage l'implantation et le poids réel des syndicats dans les entreprises et ce, dès le début des années 80. Elle a ainsi transformé ou complété le critère quantitatif des effectifs et des cotisations par celui de l'audience³⁹⁶. L'expérience et l'ancienneté ont également été précisées pour faire valoir l'activité réelle du syndicat et définir la représentativité syndicale³⁹⁷. On observait alors cependant un glissement de critères purement quantitatifs vers des critères plus qualitatifs : l'audience était en effet conçue comme un indice

³⁹⁴ (G.) LYON-CAEN, « Droit syndical et mouvement syndical », *Dr. Soc.* 1984, p. 14.

³⁹⁵ Cf. *Supra* Sous-titre 1.

³⁹⁶ (J.M.) VERDIER, *Traité*, Tome 1, n° 121 ; (M.L.) MORIN, thèse préc., p. 362 ; cf. *Supra* Sous-titre 2.

³⁹⁷ (M.L.) MORIN, thèse préc., p. 362.

de la « confiance » que les salariés faisaient au syndicat, tandis que les effectifs et les cotisations étaient des critères plus internes à l'organisation.

La loi du 20 août 2008 n'a donc pas innové en retenant le critère de l'audience. Elle a toutefois retenu une optique différente en imposant des modalités strictes de mesure de cette audience, en faisant un critère quantitatif dominant. On observe donc une évolution en faveur d'une appréhension plus quantitative que qualitative de la représentativité, avec les conséquences que cela entraîne à savoir en premier lieu, une restriction du rôle des juges. Cependant, avec l'extension du principe de concordance qu'entraîne la mise en œuvre de la réforme, les juges seront appelés à apporter de nombreuses précisions concernant l'appréciation de la représentativité, ce qu'ils ont d'ailleurs déjà commencé à faire.

Ces nouveautés ont également des incidences au regard de la négociation collective. Sur ce point l'approche retenue dans la loi du 20 août 2008 et les conséquences de la réforme en matière de dialogue social appellent aussi des remarques et soulèvent de nombreuses questions qu'il convient d'examiner à présent.

TITRE 2. UNE REFORME A RECENTRER SUR LE ROLE DES ACTEURS DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE

Les débats sur la légitimité des syndicats trouvent leur origine dans les enjeux que revêt aujourd'hui la représentativité, qui constitue notamment la clé d'accès à la négociation collective. Cette fonction de la représentativité explique en partie pourquoi le législateur a abordé concomitamment les questions de la légitimité et de la représentativité syndicale. L'analyse des liens existants entre négociation collective et légitimité est essentielle car elle permet de mesurer pleinement les incidences de la réforme de 2008 qui ne se limitent pas à la réforme de la représentativité.

Depuis les années 90, le législateur a marqué sa volonté de recourir de plus en plus à la négociation collective et dernièrement, au dialogue social. Ainsi, la négociation collective est devenue obligatoire dans l'entreprise. Certaines thématiques, comme les salaires, doivent même être négociées annuellement. De nombreux instruments juridiques ont donc été mis en place afin de développer les processus de négociation entre les partenaires sociaux.

Cependant, rapidement, le problème de la représentation dans les entreprises dépourvues d'instances représentatives, principalement les petites entreprises, s'est posé. Comment dialoguer en l'absence d'interlocuteur ? Qui pourrait dialoguer dans les entreprises dans lesquelles les cinq grands syndicats n'ont pas de représentant ? Le problème est d'autant plus crucial dans un système de négociation dit « donnant/donnant ». En effet, de telles négociations supposent une représentation équitable pour un rapport de force équilibré. Les salariés doivent donc impérativement être représentés dans l'entreprise.

En outre, les accords et conventions collectifs peuvent, surtout depuis l'intervention de la loi du 4 mai 2004, être conclus dans un sens moins favorable aux salariés. Ce changement d'optique de la négociation collective renforce la nécessité de disposer d'institutions représentatives à la légitimité renforcée pour engager la collectivité des salariés.

Ces évolutions ont conduit les partenaires sociaux et le législateur à s'interroger d'une part sur la capacité des syndicats à négocier et la façon dont il convenait de déterminer la légitimité des syndicats dans le cadre de la négociation collective. D'autre part, le législateur a

cherché à élaborer des solutions pour organiser les négociations en l'absence de représentants syndicaux. Ainsi, de nouveaux acteurs sont apparus dans l'entreprise et de nouveaux modes de négociation ont été mis en place : les modes de négociation dérogatoire, également appelés modes de négociation alternatifs.

Cette analyse nous amène à examiner de façon globale quelle place occupe la réforme de 2008 dans le processus de la négociation collective.

Ainsi, la loi du 20 août 2008 modifie les critères de représentativité pour renforcer la légitimité des syndicats, plus spécialement dans la négociation collective. Ce qui soulève nécessairement la question des conditions dans lesquelles les différents acteurs concernés par la réforme vont pouvoir participer au dialogue social dans l'entreprise et plus largement, aux négociations collectives en général, ces prérogatives résultant de la reconnaissance de leur représentativité. La loi du 20 août 2008 a abordé certains de ces points (Sous-titre 1).

Cependant, la réforme de 2008 produit également certains effets secondaires, pas nécessairement souhaités. Plus particulièrement, avec l'introduction du critère de l'audience, la loi du 20 août 2008 entraîne le passage d'une légitimité juridique à une légitimité plus politique avec les conséquences que cela emporte, qu'il s'agisse des impacts sur les relations sociales dans l'entreprise ou des questions juridiques qui peuvent subsister (Sous-titre 2).

Sous-titre 1. Légitimité et négociation collective : les questions abordées par la loi

Avec les évolutions législatives, notamment le développement de la négociation collective, l'entreprise devient un lieu de création de normes. La nécessité se fait alors sentir d'imposer une représentation dans chaque entreprise, à chaque niveau de négociation. Il ne s'agit plus d'assurer aux syndicats la possibilité d'exercer leurs prérogatives mais d'assurer la présence d'interlocuteurs, d'acteurs sociaux dans l'entreprise. L'entreprise doit être dotée de représentants pour mettre en œuvre les mesures législatives ; une représentation minimale doit être garantie dans chaque entreprise pour permettre la réalisation du processus de négociation.

Cependant, à partir du moment où l'on confère aux interlocuteurs institués dans l'entreprise une capacité d'engagement de la collectivité des salariés par la signature des accords collectifs se pose inévitablement la question de leur légitimité (Chapitre 1).

L'examen de ces différentes questions nous conduit à penser que compte tenu des liens étroits qui unissent en France la représentativité et la négociation collective, une approche centrée sur la légitimité se révèle trop partielle. Aborder la question de la représentativité sous l'angle collectif aurait sûrement été plus approprié, ce qui implique de s'intéresser davantage au rôle de négociateurs des syndicats et plus largement, au rôle de tous les acteurs de la négociation collective (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La légitimité, condition de participation aux négociations

La notion de représentativité est la clé de voûte du système de la négociation collective et ce, à plusieurs égards.

Son rôle est en effet important à la fois dans le mécanisme de la négociation collective à la française et dans la reconnaissance de la légitimité des partenaires sociaux.

Ainsi, en matière de négociation collective, la représentativité constitue « *une qualité qui permet au syndicat représentatif de s'exprimer au nom de tous les travailleurs de l'unité de négociation à qui l'accord est destiné à s'appliquer*³⁹⁸ ». L'exigence de représentativité a dû, dans le cadre de la négociation collective, être complétée par celle de la légitimité des syndicats. En effet, comme le souligne Madame Fourcade, « *la légitimité des organisations syndicales est indispensable à la qualité de leur signature et à la valeur des accords qu'elles concluent*³⁹⁹ ». Car si la représentativité des syndicats leur confère de droit de créer des normes qui vont lier les personnes qu'ils représentent, c'est leur légitimité qui va conditionner l'acceptation de ces normes par les personnes concernées.

Outre le critère de la représentativité, les principes de la négociation collective française ont également eu des incidences sur la configuration actuelle du syndicalisme en France et ont contribué à orienter les raisonnements juridiques relatifs à la représentativité jusqu'à la loi du 20 août 2008 (Section 1).

L'exigence de légitimité se fait toutefois ressentir au plus fort lorsque les partenaires sociaux sont sollicités pour l'élaboration de la loi (Section 2), ce qui explique que leur rôle soit strictement encadré dans ce cas particulier, souvent désigné sous le nom de « loi-négociée »⁴⁰⁰, dont la Position commune du 9 avril 2008 est une illustration typique. Les enjeux de la légitimité se situent largement au niveau de la négociation collective mais peuvent avoir des répercussions au niveau national voire au-delà⁴⁰¹.

³⁹⁸ (M.) SCHMITT, *L'autonomie collective des partenaires sociaux dans l'ordre juridique communautaire : contribution à l'étude du principe de subsidiarité*, Thèse, 2007, p. 584.

³⁹⁹ (C.) FOURCADE, thèse préc., p. 213.

⁴⁰⁰ Cf. *Infra* §2.

⁴⁰¹ Voir *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 1, Chapitre 2.

Section 1 - Les incidences des principes régissant la négociation collective sur l'appréhension de la notion de représentativité

La négociation collective présente trois caractéristiques institutionnelles principales : le paritarisme, le pluralisme syndical et le fait que la représentativité de certaines organisations soit reconnue.

La loi du 20 août 2008 ne remet en cause ni le principe du paritarisme (§1), ni celui du pluralisme. Cependant, au regard du principe du pluralisme syndical, la réforme de 2008 pourrait produire des effets variables (§2).

§1. Les deux facettes du paritarisme

Le paritarisme s'entend de plusieurs façons. Il s'agit « tantôt d'une technique de représentation, tantôt d'une technique de délibération⁴⁰² ». Tantôt il est compris comme la règle qui partage en nombre égal les représentants des employeurs et des salariés dans une instance décisionnelle, tantôt comme l'ensemble des modes de délibération politique mettant aux prises représentants des salariés et des employeurs en leur conférant une autonomie plus ou moins forte⁴⁰³.

C'est la facette délibératoire du paritarisme qui accroît les luttes entre syndicats et organisations patronales : les syndicats de salariés cherchent à préserver le paritarisme pour conserver un équilibre entre les forces patronales ou étatiques et salariales, chacune défendant des intérêts différents (mais pas nécessairement antagonistes). Cette opposition s'est accrue lorsqu'on a introduit l'idée des accords « donnant/donnant », la nécessité d'un contrepois dans la négociation devenant primordiale. La lutte entre les organisations est alors plus souvent une lutte de pouvoir qu'une lutte pour l'égalité entre les parties dans leur participation au mécanisme de la négociation collective qui lui, n'est pas remis en question.

Bien que la participation des organisations syndicales et patronales ne soit pas remise en question, le caractère ambivalent du paritarisme peut avoir des répercussions sur le processus

⁴⁰² (J.P.) HIGELE, préc.

⁴⁰³ (J.P.) HIGELE, « Représentativité syndicale et accords interprofessionnels nationaux : les enjeux d'une réforme », *Dr. Soc.* 2007, p. 304.

de la négociation collective dans la mesure où les luttes de pouvoir internes peuvent conduire à freiner, voire à bloquer les négociations.

§2. Une réforme à double tranchant au regard du pluralisme syndical

Le pluralisme syndical résulte essentiellement en France de la division des mouvements ouvriers.

En effet, dès 1895, lors de la constitution de la CGT, des divergences sont apparues entre les syndicats existants, concernant la conception même du syndicalisme. Une scission s'est alors produite entre les réformistes, pour lesquelles l'action doit être strictement syndicale, les marxistes-socialistes, pour qui le syndicalisme doit être politique et les anarcho-socialistes, qui voient dans le syndicalisme un moyen d' « ouvrir la voie à une société de travailleurs libres et associés » tout en encourageant la « révolution sociale⁴⁰⁴ ». Les réformistes remportèrent finalement, pour un temps, la victoire. Mais les divergences conduisirent tout de même à plusieurs scissions de la CGT pour finir en 1947, par la création, à côté de ce syndicat, de la CGT-FO. Les ingénieurs et cadres décidèrent de se regrouper au sein de la CGC en 1944, tandis que d'autres salariés rejoignaient la CFTC, dont l'idéologie se base sur la doctrine sociale de l'Eglise, fondée en 1919. On peut donc dire que le pluralisme est né en même temps que le syndicalisme, faisant oublier toute conception de syndicalisme unitaire en France. En même temps s'est posée la question de savoir si l'on pouvait se borner à reconnaître un seul syndicat représentatif, ou si plusieurs syndicats pouvaient être représentatifs et à quelles conditions.

Le pluralisme constitue donc un principe inhérent au syndicalisme dont le législateur de 2008 a tenu compte lorsqu'il a redéfini la notion de représentativité en 2008 (I). Par ailleurs, il a également conduit le législateur à trouver des critères pour sélectionner les partenaires sociaux dans le cadre de la négociation collective. Cependant, la réforme de 2008 ne conduit pas nécessairement à une augmentation du nombre de partenaires sociaux habilités à négocier : au contraire, elle aurait même pu produire l'effet inverse. Le principe du pluralisme syndical est donc préservé par la loi du 20 août 2008 mais nécessairement favorisé (II).

⁴⁰⁴ (H.) LANDIER et (D.) LABBE, *Les organisations syndicales en France, des origines aux évolutions actuelles*, Ed. Liaisons, 2004, p. 18.

I. Un principe préservé...

L'arrêté du 31 mars 1966 a reconnu la représentativité de la CGT, de FO, de la CFDT, de la CFTC et de la CGC, tranchant la question de la délimitation de cette notion. Comme le souligne le Professeur Borenfreund, à ce stade « *il s'agit davantage, au sens juridique, d'une déclaration, que d'une présomption* »⁴⁰⁵. Celle-ci s'est ensuite articulée avec la possibilité pour les syndicats affiliés à ces centrales de bénéficier également de la représentativité légale. La présomption ainsi créée a ensuite été promue par la Cour de cassation au rang de présomption irréfragable.

Même dans les entreprises où elles étaient minoritaires, les organisations représentatives pouvaient ainsi engager la collectivité des salariés qu'elles représentaient en signant des accords collectifs. Ce dispositif permet donc à la fois aux salariés d'être représentés partout et au patronat d'avoir toujours quelqu'un avec qui négocier.

Cependant, avec la mise en place des obligations de négocier et des accords dérogatoires notamment, cette situation a fait l'objet de contestations de la part de syndicats désireux de voir reconnaître leur représentativité dans les entreprises où ils sont ou s'estiment plus influents que les syndicats présumés représentatifs. Il semble en effet difficilement acceptable de laisser négocier des accords parfois importants à un syndicat qui n'a pas véritablement la confiance de la collectivité des salariés, mais bénéficie d'une représentativité « par ricochet » parce qu'il est affilié à une grande centrale syndicale.

A partir de là a commencé à se développer l'idée, reprise par le rapport Hadas-Lebel de 2006, selon laquelle il faudrait réviser périodiquement la liste des organisations syndicales représentatives⁴⁰⁶ et par conséquent, remettre en cause la présomption de représentativité. Le principe du pluralisme a donc contribué à l'appréhension de la notion de représentativité contenue dans la loi du 20 août 2008, qui fixe l'audience comme critère principal d'appréciation au motif que ce dernier critère reflète mieux l'influence réelle des syndicats et permet une meilleure expression de la démocratie sociale, mettant ainsi un terme à la présomption de représentativité⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ (G.) BORENFREUND, « Syndicats : le défi de l'audience électorale », *Revue de droit du travail*, juin 2008, p. 364.

⁴⁰⁶ Voir par exemple le Rapport présenté au Premier Ministre par Monsieur Hadas-Lebel en mai 2006, p. 84.

⁴⁰⁷ Cf. *Infra* Chapitre 2, Section 1, §1, I.

Le principe du pluralisme a donc été pris en compte par le législateur de 2008. Cependant, si le pluralisme d'organisations syndicales a été maintenu, cela ne signifie pas que le pluralisme d'organisations syndicales représentatives soit favorisé. En effet, la réforme de 2008 pourrait conduire à une augmentation du nombre de syndicats en lice pour l'acquisition de la représentativité et en même temps, à une réduction du nombre de syndicats représentatifs par le jeu des nouveaux critères⁴⁰⁸.

II. ...mais pas nécessairement favorisé

Le pluralisme syndical a également eu des effets sur la négociation collective. En le consacrant, le législateur a donné au patronat la possibilité de choisir son interlocuteur pour la négociation. Pendant longtemps, le syndicat FO a joué ce rôle et depuis une quinzaine d'années, c'est la CFDT qui est apparue comme le syndicat le plus enclin à signer les accords avec le patronat.

D'autres syndicats ont été relégués au rang de contestataires et minoritaires, se trouvant réduits à l'impuissance, surtout lorsque la signature d'une seule organisation syndicale représentative suffit à valider un accord. D'autres organisations syndicales, sans être en opposition systématique, se sont également retrouvées dans cette situation, faute de pouvoir constituer un contrepoids suffisant dans les négociations.

La réforme de 2008 ne remet pas en cause le principe du pluralisme. Cependant, à Aerolia par exemple, à l'issue des premières élections professionnelles organisées après l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, un seul syndicat est resté représentatif au niveau de l'entreprise⁴⁰⁹. Cet exemple montre que la réforme de 2008 préserve le principe du pluralisme syndical mais ne le favorise pas nécessairement.

On constate que la mise en œuvre du dialogue social dans les entreprises conduit à un jeu d'alliances, que l'on peut comparer au jeu des forces politiques dans le cadre des élections. Cette situation résulte du pluralisme mais aussi en grande partie de l'existence du principe du paritarisme en droit français.

Une fois encore, la détermination de la représentativité a joué et joue encore un rôle crucial dans le processus juridique, la négociation collective étant un domaine

⁴⁰⁸ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 1, Chapitre 1.

⁴⁰⁹ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1.

particulièrement sensible aux évolutions juridiques de la représentativité, compte tenu de la multiplicité et de l'importance de ses enjeux, tant pour les syndicats que pour les salariés, les employeurs et parfois le législateur, qui sollicite l'avis des partenaires sociaux pour certains projets de loi.

Section 2 - Le rôle des syndicats dans l'élaboration de la loi : étendue et limites

Le Professeur Lyon-Caen relève que « *L'association des syndicats à la confection des lois procède d'un échange entre acteurs politiques et acteurs sociaux. Les premiers ont besoin d'un soutien apporté à leurs initiatives, d'une adhésion à leurs actions et les seconds accèdent, grâce au concours qu'ils apportent, à des ressources qui assurent la stabilisation et la généralisation de leurs choix* ⁴¹⁰ ».

Force est de constater qu'à l'heure actuelle, les partenaires sociaux sont de plus en plus associés à l'élaboration des lois. Cette participation des syndicats reste toutefois strictement encadrée en France (§1), comme en témoigne l'exemple de la Position commune du 9 avril 2008 (§2).

§1. La participation strictement encadrée des syndicats à l'élaboration de la loi

Le rôle normatif des syndicats français est soumis à deux influences majeures.

L'une provient du droit européen, qui tend à séparer les domaines de compétence respectifs de la Communauté et des Etats membres. On se trouve alors en présence d'un domaine de compétence exclusive pour chacun et d'un domaine de compétence partagée. De même, le législateur européen et les partenaires sociaux conservent un domaine de compétence respectif et un domaine de compétence partagé⁴¹¹.

⁴¹⁰ (A.) LYON-CAEN, « De l'influence des syndicats dans la confection des lois », in *Syndicats et droit du travail*, dir. (G.) BORENFREUD et (M.A.) SOURSIAC, Dalloz, 2008, p. 66.

⁴¹¹ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 2.

La deuxième source d'influence est la Constitution française de 1958. Celle-ci suit un raisonnement différent de celui qui est retenu par la Communauté puisqu'elle ordonne la séparation stricte des pouvoirs⁴¹², sans prévoir une quelconque répartition avec les syndicats.

L'existence de ces sources d'influence explique qu'aujourd'hui, en France, on tend à conférer aux partenaires sociaux une autonomie de plus en plus grande dans la négociation collective, surtout au niveau de l'entreprise. Mais au niveau législatif, l'Etat garde encore la maîtrise de l'élaboration des règles. A la différence du droit européen qui offre la possibilité aux partenaires sociaux de produire de véritables règles juridiques par le biais des accords⁴¹³, les syndicats français n'ont encore qu'un rôle consultatif dans le processus législatif.

§2. Compromis et loi négociée : l'exemple de la Position commune du 9 avril 2008

L'intervention des syndicats dans la confection des lois n'est pas une nouveauté. Déjà, en 1919, Georges Clémenceau sollicitait l'élaboration d'un projet de loi par une commission du Travail, composée de dix représentants patronaux et dix représentants syndicaux, qui a donné naissance à la loi du 23 avril 1919 sur la journée des 8 heures⁴¹⁴.

Cette méthode d'élaboration des lois n'a dès lors cessé de se développer et connaît aujourd'hui un essor important dont la loi du 20 août 2008 est un exemple marquant. Le recours à une telle méthode d'élaboration suppose néanmoins que les partenaires sociaux bénéficient d'une légitimité suffisante (I).

On constate toutefois que cette méthode n'est pas une spécificité française car elle existe également au niveau européen. Ce qui nous amène à penser que la véritable innovation de la loi du 20 août 2008 ne réside pas dans son mode d'élaboration, mais plutôt dans son objet (II).

I. Une légitimité requise

De manière générale, la négociation collective consiste en une discussion entre les représentants des employeurs ou des organisations professionnelles d'une part, et des

⁴¹² Art. 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁴¹³ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 2.

⁴¹⁴ Loi du 23 avril 1919 sur la journée des 8 heures : JO du 25 avril 1919 ; (M.) COINTEPAS, « Il y a 80 ans, la journée de 8 heures », http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/journee_de_8h.pdf.

syndicats de salariés d'autre part, en vue de conclure une convention ou un accord collectif⁴¹⁵. Plus précisément, selon l'OIT par exemple, la négociation collective s'entend comme la collaboration des partenaires sociaux entre eux ou avec les autorités publiques⁴¹⁶.

On considère généralement que les intérêts des représentants patronaux et salariés sont antagonistes. L'objectif de la négociation est alors de parvenir à un compromis, à un accord « donnant-donnant », voire « gagnant-gagnant », selon le ressenti de chacun. Dans cette hypothèse, les deux parties restent indépendantes. Leurs discussions débouchent généralement sur un accord, qui s'appliquera au niveau de négociation choisi, branche, entreprise ou autre. C'est en ce sens que les partenaires sociaux sont investis d'un pouvoir normatif, car les accords ou/et conventions qu'ils concluent s'appliqueront à eux.

Cependant, il arrive que l'objectif de la négociation change. Le législateur sollicite l'avis des partenaires sociaux, dont les discussions devront éclairer les futurs projets. On parle ici de « loi négociée ».

Dans ce cas de figure, le rôle normatif des partenaires sociaux est plus difficile à cerner. Leur rôle consiste seulement à éclairer la décision du législateur. Ils ne sont sollicités que pour leur avis.

Néanmoins, le fruit de ces discussions influera sur la décision finale. Celle-ci aura une autorité supérieure à n'importe quel accord collectif si l'on s'en réfère à la hiérarchie des normes. On se rapproche alors d'une véritable forme de collaboration plus que d'une simple discussion.

La fonction normative des syndicats prend ici une dimension supérieure, ce qui implique que la notion de représentativité joue un rôle plus important.

La loi du 20 août 2008 a constitué un cas de mise en œuvre de ce processus.

En effet, à la demande des pouvoirs publics, au début de l'année 2008, les partenaires sociaux ont engagé une négociation sur les thématiques de la représentativité syndicale, le dialogue social et le financement syndical.

⁴¹⁵ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 17^{ème} édition, 2009.

⁴¹⁶ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 2 ; voir par exemple (B.) GERNIGON, (A.) ODERO, (H.) GUIDO, Normes de l'OIT et principes des organes de contrôle, BIT, 2000, consultable sur : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087933.pdf.

Ces discussions ont donné lieu à l'adoption, dans la nuit du 9 avril 2008, de la Position commune « sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme », signée par le MEDEF, la CGPME, la CGT et la CFDT⁴¹⁷.

Sans rentrer dans le détail du texte ici, on note que les partenaires sociaux ont pris soin de préciser, dans l'article 19 de la position commune, que « sa validité est subordonnée à l'adoption des dispositions législatives et réglementaires indispensables à son application ».

La décision finale revient donc toujours au législateur. Cependant, comme le prouve la loi du 20 août 2008, celui-ci s'inspire largement des propositions faites par les partenaires sociaux et les traduit de manière « officielle », avec plus ou moins d'audace, certaines suggestions étant adoptées partiellement ou après modification. Avec le développement des lois négociées, les partenaires sociaux sont donc appelés à jouer un rôle plus important dans le processus d'élaboration des normes et doivent donc justifier d'une légitimité leur permettant d'assurer cette fonction supplémentaire.

II. La véritable innovation de la loi du 20 août 2008

On remarque que le même système d'élaboration existe au niveau européen. Les partenaires sociaux peuvent en effet être consultés sur des textes, ou sollicités pour négocier certains d'entre eux⁴¹⁸.

On constate toutefois que les partenaires sociaux européens disposent généralement d'une autonomie plus grande que les syndicats français⁴¹⁹.

En effet, la plupart du temps, les négociations sur certaines thématiques sont engagées à la demande de la Commission européenne, suivant notamment les procédures prévues aux articles 138 et 139 du Traité d'Amsterdam⁴²⁰. Mais parfois, les partenaires sociaux européens font preuve d'autonomie et engagent eux-mêmes les négociations⁴²¹. En témoignent certains

⁴¹⁷ Seuls les syndicats FO et UPA ont rejeté le texte.

⁴¹⁸ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 2.

⁴¹⁹ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 2, Sous-titre 1, Chapitre 2.

⁴²⁰ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 2, Sous-titre 2, Chapitre 1, Section 2.

⁴²¹ Ces derniers n'auront toutefois pas nécessairement la même valeur juridique que les accords conclus en application des procédures prévues par les traités : cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 2, Sous-titre 2 pour plus de développements sur cette question.

accords, négociés et conclu à la seule initiative des partenaires sociaux, comme par exemple l'accord cadre sur le stress au travail signé le 8 octobre 2004⁴²².

En France, cet accord-cadre a donné lieu à la conclusion, début juillet 2008, d'un accord national interprofessionnel sur le stress au travail⁴²³.

Suite aux affaires, largement médiatisées, des suicides de salariés à France Telecom, le Gouvernement a décidé d'accélérer l'application de cet accord national interprofessionnel au niveau des entreprises. Ainsi, le Ministre du travail a demandé aux entreprises d'engager des négociations sur le sujet qui devaient avoir avancé d'ici le 1er février 2010⁴²⁴. Aux alentours de cette date, un bilan a été établi sur les négociations relatives au stress au travail réalisées en entreprise, et rendu public.

La loi du 20 août 2008 n'aborde pas directement la question de la place des partenaires sociaux dans le processus d'élaboration des normes, qu'il s'agisse des normes légales ou conventionnelles. Ce qui ne signifie pas qu'elle n'a pas d'incidences dans ce processus.

Comme le relève le Professeur Teyssie⁴²⁵, si rénovation il y a avec la loi du 20 août 2008, celle-ci est moins dans le mode d'élaboration de la loi que dans son objet, à savoir renforcer la présence syndicale dans l'entreprise et renouveler le droit syndical et au second degré, le droit des élections professionnelles et celui de la négociation collective.

Pour ce faire, la réforme s'articule autour de plusieurs principes majeurs, dont celui de la légitimité des syndicats, qui résulte de leur représentativité.

Concernant plus spécialement la négociation collective, on observe que la réforme s'inscrit dans le processus de développement de la négociation dérogatoire engagé depuis plusieurs années⁴²⁶. Ce qui conduit à s'interroger sur la légitimité des syndicats au regard des autres acteurs présents dans l'entreprise, plus particulièrement des autres acteurs susceptibles d'intervenir dans le cadre des négociations collectives.

⁴²² Traduction libre de l'accord disponible à l'adresse : <http://www.anact.fr/portal/pls/portal/docs/1/968345.PDF>.

⁴²³ Accord du 15 juillet 2009 relatif à la mesure et à la prévention du stress au travail : BOCC 2009/43 p. 99.

⁴²⁴ <http://www.travail-solidarite.gouv.fr/actualite-presse/breves/xavier-darcos-annonce-plan-urgence-pour-prevention-du-stress-au-travail.html>.

⁴²⁵ (B.) TEYSSIE, « A propos de la rénovation de la démocratie sociale », *Dr. Soc.* juin 2009, p. 627.

⁴²⁶ Cf. *Infra* Chapitre 2.

Chapitre 2 : La légitimité des acteurs de la négociation collective (après 2008)

« Tout en prenant dûment note des conditions strictes de recours aux formes de négociation dérogatoire prévues par la loi, le comité souhaite attirer l'attention du gouvernement sur la nécessité de veiller à ce que la mise en œuvre de ces dispositions dans la pratique n'aboutisse pas à une situation de recours plus systématique à la négociation avec des représentants élus ou mandatés au détriment de la négociation avec des délégués syndicaux⁴²⁷ ».

Plusieurs cas de figure peuvent conduire les entreprises à recourir à des modes de négociation alternatifs.

Ces modes de négociation ont connu de nombreuses évolutions juridiques et leur développement a contribué à faire de la légitimité syndicale une question cruciale. Au-delà de la représentativité des syndicats, la question de leur aptitude à négocier est donc au cœur des débats et des réformes entreprises.

La loi du 20 août 2008 emporte un changement du niveau d'appréciation de l'aptitude à négocier des syndicats et la création d'un nouveau mode de négociation dérogatoire. Ces deux éléments ont une importance cruciale car ils expliquent pourquoi la réforme affecte de façon générale à la fois la représentativité syndicale et la négociation collective (Section 1).

Concernant ensuite plus spécialement la négociation collective, on constate que la loi du 20 août 2008 laisse planer quelques incertitudes d'ordre plus général. Il convient ici de déterminer dans quelle mesure les incertitudes juridiques qui subsistent sont susceptibles d'affecter la légitimité des accords collectifs conclus sous l'empire des nouvelles dispositions (Section 2).

⁴²⁷ Conseil des experts de l'OIT, décision du 16 novembre 2011, cas n° 2750. A propos de l'article L. 2143-3 du Code du travail.

Section 1 - Des incidences sur la représentativité et sur la négociation collective

En analysant les dispositions de la loi du 20 août 2008 relatives aux acteurs de la négociation collective, on observe que la réforme s'inscrit dans le processus de négociation dérogatoire engagé depuis plusieurs années (§1).

Concernant les acteurs du dialogue social, on constate par ailleurs qu'une question n'est pas abordée par la loi du 20 août 2008, à savoir celle de la légitimité des organisations patronales. On peut se demander pourquoi cette question n'a pas été abordée et s'il est réellement opportun de s'intéresser à ce sujet pour réformer efficacement la représentativité des syndicats (§2).

§1. L'inscription de la loi du 20 août 2008 dans le processus de développement de la négociation dérogatoire

D'une part, la loi du 20 août 2008 change les critères de la représentativité. D'autre part, elle soumet toujours la participation aux négociations à l'obtention de la qualité représentative par le syndicat. Cependant, avec l'introduction du critère de l'audience, le niveau d'appréciation de représentativité et donc de l'aptitude à négocier du syndicat, varie selon le niveau de négociation envisagé, ce qui entraîne des conséquences juridiques notables (I).

Par ailleurs, on s'aperçoit que la loi du 20 août 2008 poursuit le cheminement entrepris vers un développement des modes de négociations alternatifs dans la mesure où sa mise en œuvre risque de créer de nouvelles situations de recours aux négociations avec d'autres acteurs que les délégués syndicaux. En effet, la réforme de 2008 modifie les règles jusqu'alors applicables à la négociation avec les salariés mandatés et institue un nouvel acteur, le représentant de la section syndicale, s'inscrivant et participant ainsi au processus de développement de la négociation dérogatoire dans les entreprises (II).

I. L'aptitude à négocier des syndicats après 2008

Avant 2008, la négociation était ouverte aux syndicats représentatifs. Aujourd'hui, l'aptitude à négocier est toujours soumise à la reconnaissance de la représentativité des syndicats concernés mais la loi du 20 août 2008 a changé la donne.

En effet, désormais, pour pouvoir négocier un accord collectif, un syndicat doit toujours être représentatif. Cette représentativité s'évalue toutefois sur la base de nouveaux critères, notamment celui de l'audience.

Ainsi, pour pouvoir accéder à la négociation, le syndicat doit avoir recueilli 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel.

L'application de ces nouvelles règles conduit, comme par le passé, à une appréciation de la représentativité du syndicat, de sa capacité à négocier, au niveau de négociation considéré⁴²⁸, c'est-à-dire l'entreprise ou l'établissement. La question du niveau d'appréciation à retenir peut toutefois poser quelques problèmes, notamment dans les entreprises à établissements multiples. En effet, la mise en œuvre de la loi du 20 août 2008 peut aboutir à des situations dans lesquelles un syndicat représentatif au niveau supérieur ne pourra pas négocier au niveau inférieur ce qui est plutôt paradoxal (A).

Par ailleurs, au niveau de l'entreprise, on constate que les changements apportés par la réforme de 2008 créent une situation propice au recours aux modes de négociation alternatifs (B).

A. Les paradoxes inhérents au changement de niveau d'appréciation de l'aptitude à négocier

Comme le souligne Monsieur Cesaro⁴²⁹, l'application des règles issues de la loi du 20 août 2008 peut entraîner des difficultés pratiques, plus spécialement dans les entreprises à établissements multiples.

En effet, lorsque l'entreprise est composée d'établissements distincts, mais qu'un seul comité d'entreprise doit y être élu, seules les élections de ce comité seront prises en compte pour la vérification du critère de l'audience et non les résultats des élections des délégués du personnel dans chaque établissement.

La circulaire DGT du 13 novembre 2008⁴³⁰ a ajouté que dans ce cas, pour mesurer la représentativité du syndicat au niveau de l'entreprise, il convient d'additionner les résultats obtenus par ce syndicat au niveau de chaque établissement.

⁴²⁸ Art. L. 2121-1 5° du Code du travail.

⁴²⁹ (J.F.) CESARO, « La négociation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux », *Dr. Soc.* juin 2009, p. 659.

Par conséquent, un syndicat peut être représentatif dans un ou plusieurs établissements mais ne le sera pas forcément au niveau de l'entreprise. Il pourra donc négocier les accords d'établissement, mais pas les accords d'entreprise, ce qui peut conduire au recours aux modes de négociation dérogatoire que nous allons examiner ci-après⁴³¹.

A contrario, un syndicat peut être représentatif au niveau de l'entreprise mais pas dans tous les établissements.

A titre d'exemple, imaginons une entreprise dans laquelle un comité central d'entreprise (CCE) est mis en place. Ce dernier se compose essentiellement de représentants élus aux comités d'établissements. Ainsi, dès lors qu'ils disposent d'élus dans la majorité des établissements, les syndicats ont l'assurance d'avoir une représentation au niveau de l'entreprise.

Toutefois, si la mise en place du comité central permet aux syndicats de disposer d'une représentation à tous les niveaux, elle ne leur permet pas de participer à coup sûr à toutes les négociations mises en œuvre dans l'entreprise puisque leur aptitude à négocier ne sera mesurée que par addition des suffrages obtenus au niveau des établissements. Un syndicat peut donc avoir suffisamment d'élus pour être représenté au CCE mais pas d'élus du tout dans certains établissements. Il ne pourra alors pas participer aux négociations dans les établissements où il ne dispose pas d'élus en dépit du fait qu'il est représentatif au niveau de l'entreprise. La mise en œuvre de la réforme de 2008 peut donc conduire à des situations dans lesquelles la représentativité réelle du syndicat n'est pas vraiment prise en compte.

B. Une situation propice au recours aux modes de négociation alternatifs

L'application de la loi du 20 août 2008 peut conduire à la situation dans laquelle un syndicat est représentatif au niveau de l'entreprise mais pas au niveau de l'établissement dans lequel on envisage de négocier⁴³².

La logique voudrait que le syndicat qui est représentatif au niveau de négociation supérieur puisse négocier au niveau inférieur mais cette idée ne semble pas correspondre à la logique de la loi du 20 août 2008.

⁴³⁰ Circ. DGT n°20 du 13 novembre 2008, préc., fiche n°1.

⁴³¹ Cf. *Infra* II.

⁴³² Cf. *Supra* A.

En effet, désormais, l'appréciation de la représentativité comme la capacité à négocier passent par « l'épreuve des urnes⁴³³ ». La capacité de négocier dépend de l'audience électorale du syndicat dans le périmètre considéré. La loi du 20 août 2008, la circulaire DGT et les articles du Code du travail distinguent d'ailleurs clairement la représentativité au niveau de l'entreprise ou de l'établissement.

La lecture des textes nous conduit donc plutôt à supposer que dans ce cas, c'est le recours aux modes alternatifs de négociation qui doit être envisagé.

II. La loi du 20 août 2008 et le développement de la négociation dérogatoire

L'absence de représentation syndicale dans certaines entreprises, notamment les TPE et PME, a conduit certains partenaires sociaux, auteurs et politiciens à critiquer le système de représentativité en vigueur avant 2008.

L'argument selon lequel il est nécessaire de disposer d'institutions propres à l'entreprise ou proches de l'entreprise, a été avancé. Certains se sont également demandé comment les cinq grands syndicats pouvaient négocier au nom des salariés d'entreprises dans lesquelles ils n'avaient pas le moindre représentant.

De là est née l'idée que l'entreprise doit se doter de représentants qui aient conscience des réalités qui lui sont propres afin de mener au mieux les négociations collectives.

Les modes de négociations dérogatoires se sont alors développés pour pallier à l'absence de délégués syndicaux, seuls représentants légalement habilités à négocier jusque là (A).

La loi du 20 août 2008 s'inscrit dans ce processus de développement de la négociation dérogatoire car elle institue un nouveau représentant, le représentant de la section syndicale, qui peut être habilité à négocier dans certains cas (B).

A. Le développement des modes de négociation dérogatoires

Le développement de la négociation s'est réalisé en plusieurs étapes. Il a d'abord fallu que le principe même de ce type de négociation soit admis (1) afin que celle-ci connaisse un

⁴³³ (J.F) CESARO, art. préc., p. 659.

véritable essor, notamment marqué par l'intervention de la loi emblématique du 4 mai 2004 (2).

1. L'admission du principe de la négociation dérogatoire

La possibilité de signer des accords avec d'autres personnes que les délégués syndicaux, en particulier avec des salariés mandatés, a d'abord été reconnue par la jurisprudence⁴³⁴.

Par la suite, un accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995, transposé par la loi du 12 novembre 1996⁴³⁵, a mis en place un dispositif expérimental prévoyant la possibilité de négocier avec les représentants élus du personnel ou des salariés mandatés. Toutefois, à la différence de la jurisprudence qui n'admettait cette possibilité que dans les entreprises qui ne remplissaient pas les conditions légales pour avoir des délégués syndicaux⁴³⁶, la loi du 12 novembre 1996 a autorisé la négociation dérogatoire dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, y compris celles dont l'effectif est d'au moins cinquante salariés.

La loi du 12 novembre 1996 posait déjà les jalons de la loi du 4 mai 2004 et avait suscité de vives critiques, l'origine du pouvoir dont sont investis les représentants parties à la négociation collective s'avérant importante. Lorsque des salariés sont élus à ce titre, ils le sont par la majorité de la collectivité des salariés. A contrario, les délégués syndicaux bénéficient d'une investiture légale pour la défense de tout le personnel, donc du transfert sur leur personne de l'objet des syndicats, tel qu'il est légalement défini. Le mandatement va donc conférer une légitimité à son bénéficiaire, mais cette légitimité est différente de celle qui résulterait de son appartenance directe à un syndicat.

Certains auteurs ont donc critiqué la loi du 12 novembre 1996 au motif que seuls les syndicats représentatifs sont habilités à négocier. En effet, a priori, seuls les syndicats représentatifs justifient d'une légitimité suffisante pour exercer cette prérogative.

Le Conseil constitutionnel, consulté sur la question du monopole des syndicats pour la représentation des travailleurs, a tranché en décidant que « *des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail dès lors que leur*

⁴³⁴ Cass. Soc., 25 janvier 1995, n° 90-45.796, *Bull. Civ.* 1995, V, n° 40.

⁴³⁵ Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire ainsi qu'au développement de la négociation collective : JORF n°264 du 13 novembre 1996 p. 16527.

⁴³⁶ Cass. Soc., 25 janvier 1995, préc.

*intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives*⁴³⁷». Avec cette décision, la légalité du recours aux modes de négociation dérogatoire a été définitivement admise.

Les lois Aubry⁴³⁸ ont par la suite permis l'utilisation du procédé, consistant pour les organisations syndicales ne disposant pas de représentant dans certaines entreprises à en désigner un parmi les salariés, pour conclure des accords de réduction du temps de travail. En l'absence de mandatement par une organisation syndicale représentative, la loi du 19 janvier 2000 a autorisé pour la première fois le recours aux délégués du personnel, ouvrant ainsi la voie à la négociation avec des représentants élus.

2. L'essor de la négociation dérogatoire

La loi Fillon du 4 mai 2004⁴³⁹, est venue entériner les modes de négociation dérogatoires. A compter de l'entrée en vigueur de cette loi⁴⁴⁰, un accord collectif d'entreprise pouvait être conclu, en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise, par le comité d'entreprise ou le délégué du personnel ou à défaut, par un salarié mandaté à ce titre par une organisation syndicale, à condition qu'un accord de branche prévoie au préalable cette possibilité⁴⁴¹.

A la différence des lois précédentes, le système instauré par la loi de 2004 ne réserve pas la capacité de mandater un salarié aux organisations syndicales représentatives. En outre, elle permet également la conclusion d'accord avec les représentants élus.

Pour conférer une légitimité plus grande à ces nouveaux acteurs et permettre aux organisations représentatives de garder un certain contrôle, le législateur de 2004 a subordonné la conclusion des accords conclus avec un salarié mandaté à l'approbation des

⁴³⁷ Cons. Constit. DC 96-383 du 6 novembre 1997, *Dr. Soc.* 1997, p. 31.

⁴³⁸ Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 : JO du 14 juin 1998, p. 9029 et loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 : JO du 20 janvier 2000, p. 975.

⁴³⁹ Loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social : JO du 5 mai 2004, p. 7983.

⁴⁴⁰ Article 47 de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004.

⁴⁴¹ Article L. 132-26 du Code du travail modifié.

salariés⁴⁴² et la conclusion des accords signés par un représentant élu à l'approbation de la commission paritaire nationale de branche⁴⁴³.

L'objectif affiché du législateur était alors de favoriser la négociation collective dans les petites entreprises au sein desquelles l'implantation de délégués syndicaux reste faible, permettant ainsi la mise en œuvre du dialogue social par des acteurs de la démocratie sociale.

Cependant, le développement du recours à la loi négociée⁴⁴⁴ et aux modes de négociation dérogatoire entraîne surtout un changement notable dans l'armature même de l'ordre public social. Ce dernier se construisait jusqu'alors sur une base uniformisée et toujours dans l'optique d'une amélioration. Désormais, la négociation, au lieu d'améliorer, peut déroger, adapter. Comme le souligne Madame Morin, « *à défaut de garanties sur les droits substantiels, les garanties de procédure et de représentativité deviennent alors des enjeux essentiels* »⁴⁴⁵. Le mouvement juridique initié en faveur du développement de la négociation dérogatoire a donc largement contribué à la réouverture du débat sur la représentativité qui a présidé la loi du 20 août 2008.

B. Une réforme favorable au développement de la négociation dérogatoire

On constate que d'un côté, la loi du 20 août 2008 conserve certains points du système antérieur de négociation dérogatoire, assurant une certaine continuité dans le processus législatif en matière de négociation collective (1).

Toutefois, elle apporte également quelques innovations. Ces dernières favorisent les possibilités de négociation dérogatoire, c'est-à-dire avec d'autres acteurs que les acteurs syndicaux. Cette mesure produit deux effets : d'un côté elle facilite l'ouverture des négociations dans les entreprises et va donc dans un sens favorable au développement du dialogue social. Cependant, d'un autre côté, ce nouveau dispositif risque de contribuer à l'affaiblissement des syndicats qu'on observe déjà depuis plusieurs années en France (2).

⁴⁴² Art. L. 2232-27 du Code du travail.

⁴⁴³ Art. L. 2232-23 du Code du travail.

⁴⁴⁴ Cf. *Supra* §2.

⁴⁴⁵ (M-L.) MORIN, thèse préc., p. 253.

1. Une continuité dans le processus législatif

La loi du 20 août 2008 prévoit la possibilité, dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, d'engager les négociations avec les élus du comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou avec les délégués du personnel ou, à défaut, avec un salarié de l'entreprise mandaté par une organisation syndicale représentative au niveau de la branche dans les entreprises où les élections professionnelles ont conduit à un procès-verbal de carence⁴⁴⁶.

A priori, le texte ne semble pas innover grandement, l'ancienne hiérarchie étant maintenue : la négociation doit se faire prioritairement avec les délégués syndicaux, ensuite avec les représentants au comité d'entreprise, à défaut avec les délégués du personnel et, à défaut, avec un salarié mandaté. La loi du 20 août 2008 se contente d'inclure les représentants de la délégation unique, ce qui, en soi, n'entraîne pas de grands changements. Toutefois, elle va plus loin que la loi du 4 mai 2004 en déterminant directement les modalités de négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux alors que la loi de 2004 laissait ce soin aux partenaires sociaux par le biais de conventions ou d'accords de branche.

2. Le risque d'affaiblissement des acteurs syndicaux

La capacité à négocier demeure en principe, l'apanage des organisations syndicales représentatives.

La loi du 20 août 2008 innove toutefois en instituant un nouvel acteur, le représentant de la section syndicale qui, en principe n'est pas habilité à négocier, hormis dans certains cas⁴⁴⁷. Elle fixe elle-même les modalités de négociation avec des représentants élus et en l'absence de représentants élus constatée par un procès-verbal de carence, avec un ou plusieurs salariés mandatés.

De plus, comme le relève le Professeur Rodière, la nouvelle loi précise que les accords conclus suivant la procédure qu'elle met en place portent « sur des mesures dont la mise en

⁴⁴⁶ Art. L. 2232-21 et suivants du Code du travail ; loi du 20 août 2008, préc., fiche n° 5, « La négociation dans l'entreprise », consultable sur : <http://travail-emploi.gouv.fr>.

⁴⁴⁷ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 1.

œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif⁴⁴⁸ », autrement dit, pour l'essentiel, sur les accords dérogatoires en matière de durée ou de temps de travail.

La réforme de 2008 entraîne donc plusieurs conséquences juridiques majeures.

D'une part, avec la mise en place de ce nouveau système, on peut se trouver confronté à l'hypothèse dans laquelle un employeur engage des négociations avec un salarié mandaté alors que l'entreprise dispose d'un délégué syndical. Cette situation, impossible auparavant, est désormais envisageable (a).

D'autre part, les changements apportés par la réforme, notamment la modification des critères de représentativité, montrent une orientation législative marquée en faveur de la négociation dérogatoire (b). Nous reviendrons sur ces deux innovations de façon plus détaillée au cours de nos développements ultérieurs, le rôle du représentant de la section syndicale dans l'entreprise devant être traité séparément pour plus de clarté⁴⁴⁹.

a. La fin du monopole syndical dans la négociation - Une brèche est désormais ouverte : la négociation collective avec un représentant non habilité par un syndicat représentatif est possible, même si un syndicat existant est présent dans l'entreprise⁴⁵⁰. Le rôle des syndicats dans la négociation collective pourrait, à terme, s'en trouver substantiellement affaibli. Et quand bien même ce ne serait pas le cas dans l'immédiat, la loi du 20 août 2008 remet en cause un principe important pour l'exercice du droit syndical dans l'entreprise : les syndicats représentatifs dans l'entreprise n'ont plus le monopole de la capacité à négocier.

b. Un mouvement marqué en faveur de la négociation dérogatoire - La modification des critères de la représentativité des syndicats, mesure emblématique de la loi de 2008, combinée notamment avec les dispositions relatives au représentant de la section syndicale⁴⁵¹ et aux procédures de négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux montre une orientation législative en faveur du développement de la négociation dérogatoire dans les entreprises plutôt qu'au niveau des branches professionnelles, dans la lignée de la loi du 4 mai

⁴⁴⁸ (P.) RODIERE, « Du dialogue social à la démocratie sociale », *SSL* 13 octobre 2008, n° 1370, p. 7.

⁴⁴⁹ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 1.

⁴⁵⁰ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 1.

⁴⁵¹ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 1.

2004. Ces dispositions doivent être combinées avec les nouvelles modalités de validité des accords collectifs⁴⁵².

§2. La légitimité des organisations patronales, une question en suspens

La représentation patronale désigne l'action collective structurée des entreprises et de leurs dirigeants. Cependant, sur le plan juridique, aucun texte ne définit clairement cette représentativité.

Curieusement, on constate que les organisations patronales sont le produit de diverses évolutions historiques, tout comme les syndicats ouvriers, mais à la différence des syndicats ouvriers, les syndicats patronaux ont immédiatement bénéficié d'une reconnaissance implicite (I).

Avec l'apparition des accords dérogatoires, la question de la légitimité des syndicats de salariés est devenue cruciale. C'est pourquoi la question de leur représentativité, qui conditionne leur légitimité, est devenue centrale. Toutefois, bien qu'elle mette l'accent sur la représentativité syndicale, la loi du 20 août 2008 élude le débat portant sur la légitimité des organisations patronales dans le processus de la négociation collective. Cette question se pose pourtant naturellement, compte tenu de l'importance que revêt la légitimité des acteurs du dialogue social « donnant-donnant », suivant la logique qui a présidé à l'adoption de la loi du 20 août 2008. On peut néanmoins s'interroger sur la nécessité d'ouvrir un tel débat (II).

I. Une reconnaissance implicite

Avec la reconnaissance du droit de grève en 1864 et à partir de 1890 avec l'instauration des premières règles du droit du travail⁴⁵³, les enjeux du syndicalisme deviennent différents pour les employeurs qui voient leur pouvoir de direction plus restreint. La CGT, premier syndicat ouvrier, apparaît en 1895. C'est pourquoi à cette période naissent aussi un grand

⁴⁵² Cf. *Infra* Section 2.

⁴⁵³ Notamment la loi du 9 avril 1898 sur les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail : Bulletin de l'inspection du travail n° 2, 1898.

nombre d'organisations patronales. Ainsi, en 1901, l'Union des Industries Métallurgiques et Minières (IUMM) voit le jour. Elle deviendra un des piliers de la CGPF⁴⁵⁴, puis du MEDEF.

Ce sont toutefois les années 30 qui vont marquer un tournant décisif dans l'idéologie syndicaliste patronale.

En effet, en 1936, le Front populaire remporte la victoire électorale. Parallèlement, les mouvements de grève et d'occupation d'usines, contribuent à creuser l'écart entre ouvriers et chefs d'entreprise, poussant ces derniers à se regrouper.

Afin de gagner les chefs des petites entreprises, la CGPF, jusqu'alors composée essentiellement par des grands producteurs, change de nom. Tout en gardant le même sigle, elle devient la Confédération Générale du Patronat Français.

En 1946 est créé le Conseil National du Patronat Français (CNPFF).

Celui-ci connaît alors des problèmes de dissensions internes entre d'un côté « l'aile marchande », de tendance plutôt moderniste, qui comprend notamment le CJP (Centre des Jeunes Patrons⁴⁵⁵), et de l'autre côté, « l'aile conservatrice » du CNPF, majoritaire, qui englobe la CGPME⁴⁵⁶.

En 1998, suite à la réforme des 35 heures, le CNPF est devenu le MEDEF que nous connaissons aujourd'hui (Mouvement des Entreprises de France), abandonnant le terme de patronat, qui portait une connotation trop péjorative.

Une dizaine d'associations de chefs d'entreprise sont actuellement membres associés du MEDEF, notamment le CJD (Centre des Jeunes Dirigeants d'entreprise), l'EDC (Entrepreneurs et Dirigeants Chrétiens), et l'ETHIC (Entreprises de taille Humaine, Indépendantes et de Croissance).

Du côté de l'artisanat et des professions libérales, deux syndicats ont vu le jour : l'UPA (Union Professionnelle Artisanale) et l'UNAPL (Union Nationale des Professions Libérales), reconnues représentatives en 1983 pour l'UPA et en 1997 pour l'UNAPL.

Concernant l'UPA, si elle a été reconnue représentative par l'Etat, on notera que les organisations patronales dominantes ne partagent pas cet avis. La CGPME et le CNPF, puis le

⁴⁵⁴ Confédération Générale de la Production Française : première confédération patronale officiellement reconnue créée en 1919 à l'initiative d'Etienne Clémentel, alors ministre des Finances.

⁴⁵⁵ Qui deviendra l'actuel CJD (Centre des Jeunes Dirigeants).

⁴⁵⁶ Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises. Créée en 1944, elle adhère au CNPF en 1946.

MEDEF, considèrent en effet qu'ils représentent également les artisans. C'est pourquoi ils s'opposent parfois aux actions de l'UPA⁴⁵⁷.

Quant à l'UNAPL, il s'agit de la seule organisation représentative du secteur d'activité des professions libérales⁴⁵⁸.

A la différence des syndicats ouvriers, la plupart des syndicats patronaux n'ont pas bénéficié d'une reconnaissance officielle par le biais d'un texte législatif ou réglementaire. En effet, quelques textes épars confèrent à certaines chambres un pouvoir de représentation des intérêts professionnels⁴⁵⁹. Mais aucun de ces textes ne met en place pour les organisations patronales un système de représentativité semblable à celui qui existe pour les syndicats de salariés et à l'heure actuelle, la plupart des organisations patronales sont d'ailleurs créées sous la forme d'associations de la loi 1901⁴⁶⁰, c'est-à-dire d'associations d'intérêt général à but non lucratif.

Pourtant, avec la multiplication des accords nationaux interprofessionnels et le développement de la négociation dérogatoire, les organisations patronales participent de plus en plus à la détermination des normes en droit du travail. Elles négocient et signent des accords importants pour les entreprises qu'elles représentent et les collectivités de salariés couvertes par ces textes. Ainsi, l'IUMM est un syndicat influent dans le secteur de la métallurgie. Elle a signé, entre autres, la convention de la métallurgie à laquelle sont rattachées les entreprises françaises les plus influentes de l'aéronautique et le groupe EADS NV auquel appartient Aerolia.

La légitimité des syndicats patronaux n'est toutefois pas discutée. On peut donc considérer qu'ils bénéficient d'une reconnaissance implicite.

Ce constat est surprenant, d'autant plus qu'il n'existe pas de définition légale de la représentativité patronale. Il s'explique toutefois par des raisons relativement simples.

⁴⁵⁷ Concernant par exemple l'accord conclu le 12 décembre 2001 entre l'UPA et 5 organisations de salariés (prévoyant que les entreprises comprises dans le champ d'application de cet accord verseraient une contribution de 0,15% du montant de la masse salariale, destinée à assurer le financement du dialogue social), le MEDEF, la CGPME, la FFB et l'IUMM ont engagé une requête en annulation auprès du Conseil d'Etat, car elles estiment être aussi représentatives dans le secteur de l'artisanat et que l'UPA ne peut pas bénéficier seule de cet accord. Le Conseil d'Etat, établissant la représentativité de l'UPA, a rejeté cette requête.

⁴⁵⁸ (M.) RABIER, La représentation patronale en France, *BS Lefebvre*, avril 2008, p. 233.

⁴⁵⁹ Art. 23 du code de l'artisanat pour la chambre des métiers.

⁴⁶⁰ Exemple : MEDEF, CGPME.

Tout d'abord, il n'existe pas de définition légale de la représentativité patronale parce que cette question est rarement évoquée. Ce constat explique aussi en partie que la question de la légitimité patronale soit rarement abordée, dans la mesure où généralement, c'est lorsque la représentativité est débattue que le problème de la légitimité est évoqué et vice-versa, les deux notions étant étroitement liées, comme en témoigne le processus législatif qui a conduit à l'adoption de la loi du 20 août 2008.

Ensuite, dans le cadre des négociations de branche, les intérêts économiques des entreprises du secteur concerné sont généralement convergents. Elles acceptent donc facilement d'être représentées par une organisation patronale qui défendra les intérêts communs. Au niveau de l'entreprise, la Direction va plutôt être représentée par une personne physique, le chef d'entreprise ou un de ses représentants. De même, dans cette hypothèse, les intérêts à défendre sont uniformes, homogènes.

La légitimité des organisations patronales est donc de fait rarement contestée par les personnes dont elles doivent défendre les intérêts. Subsistent seulement quelques contentieux, réguliers, mais peu nombreux, à ce sujet.

II. L'ouverture d'un débat sur la légitimité patronale : une nécessité ?

Les organisations patronales, acteurs de la démocratie sociale au même titre que les syndicats de travailleurs, sont nombreuses.

Toutefois, aucun texte ne définit véritablement la représentativité de ces organisations et d'un point de vue juridique, on peut s'interroger sur la légitimité des organisations d'employeurs dans la mesure où leur statut leur confère certaines prérogatives. Ainsi, par exemple, pour pouvoir être étendus, les accords et conventions collectifs doivent avoir été négociés et conclus en commission paritaire. Cette dernière est composée de représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré⁴⁶¹.

On observe que peu d'organisations patronales bénéficient d'une reconnaissance au niveau national (A).

⁴⁶¹ Art. L. 2261-19 du Code du travail.

Seuls quelques critères de représentativité sont pris en compte pour apprécier la représentativité des autres organisations patronales. Cependant, suivant la logique qui a conduit à l'adoption de la loi du 20 août 2008, les syndicats doivent justifier d'une légitimité réelle, renforcée ; ainsi, la légitimité des accords qu'ils concluent sera renforcée également. Toutefois, la négociation collective ne concerne pas que les organisations syndicales de salariés : les organisations patronales signent également ces accords. Dans ce cas, pourquoi n'appliquerait-on pas les critères issus de la loi du 20 août 2008 aux organisations patronales (B) ?

A. Les organisations patronales représentatives au niveau national

L'arrêté du 31 mars 1966 a intégré la CNPF, qui comprenait la CGPME à l'époque, dans les organisations patronales reconnues représentatives au niveau national. En 1983, l'UPA est devenue la troisième organisation patronale représentative à ce niveau. Aujourd'hui, quatre organisations patronales sont reconnues représentatives : le MEDEF, la CGPME, l'UPA et l'UNAPL⁴⁶². Toutefois, la reconnaissance de la représentativité de ces organisations ne résulte de l'application d'aucun texte légal. En ce sens, on peut considérer qu'il s'agit d'une représentativité implicitement admise.

Hormis ces quelques cas, à la différence des organisations syndicales, dans le système antérieur à la loi du 20 août 2008, les organisations patronales ne bénéficient pas d'une représentativité « présumée » car il ne résulte d'aucun texte applicable que les organisations syndicales d'employeurs seraient dispensées de prouver leur représentativité dans le champ d'application de la convention ou de l'accord dont l'extension est en cause⁴⁶³. Celle-ci doit donc obligatoirement être prouvée.

A contrario, pour conclure un accord, une organisation patronale n'a pas besoin de démontrer sa représentativité, dès lors que le champ d'application de l'accord est du domaine de la compétence professionnelle de cette organisation⁴⁶⁴. Autrement dit, dès lors que cet accord concerne le champ professionnel couvert par les statuts de l'organisation considérée.

⁴⁶² (M.) OFFERLE, « Représentation, représentabilité, représentativité. Le cas des entreprises et de leurs chefs », *RDT*, mars 2010, p. 269.

⁴⁶³ CE, 30 juin 2003, *RJS* 10/03, n° 1197 ; *Dr. Soc.*, décembre 2003, p. 1112-1118, concl. (P.) FOMBEUR.

⁴⁶⁴ CA Paris, 19 décembre 1994, (L.) FLAMENT, art. préc., p. 442 ; CE, Avis du 23 novembre 1978, *Dr. Soc.* 1979, p. 266.

La preuve de la représentativité n'est donc expressément exigée que pour l'extension des conventions collectives⁴⁶⁵. Cette exigence légale s'explique par le fait que l'arrêté d'extension a pour effet de rendre obligatoire les effets de l'accord étendu à tous les employeurs compris dans son champ d'application territorial et professionnel. Compte tenu de la portée de l'accord étendu, il est donc logique que les signataires justifient d'une certaine légitimité auprès de ceux qu'ils vont engager. A l'heure actuelle, cette tâche incombe essentiellement à l'administration, laquelle s'appuie sur les textes applicables aux organisations de salariés pour déterminer la représentativité des organisations patronales⁴⁶⁶.

B. L'application des critères de représentativité aux organisations patronales

La jurisprudence a été amenée à se prononcer sur la question de la représentativité patronale. Il résulte des différentes décisions rendues à ce sujet que les effectifs constituent le critère dominant de cette appréciation (1).

Cependant, la représentativité patronale ne fait actuellement l'objet d'aucun débat réel⁴⁶⁷. Il en va de même pour la question de la légitimité patronale. Ce constat résulte d'abord des enjeux de la négociation pour les organisations patronales, qui sont très différents de ceux des organisations syndicales de salariés. Pour elles en effet, il s'agit d'abord de négocier des règles destinées à réguler la concurrence. En raison de cet enjeu commun à la plupart des entreprises concernées par la négociation, la cohésion est plus importante au niveau patronal qu'au niveau salarial, ce qui explique le peu de discussions existants au sujet de leur légitimité. Pourtant, différentes raisons nous conduisent à penser que l'ouverture d'une telle discussion pourrait être utile (2).

1. Les effectifs, critère dominant

A défaut d'autres précisions, les juridictions ont tendance à appliquer aux organisations patronales des critères apparentés à ceux appliqués aux organisations syndicales de salariés. Ainsi, le Conseil d'Etat indique-t-il que pour apprécier le caractère représentatif d'une

⁴⁶⁵ Art. L. 2261-19 du Code du travail.

⁴⁶⁶ (N.) MAGGI-GERMAIN, « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *Dr. Soc.*, novembre 2011, p. 1076.

⁴⁶⁷ Cf. *Supra* I et *Infra* 2.

organisation d'employeurs, il faut tenir compte « du chiffre de ses effectifs et autres éléments caractéristiques des organisations les plus représentatives⁴⁶⁸ ».

Le critère dominant semble donc être celui des effectifs, la jurisprudence ayant précisé par la suite que le critère de l'indépendance, nécessaire à la reconnaissance de la représentativité des organisations syndicales de salariés, ne saurait s'appliquer aux organisations patronales⁴⁶⁹ ; une association professionnelle regroupant des entreprises employant « la majorité des salariés » est indiscutablement représentative⁴⁷⁰. Cette dernière jurisprudence a toutefois été remise en cause par le Conseil d'Etat en 2011⁴⁷¹.

Le seuil d'effectif requis pour qu'une organisation d'employeurs obtienne la représentativité reste néanmoins imprécis. En effet, en pratique, il est fréquent qu'un employeur adhère à plusieurs organisations⁴⁷².

L'appréciation des effectifs peut donc être relative, par exemple, par comparaison avec les effectifs des autres organisations syndicales. Ainsi, le Conseil d'Etat décide qu'une organisation devra être reconnue représentative si elle regroupe plus d'adhérents qu'une autre organisation déjà reconnue représentative⁴⁷³.

La taille des entreprises peut également jouer sur la reconnaissance de la représentativité⁴⁷⁴. Ainsi, l'assiette des cotisations des unions patronales interprofessionnelles est parfois basée sur la masse salariale ou sur le nombre de salariés de l'entreprise considérée⁴⁷⁵. De même, le Ministère du Travail prend en compte les effectifs des entreprises affiliées lorsqu'il mène des enquêtes sur la représentativité.

2. *L'ouverture d'un débat sur la légitimité patronale : une nécessité ?*

La question de la représentativité des organisations patronales est moins posée que celle des syndicats de salariés. Cette quasi absence de débat au sujet de la représentativité des organisations patronales s'explique aisément.

⁴⁶⁸ (L.) FLAMENT, « La représentativité des organisations patronales », *Dr. Soc.* avril 2009, p. 437.

⁴⁶⁹ CE, 21 mai 2008, n° 291115 ; CE, 9 novembre 2007, n°257252 ; (L.) FLAMENT, art. préc., p. 437 ; (F.) HEAS, art. préc., p. 96.

⁴⁷⁰ (F.) HEAS, art. préc., p. 96 ; CE, 21 mai 2008, préc.

⁴⁷¹ CE 2 mars 2011, n° 313189.

⁴⁷² (L.) FLAMENT, art. préc., p. 440.

⁴⁷³ (L.) FLAMENT, art. préc., p. 441.

⁴⁷⁴ Cass. Soc., 21 novembre 2006, n° 05-13.601, *Bull. Civ.* V, n°351, p. 339.

⁴⁷⁵ (L.) FLAMENT, art. préc., p. 438.

Elle résulte d'abord du fait que dans chaque entreprise, là où il n'y a pas forcément de syndicat de travailleurs, il y a nécessairement un employeur, ce qui exclut les problèmes liés à l'absence de représentants des intérêts de l'employeur.

Par ailleurs, les enjeux de la négociation sont très différents pour les organisations patronales. En effet, alors que les syndicats de salariés ont vocation à défendre les intérêts des collectivités de travail, les organisations patronales ont surtout intérêt à négocier des règles destinées à réguler la concurrence entre entreprises. Il en résulte une certaine homogénéité au niveau patronal.

Ainsi, l'ensemble des chefs d'entreprise, au niveau des branches, bien que leurs entreprises soient concurrentes, ont généralement des intérêts communs en termes commerciaux et sociaux dans la mesure où les règles commerciales et le droit du travail s'appliquent de façon relativement uniforme aux entreprises en fonction de leur taille et de leur secteur d'activité.

Cette application limite les problèmes de division au sein des organisations patronales et assure des blocs syndicaux de taille suffisamment importante pour avoir un poids conséquent dans les négociations, alors que les salariés peinent à établir des communautés d'intérêts en raison de la division des lieux de travail et de la diversité de leurs fonctions et conditions de travail.

Ainsi, parce qu'elle pose peu de difficultés pratiques, et parce que la communauté d'intérêts patronale est souvent plus facile à délimiter que la communauté d'intérêts des salariés, la question de la représentativité patronale n'est pas souvent abordée. Par conséquent, il est vrai que le débat sur la légitimité de la participation des organisations patronales à la démocratie sociale n'aurait pas de réelle utilité.

Cependant, comme le relève le Professeur Supiot⁴⁷⁶, parler d'homogénéité côté patronal à l'heure où les « employeurs dépendants » sont de plus en plus nombreux n'est pas nécessairement pertinent. En effet, on peut penser que les intérêts de l'employeur et de l'entreprise dont il dépend sont convergents. En pratique, on constate par exemple que lorsque qu'une entreprise cliente connaît des baisses d'activité, certaines entreprises sous-traitantes voient leurs contrats non renouvelés et par ricochet, souffrent des difficultés qui affectent leur client (a fortiori lorsqu'elles n'ont qu'un ou deux clients). D'un autre côté, on peut penser que

⁴⁷⁶ (A.) SUPIOT, « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. Soc.*, mai 2010, p. 531.

les intérêts de l'employeur dépendant ne sont pas les mêmes que ceux de l'entreprise dont il dépend : il aspirerait peut-être à davantage d'indépendance...Difficile dans ce cas de parler d'une réelle homogénéité.

En outre se pose le problème de l'application des accords conclus par les organisations patronales reconnues représentatives lorsque ces dernières ne couvrent pas suffisamment le champ professionnel de l'accord en question. Dans ce cas, même si l'accord est étendu, il demeure inapplicable aux salariés du secteur concerné, ce qui est regrettable. Tel est le cas, par exemple, de l'accord sur le stress au travail du 2 juillet signé par le MEDEF, l'UPA et la CGPME dès lors que ces dernières ne couvrent pas professionnellement le « secteur de l'économie sociale » visé par l'accord⁴⁷⁷.

D'autres implications des organisations d'employeurs pourraient justifier un examen plus approfondi de critères de leur représentativité.

En effet, à l'instar des syndicats de salariés, les organisations patronales font parties de nombreux organismes nationaux, comme le conseil de la Caisse Nationale d'Assurance Maladie, les organismes paritaires collecteurs agréés, des organismes de retraites complémentaires comme l'Agirc et l'Arcco, ou encore des conseils de prud'hommes. Au niveau communautaire, les organisations d'employeurs jouent également des rôles importants au sein du Conseil économique et social et du Fonds social européen. Et au niveau international, elles disposent par exemple de sièges au conseil d'administration de l'OIT.

Par conséquent, le rôle des organisations patronales dépasse largement le seul cadre de l'entreprise⁴⁷⁸. La représentativité de ces dernières n'a donc « *pas vocation à être allouée sans conditions*⁴⁷⁹ » ni à être envisagée uniquement dans le cadre des accords d'extension. Quelques points mériteraient donc d'être vérifiés d'autant plus qu'avec l'intervention de la loi du 20 août 2008, il n'y aura plus, à terme, de présomption irréfragable de représentativité⁴⁸⁰. Rien n'empêche alors d'appliquer les nouveaux critères de représentativité à toutes les organisations syndicales, quelle que soit leur nature⁴⁸¹, cette hypothèse n'ayant jamais été

⁴⁷⁷ (J-F.) PAULIN, « La représentativité des organisations patronales : état des lieux et perspective », <http://www.jfpaulin.info/fichiers/DOC/JA-rep-patronale.pdf>.

⁴⁷⁸ Voir aussi sur ce point *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 1, Chapitre 2.

⁴⁷⁹ (N.) MAGGI-GERMAIN, art. préc., p. 1076.

⁴⁸⁰ Cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 1.

⁴⁸¹ (F.) HEAS, « La représentativité des organisations salariées et patronales en droit français », *RDT* février 2011, p. 95.

écartée par le législateur. La jurisprudence et l'administration utilisent d'ailleurs déjà la plupart des critères figurant dans l'article L. 2121-1 du Code du travail pour estimer la représentativité des organisations d'employeurs⁴⁸². Cette approche a été récemment confirmée par une décision du Conseil d'Etat qui affirme que les critères légaux s'appliquent tant aux organisations d'employeurs qu'aux organisations de salariés, y compris celui de l'indépendance qui implique de vérifier que les conditions d'organisation et de fonctionnement de l'organisation patronale « permettent d'assurer effectivement la défense des intérêts professionnels qu'elle entend représenter, notamment dans le cadre de la négociation des conventions et accords collectifs »⁴⁸³.

La question du financement des syndicats avait été soulevée en 2008 dans le rapport Attali⁴⁸⁴. Celle-ci est désormais réglée par la loi du 20 août 2008, complétée par deux décrets de 2009⁴⁸⁵. Ce qui ne règle pas pour autant toutes les questions tenant à la représentativité des syndicats⁴⁸⁶.

Il convient toutefois de nuancer notre propos en précisant que l'application de tous les critères de représentativité aux organisations patronales nous paraît pertinente, à l'exception de celui de l'audience. En admettant que l'on souhaite appliquer aux organisations patronales des règles similaires à celles applicables aux syndicats de salariés, certains auteurs préconisent l'organisation d'un scrutin spécifique, d'ampleur nationale, pour mesurer l'audience des organisations patronales⁴⁸⁷.

Cependant, on voit mal l'utilité de complexifier à l'excès un système qui fonctionnait plutôt bien jusqu'à présent en ajoutant des élections supplémentaires. Et il faut garder à l'esprit l'objectif principal : s'agit-il de déterminer exactement la représentativité des organisations patronales ou bien simplement de rendre le système actuel moins opaque ? A notre avis il faut plutôt viser la deuxième option, ce qui suppose un renforcement du contrôle des juges ou de l'administration via des critères plus précis, tout en conservant une certaine souplesse, un contrôle strict ne nous semblant pas nécessaire ni justifié.

Par ailleurs, l'élaboration de ces critères n'incombe pas nécessairement au législateur : les modalités de reconnaissance de la représentativité des organisations patronales ou les

⁴⁸² Cf. *Supra* A.

⁴⁸³ CE, 2 mars 2011, n°313189, obs. (S.) NADAL, *RDT* octobre 2011, p. 583.

⁴⁸⁴ (J.) ATTALI, *300 décisions pour changer la France*, Rapport de la commission pour la libération de la croissance française, La Documentation française, 2008.

⁴⁸⁵ Cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 2, Chapitre 1.

⁴⁸⁶ Cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 2.

⁴⁸⁷ (B.) TEYSSIE, « 2008-2012 : les syndicats, le législateur et le juge », art. préc., p. 16.

conditions de validité des accords pour la partie patronale pourraient être précisées par les juges ou bien dans les accords de branche par exemple⁴⁸⁸. Sans oublier le rôle de la commission paritaire de branche au sein de laquelle se négocient et se concluent les accords de branche ayant vocation à être étendus, qui gagnerait à être développé⁴⁸⁹.

Section 2 - Les incertitudes tenant à la négociation collective

Le législateur a affirmé sa volonté de rénover la démocratie sociale dans l'entreprise. Ainsi, la réforme de 2008 entraîne de nombreux changements qui ont des répercussions directes dans l'entreprise, concernant notamment l'élection et la désignation des représentants du personnel et l'organisation des élections professionnelles. Le champ de la réforme dépasse largement le seul cadre de la représentativité des syndicats.

Les syndicats qui parviendront à acquérir la représentativité gagnent en effet des prérogatives très importantes en matière de négociation collective. Ils peuvent être totalement intégrés au processus de négociation, du début à la fin, mais aussi au processus de validation des accords auxquels ils ne sont pas forcément parties.

Dans ces conditions, le cadre légal entourant la représentativité et la négociation collective doit assurer une réelle sécurité juridique. Or, en son état actuel, la loi du 20 août 2008 présente certaines lacunes qu'il convient d'identifier pour parvenir à les régler rapidement. A moins qu'il ne faille simplement changer l'axe de la réforme de la représentativité... (§1).

Par ailleurs, la possibilité de désignation dérogatoire du représentant de section pour négocier ouverte par la loi peut paraître ambivalente, au regard des objectifs de la réforme. Nous verrons toutefois qu'il convient de relativiser cette impression, le dispositif de la loi du 20 août 2008 apportant certains tempéraments cohérents (§2).

⁴⁸⁸ Comme cela a été fait dans l'« accord du 25 janvier 2011 relatif aux modalités d'application pour la production agricole des dispositions sur la représentativité des organisations syndicales de salariés » qui précise que pour chaque négociation, la signature de l'organisation d'employeurs représentative dans le champ d'application de l'accord est nécessaire. Sinon, le champ d'application de l'accord sera réduit d'autant. En cas de pluralité d'organisations d'employeurs représentatives dans le même secteur, la signature d'une seule d'entre elles suffit.

⁴⁸⁹ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 1, Chapitre 1.

§1. Quelques lacunes à combler...ou la nécessité de choisir un autre axe de réforme

La réforme de 2008 modifie les critères de représentativité des syndicats afin d'accroître leur légitimité. En même temps, elle entend renforcer la légitimité des accords collectifs dont elle modifie les conditions de conclusion et de validité en conséquence.

Cependant, au-delà du renforcement de la légitimité des accords qu'opère le législateur, on peut parler d'une véritable rénovation de la négociation collective elle-même dans la mesure où la réforme de 2008 procède en même temps à un changement plus global en généralisant le principe majoritaire, avec les conséquences juridiques que cela emporte, dont l'apparition de nouveaux risques. L'analyse de ces risques nous conduit également à constater que l'approche retenue pour réformer la représentativité, axée sur la légitimité, est trop partielle (I).

En même temps, la loi du 20 août 2008 laisse planer des incertitudes tenant notamment au devenir des accords conclus sous l'empire des nouvelles dispositions (II).

I. La légitimité renouvelée des accords collectifs : une approche trop partielle

La loi du 20 août apporte quelques modifications relatives aux modalités de conclusion et de validité des accords en vue de renforcer leur légitimité. L'examen de ces mesures révèle qu'en réalité elles ne participent que faiblement au renforcement de la légitimité des accords collectifs et qu'elles peuvent même freiner le bon déroulement du dialogue social dans les entreprises. On peut donc parler d'un « renforcement » de la légitimité des syndicats mais pas des accords collectifs (A).

Par ailleurs, la réforme généralise le principe majoritaire : elle a donc des incidences non seulement sur les accords collectifs mais aussi sur l'ensemble de la négociation collective. En effet, elle renouvelle véritablement les conditions de légitimité des accords collectifs et plus encore, la négociation collective elle-même. Cependant, des incertitudes subsistent quant au devenir des accords conclus suivant les nouvelles dispositions (B).

A. Une légitimité renforcée ?

Depuis la loi du 24 juin 1936⁴⁹⁰, les syndicats représentatifs bénéficient de la capacité de négocier des accords collectifs, engageant ainsi les salariés⁴⁹¹.

Cette dimension normative de la négociation collective a conduit le législateur et les partenaires sociaux à définir les conditions auxquelles sont subordonnées la conclusion et la validité des accords collectifs. Qui peut négocier ? Et quelles règles permettent de garantir au mieux la légitimité de l'accord conclu ? La loi du 20 août 2008 apporte sa pierre à l'édifice, modifiant les conditions de conclusion et de validité des accords collectifs pour mieux asseoir leur légitimité. Au final, ces changements se révèlent toutefois plutôt mineurs comparé au bouleversement qu'apporte la réforme au droit de la négociation collective (1).

Par ailleurs, la loi du 20 août 2008, si elle n'innove pas réellement en la matière, apporte quelques précisions sur les modalités de négociation, maintenant une forme d'éthique dans les négociations dérogatoires qui participe au renforcement de la légitimité des accords (2).

1. Des changements mineurs

Les conditions générales de conclusion des accords collectifs demeurent en réalité quasi inchangées.

La régularité des négociations suppose que toutes les organisations syndicales représentatives soient invitées à y participer. Ce, afin que soit respecté le principe de l'égalité syndicale. Cette exigence légale constitue également une condition de validité de l'accord collectif.

Auparavant, les organisations syndicales représentatives au niveau national, les syndicats qui leur étaient affiliés et ceux qui avaient réussi à prouver leur représentativité dans le champ d'application de l'accord considéré étaient habilités à négocier les accords collectifs de travail.

Désormais, l'article L. 2231-1 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi du 20 août 2008 indique que les conventions ou accords collectifs sont conclus par « une ou plusieurs

⁴⁹⁰ Loi du 24 juin 1936 « modifiant et complétant le chapitre IV bis du titre II du livre I^{er} du code du travail, De la convention collective du travail », préc.

⁴⁹¹ Cf. *Supra* Propos liminaires.

organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord ».

La loi du 20 août 2008 respecte ainsi le principe de participation et le principe de la liberté syndicale issus de la Constitution et de la jurisprudence.

En outre, elle ne semble pas modifier l'ancien système car ce n'est qu'en l'absence de représentants syndicaux dans l'entreprise que la négociation est ouverte avec des élus. L'examen du dispositif relatif au représentant de la section syndicale⁴⁹² révèle toutefois que cette affirmation doit être nuancée, certains cas restants à envisager. Des évolutions ne sont pas exclues sur ce point.

2. L'éthique dans les négociations dérogatoires

La loi du 20 août 2008 assure le maintien d'une forme « d'éthique » dans les négociations dérogatoires réalisées avec des élus ou des salariés mandatés⁴⁹³. Dans ce cas, les dispositions légales imposent que les projets d'accords soient élaborés conjointement par les négociateurs, que les syndicats qui participent aux négociations soient indépendants vis-à-vis de l'employeur, qu'il y ait une concertation avec les salariés, qu'il soit permis de prendre attache avec les organisations syndicales représentatives au niveau de la branche et enfin, que l'employeur détermine par accord avec les élus titulaires et les salariés mandatés, les informations qui leur seront transmises au cours de la négociation⁴⁹⁴. Ces nouvelles dispositions appellent quelques remarques.

L'indépendance des négociateurs⁴⁹⁵ évoquée par la loi vise vraisemblablement l'indépendance du syndicat représentatif auteur du mandatement, conformément aux critères posés par l'article L. 2121-1 du Code du travail. Cependant, comme le souligne Monsieur Mazeaud⁴⁹⁶, l'indépendance des élus risque d'être plus difficile à établir.

⁴⁹² Cf. *Infra* §2 et Deuxième partie, Titre 1.

⁴⁹³ Loi n°2008-789 du 20 août 2008, préc., art. 9.

⁴⁹⁴ Art. L. 2232-27-1 du Code du travail.

⁴⁹⁵ Art. L. 2232-27-1 1° du Code du travail.

⁴⁹⁶ (A.) MAZEAUD, « La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical », *Dr. Soc.*, juin 2009, p. 676.

L'élaboration conjointe⁴⁹⁷ suppose quant à elle une certaine organisation de la négociation, une procédure à respecter, de manière à ce que tous les participants disposent des informations à peu près au même moment et à favoriser une concertation collective, dans la mesure du possible.

La concertation avec les salariés⁴⁹⁸ doit vraisemblablement être menée par les différents participants qui organiseront des réunions d'information et de discussion avec les salariés. Les modalités de cette concertation devraient toutefois être prévues par un accord de méthode⁴⁹⁹, solution qui s'inscrit d'ailleurs parfaitement dans le principe d'une élaboration conjointe de l'accord.

Enfin, la faculté de prendre attache avec des organisations syndicales représentatives de la branche⁵⁰⁰ permet aux représentants élus d'utiliser leur crédit d'heures de délégation pour se déplacer hors de l'entreprise, donc une communication efficace des informations à ce niveau. Peut-être cette disposition vise-t-elle également à assurer une certaine protection des élus qui auraient été habilités à négocier en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise, bien que l'efficacité de cette sécurité puisse laisser sceptique⁵⁰¹.

Ces différentes dispositions assurent le respect d'une forme d'éthique dans les négociations dérogatoires avec les salariés élus ou mandatés qui contribue effectivement à asseoir la légitimité des accords qui en résultent mais on ne saurait parler d'un véritable renforcement de la légitimité des accords dérogatoires, les différences avec le système antérieur étant ici aussi minimales. La loi du 20 août 2008 prévoit des mesures qu'on peut rattacher aux principes de loyauté et de bonne foi dans les négociations qui existaient auparavant⁵⁰². En revanche, elle n'approfondit pas la question de l'éthique dans les négociations qui ne se pose plus globalement, dans tous les types de négociation collective et

⁴⁹⁷ Art. L. 2232-27-1 2° du Code du travail.

⁴⁹⁸ Art. L. 2232-27-1 3° du Code du travail.

⁴⁹⁹ (A.) MAZEAUD, art. préc.

⁵⁰⁰ Art. L. 2232-27-1 4° du Code du travail.

⁵⁰¹ (M.) GREVY, (E.) PESKINE, (S.) NADAL, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008, à propos du devenir (incertain ?) des syndicats dans l'entreprise », *RDT* juillet/août 2008, p. 436.

⁵⁰² Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 2, Sous-titre 2.

non seulement dans le cadre de la négociation dérogatoire. Il n'y a donc pas ici d'innovation véritable et on peut souhaiter l'engagement de nouvelles réflexions sur ce sujet⁵⁰³.

B. La légitimité renouvelée

La loi du 20 août 2008 généralise le principe majoritaire comme condition de validité des accords collectifs (1). Ce faisant, elle influe sur le droit de la négociation collective dans sa globalité, procédant ainsi à une véritable rénovation non seulement de la légitimité des accords collectifs mais aussi de la négociation collective en général.

Cependant, l'application des nouvelles règles n'exclut pas certains risques de blocage qui peuvent survenir dans les négociations (2).

1. La généralisation du principe majoritaire

La loi du 4 mai 2004⁵⁰⁴ a introduit le principe majoritaire comme condition de validité des accords collectifs (a). Cette idée a été développée par la suite jusqu'à l'intervention du 20 août 2008, qui généralise le principe majoritaire (b).

Nous avons vu que ces évolutions législatives dénotent une orientation marquée en faveur de la négociation dérogatoire⁵⁰⁵. Nous allons à présent nous attacher à déterminer si elles participent effectivement au renforcement de la légitimité des accords collectifs et à la rénovation de la démocratie sociale.

a. L'introduction du principe majoritaire par la loi du 4 mai 2004 - La question de la validité des accords collectifs n'est pas nouvelle. En revanche, celle de la représentativité « réelle » des signataires ne se posait pas avant 1982⁵⁰⁶.

En effet, avant cette date, les accords collectifs ne pouvaient pas déroger dans un sens moins favorable à la loi et aux accords de niveau supérieur.

Avec l'intervention de la loi Auroux du 13 novembre 1982 créant un ordre public « dérogeable », puis la loi Aubry du 31 décembre 1992 instituant des accords qui pouvaient être signés par un seul syndicat, la question de la légitimité des parties signataires a surgi⁵⁰⁷.

⁵⁰³ Pour plus de lisibilité, nous reviendrons sur ce point dans nos développements consacrés aux solutions envisageables aux problèmes de fond qui ont conduit à l'adoption de la loi du 20 août 2008 ; cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 2, Sous-titre 2.

⁵⁰⁴ Loi n°2004-391 du 4 mai 2004, préc.

⁵⁰⁵ Cf. *Supra* Section 1.

⁵⁰⁶ (J.E.) RAY, « L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. Soc.* Septembre-octobre 2009, p. 888.

En 2004, le législateur a tenté d'apporter des réponses à ces questions en instaurant le principe majoritaire pour renforcer la légitimité des accords collectifs.

Ce principe signifie que pour être valable, un accord doit avoir recueilli l'adhésion d'une représentation majoritaire de salariés. Il existe deux façons de s'assurer d'une telle adhésion énoncées à l'ancien article L. 132-2-2 du Code du travail : soit en constatant l'absence d'opposition des syndicats majoritaires, soit en obtenant une majorité d'adhésion de la part de ces derniers.

La première méthode de validation des accords consiste à constater l'absence d'opposition de la majorité des organisations syndicales représentatives dans le champ de l'accord. A défaut de dispositions différentes prévues par convention de branche ou accord professionnel étendu, c'est cette dernière qui prévaut.

La loi du 4 mai 2004 offre une alternative aux partenaires sociaux qui peuvent décider, par convention de branche ou accord professionnel étendu, que la validité de l'accord est subordonnée à la signature des organisations syndicales majoritaires.

Si cette modalité a été choisie et que les organisations syndicales de salariés ne satisfont pas à la condition de majorité, l'ancien article L. 132-2-2 III 1° du Code du travail indique que l'accord doit être soumis, à l'initiative des syndicats de salariés signataires, à un référendum, plus précisément à l'approbation de la majorité des suffrages exprimés des salariés de l'entreprise ou de l'établissement.

Dans le dispositif issu de la loi du 4 mai 2004, sont considérées comme majoritaires, les organisations syndicales représentatives⁵⁰⁸ qui ont recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Avant 2004, ce seuil était fixé à 50% des inscrits. Comme le souligne Jean-Emmanuel Ray⁵⁰⁹, en abaissant ainsi le seuil requis pour pouvoir s'opposer à la signature des accords, le législateur de 2004 a rendu l'opposition moins difficile (et par là même les négociations plus difficiles).

⁵⁰⁷ *Ibid.*

⁵⁰⁸ Selon les règles en vigueur avant le 21 août 2008.

⁵⁰⁹ (J.E.) RAY, *Ibid.*

On voyait donc déjà en 2004 se profiler la référence à l'audience électorale des syndicats comme mode de légitimation des accords. Le législateur n'avait toutefois pas souhaité intervenir sur les critères de reconnaissance de la représentativité à l'époque.

La loi du 20 août 2008 a franchi le pas en intégrant l'audience comme critère nécessaire à la reconnaissance de la représentativité⁵¹⁰. Ce faisant, elle a également modifié les règles de validité des accords collectifs.

b. La généralisation du principe majoritaire par la loi du 20 août 2008 - La loi du 20 août 2008 fait à la fois application du principe majoritaire et des nouvelles règles de représentativité.

Ainsi, au niveau interprofessionnel, l'article L. 2232-2 du Code du travail subordonne la validité de l'accord à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives de salariés ayant recueilli aux élections professionnelles prises en compte pour mesurer leur représentativité⁵¹¹ au moins 30% des suffrages exprimés et à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives qui ont recueilli la majorité des suffrages exprimés aux élections ayant servi à mesurer leur représentativité.

Pour être valable, l'opposition doit être notifiée par écrit aux syndicats signataires et motivée, dans les huit jours suivant la conclusion de l'accord⁵¹².

La même règle s'applique aux accords de branche⁵¹³, aux accords d'entreprise et aux accords d'établissement⁵¹⁴ et ce, quel que soit le nombre de votants.

On observe ici que la réforme de 2008 ne fait aucunement référence à la possibilité d'une signature à la majorité absolue que prévoyait la loi du 4 mai 2004. Ce faisant, le législateur simplifie le système antérieur⁵¹⁵.

Mais surtout, on assiste donc à une généralisation du principe majoritaire, confirmée par l'extension du principe aux protocoles d'accord préélectoraux⁵¹⁶.

En effet, la validité de ces derniers est désormais soumise au principe de double majorité, c'est-à-dire à leur signature par la majorité des organisations syndicales ayant participé à leur

⁵¹⁰ Cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 2.

⁵¹¹ Art. L. 2122-9 du Code du travail : au niveau interprofessionnel, le seuil d'audience requis est de 8% des suffrages exprimés.

⁵¹² Art. L. 2232-12 du Code du travail.

⁵¹³ Art. L. 2232-6 du Code du travail.

⁵¹⁴ Art. L. 2232-12 du Code du travail.

⁵¹⁵ (G.) BORENFREUND, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale », art. préc., p. 369.

⁵¹⁶ Art. L. 2314-3-1 et L. 2324-24-1 du Code du travail.

négociation, dont les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la moitié des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise⁵¹⁷.

On note que les partenaires sociaux paraissent dans l'ensemble plutôt favorables à une généralisation du principe majoritaire. En témoignent certaines de leurs initiatives comme l'ANI du 11 janvier 2013⁵¹⁸, qui consacre le principe majoritaire en matière de licenciement collectif par exemple⁵¹⁹. Le problème ne réside donc pas à proprement parler dans l'extension de ce principe.

Suivant la logique du législateur, en renforçant la légitimité des signataires il renforce la légitimité des accords collectifs. On ne peut qu'adhérer au principe.

En revanche, on peut émettre des doutes à la fois sur le choix du critère retenu pour accéder à la représentativité, en l'occurrence l'audience électorale⁵²⁰, et sur les conséquences de ce système sur la mise en œuvre des négociations. En effet, pour pouvoir signer des accords légitimes encore faut-il qu'il y ait suffisamment de signataires légitimes, autrement dit, représentatifs. La réforme de 2008 risque de conduire soit à une multiplication des syndicats représentatifs soit à l'inverse à une réduction du nombre de ces derniers⁵²¹.

Or, les syndicats, au-delà de leur rôle revendicatif, reflètent aussi des tendances politiques. Adhérer à un syndicat en France, c'est aussi adhérer à un courant idéologique⁵²². Par conséquent, la réduction du nombre de syndicats signifie aussi une réduction du nombre d'idéologies politiques représentées : certains salariés risquent de ne plus trouver un syndicat correspondant à leur tendance idéologique pour les représenter.

La mise en œuvre de la réforme de 2008 aurait donc pu entraîner soit une multiplication des syndicats, donc une augmentation du pluralisme traduisant un essor de la démocratie sociale. Soit au contraire, une fermeture démocratique avec un choix plus limité de représentants.

⁵¹⁷ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 2.

⁵¹⁸ Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés : http://direccte.gouv.fr/IMG/pdf/ANI_securisation_de_l_emploi-2.pdf.

⁵¹⁹ Art. 20 de l'ANI du 11 janvier 2013, préc.

⁵²⁰ Cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 2.

⁵²¹ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 1, Chapitre 1.

⁵²² Cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1, II, B. La volonté des salariés respectée : la consécration du syndicalisme « de tendance ».

L'expérience démontre toutefois qu'en réalité il n'en est rien et que la loi du 20 août 2008 génère au final peu de changements dans le paysage syndical⁵²³.

2. Des risques de blocage dans les négociations

En instaurant de nouvelles conditions de validité des accords collectifs, le législateur souhaite renforcer la légitimité de ces derniers.

Cependant, comme le souligne le Professeur Rodière⁵²⁴, on peut se demander si cette seule règle n'aurait pas suffi à assurer la légitimité des syndicats et par conséquent, si la modification des critères d'accession à la représentativité était réellement nécessaire.

Par ailleurs, à trop vouloir renforcer la légitimité des partenaires sociaux, ne risque-t-on pas de rendre plus ardu le dialogue social ?

En effet, avec le système instauré par la loi du 20 août 2008, la conclusion des accords n'est pas nécessairement facilitée parce que d'une part, il n'est pas acquis que l'on dispose dans toutes les entreprises de syndicats suffisamment représentatifs, ce qui renvoie aux modes de négociation dérogatoires et ne facilite pas l'implantation de partenaires avec lesquelles l'entreprise peut dialoguer de manière suivie.

D'autre part, lorsque la majorité requise n'est pas obtenue par les syndicats, la loi du 20 août 2008 a supprimé la possibilité de recourir au référendum des salariés prévu par l'article L. 2232-14 du Code du travail dans sa rédaction antérieure à la réforme. En renforçant la sécurité juridique, la loi risque également d'entraîner une multiplication des blocages en matière de négociation collective que le représentant de la section syndicale, en l'état actuel du dispositif, ne suffira pas à résoudre.

Enfin, l'exigence de la « double majorité » qui vise à renforcer la légitimité des syndicats contribue également à augmenter la difficulté d'accession aux négociations collectives pour ces derniers.

D'une manière générale, on ne peut donc pas dire que le système mis en place par la loi du 20 août 2008 contribue réellement à la mise en œuvre du dialogue social dans les entreprises. Cela tient en grande partie à l'optique retenue pour élaborer cette loi, à savoir l'orientation du débat sur la question de la légitimité des syndicats alors que la réforme de la représentativité soulève nécessairement une question bien plus vaste qui est celle de la

⁵²³ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 2.

⁵²⁴ (P.) RODIERE, « Du dialogue social à la démocratie sociale », *SSL* n° 1370, 13 octobre 2008, p. 12-13.

représentation des salariés dans les entreprises, laquelle englobe celle des personnes qui auront qualité pour les représenter, des modalités suivant lesquelles cette représentation doit être mise en place et des répercussions que ces deux derniers points auront sur la négociation collective. Or, on constate que le seul aspect de la légitimité ne couvre pas l'intégralité de cette problématique de fond qu'est la représentation. Accessoirement, ne serait-ce qu'au regard de la négociation collective, la légitimité des acteurs n'est pas le seul élément à prendre en compte, encore faut-il réfléchir au rôle que ces derniers auront, à leur place dans cette négociation. C'est bien là le reproche majeur qu'on peut adresser à la réforme de 2008 – en admettant qu'on limite la notion de « démocratie sociale » à la négociation collective⁵²⁵ - : avoir retenu une approche trop partielle de la question de la représentativité.

II. Le devenir incertain des accords conclus

La loi du 20 août 2008 laisse planer quelques incertitudes quant au devenir des accords conclus suivant les modalités qu'elle institue. Ces incertitudes résultent tantôt des incertitudes tenant au devenir des syndicats signataires des accords, tantôt des doutes concernant le contrôle a posteriori des accords signés sous l'empire des nouvelles dispositions.

En effet, la loi du 20 août 2008 modifie les conditions de conclusion et de validité des accords collectifs. Elle réalise en même temps une généralisation du principe majoritaire qui avait été introduit par la loi du 4 mai 2004, réservant le droit d'opposition aux organisations syndicales qui ont obtenu la majorité des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles. Cependant, elle n'apporte aucun changement en matière de révision et de dénonciation des accords collectifs. Le processus de révision reste alors largement marqué par l'application d'une logique contractuelle⁵²⁶ alors que les modalités de conclusion et de validité des accords suivent de plus en plus une logique majoritaire ce qui risque de poser certaines difficultés, notamment si un syndicat signataire venait à perdre la qualité représentative ou à disparaître (A).

Par ailleurs, on constate que la réforme de 2008 a également des incidences sur le rôle de la commission paritaire de branche qui, selon nous, gagnerait à être développé. Une réflexion plus approfondie devrait être engagée sur le rôle de cet acteur, à plus forte raison à

⁵²⁵ Cf. *Infra* Introduction.

⁵²⁶ (B.) PALLI, "La révision des conventions collectives de travail à l'épreuve de la réforme de la représentativité syndicale", *RDT* mars 2010, p. 155.

l'heure où les orientations législatives continuent d'aller dans un sens favorable à l'essor de la négociation dérogatoire (B).

Ces analyses nous confortent également dans l'idée qu'une réflexion plus approfondie devrait être engagée sur le rôle des différents acteurs de la négociation collective pour réformer efficacement la représentativité et limiter les effets non souhaités ou les vides juridiques qui pourraient résulter d'une telle réforme.

A. Perte de représentativité, disparition du syndicat et logique contractuelle :
des difficultés en perspective

La mise en œuvre de la loi du 20 août 2008 risque de poser problème lorsqu'il s'agira de réviser les accords collectifs ou de les dénoncer. En effet, on observe un décalage entre la logique contractuelle qui préside à la révision des accords collectifs et la logique majoritaire qui sous-tend la réforme (1).

Par ailleurs, le législateur n'a absolument pas envisagé les conditions dans lesquelles devra s'effectuer la dénonciation des accords, hypothèse qui soulève pourtant quelques questions juridiques au regard des nouvelles règles légales (2).

*1. La loi du 20 août 2008 et la révision des accords : des logiques
décalées*

La loi du 20 août 2008 conserve le dispositif antérieur en matière de révision des accords collectifs⁵²⁷.

La logique contractuelle domine dans l'ancien système : seuls les syndicats représentatifs qui ont signé ou adhéré à l'accord initial peuvent signer les avenants portant révision de cet accord⁵²⁸.

Par conséquent, si les acteurs de la négociation ne changent pas, aucun problème particulier ne risque de se poser dans l'hypothèse d'une révision. Si l'accord initial a été conclu avec des élus, la mise en œuvre de la révision se fera avec le consentement unanime des signataires, à moins qu'une clause de révision ne prévoie une règle différente. La négociation s'engagera ensuite avec l'ensemble des élus, signataires ou non. L'avenant devra être majoritaire et validé par la commission paritaire de branche.

⁵²⁷ Art. L. 2232-29 du Code du travail.

⁵²⁸ Art. L. 2261-7 Code du travail.

Cependant, la loi du 20 août 2008 conduit à une certaine « précarisation » de la représentativité : la présomption irréfragable de représentativité va disparaître ; la reconnaissance de la représentativité passe désormais par le taux d'audience obtenu aux élections professionnelles. La représentativité est donc non seulement constamment contestable mais aussi révisable tous les quatre ans.

Cette précarisation de la représentativité risque de poser problème en matière de négociation collective. En effet, si la perte de représentativité de toutes les organisations syndicales signataires d'un accord ne remet pas en cause l'accord⁵²⁹, les acteurs habilités à négocier sont susceptibles de changer à tout moment, ce qui risque de ne pas faciliter la mise en œuvre d'un dialogue social suivi dans les entreprises.

Les nouvelles conditions de représentativité sont également difficilement conciliables avec la logique contractuelle qui domine dans le processus de révision des conventions et accords collectifs. Elles entraînent en effet une précarisation de la représentativité incompatible avec la logique contractuelle qui suppose au contraire une certaine stabilité des signataires⁵³⁰.

Ainsi, des syndicats qui perdent leur représentativité pourraient se trouver dans l'impossibilité de réviser l'accord qu'ils avaient pourtant initialement signé.

D'autres syndicats parties à l'accord initial pourraient également se trouver dans l'embarras s'ils sont toujours représentatifs mais ne recueillent plus à eux seuls 30% des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles, condition sine qua none de la validité des accords instituée par la loi du 20 août 2008.

En outre, l'article L. 2261-3 du Code du travail prévoit la possibilité, pour toute organisation syndicale représentative, d'adhérer à une convention ou à un accord collectif.

L'article L. 2261-4 du même code précise ensuite que les organisations syndicales qui ont adhéré volontairement à un accord sont soumises aux mêmes droits et obligations que les organisations signataires.

Ainsi, un syndicat qui adhère volontairement à une convention ou à un accord peut participer à la révision du texte, alors qu'il n'en est pas à l'origine. Ces dispositions peuvent avoir des effets néfastes pour le dialogue social dans l'entreprise, notamment si deux syndicats aux idées opposées se retrouvent partie à la même convention.

⁵²⁹ Art. L. 2261-14-1 Code du travail.

⁵³⁰ (B.) PALLI, art. préc., p. 159.

On peut également imaginer l'hypothèse selon laquelle un syndicat récemment créé ou implanté dans l'entreprise adhérerait à un accord dont il n'a pas assuré le suivi. Si les parties signataires avaient prévu des modifications ultérieures dans une optique donnée et que ce dernier syndicat s'oppose à ces modifications, toute la négociation risque d'être bloquée ou remise en cause, car ce syndicat, en adhérant au texte, peut aussi le dénoncer.

Enfin, un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation en octobre 2010⁵³¹ laisse présager des interrogations dans l'hypothèse d'une restructuration entraînant la mise en cause d'un accord collectif : faut-il apprécier la représentativité des organisations syndicales signataires en mesurant leur audience dans la nouvelle entreprise ? Si le périmètre de l'entité transférée coïncide avec celui dans lequel ont été organisées les élections professionnelles, une réévaluation de l'audience semble de mise. Mais dans le cas contraire, comment calculer l'audience⁵³² ? La loi du 20 août 2008, en l'état actuel, n'apporte pas de réponse à cette question.

2. La dénonciation à l'épreuve de la réforme

La loi du 20 août 2008 institue, par l'introduction du critère de l'audience, une représentativité révisable tous les quatre ans.

Cette précarité risque de susciter des difficultés dans le processus de négociation, plus spécialement lorsqu'il s'agit de dénoncer ou de réviser un accord collectif : que vont devenir les accords signés par un syndicat qui disparaît ou qui perd sa représentativité (a) ? Différentes solutions sont envisageables mais la loi n'en retient aucune, laissant l'impression d'une réforme inachevée (b).

a. Révision des accords : la dénonciation impossible ? - La question se pose de savoir dans quelles conditions on pourra dénoncer un accord si le syndicat qui l'a signé perd sa représentativité (a.1), notamment s'il était majoritaire, ou bien s'il disparaît purement et simplement (a.2). La loi du 20 août 2008 pourrait conduire à des situations de blocage dans certaines hypothèses.

⁵³¹ Cass. Soc., 13 octobre 2010, n° 09-13.109, *Bull.* 2010, V, n° 230.

⁵³² (F.) GEAS, "Restructurations : l'anticipation de la mise en cause de l'accord collectif", *RDT* décembre 2010, p. 718.

a.1. La perte de représentativité du syndicat signataire - Un problème risque de se poser dans la mesure où, avec l'introduction du critère de l'audience, la représentativité doit désormais s'apprécier à chaque nouvelle élection dans l'entreprise. Autrement dit, tous les quatre ans⁵³³. Il convient donc d'harmoniser les règles de la négociation collective avec celles de la représentativité. En effet, à l'heure actuelle, les entreprises doivent inviter les signataires de l'accord à venir le renégocier. Que faire si ces derniers ne sont plus représentatifs au moment de la nouvelle négociation ?

A ce propos, les partenaires sociaux se sont accordés à dire que « *lorsque l'application des nouvelles règles d'appréciation de la représentativité conduit à une modification dans la représentativité des organisations syndicales de salariés présentes dans le champ de l'accord, la dénonciation de l'accord n'emporte d'effets que si elle émane de l'ensemble des organisations représentatives dans ledit champ à la date de la dénonciation* »⁵³⁴. La formulation n'est pas des plus claires mais il semblerait que dans le cas d'une dénonciation, les organisations signataires conservent leur représentativité au jour de la dénonciation. Il paraît logique de penser que cette règle devrait également s'appliquer dans l'hypothèse de la renégociation d'un accord collectif.

En revanche, pour réviser un accord, si les organisations syndicales de salariés signataires ne sont plus représentatives ou si certaines ont perdu leur représentativité entre-temps, la loi ne prévoit pas de solution alternative. L'employeur ou les organisations intéressées devront donc dénoncer cet accord au préalable et en établir un nouveau.

Selon la jurisprudence antérieure⁵³⁵ à la loi du 20 août 2008, la validité d'un accord n'est pas remise en cause du seul fait de la disparition de tous les syndicats signataires.

Le législateur de 2008 a transposé cette solution à l'hypothèse dans laquelle un syndicat signataire⁵³⁶ ou tous les syndicats signataires de l'accord, perdraient leur représentativité⁵³⁷. Il précise que dans ces deux cas, la validité de la convention collective conclue n'est pas remise en cause.

⁵³³ Art. L. 2314-2 CT ; art. L. 2324-3 du Code du travail.

⁵³⁴ Position commune du 9 avril 2008, article 6-1.

⁵³⁵ Cass. Soc., 16 mars 1995, n° 91-40.210, *Bull. Civ. V*, n° 91, p. 66 ; (M.) MORAND, (P.Y.) VERKINDT, art. Préc. *JSL* 10 mars 2009, p. 9.

⁵³⁶ Art. L. 2261-10 al.3 du Code du travail.

⁵³⁷ Art. L. 2261-14-1 du Code du travail.

Comme le souligne Madame Palli⁵³⁸, cette hypothèse risque toutefois de conduire à un blocage dans la mesure où si tous les signataires initiaux perdent leur représentativité l'accord demeurera en vigueur sans pouvoir être révisé puisque seuls ces signataires sont habilités à signer les avenants de révision. Et, à moins d'adhérer à l'accord en cause, les organisations syndicales non signataires ne disposent pas non plus d'une telle prérogative.

On risquerait donc de se trouver confronté à la coexistence de deux accords (l'ancien accord et le nouveau, conclu avec d'autres signataires), ce qui pourrait gêner le bon déroulement des négociations et l'application des normes collectives dans les entreprises, voire susciter de nouveaux contentieux.

a.2. La disparition d'un syndicat signataire - Les accords et conventions collectifs ne peuvent pas être mis en cause du seul fait de la perte de représentativité de leurs signataires⁵³⁹ ou de la disparition de l'ensemble des signataires⁵⁴⁰.

Cependant, lorsqu'un syndicat signataire d'un accord disparaît, celui-ci est considéré comme dénoncé. De nouvelles négociations doivent alors s'engager pour parvenir à la conclusion d'un accord de substitution. Avec la précarisation de la qualité représentative des syndicats, on peut craindre que cette situation se produise plus fréquemment. Si l'employeur se retrouve alors sans partenaire pour négocier un accord de substitution, à l'issue du délai d'un an si aucun accord n'a été conclu, les avantages individuels acquis seront maintenus, ce qui peut être gênant pour une entreprise : par exemple, une entreprise qui connaît des difficultés financières et qui aurait souhaité renégocier un avantage salarial particulier.

La même remarque peut être faite concernant l'accord bloqué lorsque tous les signataires initiaux perdent leur représentativité : dans ce cas, comment un employeur pourrait-il éviter le maintien d'avantages individuels acquis qu'il aurait voulu renégocier ? Et comment pourrait-il anticiper une telle situation ? La loi du 20 août 2008 n'a pas prévu ce cas de figure.

La Cour de cassation semblait plutôt se prononcer pour la mise en cause, comme en atteste l'arrêt rendu par la Chambre sociale le 16 mars 1995⁵⁴¹ qui considère notamment que lorsqu'une organisation syndicale disparaît l'accord est non pas caduc mais mis en cause.

⁵³⁸ (B.) PALLI, art. préc. p. 159.

⁵³⁹ Art. L. 2261-10 et L. 2261-14-1 du Code du travail.

⁵⁴⁰ Cass. Soc., 16 mars 1995, préc.

La loi du 20 août 2008 exclut toutefois cette solution dans l'hypothèse d'une perte de représentativité des signataires⁵⁴².

Certains auteurs ont envisagé une solution applicable à ce cas qui consisterait simplement à déclarer l'accord caduc⁵⁴³. En effet, un texte régulièrement formé qui vient en cours d'exécution à perdre un des éléments essentiels de sa formation devient caduc. Il est alors privé d'effet pour l'avenir. Cette solution, conforme au droit des contrats, nous paraît appropriée car elle aurait le mérite de régulariser des situations sans passer par la voie judiciaire, ce qui faciliterait la mise en œuvre du dialogue social dans les entreprises.

*b. Une réforme inachevée*⁵⁴⁴ - La réforme de 2008 a des incidences à tous les niveaux de la négociation collective, de l'invitation à négocier, en passant par les conditions de conclusion et de validité des accords, jusqu'à leur dénonciation.

L'examen de la loi du 20 août 2008 révèle toutefois que des questions juridiques subsistent, concernant notamment la révision et la dénonciation des accords, et qu'une harmonisation légale avec les nouvelles conditions de conclusion et de validité des conventions, basées sur le principe majoritaire, est souhaitable.

En effet, comme le souligne Antoine Mazeaud⁵⁴⁵, « *il est regrettable que l'accent ne soit pas mis sur le renouvellement* ». Différentes solutions sont pourtant envisageables.

Ainsi, Madame Palli suggère que la conclusion des avenants de révision soit ouverte à tous les syndicats représentatifs, qu'ils soient signataires ou non de l'accord initial⁵⁴⁶. La réforme de 2008 a déjà posé les jalons de cette solution, prévoyant que la dénonciation d'un accord n'emporte d'effets que si elle émane « d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans le champ d'application de l'accord ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés [...] »⁵⁴⁷. Le droit à dénonciation est donc ouvert aux organisations syndicales, même non signataires, qui ont obtenu la majorité électorale.

⁵⁴¹ Cass. Soc., 16 mars 1995, préc.

⁵⁴² Art. L. 2261-14-1 du Code du travail.

⁵⁴³ (C.) NEAU-LEDUC, « Perte de représentativité et sort de l'accord collectif », *Dr. Soc.*, septembre-octobre 2009, p. 912.

⁵⁴⁴ (B.) PALLI, art. préc., p. 161.

⁵⁴⁵ (A.) MAZEAUD, « La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical », *Dr. Soc.*, juin 2009, p. 677.

⁵⁴⁶ (B.) PALLI, art. préc., p. 161.

⁵⁴⁷ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008, préc., art. 8.

Le Professeur Néau-Leduc⁵⁴⁸ relève en outre à ce sujet qu'il serait bon que les articles du Code du travail relatifs à la dénonciation⁵⁴⁹ visent expressément non pas « les syndicats signataires » mais les « syndicats signataires représentatifs ».

Par ailleurs, privilégier la conclusion d'accords à durée déterminée permettrait en effet peut-être de pallier en partie au problème de précarisation de la représentativité et incidemment, des acteurs de la négociation collective d'entreprise. En outre, l'organisation syndicale qui adhère à un accord peut siéger dans les organismes paritaires⁵⁵⁰. Ce qui signifie qu'elle peut siéger à la commission paritaire, donc participer à la validation des accords.

B. Le contrôle limité de la commission paritaire de branche

Alors que le rôle de la convention collective de branche est réduit par la loi du 20 août 2008, spécialement dans le cadre des négociations alternatives, la commission paritaire de branche voit son fonctionnement modifié par la réforme (1).

Cette dernière conduit par ailleurs à une réduction du rôle des commissions paritaires de branche qui ne peut manquer de susciter quelques interrogations (2).

1. Les modifications apportées au fonctionnement de la commission

L'article 6 de la loi du 12 novembre 1996 a repris l'idée présentée dans l'ANI du 31 octobre 1995 selon laquelle la validation d'un accord collectif doit être effectuée par une commission paritaire de branche.

L'article L. 132-26 du Code du travail⁵⁵¹ dans sa rédaction issue de la loi du 4 mai 2004, prévoyait également que la qualité d'accord collectif ne pouvait être reconnue à ces derniers qu'après leur validation par une commission paritaire de branche, dont les modalités de fonctionnement étaient fixées par accord de branche ou accord professionnel étendu.

L'article L. 2232-21 du Code du travail, après l'intervention de la loi du 20 août 2008, prévoit également la validation de ces accords par une commission paritaire de branche. Des

⁵⁴⁸ (C.) NEAU-LEDUC, art. préc., p. 913.

⁵⁴⁹ L'article L. 2261-10 du Code du travail notamment.

⁵⁵⁰ Art. L. 2261-4 al. 2 du Code du travail.

⁵⁵¹ Art. L. 2232-23 du Nouveau Code du travail.

modifications tenant à l'existence, au fonctionnement et aux pouvoirs de cette commission ont toutefois été apportées par la réforme⁵⁵².

Ainsi, la composition et le fonctionnement de la commission sont définies de manière supplétive par la loi qui précise que dans les entreprises de moins de 200 salariés, en l'absence de délégué syndical, dès lors que des accords sont conclus avec des élus, la commission paritaire doit impérativement se prononcer sur la validité de l'accord dans les quatre mois suivant sa transmission. A défaut, l'accord est réputé avoir été validé.

On remarque que la commission paritaire de branche n'est plus chargée du contrôle de l'opportunité de l'accord, mais simplement de sa validité⁵⁵³. Son pouvoir de contrôle se trouve donc limité par la loi du 20 août 2008.

En outre, la loi précise qu'à défaut de dispositions différentes prévues par accord de branche, la commission se compose d' « un représentant titulaire et d'un représentant suppléant de chaque organisation syndicale de salariés représentative dans la branche et [d'] un nombre égal de représentants des organisations professionnelles d'employeurs ».

Si un accord de branche modifie la composition de la commission, il est logique qu'il conserve une composition paritaire. Cependant, la loi n'envisage pas l'hypothèse selon laquelle il serait décidé de réserver une place dans la commission paritaire aux seules organisations syndicales représentatives ayant signé la convention collective de branche. La parité est exigée.

Il reste donc à espérer que la mise en place de la commission paritaire ne soit pas trop freinée dans certaines branches dans lesquelles les syndicats de salariés et d'employeurs ne sont pas répartis de manière homogène et qui ne parviendraient pas à conclure un accord à ce niveau.

Par ailleurs, en cas d'élargissement de la composition, la réforme ne donne aucune indication quant à la définition du rôle des participants supplémentaires : ces derniers auront-ils voix consultative ou voix délibérative ? Il reviendra donc sûrement à un accord de branche, ou au règlement intérieur de la commission, de définir les modalités d'approbation des accords, les règles relatives à la présidence, au secrétariat ou encore aux délais de réponse.

⁵⁵² (M.) MORAND, (P.Y.) VERKINDT, « La négociation d'un accord d'entreprise avec des élus », *JSL* 10 mars 2009, n° 251, p. 6.

⁵⁵³ (M.) GREVY, (E.) PESKINE, (S.) NADAL, art. préc., p. 436 ; (A.) MAZEAUD, art. préc., p. 675.

2. Le contrôle limité de la commission paritaire de branche

La loi du 20 août 2008 règle les problèmes de délai en indiquant dans l'article L. 2232-21 du Code du travail que l'absence de réponse dans le délai de quatre mois suivant la transmission de l'accord à la commission paritaire équivaut à une approbation tacite. Cette règle résout également les problèmes de blocage qui auraient pu résulter du partage de voix des membres de la commission. D'un autre côté, elle réduit le pouvoir de contrôle de la commission qui pourrait alors se voir reléguée au rang de simple instance consultative, à moins qu'elle n'ait constaté une infraction aux dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles en vigueur, auquel cas l'accord sera réputé non écrit⁵⁵⁴.

Par ailleurs, on peut se demander pourquoi l'accord d'entreprise ou d'établissement conclu avec un représentant de section syndicale est soumis à la seule approbation des salariés⁵⁵⁵ à la majorité des suffrages exprimés, alors que la validité de ces accords est normalement soumise au contrôle de la commission paritaire de branche⁵⁵⁶. Est-il judicieux que les systèmes dérogatoires ou supplétifs de négociation échappent totalement au contrôle a posteriori des organisations syndicales représentatives dans la branche ?

Si l'on peut légitimement s'inquiéter de l'efficacité du mode de contrôle des accords, force est de constater que le système d'approbation des salariés mis en place par la loi du 20 août 2008 répond toutefois aux exigences de la démocratie participative et donc de la mise en œuvre de la démocratie sociale dans l'entreprise. Cette mesure, si elle n'est pas parfaite, s'inscrit dans l'objectif poursuivi par la réforme de 2008. Nous pensons cependant que le contrôle d'une instance spécialisée est préférable à l'approbation des salariés qui ne disposent généralement pas du recul et des connaissances nécessaires pour évaluer la pertinence d'un accord collectif. La réduction des pouvoirs de la commission de branche ne nous paraît pas constituer un élément positif dans la mesure où elle ne contribue pas à améliorer les mécanismes juridiques existants. Le développement de la démocratie sociale ne doit pas se faire au détriment de la sécurité juridique qui doit présider à toute relation sociale.

⁵⁵⁴ Art. L. 2232-22 du Code du travail.

⁵⁵⁵ Art. L. 2232-14 du Code du travail.

⁵⁵⁶ Art. L. 2232-24 du Code du travail.

§2. Une réforme ambivalente

La loi du 20 août 2008 prévoit que le représentant de la section syndicale (RSS) « bénéficie des mêmes prérogatives que le délégué syndical, à l'exception du pouvoir de négocier des accords collectifs⁵⁵⁷ ». En même temps, elle institue au profit de ce nouvel acteur syndical la faculté de négocier, à titre dérogatoire, « lorsqu'en raison d'une carence au premier tour des élections professionnelles, un délégué syndical n'a pu être désigné au sein de l'entreprise ou de l'établissement⁵⁵⁸ » ou bien si, pour une raison quelconque, il n'existe aucun délégué syndical au sein de l'entreprise ou de l'établissement⁵⁵⁹.

Ce nouveau dispositif nous conduit à nous interroger sur les conditions précises dans lesquelles le représentant de la section syndicale peut être amené à négocier et sur l'articulation de cette prérogative avec celle des délégués syndicaux : le représentant de la section syndicale ne joue-t-il qu'un rôle purement complémentaire en la matière ou bien les nouvelles règles ne permettraient-elles pas une intervention supplétive du représentant de section dans les négociations collectives ? L'examen de la loi du 20 août révèle son ambivalence, car sous les dehors d'un simple mode de désignation dérogatoire on assiste en réalité à la création d'un nouveau mode de négociation dérogatoire : dans certaines hypothèses, le représentant de la section syndicale pourrait venir suppléer les délégués syndicaux (I).

Ce constat doit toutefois être tempéré, le rôle supplétif de ce nouveau représentant étant tout de même limité par le législateur. Le dispositif de la loi du 20 août reste donc en adéquation avec la présentation qui en a été faite : le représentant de la section syndicale n'a pas vocation première à concurrencer les délégués syndicaux, il doit favoriser l'implantation des syndicats non représentatifs dans l'entreprise. L'examen des dispositions relatives au RSS montre donc que le problème majeur ne réside pas dans la mise en place de ce nouvel acteur à proprement parler mais bien dans l'optique retenue par les rédacteurs de la loi : envisager la réforme de la représentativité uniquement à l'aune de la légitimité des acteurs de la négociation collective, sans se centrer sur leur rôle dans cette négociation, ne favorise pas

⁵⁵⁷ Art. L. 2142-1-1 alinéa 2 du Code du travail.

⁵⁵⁸ Art. L. 2143-23 du Code du travail.

⁵⁵⁹ Art. L. 2143-23 CT ; (S.) BEAL, « Le représentant de la section syndicale : mode d'emploi », *Les cahiers du DRH*, février 2009, n° 151, p. 14.

l'efficacité de la réforme, ni la mise en œuvre du dialogue social dans les entreprises. Un changement d'optique est donc souhaitable pour améliorer le dispositif existant (II).

I. Des ambivalences de la « désignation dérogatoire »

La loi du 20 août 2008 institue un nouvel acteur dans l'entreprise : le représentant de la section syndicale⁵⁶⁰. Bien que ce ne soit pas sa vocation première, ce dernier peut être amené à négocier dans l'entreprise. Il peut en outre intégrer certaines institutions dans l'entreprise, comme le comité d'entreprise. Or, ces prérogatives étaient jusque-là réservées aux seuls syndicats représentatifs.

L'examen des dispositions de la réforme de 2008 révèle que cette dernière se caractérise par une certaine ambivalence, car le représentant de la section syndicale est présenté comme un nouvel acteur dont le rôle consiste simplement à favoriser l'implantation des syndicats non représentatifs dans l'entreprise. Cependant, en réalité, ce nouvel acteur pourrait venir concurrencer les délégués syndicaux sur un terrain qui leur était jusque là réservé, en-dehors de quelques hypothèses où des élus ou des mandatés peuvent intervenir : celui de la négociation collective dans l'entreprise.

On constate donc qu'en partant d'une simple possibilité de désignation dérogatoire (A), la réforme de 2008 mène à l'instauration d'un nouveau mode de négociation dérogatoire avec l'introduction du représentant de la section syndicale. Ce dernier ne vient-il réellement que suppléer les délégués syndicaux dans les entreprises qui en sont dépourvues ou au contraire ne pourrait-il pas, dans certains cas, les remplacer (B) ?

A. Une désignation « dérogatoire »

La réforme de 2008, en introduisant le représentant de la section syndicale, conduit à l'instauration d'un nouveau mode de désignation qualifié de « dérogatoire ». L'analyse du système mis en place par la loi du 20 août 2008 révèle toutefois qu'il s'agit en réalité non seulement d'un mode de désignation dérogatoire mais bien d'un nouvel acteur de la négociation dérogatoire (1).

⁵⁶⁰ Art. L. 2142-1-1 et suivants du Code du travail.

La mise en œuvre de la loi du 20 août 2008 conduisait par ailleurs à la coexistence, pendant un temps, des modes de négociation dérogatoire issus de la loi du 4 mai 2004 avec le nouveau dispositif permettant au représentant de la section syndicale de négocier dans certaines hypothèses. Cette coexistence soulevait quelques questions juridiques intéressantes qui méritent que l'on s'y attarde brièvement (2).

1. Un nouvel acteur de la négociation dérogatoire

En principe, à l'exception de la capacité à négocier les accords collectifs, le représentant de la section syndicale bénéficie des mêmes moyens que le délégué syndical. Il dispose donc d'un crédit d'heures de délégation mensuel⁵⁶¹ et bénéficie de la protection spéciale contre le licenciement pendant la durée de son mandat et douze mois après, à condition d'avoir exercé son mandat pendant au moins une année⁵⁶².

Visiblement, le législateur a voulu instaurer un mécanisme de complémentarité entre les deux institutions ne permettant pas au représentant de section de se substituer au délégué syndical. Si le syndicat qui a désigné un représentant de section est reconnu représentatif à l'issue des élections professionnelles suivantes, il perd le mandat de représentant de section syndicale et devra désigner un délégué syndical pour représenter la section dans l'entreprise. Toutefois, la loi du 20 août 2008 prévoit que lorsqu'en raison d'une carence au premier tour des élections professionnelles aucun délégué syndical n'a pu être désigné, ou qu'il n'existe pas de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement, un représentant de section syndicale désigné par une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel peut disposer, sur mandatement par son organisation syndicale⁵⁶³, du pouvoir de conclure un accord d'entreprise ou d'établissement⁵⁶⁴.

On peut s'étonner du fait qu'en dépit de son incapacité à négocier des accords collectifs, un représentant de section syndicale puisse être amené à le faire alors même qu'un syndicat représentatif existerait dans l'entreprise.

⁵⁶¹ Fixé à quatre heures par mois par la loi du 20 août 2008, cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 2.

⁵⁶² Art. L. 2141-1-2 du Code du travail qui renvoie aux règles de protection du délégué syndical, en l'occurrence à l'article L. 2411-3 du Code du travail.

⁵⁶³ A condition que cette organisation soit affiliée à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel.

⁵⁶⁴ Art. L. 2143-23 du Code du travail.

En effet, la carence au premier tour des élections professionnelles ou l'absence de délégué syndical ne signifie pas nécessairement que l'entreprise ne dispose pas de syndicat représentatif. L'article L. 2143-23 du Code du travail envisage d'ailleurs clairement cette alternative en énonçant que la désignation d'un représentant de section syndicale est possible « lorsqu'en raison d'une carence au premier tour des élections professionnelles aucun délégué syndical n'a pu être désigné, ou qu'il n'existe pas de délégué syndical dans l'entreprise... ». Le fait qu'aucun délégué syndical n'ait été désigné ne signifie donc pas qu'il n'en existe aucun dans l'entreprise, ni que l'entreprise ne compte aucun syndicat.

La loi précise qu'en cas de carence aux élections professionnelles, si un représentant de section syndicale négocie un accord, la validité de cet accord sera soumise à l'approbation par les salariés à la moitié des suffrages exprimés dans des conditions déterminées par décret et dans les principes généraux du droit électoral. Faute d'approbation, l'accord est réputé non écrit⁵⁶⁵.

On remarque que le représentant de section syndicale ne peut pas négocier d'accords dans les entreprises relevant de branches dans lesquelles un accord prévoit déjà que des délégués du personnel, des membres du comité d'entreprise ou des salariés mandatés peuvent négocier un accord collectif. La négociation visée par l'article L. 2143-23 du code du travail est donc a priori celle de droit commun et non celle visée aux articles L. 2232-21 et suivants.

Néanmoins, on peut s'interroger sur la conformité du dispositif à la décision du Conseil Constitutionnel selon laquelle « *des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail dès lors que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives*⁵⁶⁶ ». Si l'approbation des salariés est requise en guise de légitimation de l'accord, ce dispositif n'a-t-il pas pour effet de faire obstacle à la participation des organisations syndicales représentatives à la négociation dans la mesure où en pratique, un représentant de section syndicale peut être désigné dans une entreprise alors qu'il existe un syndicat représentatif qui n'a pas pu désigner de délégué syndical en raison, par exemple, d'une carence au premier tour des élections professionnelles, ou si personne n'a accepté les fonctions de délégué syndical ?

⁵⁶⁵ Art. L. 2232-14 du Code du travail.

⁵⁶⁶ Cons. Constit. DC 96-383 du 6 novembre 1996, *Dr. Soc.* 1997, p. 31.

Dans ce cas, si l'entreprise n'a pas prévu par accord la possibilité pour les syndicats de mandater un salarié pour négocier, bien que l'article L. 2143-23 du Code du travail figure dans une section V dont il est l'unique composante, intitulée « Conditions de désignation dérogatoire », il semblerait que l'on se trouve davantage dans une hypothèse de négociation dérogatoire.

2. La coexistence des modes de négociation dérogatoire

Il était prévu que le dispositif de la loi du 20 août 2008 s'applique en deux temps⁵⁶⁷. Dans un premier temps, les règles issues de la loi Fillon du 4 mai 2004 restaient en vigueur jusqu'au 31 décembre 2009. Autrement dit, les entreprises qui étaient couvertes par un accord de branche organisant la négociation avec des élus ou des salariés mandatés pouvaient continuer à appliquer ces accords jusqu'à cette date ou sans limitation dans le temps si elles le souhaitent. Ensuite, à partir du 1er janvier 2010, il n'est plus nécessaire de conclure un accord de branche préalable pour pouvoir négocier avec des élus ou des salariés mandatés. La coexistence des dispositifs relatifs aux délégués syndicaux, aux représentants de section syndicale et aux salariés mandatés laissait présager certaines difficultés juridiques.

On aurait pu par exemple envisager l'hypothèse selon laquelle, dans une même entreprise, un délégué syndical a été désigné dans un établissement tandis que dans un autre établissement, un syndicat non représentatif décide de désigner un représentant de section. En termes de négociation, les problèmes posés par cette configuration peuvent être résolus facilement : l'article L. 2143-23 du Code du travail ne prévoit la possibilité de négocier avec un représentant de la section syndicale que s'il « n'existe pas de délégué syndical dans l'entreprise ou dans l'établissement ». Ainsi, même si un délégué syndical a été désigné dans un établissement, l'établissement distinct ne bénéficiant pas de l'autonomie juridique fait partie de l'entreprise. On peut donc considérer que l'entreprise compte un délégué syndical. Le représentant de la section syndicale ne peut donc pas participer aux négociations.

Une autre difficulté pratique et juridique aurait pu survenir. Sachant qu'un salarié peut être mandaté par une organisation représentative dans la branche, tandis que le représentant de la section syndicale est désigné par une organisation représentative au niveau national et

⁵⁶⁷ Art. 6 § 3 de la loi du 20 août 2008, inséré sous l'article L. 2143-23 CT : « Ces dispositions ne sont pas applicables aux entreprises qui entrent dans le champ des articles L. 2232-21 à L. 2232-29 du Code du travail... ».

interprofessionnel, la présence simultanée des deux institutions dans une entreprise n'est pas exclue. Comment s'articulent alors leurs prérogatives respectives ? La loi du 20 août 2008 précise dans son article 6, paragraphe III, non codifié, que ses dispositions ne s'appliquent pas aux entreprises qui entrent dans le champ d'application des articles L. 2232-21 à L. 2232-26 du Code du travail relatifs au salarié mandaté. Mais que se passera-t-il si un salarié est mandaté alors qu'un représentant de section a été désigné ? La loi n'exclut pas cette hypothèse mais n'y apporte pas de réponse non plus.

B. Le rôle supplétif du représentant de la section syndicale

On s'aperçoit que le représentant de la section syndicale pourrait, dans quelques cas, être amené à suppléer certains acteurs de la négociation collective. En ce sens, on peut dire que la réforme de 2008 institue un nouveau mode de négociation dérogatoire, ce qui n'a pas manqué de susciter quelques inquiétudes quant à la place du représentant de la section syndicale par rapport aux délégués syndicaux. Les deux institutions risquent-elles de se concurrencer ou bien cette crainte est-elle infondée ?

L'analyse de la loi du 20 août 2008 laisse entrevoir le rôle du représentant de la section syndicale, appelé à se développer⁵⁶⁸. Ce qui confirme l'idée selon laquelle on se trouverait davantage confronté à un nouveau système de négociation dérogatoire, plutôt qu'à de simples « conditions de désignation dérogatoires ».

En effet, s'il n'est pas par nature destiné à remplacer les salariés ou élus mandatés, le représentant de la section syndicale semble avoir vocation à les suppléer dans un certain nombre de cas.

Depuis le 1er janvier 2010, les articles L. 2232-21 à L. 2232-29 du Code du travail relatifs à la négociation dérogatoire dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ont été abrogés et remplacés par les dispositions issues de la loi du 20 août 2008.

L'article L. 2232-24 du Code du travail laisse toutefois la possibilité aux entreprises dépourvues de délégué syndical, dès lors qu'un procès-verbal de carence a été établi, de recourir au salarié mandaté.

Par conséquent, la conclusion d'un accord de branche n'est plus nécessaire pour recourir au mandatement. Les accords de branche qui auraient été conclus avant l'entrée en vigueur de la

⁵⁶⁸ Cf. *Supra* §1, I.

loi du 20 août restent en vigueur sans limitation de temps. On remarque que la réforme de 2008, comme la loi du 4 mai 2004, accorde la priorité aux élus, les salariés mandatés n'intervenant qu'à titre subsidiaire.

Cependant, comme le relève Monsieur Mazeaud⁵⁶⁹, l'accord de branche ne permettait pas seulement d'habiliter les salariés mandatés à négocier : il avait également un rôle d'encadrement puisqu'il définissait les matières entrant dans le champ de la négociation alternative et déterminait les modalités de fonctionnement de la commission paritaire de branche chargée de contrôler la validité des accords signés avec des élus. En supprimant cette condition préalable à la négociation dérogatoire, la loi du 20 août 2008 réduit donc le pouvoir de contrôle des organisations représentatives au niveau de la branche sur les accords d'entreprise et fait tomber une barrière juridique qui limitait le champ des négociations dérogatoires.

La réforme de 2008 prévoit par ailleurs des dispositions spécifiques pour les entreprises de moins de 200 salariés. Ainsi, depuis le 31 décembre 2009, dans les entreprises de moins de deux cent salariés non couvertes par un accord de branche prévoyant des conditions spécifiques de négociation, en l'absence de délégué syndical, la négociation des accords d'entreprise ou d'établissement est possible avec les élus, c'est-à-dire avec les membres du comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel, ou à défaut, avec les délégués du personnel.

Dans ce cas, les élus ne peuvent négocier que des accords dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif⁵⁷⁰ et ne sont pas habilités à négocier des accords portant sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise dans le cadre des licenciements économiques de dix salariés et plus⁵⁷¹.

La même solution est applicable aux entreprises de moins de cinquante salariés dans lesquelles aucun délégué du personnel n'aurait été désigné comme délégué syndical⁵⁷².

Pour être valable, l'accord doit être conclu par les élus représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles puis être approuvé par la commission paritaire de branche.

⁵⁶⁹ (A.) MAZEAUD, « La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégués syndicaux », *Dr. Soc.*, juin 2009 p. 673.

⁵⁷⁰ C'est-à-dire, pour l'essentiel, sur les accords dérogatoires en matière de durée ou de temps de travail.

⁵⁷¹ Art. L. 2232-21 du Code du travail al. 1.

⁵⁷² Art. L. 2232-21 du Code du travail al. 1.

En revanche, rien n'est précisé concernant le représentant de la section syndicale : dans les entreprises de moins de 200 salariés dépourvues de délégué syndical celui-ci peut donc être amené à négocier des accords dont la mise en œuvre n'est pas subordonnée à la conclusion d'un accord collectif, ainsi que les accords de méthode⁵⁷³.

S'il n'y a pas d'élus dans l'entreprise, quelle que soit sa taille, on doit alors recourir à l'application de l'article L. 2232-24 du Code du travail, c'est-à-dire à la possibilité de négocier avec un salarié mandaté. La loi du 20 août 2008 apporte des changements à ce niveau également.

Ainsi, depuis le 31 décembre 2009, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, et lorsqu'un procès-verbal de carence a établi l'absence de représentants élus, la négociation avec des salariés mandatés par une organisation représentative dans la branche est possible⁵⁷⁴. Une entreprise ne peut donc négocier avec un salarié mandaté que s'il n'y a pas d'élus en raison d'une carence aux deux tours des élections.

La nouvelle loi précise que les accords conclus suivant la procédure du mandatement portent « sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif⁵⁷⁵ », à l'exception des accords de méthode.

Ces dispositions doivent être combinées avec celles de l'article L. 2143-23 du Code du travail qui énonce que : « Lorsqu'en raison d'une carence au premier tour des élections professionnelles, *aucun délégué syndical n'a pu être désigné au sein de l'entreprise ou de l'établissement ou lorsqu'il n'existe pas de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement*, le représentant de la section syndicale [...] *désigné par une organisation syndicale de salariés affiliée à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel* peut [être mandaté] par son organisation syndicale, pour négocier et conclure un accord d'entreprise ou d'établissement ». S'il y a une carence au 1er tour des élections uniquement, cela ne signifie pas qu'il n'y a pas d'élus. Le représentant de la section syndicale peut donc potentiellement être mandaté pour négocier tous les types d'accord dans les entreprises de 200 salariés ou plus, même en présence d'élus.

⁵⁷³ (G.) BELLIER, (H.J.) LEGRAND, *La négociation collective en entreprise*, Ed. Liaisons, 2010, p. 247.

⁵⁷⁴ Art. L. 2232-24 du Code du travail.

⁵⁷⁵ Art. L. 2232-24 du Code du travail.

La validité de l'accord conclu avec le RSS est soumise à l'approbation par les salariés à la moitié des suffrages exprimés dans des conditions déterminées par décret et dans les principes généraux du droit électoral. Faute d'approbation, l'accord est réputé non écrit⁵⁷⁶.

Il ressort donc de l'analyse du dispositif de la réforme de 2008 que le représentant de la section syndicale a bien un rôle supplétif : la crainte de le voir concurrencer les délégués syndicaux semble a priori écartée. On ne peut pas en dire autant concernant les élus dans l'entreprise : la lecture et la combinaison des différentes dispositions révèlent que dans certains cas, le RSS pourrait être amené à négocier même en présence d'élus dans les entreprises, quelle que soit la taille de ces dernières. Et l'on peut aussi s'interroger sur le devenir des accords qui seraient conclus avec ce nouvel acteur⁵⁷⁷.

II. Un changement d'optique souhaitable

L'analyse du dispositif issu de la loi du 20 août 2008 révèle que le représentant de la section syndicale peut dans certains cas, être amené à négocier des accords. On peut alors légitimement se demander quel sera le devenir des accords ainsi conclus (A).

Cependant, il convient de tempérer ce constat de suppléance car la réforme de 2008 prévoit un certain nombre de limitations au rôle du représentant de section, assurant ainsi la cohérence du dispositif par rapport à l'objectif de la loi qui ne vise pas à mettre en concurrence les syndicats représentatifs et non représentatifs, mais seulement à favoriser l'implantation des syndicats non représentatifs (B).

Le fait que ces tempéraments soient cohérents ne résout toutefois pas les difficultés que pourraient susciter la loi du 20 août 2008 concernant la mise en œuvre du dialogue social dans les entreprises. En analysant les dispositions relatives au représentant de la section syndicale, on s'aperçoit qu'un changement d'optique est souhaitable pour réformer la représentativité sans freiner la mise en œuvre des négociations collectives. C'est ce problème d'optique qui constitue en réalité le fond du problème et non le dispositif qui institue le représentant de la section syndicale.

⁵⁷⁶ Art. L. 2232-14 du Code du travail.

⁵⁷⁷ Cf. *Infra* II.

A. Le devenir des accords conclus par un représentant de section

On constate que la sécurité juridique semble préservée dans la mesure où les accords signés par le représentant de section, comme ceux conclus par le salarié mandaté, sont soumis à une validation complémentaire. L'accord conclu par le salarié mandaté doit en effet être validé par la commission paritaire nationale de branche compétente⁵⁷⁸ tandis que l'accord conclu par le représentant de section syndicale est soumis à l'approbation des salariés⁵⁷⁹. A défaut de consultation des salariés, l'accord est réputé non écrit. La Cour de cassation a précisé que la consultation des salariés doit avoir lieu pendant le temps de travail, au scrutin secret, sous enveloppe⁵⁸⁰ et non par vote électronique⁵⁸¹.

Des problèmes risquent toutefois d'apparaître en matière de négociation collective comme par exemple, dans l'hypothèse où un accord signé par un représentant de section syndicale doit être dénoncé ou révisé⁵⁸² car le législateur n'a pas envisagé ces hypothèses. Il convient alors de se référer au droit commun⁵⁸³ qui indique que les conventions collectives prévoient les formes et les conditions dans lesquelles elles doivent être dénoncées ou révisées⁵⁸⁴.

Cependant, l'application du droit commun ne résout pas tous les problèmes. En effet, en principe, seules les organisations syndicales représentatives signataires de l'accord initial sont habilitées à le réviser⁵⁸⁵. Mais le représentant de la section syndicale n'est pas nécessairement mandaté par un syndicat représentatif dans l'entreprise puisqu'il peut dans certains cas être désigné par « une organisation syndicale de salariée affiliée à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel⁵⁸⁶ », sans que celle-ci soit nécessairement représentative dans l'entreprise concernée par la négociation.

⁵⁷⁸ Art. L. 2232-24 du Code du travail.

⁵⁷⁹ Art. L. 2232-14 du Code du travail ; cf. *Supra* Section 1, §2.

⁵⁸⁰ Art. D.2232-2 du Code du travail.

⁵⁸¹ Cass. Soc., 27 janvier 2010, n° 09-60.240.

⁵⁸² (Y.) PAGNERRE, « Le représentant de la section syndicale », *JCP S* n°15, 7 avril 2009, p. 20.

⁵⁸³ Art. L. 2222-5 et L. 2222-6 CT.

⁵⁸⁴ Sur la dénonciation des accords voir aussi *Supra* §1.

⁵⁸⁵ Art. L. 2261-7 du Code du travail.

⁵⁸⁶ Art. L. 2143-23 du Code du travail.

En outre, comme le relève Monsieur Pagnerre⁵⁸⁷, le même problème se pose si, postérieurement à la conclusion de l'accord par le représentant de section, un délégué syndical est désigné. Celui-ci ne pourra pas réviser l'accord.

Dans les deux cas de figure, les organisations syndicales ou l'employeur qui souhaitent modifier l'accord devront donc préalablement le dénoncer, ce qui suppose la mise en œuvre d'une procédure assez contraignante qui ne contribue pas à faciliter la réalisation du dialogue social dans l'entreprise.

B. Des limitations en adéquation avec l'objectif de la loi

Le représentant de la section syndicale peut suppléer les délégués syndicaux dans certains cas, bien que cela ne soit pas sa vocation initiale⁵⁸⁸. Ce constat doit toutefois être tempéré, la loi du 20 août 2008 établissant quelques limitations en la matière. Ces restrictions tiennent d'une part au caractère limité des attributions du représentant de la section syndicale (1) et d'autre part au caractère précaire du mandat de ce dernier (2).

1. Les attributions limitées du représentant de section

La réforme de 2008 encadre strictement la mission de négociateur du représentant de section syndicale. Le représentant de section ne bénéficie en aucun cas d'attributions aussi importantes que le délégué syndical en la matière. Hormis l'hypothèse d'une carence au premier tour des élections professionnelles, il ne semble pas réellement pouvoir concurrencer les délégués syndicaux dans l'entreprise. En ce sens, la réforme de 2008 paraît cohérente au regard de l'objectif qu'elle affiche à savoir favoriser l'implantation des syndicats non représentatifs, et non restreindre le rôle des syndicats représentatifs dans l'entreprise.

En revanche, des questions risquent de se poser avec l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions concernant la négociation avec des salariés ou des élus mandatés. S'il n'est pas institué comme un concurrent des délégués syndicaux, le représentant de section pourrait malgré tout être amené, en pratique, à les suppléer dans certains cas⁵⁸⁹. Ainsi, l'institution de ce nouveau représentant ne semble pas contribuer à l'harmonisation des négociations dans la mesure où il risque de contribuer à l'éclatement des syndicats et de susciter de nouveaux

⁵⁸⁷ (Y.) PAGNERRE, préc. p. 20.

⁵⁸⁸ Cf. *Supra* Section 1, §2.

⁵⁸⁹ Cf. *Supra* I.

contentieux en matière de négociation collective. Ce constat nous conforte dans l'idée que le législateur aurait dû envisager la réforme de 2008 également au regard du rôle des acteurs dans l'entreprise et dans la mise en œuvre du dialogue social et non seulement de leur légitimité.

Par ailleurs, le fait que ce nouveau représentant soit habilité à négocier, même de façon limitée, risque de poser problème en pratique, compte tenu du caractère temporaire de son mandat.

2. La précarité justifiée du mandat du représentant de section

La mission du représentant de section syndicale consiste à représenter le syndicat afin notamment de permettre son implantation en gagnant sa représentativité aux prochaines élections professionnelles.

C'est pourquoi, à l'issue des premières élections professionnelles suivant sa désignation, son mandat prend automatiquement fin⁵⁹⁰.

Ces dispositions apportent une restriction aux fonctions du représentant de la section syndicale : si le syndicat qui a désigné un représentant de section ne devient pas représentatif à l'issue des élections professionnelles, le mandat dont est investi ce représentant devient sans objet. Le législateur entend favoriser l'implantation des organisations syndicales, autrement dit, leur donner une chance de remporter suffisamment de suffrages lors des élections professionnelles pour acquérir la qualité représentative. Si elles n'atteignent pas cet objectif, c'est que le représentant de section et l'organisation qui l'a nommé ont échoué. Le législateur entend aider les syndicats libres à s'implanter mais non favoriser le maintien d'organisations qui ne parviennent pas à devenir représentatives. Le caractère précaire du mandat du représentant syndical est donc parfaitement justifié au regard de l'objectif de la loi.

Le salarié qui perd son mandat parce que son syndicat n'a pas réussi à obtenir suffisamment de suffrages ne peut pas être désigné à nouveau comme représentant syndical de section jusqu'aux six mois précédant les élections professionnelles suivantes dans l'entreprise⁵⁹¹. L'article L. 2143-23 du Code du travail⁵⁹² précise que si à l'issue des élections professionnelles l'organisation syndicale qui n'a pas été reconnue représentative décide de

⁵⁹⁰ Art. L. 2142-1-1 al. 3 du Code du travail.

⁵⁹¹ Art. L. 2143-23 al. 2 du Code du travail.

⁵⁹² Alinéa 2.

désigner un autre représentant de section, celui-ci ne peut pas être mandaté jusqu'aux six mois précédant les prochaines élections professionnelles. Cette disposition vise à éviter des désignations successives réalisées dans le seul but de bénéficier de la protection attachée au mandat de représentant de la section syndicale. Cependant, elle n'empêche pas le syndicat concerné de désigner un autre adhérent en qualité de représentant de section.

Le mandat du représentant de la section syndicale prend également fin lorsque l'effectif de l'entreprise vient à rester durablement en dessous du seuil de cinquante salariés ou si l'employeur et l'ensemble des organisations syndicales représentatives concluent un accord décidant de la suppression du mandat⁵⁹³.

La possibilité de désigner un représentant de section est donc soumise aux mêmes seuils d'effectifs que la désignation du délégué syndical. En précisant ce point, le législateur place les organisations syndicales représentatives et non représentatives sur un pied d'égalité : les représentants syndicaux n'ont leur place que dans les entreprises d'au moins cinquante salariés.

Enfin, si le syndicat qui a désigné le représentant de section est reconnu représentatif à l'issue des élections professionnelles, le mandat de ce représentant devient caduc, le syndicat devra alors désigner un délégué syndical. Ce qui est logique, puisque la désignation des représentants de section est réservée aux syndicats non représentatifs et que le mandat perd son objet.

La crainte de voir le représentant de section syndicale supplanter le délégué syndical peut donc a priori être écartée eu égard au caractère précaire de ce nouvel acteur avec lequel la sécurité juridique des négociations semblait quelque peu compromise. Le législateur de 2008 a prévu des dispositions en adéquation avec l'objectif de favoriser l'implantation des syndicats non représentatifs, sans qu'il soit question de supplanter ou de concurrencer les syndicats représentatifs.

Cependant, si un employeur décide de prendre le pari que le syndicat qui a désigné le représentant de section gagnera les prochaines élections et choisit de négocier d'ores et déjà avec lui au détriment d'un syndicat représentatif qui aurait fait preuve de carence au précédentes élections et n'aurait pas désigné de délégué syndical, ou ne peut pas en désigner

⁵⁹³ Art. L. 2142-1-2 CT renvoyant aux deuxième et troisième alinéas de l'article L. 2143-11 du même code.

un parce que l'entreprise compte moins de cinquante salariés, la question de la concurrence entre les deux acteurs ressurgit.

La mise en concurrence des délégués syndicaux et des représentants de la section syndicale par la loi du 20 août 2008 n'est donc pas clairement établie mais peut être envisagée, ce qui nous fait dire que la réforme se caractérise par une certaine ambivalence. Ambivalence qui aurait pu être évitée si le législateur avait envisagé la réforme en se recentrant sur le rôle des acteurs dans la négociation collective et non seulement sur leur légitimité.

Sous-titre 2. Légitimité et négociation collective : les effets secondaires de la réforme

La loi du 20 août 2008 produit des effets variables. En effet, d'un côté elle se révèle favorable à l'avancée du dialogue social en ce qu'elle œuvre clairement en faveur d'un renforcement de la légitimité des syndicats⁵⁹⁴ et par conséquent, de leur légitimité à participer à la négociation collective. Cependant, la réforme de 2008 produit également des effets secondaires, voire non souhaités : que ce soit au regard du dialogue social ou plus largement, de l'action syndicale : les règles qui gouvernent habituellement les rapports entre les différents acteurs de l'entreprise sont modifiées et ces derniers risquent notamment d'être politisés par la mise en œuvre de la réforme (Chapitre 1).

La loi du 20 août 2008 laisse par ailleurs de nombreuses questions en suspens, concernant notamment les syndicats catégoriels et la participation des salariés mis à disposition aux élections, ce qui provoque une certaine insécurité juridique et conduit à s'interroger sur les fondements même de la démocratie sociale rénovée (Chapitre 2).

⁵⁹⁴ Cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 2.

Chapitre 1 : Des risques de politisation des rapports

La loi du 20 août 2008 consacre le droit de participation au profit des salariés mis à disposition lorsque ces derniers remplissent certains critères de nature à démontrer leur intégration à l'entreprise utilisatrice. Pourtant ces derniers ne sont pas salariés de l'entreprise utilisatrice. Un jour ou l'autre ils seront amenés à en partir. Parler de démocratie implique-t-il nécessairement d'intégrer tous les citoyens à son processus ? Ne fausse-t-on pas les règles du jeu en prenant en compte des « citoyens » de passage dans une communauté ? La question mérite d'être posée (Section 1).

Par ailleurs, la loi du 20 août 2008 modifie les enjeux des élections, leur conférant une nouvelle fonction⁵⁹⁵. Désormais il ne s'agit plus seulement d'élire des représentants capables de défendre les intérêts collectifs des salariés ou de tenir tête à la direction : comme l'explique le Professeur Ray, il s'agit maintenant d'un véritable « *référendum quadriennal* » au cours duquel les salariés ne votent plus seulement pour une organisation et ses leaders mais « *sur leurs choix stratégiques face à ceux de la direction, et en premier lieu, en fonction des accords qu'ils ont, ou non, signés*⁵⁹⁶ ».

Les enjeux des élections professionnelles se rapprochent donc de plus en plus de ceux des élections politiques françaises, démocratiques elles aussi.

En effet, les syndicats vont devoir, pour gagner les votes des salariés, mettre en avant leurs actions et leurs idées actuelles, au gré des événements qui affectent la vie des sociétés, et non plus seulement se reposer sur les acquis sociaux qui ont pu être obtenus par le passé. Le changement réside dans l'objectif poursuivi : désormais, c'est pour leur propre survie que les syndicats doivent mener les campagnes électorales. Car un syndicat qui perd sa représentativité perd un pôle d'action important dans l'entreprise, celui de la négociation collective, dont vont découler une large part des normes sociales applicables aux salariés.

Plus encore, la détermination de la représentativité du syndicat dans chaque entreprise permettra de déterminer sa représentativité au niveau national et par conséquent, la possibilité pour le syndicat de participer aux consultations engagées par le gouvernement sur certains

⁵⁹⁵ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 2.

⁵⁹⁶ (J.E.) RAY, « L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. Soc.*, septembre-octobre 2009, p. 890.

sujets, voire à l'élaboration des lois dites négociées⁵⁹⁷, que l'on rencontre de plus en plus fréquemment. A cette échelle, les enjeux sont encore plus politiques qu'au niveau de l'entreprise pour les organisations syndicales qui doivent asseoir leur légitimité et leur force d'action devant les pouvoirs en place.

La politisation des enjeux des élections professionnelles et d'une façon générale, de la démocratie sociale dans l'entreprise, risque d'entraîner une instabilité, voire un ralentissement du dialogue social dans les entreprises à l'approche des élections. Elle emporte ainsi diverses conséquences juridiques qu'il convient de mesurer (Section 2).

Section 1- La démocratie sociale pour tous ?

La démocratie sociale doit-elle vraiment concerner tous les salariés présents dans l'entreprise ? Nous sommes tentés de répondre par la négative, compte tenu du fait que la prise en compte des salariés mis à disposition risque de fausser le jeu du dialogue social dans les entreprises (§1).

En outre, la réforme se révèle peut-être contraire au principe de participation dans la mesure où à l'issue des élections, certains salariés risquent de ne pas être représentés dans le cadre des négociations collectives, quand bien même ils auraient participé aux dernières élections professionnelles organisées dans l'entreprise (§2).

§1. Le dialogue social faussé

La question de la prise en compte ou non des salariés sous-traitants conduit à s'interroger sur le fait de savoir si les syndicats doivent représenter l'ensemble des salariés ou seulement ceux de l'entreprise concernée par la négociation.

En effet, en offrant aux salariés mis à disposition la possibilité de voter et de candidater au sein de l'entreprise d'accueil⁵⁹⁸, la loi du 20 août 2008 consacre pour ces derniers le droit de participer à la détermination des conditions de travail de cette entreprise.

⁵⁹⁷ Cf. *Supra* Sous-titre 1, Chapitre 1.

⁵⁹⁸ Cf. *Infra* Chapitre 2.

Bien que cet aspect n'ait pas été évoqué, elle leur confère en même temps la possibilité d'élire des représentants qui seront peut-être par la suite amenés à négocier.

En effet, le nouveau mécanisme fonde la représentativité des syndicats sur l'audience qu'ils ont obtenue lors des dernières élections professionnelles. L'aptitude à négocier est conditionnée par la représentativité du syndicat.

La réforme de 2008 ne prévoit la possibilité pour les salariés mis à disposition de candidater, sous certaines conditions, qu'au poste de délégué du personnel. En présence de délégués syndicaux dans l'entreprise, cela ne pose pas de problèmes particuliers. En revanche, on peut s'interroger sur l'hypothèse dans laquelle la négociation devrait se dérouler avec les élus sur des sujets sensibles, comme par exemple la rémunération : un salarié sous-traitant qui n'est pas payé par l'entreprise utilisatrice est-il le mieux placé pour négocier sur cela ? En ce sens, la mise en œuvre de la réforme de 2008 pourrait fausser le jeu du dialogue social dans les entreprises.

De surcroît, notons que les salariés mis à disposition peuvent décider de voter dans l'entreprise utilisatrice tant aux élections des délégués du personnel que des membres du CE. Des salariés qui ne resteront peut-être pas dans l'entreprise pendant toute la durée du mandat de ces représentants doivent-ils bénéficier d'un tel droit de vote ? La logique qui sous-tend la réforme de 2008 est discutable.

Ces problèmes résultent aussi du fait que la loi du 20 août 2008 aurait dû être davantage envisagée sous l'angle de la négociation collective et de ses acteurs pour anticiper et éviter des incohérences de ce genre.

§2. Une réforme contraire au principe de participation ?

La représentativité permet d'établir et de mesurer la légitimité des syndicats à participer aux négociations collectives. Le droit de négocier les conditions collectives de travail est une variété originale de participation, la négociation permettant de conclure des accords créateurs de règles⁵⁹⁹. Cette évolution de la fonction des accords collectifs a accru l'importance de la notion de représentativité. Elle a également renforcé le lien existant entre la représentativité et la mise en œuvre du principe de participation. La loi du 20 août 2008 procède de cette logique

⁵⁹⁹ (M-L.) MORIN, thèse préc., p. 259.

puisqu'elle permet la participation d'un plus grand nombre d'acteurs aux élections professionnelles. Cependant, en même temps, elle pose de nouvelles conditions de signature pour la validité des accords collectifs. Ces dernières peuvent conduire à des situations dans lesquelles de nombreux salariés ayant voté aux élections professionnelles ne seront pas représentés dans les négociations.

Comme le souligne Jean-Emmanuel Ray, avant 2008, la signature d'un syndicat pouvait suffire pour qu'un accord collectif soit valable. Depuis la réforme de 2008, la signature d'un seul syndicat peut suffire à condition qu'il ait obtenu au moins 30% des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles⁶⁰⁰.

Cependant, à l'inverse, parfois, quatre signatures peuvent être insuffisantes si aucun des anciens signataires n'a atteint le seuil d'audience de 10%. Cela signifie que dans certaines entreprises, 10 à 20% des électeurs ne seront pas représentés. Monsieur Ray cite à titre d'exemple les négociations qui ont eu lieu à Peugeot Poissy en mars 2009⁶⁰¹ : FO avait obtenu 41,1% des voix lors des dernières élections professionnelles, la CGT 27,3% et la CFTC 12,5%. Toutefois, quatre syndicats ont du quitter la table des négociations : la CAT/GSEA, qui avait obtenu 5,7% des suffrages, la CFDT, qui avait réuni 4,8% des votants, la CFE-CGC avec 4,8% des suffrages et le syndicat SUD qui avait obtenu 3,8% des voix. Autrement dit, lors des négociations, près de 20% des électeurs ne sont pas représentés.

La loi du 20 août 2008 favorise donc l'exercice de la démocratie sociale en ouvrant les élections à de nouveaux acteurs, à savoir les syndicats non représentatifs et les salariés mis à disposition. Mais a contrario, elle peut aussi porter indirectement atteinte au principe de participation, certains salariés risquant de ne plus être représentés même s'ils ont voté aux élections professionnelles. Cette fois, c'est le jeu même de la représentation des salariés dans l'entreprise qui risque d'être faussé.

⁶⁰⁰ (J.E.) RAY, « L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. Soc.* Septembre-octobre 2009, p. 892.

⁶⁰¹ *Ibid.*

Section 2 – Une démocratie sociale politisée

La réforme de 2008 induit un risque de politisation des relations professionnelles, d'une façon générale (§1).

La politisation des enjeux des élections professionnelles plus spécialement risque d'entraîner une instabilité, voire un ralentissement du dialogue social dans les entreprises à l'approche des élections (§2).

§1. Le risque de politisation des relations professionnelles induit par la réforme

Comme le souligne Emmanuel Dockès, « *La liberté et l'égalité sont les valeurs de la démocratie. L'aversion du pouvoir est la synthèse de ces valeurs*⁶⁰² ».

En effet, la notion de pouvoir est incompatible avec celle d'égalité dans la mesure où, par définition, le pouvoir détenu par une personne s'exerce sur une autre. Par conséquent, le pouvoir suppose la plupart du temps la soumission d'une partie à une autre et génère un sentiment d'infériorité⁶⁰³. La notion de pouvoir est donc souvent incompatible avec celle, strictement entendue, d'égalité.

Par ailleurs, le pouvoir pour s'imposer, peut facilement tendre vers une réduction des libertés, par l'usage des normes ou de la force par exemple.

C'est pourquoi dans le système démocratique et républicain français, les détenteurs des différents pouvoirs ont été clairement identifiés et séparés. Le principe de la séparation des pouvoirs vise à éviter les dérives de ce dernier. L'article XVI de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1798, citée par le préambule de la Constitution d'octobre 1958, dispose d'ailleurs que : « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.* ».

L'exercice de la démocratie ne suppose pas l'absence de pouvoir - il ne s'agit pas de prôner l'anarchie - mais suppose pour que les principes fondateurs de la démocratie soient respectés, qu'il existe un encadrement du ou même des pouvoirs.

⁶⁰² (E.) DOCKES, Valeurs de la démocratie, Dalloz, 2004, p. 106

⁶⁰³ (E.) DOCKES, préc., p. 71.

Le mot « politique », du grec politiké, désigne initialement la « science des affaires de la cité », autrement dit, la méthode permettant d'organiser la Cité. Plus largement entendue, la notion de politique désigne le cadre général d'une société organisée et développée.

Dans une acceptation plus restreinte, la politique vise les pratiques du pouvoir et donc les luttes de pouvoir, les luttes entre partis politiques.

On constate donc que la notion de politique est vaste. Cet état de fait explique en partie pourquoi la séparation entre action syndicale et action politique se révèle parfois délicate. En réalité, ces notions sont interdépendantes, ce qui explique la confusion qui peut parfois être entretenue entre ces deux actions (I).

La loi du 20 août 2008, en renforçant les enjeux politiques des élections professionnelles, ne contribue pas à clarifier la frontière entre ces deux notions. Ce rapprochement entre démocratie sociale et démocratie politique était néanmoins prévisible (II).

I. Action syndicale et action politique : l'interdépendance des notions

Comme le souligne Monsieur Servais, le fait que le droit de constituer des syndicats figure à la fois dans le Pacte des Nations Unies relatif aux droits de l'homme (droits civils et politiques) et dans le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, dénote l'interdépendance de ces différents droits⁶⁰⁴.

A propos de la négociation collective au niveau communautaire, le Professeur Lhernould ajoute que « *comme au niveau national, la question de la représentativité est décisive. Ce n'est pas seulement l'issue des négociations qui est en jeu, c'est aussi une façon de concevoir les rapports sociaux. La question est donc d'ordre politique* »⁶⁰⁵.

Cette observation est confortée par le mécanisme de la négociation collective issu des articles 138 et 139 du Traité d'Amsterdam.

En effet, la mise en œuvre de la démocratie sociale implique nécessairement la question de la légitimité, la capacité, reconnue aux partenaires sociaux pour représenter les travailleurs et les employeurs.

⁶⁰⁴ (J.M.) SERVAIS, préc. p. 87.

⁶⁰⁵ (J.P.) LHERNOULD, « La négociation collective communautaire », *Dr. Soc.* Janvier 2008, p. 36.

Le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes⁶⁰⁶ indique que lorsque le Parlement européen n'intervient pas dans le processus décisionnel, la consultation des partenaires sociaux européens constitue une garantie du respect de la démocratie.

Tandis que le Conseil et la Commission disposent d'une légitimité politique, les partenaires sociaux disposent d'une légitimité sociale. Cette dernière pallie le manque de légitimité démocratique éventuel d'un texte législatif européen.

On peut donc dire, à l'instar de Mélanie Schmitt⁶⁰⁷, que « *la démocratie sociale se combine avec la démocratie politique* ». Les partenaires sociaux ont indirectement un rôle politique à jouer. Ce constat vaut également au niveau français, notamment lorsque le législateur consulte les partenaires sociaux à propos d'un projet de loi ou s'inspire des textes rédigés par ces derniers pour rédiger une loi : tel a été le cas de la loi du 20 août 2008, largement inspirée par la position commune d'avril 2008. On sait que les lois servent la politique du gouvernement en place ou du moins, résultent des choix politiques effectués par ce gouvernement, ne serait-ce que dans l'orientation retenue dans le texte. D'une façon générale, action syndicale et action politique tendent donc à se rejoindre pour ne s'en tenir qu'à la démonstration juridique. Brièvement, on pourrait aussi évoquer les réactions syndicales, dont l'illustration la plus médiatisée est la grève générale, face aux décisions ou réformes politiques entreprises, qui attestent clairement du lien existant entre action syndicale et action politique.

II. Une politisation prévisible

La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale conforte ce constat de combinaison de la démocratie sociale avec la démocratie politique.

En effet, à l'image de la démocratie politique française, la réforme associe la légitimité à l'audience électorale, plus spécialement à la majorité électorale. Désormais, c'est par le jeu de cette majorité que la représentativité des syndicats va être prouvée.

Or, comme le souligne le Professeur Verkindt, « *le particularisme des élections professionnelles est en premier lieu d'ordre politique et résulte de leur finalité*⁶⁰⁸ ».

⁶⁰⁶ TPICE, 13 juin 1998, UEAPME, aff. T-135/96 : Rec. 1998-5/6 (B), II, p. 2367.

⁶⁰⁷ (M.) SCHMITT, L'autonomie collective des partenaires sociaux dans l'ordre juridique communautaire : contribution à l'étude du principe de subsidiarité, Thèse, 2007, p. 583.

⁶⁰⁸ (P.Y.) VERKINDT, « Les élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. Soc.* juin 2009, p. 650.

Effectivement, l'objectif des élections professionnelles n'est pas de constituer une assemblée légiférante dont les décisions s'imposent à la collectivité mais de choisir les représentants des salariés au sein de l'entreprise.

Pour les syndicats, les élections revêtaient déjà des enjeux politiques avant 2008 dans la mesure où leur résultat faisait ressortir l'influence des organisations syndicales dans l'entreprise et leur popularité auprès des salariés.

Avec l'intervention de la réforme de 2008 les enjeux des élections professionnelles sont plus importants encore pour les organisations syndicales et ce, pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, l'accès à la négociation collective est désormais conditionné par le résultat qu'obtient le syndicat aux élections professionnelles : si le seuil d'audience de 10% n'est pas atteint, l'organisation syndicale ne pourra même pas désigner un délégué syndical.

Ensuite, les enjeux politiques sont accrus puisqu'à présent, les syndicats se trouvent en compétition lors des élections professionnelles pour l'accès à la représentativité : il faut que chaque syndicat obtienne 10%, ce qui a des incidences sur les choix d'alliances entre syndicats⁶⁰⁹ et accroît les enjeux de la campagne électorale.

Cette évolution dans le sens d'une politisation des élections professionnelles n'a toutefois rien de surprenant. La loi du 31 janvier 2007 laissait déjà entrevoir ce mouvement. Comme le souligne Alain Supiot : *« Le pouvoir « subordonné et dépendant » ainsi conféré aux partenaires sociaux par la loi Larcher ne reste pas sans incidence sur le statut des syndicats. A la différence des corporations, ceux-ci sont de purs organismes de droit privé, auxquels la loi ne reconnaissait aucune mission d'intérêt général, fussent-ils animés par le désir de révolutionner le monde entier. Or, en consacrant leur vocation à contribuer à la définition de l'intérêt général, la loi Larcher les fait nécessairement participer du droit public⁶¹⁰ »*. L'association des partenaires sociaux à l'élaboration des normes, plus particulièrement des lois, encouragée depuis plusieurs années, conduisait nécessairement à ce rapprochement entre démocratie sociale et démocratie politique.

⁶⁰⁹ Cf. *Infra* Deuxième partie, Sous-titre 2.

⁶¹⁰ (A.) SUPIOT, « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. Soc.*, mai 2010, p. 531.

§2. Des tensions sociales accrues

La réforme de 2008 apporte différents correctifs au principe majoritaire, notamment par l'introduction du critère de l'audience. Ce changement contribue également à renforcer le risque de politisation des élections professionnelles. Indirectement, l'audience électorale risque donc d'être une source de tensions au sein des entreprises (I).

Par ailleurs, les correctifs contenus dans la loi du 20 août 2008 conduisent à la mise en place d'un paysage syndical à géométrie variable, eu égard notamment à la fréquence potentielle de renouvellement des syndicats, à chaque élection. Le climat social de l'entreprise risque alors de devenir instable (II).

I. Le risque de politisation induit par le critère de l'audience

Le système issu de la loi du 4 mai 2004 semble étrange, voire « inversé ». En effet, alors que la logique voudrait que la légitimité des signataires soit vérifiée avant la conclusion de l'accord, le mécanisme issu de la loi du 4 mai 2004 conduit à autoriser la conclusion d'accords par des acteurs dont la légitimité n'est pas forcément établie, sous le contrôle a posteriori des syndicats représentatifs⁶¹¹.

La loi du 20 août 2008 résout ce problème en renversant le système : désormais, pour pouvoir conclure des accords, quels qu'ils soient, les syndicats devront être représentatifs. Cette représentativité sera fondée sur l'obtention d'une majorité électorale, par le jeu de l'audience.

Ce choix contribue à une politisation des relations professionnelles.

En effet, à l'instar des élections politiques, désormais, chaque syndicat va devoir conserver sa place en attirant un maximum d'électeurs. La campagne électorale va alors jouer un rôle déterminant tandis que les contentieux relatifs au déroulement et au financement de cette campagne risquent de se multiplier. On observe ici un rapprochement évident entre la démocratie sociale et la démocratie politique.

⁶¹¹ Cf. *Supra* Sous-titre 1, Chapitre 2, Section 2.

Comme le souligne Monsieur Pernot⁶¹², la réforme modifiant les enjeux des élections professionnelles (par l'introduction du critère de l'audience, notamment) fait augmenter le « *niveau de tension concurrentielle entre les organisations [syndicales] ; dans le même temps, elle stimule les alliances bien souvent nécessaires à l'assurance de la survie [...]. Outre ces listes communes, une tendance semble à l'œuvre qui voit également des migrations d'individus syndiqués, de militants isolés mais aussi d'équipes syndicales entières, d'une organisation vers une autre*⁶¹³ ». En effet, à l'issue des premières élections professionnelles ayant eu lieu dans toutes les entreprises depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, on constate que les syndicats soucieux de gagner ou de conserver leur représentativité ont été conduits par le jeu des dispositions de la réforme de 2008, à adopter de nouvelles stratégies, allant de la formation de listes communes au changement d'affiliation syndicale sur lesquelles nous reviendrons dans notre deuxième partie davantage axée sur les incidences de la loi du 20 août 2008 en pratique⁶¹⁴.

II. Un paysage syndical à géométrie variable, un climat social instable

Parmi les effets non souhaités de la réforme de 2008, on peut craindre un ralentissement du dialogue social dans les entreprises. Ce dernier risque est lié d'une part aux changements, plus fréquents, qui risquent d'affecter le paysage syndical et indirectement, à la politisation des élections professionnelles induit par la loi du 20 août 2008 car elle est susceptible de générer des tensions entre les partenaires sociaux.

La loi du 20 août 2008 fait planer le spectre des jeux de pouvoirs au-dessus des relations collectives ainsi que le risque de division politique et syndicale qui en découle, tant les frontières entre la politique et le syndicalisme sont parfois ténues. Ce constat doit toutefois être tempéré dans la mesure où le principe majoritaire n'a pas été posé comme règle, le pluralisme syndical reste préservé⁶¹⁵, évitant ainsi l'écueil de la domination absolue d'un syndicat majoritaire sur les autres. Il peut toujours y avoir plusieurs syndicats représentatifs.

⁶¹² Politologue à l'IRES.

⁶¹³ (J.-M.) PERNOT, « La loi du 20 août 2008 et la portabilité des suffrages », *RDT* juillet-août 2011, p. 427.

⁶¹⁴ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 2.

⁶¹⁵ (S.) NERON, « La rénovation de la démocratie sociale : perspectives et prospectives », *RDT* juillet-août 2009, p. 429.

Toutefois, dans un contexte de communautés de travail de plus en plus dispersées, de syndicats affaiblis et divisés, d'élections de plus en plus politisées, on est en droit de se demander ce que vont devenir les « intérêts collectifs » lorsque la collectivité tend à se diviser en une multitude de collectifs. On peut s'inquiéter de l'efficacité de la représentation de ces collectifs si celle-ci se trouve soumise au jeu politique. Il convient de tempérer ces craintes : la loi du 20 août 2008 ne va pas nécessairement conduire à un éclatement total des syndicats. Le pluralisme demeure préservé.

Cependant, en pratique, s'il n'est pas menacé de disparition, le pluralisme risque d'être réduit par le jeu des élections professionnelles.

Ainsi, chez Aerolia par exemple, étaient présents les cinq grands syndicats qui bénéficient de la présomption de représentativité pendant la période transitoire.

Les élections professionnelles ont eu lieu et un nouveau paysage syndical se dessine au sein duquel deux syndicats semblent clairement dominer tandis qu'un autre va probablement disparaître ou en tout cas perdre sa représentativité.

Cet exemple témoigne du fait que le pluralisme est bien préservé après 2008 mais que le nombre de syndicats habilités à négocier risque clairement d'être réduit dans les années à venir. Il est difficile de dire s'il s'agit d'un fait positif ou négatif mais ce phénomène mérite d'être souligné et observé à l'avenir.

Par ailleurs, à Aerolia, comme dans d'autres entreprises, il a été délicat de mettre en œuvre les élections professionnelles, les syndicats en place (CFDT, CFTC, CGC-CFE, CGT et FO) craignant de perdre leur représentativité.

De son côté, le groupe EADS NV a dû repousser la conclusion de certains accords de groupe lorsque la nouvelle loi est entrée en vigueur⁶¹⁶.

La mise en œuvre de la réforme de 2008 peut donc provoquer un ralentissement du dialogue social tant au niveau de l'entreprise qu'au niveau du groupe.

Ces effets secondaires non souhaités de la réforme auraient pu n'être que temporaires si la loi du 20 août 2008 n'imposait pas une « réévaluation » de la représentativité à l'issue de chaque cycle électoral : à chaque élection professionnelle, l'audience des syndicats doit être à nouveau mesurée. Cette disposition risque d'entraîner une frilosité de la part des organisations

⁶¹⁶ Cf. accord du 13 février 2009 sur le dialogue social chez EADS, *Bref social* 2009, n°15311.

syndicales représentatives sans lesquelles il est difficile en pratique d'organiser des élections dans l'entreprise.

En effet, la direction de l'entreprise conserve toujours le droit de décider unilatéralement des modalités des élections. Cependant, pour que le protocole d'accord préélectoral soit valable, il doit être signé par la majorité des syndicats parties à la négociation du protocole d'accord préélectoral, dont les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la moitié des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles⁶¹⁷.

En outre, pour certaines clauses particulières, comme par exemple la modification du nombre ou de la composition des collèges électoraux, le protocole doit être signé à l'unanimité par les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise⁶¹⁸.

Il est donc préférable pour les directions de parvenir à un accord avec les syndicats pour éviter des contentieux ultérieurs.

Aerolia a dû faire face à ce problème : l'établissement de Toulouse employant essentiellement des cadres, le premier collège légal « ouvriers-employés » n'englobait aucun salarié. Il a donc fallu modifier la composition des collèges, avec l'accord unanime des cinq syndicats représentatifs parties à la négociation.

Ces derniers ont heureusement donné leur accord mais s'ils avaient voulu retarder les élections par exemple, pour repousser le moment d'évaluation de leur représentativité, ils auraient pu refuser de signer. La situation aurait alors été pénible et la mise en place des institutions représentatives du personnel aurait été ralentie, ce qui n'est favorable ni aux salariés, ni à l'entreprise : en cas de report des élections, les salariés risquent de se retrouver temporairement privés d'institutions représentatives et l'entreprise sans partenaire pour négocier. Et en toute hypothèse, avant les élections professionnelles, on peut se trouver dans deux situations différentes : soit les syndicats et la direction vont essayer passer rapidement certains accords. Soit, au contraire, si le climat social est tendu avant les élections, il va être impossible pour les partenaires sociaux de conclure quoi que ce soit. D'où un risque de ralentissement du dialogue social généré par la réforme.

⁶¹⁷ Art. L. 2314-3-1 du Code du travail.

⁶¹⁸ Art. L. 2314-10 du Code du travail.

Chapitre 2 : Les questions laissées en suspens

La loi du 20 août 2008 apporte un certain nombre d'éclaircissements et de précisions concernant la représentativité syndicale, les acteurs du dialogue social et plus largement, la mise en œuvre de la démocratie sociale dans l'entreprise. Cependant, de nombreuses questions sont par ailleurs laissées en suspens par le législateur, pour l'essentiel des questions de fond.

Tout d'abord, en admettant que l'on reste sur l'idée d'une démocratie sociale axée sur la légitimité, laquelle repose essentiellement sur le vote des salariés, le cadre au sein duquel doit s'exercer la démocratie sociale rénovée est lacunaire : les questions tenant notamment au taux de participation des électeurs n'ont pas été abordées dans la loi du 20 août 2008. En outre, la réforme atteint-elle ses objectifs, permet-elle de garantir une représentation des salariés plus conforme aux réalités du terrain ? Pour que la réforme de 2008 soit pleinement efficace, suivant la logique qu'elle adopte, il aurait été impératif d'approfondir ces questions car elles constituent des conditions de fond nécessaires à la mise en œuvre de la démocratie sociale telle qu'elle est entendue par le législateur de 2008 (Section 1).

Suivant cette même logique, on peut également s'interroger sur la détermination des salariés qui doivent exercer leurs droits dans le cadre de la démocratie sociale dans l'entreprise. La rénovation réalisée répond-t-elle réellement à des nécessités ou suit-elle une logique discutable ? La participation des salariés mis à disposition doit-elle être abordée lorsqu'on s'intéresse à la mise en œuvre de la démocratie sociale dans l'entreprise ? (Section 2).

Section 1 – Les fondements de la « démocratie sociale rénovée »

A partir du moment où les fondements de la démocratie sociale ne sont pas solides, celle-ci ne peut évidemment pas être mise en œuvre sans difficultés ni se révéler pleinement efficace.

La loi du 20 août 2008 fonde la démocratie sociale rénovée sur le vote des salariés. Cependant, elle ne garantit pas le respect de certains principes qui deviennent alors nécessaires à l'exercice de cette démocratie sociale.

Ainsi, la réforme de 2008 ne contient aucune disposition de nature à inciter les salariés à aller voter. La participation de ces derniers constitue pourtant une composante nécessaire de la mise en œuvre de la démocratie sociale dans l'entreprise, du moins telle qu'elle est envisagée par la loi du 20 août 2008 (§1).

Par ailleurs, le dispositif de la réforme montre ses limites au regard de ses objectifs : la représentation après 2008 correspond-t-elle réellement davantage aux réalités du terrain (§2) ?

§1. La participation des électeurs, une question éludée

La loi du 20 août 2008 consacre le droit de représentation des salariés mis à disposition dans l'entreprise utilisatrice, couvrant ainsi un électorat plus large, ce qui constitue, au fond, une mesure propice à la mise en œuvre de la démocratie sociale. Le nouveau dispositif risque toutefois de causer des effets secondaires non souhaitables sur la mise en œuvre du dialogue social dans les entreprises en raison notamment du risque de politisation des élections professionnelles induit par la réforme et de l'introduction de nouveaux acteurs de la démocratie sociale⁶¹⁹.

Ainsi, la réforme introduit le critère de l'audience : le vote des salariés conditionne désormais la représentativité des syndicats. La légitimité de ces derniers s'en trouvera renforcée, ce qui correspond à l'objectif affiché par le législateur.

Toutefois, dans ce cas, on peut s'étonner du fait que la réforme ne contienne aucune disposition de nature à favoriser ou à encourager le vote et la mobilisation des salariés au moment des élections. On peut objecter que cette action incombera aux syndicats lors de la campagne électorale. Cependant, en dépit de campagnes largement médiatisées, on constate que la problématique de l'abstentionnisme se pose largement en France au moment des élections, y compris des élections présidentielles.

Compte tenu du rapprochement réalisé par la loi du 20 août 2008 entre le mécanisme des élections professionnelles et celui qui régit les élections politiques on peut craindre de rencontrer le même problème dans les entreprises. Au risque de rendre la légitimité des syndicats discutable. En effet, dans le système antérieur à 2008, les syndicats tirent directement leur légitimité à représenter les salariés de la loi pour ceux qui sont présumés

⁶¹⁹ Cf. *Supra* Chapitre 1.

représentatifs, ou indirectement, pour ceux qui ont prouvé leur représentativité. Pour le reste, les syndicats ont vocation « naturelle » à représenter les intérêts des personnes mentionnées dans leurs statuts⁶²⁰. Il en résulte que les textes qu'ils produisent sont nécessairement légitimes. Cette conception initiale de la représentation explique également que le syndicalisme en France soit essentiellement un syndicalisme de militants et non d'adhérents le poids du syndicat ne se mesurant pas à la hauteur de ses effectifs mais bien à l'efficacité de ses actions.

Cependant, à partir du moment où le législateur change la donne, en centrant la notion de représentativité sur celle de légitimité, principalement caractérisée par le critère de l'audience, la question de l'implication des salariés devient cruciale : la légitimité ne peut être valablement renforcée que si le vote des salariés reflète réellement l'opinion de la majorité d'entre eux, à l'image du système de représentation politique. Pourtant, dans l'article L. 2121-1 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi du 20 août 2008, le critère des effectifs d'adhérents et des cotisations figure toujours en dernière place, après celui de « l'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience » du syndicat. Les suites jurisprudentielles, notamment l'arrêt rendu le 29 février 2012 par la Cour de cassation⁶²¹, étaient alors prévisibles : les magistrats ont estimé que l'influence et les effectifs doivent faire l'objet d'une appréciation globale alors que la réforme semblait imposer un cumul strict des sept nouveaux critères de représentativité pour que celle-ci soit reconnue⁶²². Cette liberté prise par les magistrats avec le texte de la loi se justifie vraisemblablement par les raisons qui gouvernaient antérieurement leur appréciation du critère de l'influence : celui-ci était considéré comme un critère secondaire, pouvant être pris en compte mais non nécessaire pour acquérir la qualité représentative. Ce choix était principalement motivé par le faible taux de syndicalisation en France, qui ne permettait pas toujours aux syndicats de remplir stricto sensu les conditions d'effectifs, notamment. Le rapprochement opéré par la Cour de cassation en 2012 montre que cette question est toujours d'actualité. La réforme de 2008 visait à la régler mais n'y parvient finalement pas.

On peut donc regretter que le législateur de 2008 n'ait rien envisagé en matière de participation des électeurs, dans la mesure où il s'agit d'une composante importante de la démocratie sociale renouvelée. Ce problème aurait pu être évité si la loi du 20 août 2008 avait été

⁶²⁰ Art. L. 2131-1 CT.

⁶²¹ Cass. Soc., 29 février 2012, n° 11-13.748, préc.

⁶²² Cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 2, Chapitre 1.

envisagée non seulement sous l'angle de la légitimité des syndicats mais également au regard de la place des différents acteurs dans la négociation collective.

§2. Une représentation qui correspond aux réalités du terrain ?

L'un des objectifs de la réforme de 2008 est de parvenir à assurer une représentation des salariés qui correspond davantage aux réalités du terrain, à la situation réelle en entreprise. Cet objectif n'est pas systématiquement atteint, parfois même, certains résultats se révèlent non souhaitables, au regard notamment de la mise en œuvre du dialogue social dans l'entreprise. On pense notamment à l'hypothèse dans laquelle un seul syndicat reste représentatif au niveau de l'entreprise, à plus forte raison lorsqu'il s'agit d'un syndicat catégoriel (I). C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles le privilège accordé aux syndicats catégoriels par la loi du 20 août 2008 suscite de nombreux débats juridiques (II).

I. Quand il ne reste qu'un seul syndicat représentatif

La mise en œuvre de la réforme peut mener à certaines situations non souhaitées. Notamment, la loi du 20 août 2008 produit un effet paradoxal : d'un côté elle vise à renforcer la légitimité des syndicats mais de l'autre, elle réduit le nombre de syndicats représentatifs.

Ainsi, par exemple, chez Eutelsat, société qui compte environ 85% de cadres, la CFE-CGC a obtenu 71% des suffrages aux dernières élections professionnelles⁶²³. De même, à Aerolia, à l'issue des élections, seule la CFE-CGC a obtenu le seuil de 30% des suffrages exprimés requis pour pouvoir signer des accords. Cela ne signifie pas que seule la CFE-CGC est représentative car d'autres syndicats ont pu recueillir 10% des votes, ce qui leur confère la représentativité. En revanche, seul le syndicat qui a obtenu 30% des suffrages exprimés pourra être signataire.

Les directions des sociétés Eutelsat et Aerolia n'ont donc plus qu'un seul partenaire en mesure de signer des accords. Il est difficile de parler d'un véritable dialogue social dans ce cas et encore moins d'une véritable démocratie sociale.

⁶²³ (J.E.) RAY, art. préc., p. 893.

Quoique marginaux, ces exemples montrent qu'à terme, la réforme risque de conduire à une réduction du nombre de syndicats représentatifs, dans chaque entreprise. A l'heure du développement de la « loi-négociée », cet effet est-il réellement souhaitable ?

A ce propos, on peut également s'interroger sur la légitimité des lois qui feront l'objet de la consultation de quelques partenaires sociaux seulement, au risque de ne plus entendre du tout la voix des autres syndicats.

Cette réduction peut en outre avoir un double effet : soit elle facilitera la conclusion d'accords, partant du principe que moins il y a de protagonistes dans la négociation, plus il est facile d'aboutir à un accord. Soit elle risque au contraire de conduire à des blocages, car si le ou les deux protagonistes refusent tout dialogue, aucune alternative n'est prévue pour parvenir à la signature des accords. La difficulté est accrue lorsqu'il ne reste plus qu'un syndicat représentatif dans l'entreprise et qu'il s'agit d'un syndicat catégoriel de surcroît, la question de sa légitimité pouvant alors se poser avec plus d'acuité encore.

II. Le privilège des syndicats catégoriels à l'épreuve de la démocratie sociale

Le privilège conféré aux syndicats catégoriels par la loi du 20 août 2008 soulève de nombreux débats, au regard notamment du principe d'égalité entre syndicats. Ces discussions ne nous paraissent toutefois pas réellement utiles, au vu de l'état du droit positif sur le sujet (A).

Une analyse approfondie révèle que pour cerner la vraie problématique des syndicats catégoriels dans le système issu de la réforme de 2008 il faut les examiner non pas à l'aune de la représentativité syndicale, mais au regard de la mise en œuvre de la démocratie sociale dans l'entreprise. Il ressort de cette analyse que les débats relatifs au privilège dont bénéficient les syndicats catégoriels ont une teneur davantage politique que juridique (B).

A. Syndicats catégoriels et représentativité : une question inutile

L'exemple des sociétés Eutelsat et Aerolia⁶²⁴ n'est pas unique. D'autres entreprises peuvent être obligées de dialoguer avec un seul syndicat représentatif. Cette situation n'est

⁶²⁴ Cf. *Supra* I.

pas propice à la mise en œuvre du dialogue social et devient encore plus discutable lorsque le syndicat en question est un syndicat catégoriel.

La loi du 20 août 2008 dispose que les syndicats catégoriels sont représentatifs « à l'égard des personnels relevant des collèges électoraux dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats⁶²⁵ ». Cette règle a été établie afin que les syndicats catégoriels ne soient pas trop pénalisés par l'instauration du seuil d'audience de 10%. Cette volonté de préserver l'existence des syndicats catégoriels n'est pas critiquable car elle s'inscrit dans le respect de la liberté syndicale qui permet à toute personne de créer le syndicat de son choix et qui autorise le syndicat à défendre les intérêts des catégories de personnel qu'il veut. L'existence de la CFE-CGC, principalement visée par ce dispositif, a été admise depuis longtemps, y compris au niveau européen. En revanche, l'application du dispositif issu de la loi du 20 août 2008 soulève des difficultés juridiques.

Désormais, pour être valables, les accords collectifs doivent être signés par une des organisations syndicales ayant recueilli 30% des suffrages aux dernières élections professionnelles. Lorsque l'accord vise plusieurs catégories professionnelles, ces 30% se mesurent à l'aune des résultats obtenus, tous collèges confondus. Lorsque l'accord ne concerne qu'un collège, les 30% se mesurent au regard des résultats obtenus dans ce collège uniquement⁶²⁶. Comme le souligne le Professeur Radé, « *cela conduit à affirmer qu'un syndicat catégoriel ne peut jamais conclure seul un accord inter-catégoriel*⁶²⁷ ». Cette affirmation a été confirmée en 2011 par la Cour de cassation qui précise qu'un syndicat catégoriel peut en toute hypothèse négocier et signer avec des syndicats intercatégoriels un accord concernant l'ensemble du personnel, sans avoir à établir sa représentativité au sein de chaque collège, son audience étant dans ce cas calculée sur l'ensemble des collèges⁶²⁸. En revanche, la Cour de cassation ne consacre pas pour les syndicats catégoriels le droit de négocier et de conclure seuls un accord concernant l'ensemble du personnel. La solution se justifie aisément : les syndicats catégoriels bénéficient d'un cadre d'appréciation limité au

⁶²⁵ Art. L. 2122-2 du Code du travail.

⁶²⁶ Art. L. 2232-2-1, L. 2232-7, L. 2232-13 du Code du travail ; (S.) BEAL, « Un maintien possible », *RDT* octobre 2010, p. 559 et 560.

⁶²⁷ (C.) RADE, « Les syndicats catégoriels et la réforme de la démocratie sociale », *Dr. Soc.*, Juillet-Août 2010, p. 825.

⁶²⁸ Cass. Soc., 31 mai 2011, n° 10-14.391, *Bull.* 2011, V, n° 134 ; *Liaisons sociales Quotidien*, 8 juin 2011, n° 15873, p. 1 et 2 ; (F.) PETIT, obs. *Dr. Soc.*, novembre 2011, p. 1133.

collège qu'ils représentent. En contrepartie et en application du principe de concordance il est donc logique qu'ils aient en retour des pouvoirs réduits⁶²⁹.

Cependant, dans une entreprise comprenant une majorité de cadres qui n'a constitué que les deuxième et troisième collèges pour l'élection des membres du comité d'entreprise, un syndicat catégoriel qui aurait obtenu plus de 70% des suffrages pourrait bloquer les négociations d'accords inter-catégoriels, sa signature devenant indispensable pour tous les types d'accords. Le privilège conféré aux syndicats catégoriels apparaît dans ce cas de figure comme un privilège excessif.

Par ailleurs, au regard de l'égalité de traitement des syndicats, ce privilège pose problème. En effet, il avantage clairement la CFE-CGC qui dispose d'un électorat quasi acquis lorsqu'un 3ème collège est constitué pour l'élection des membres du comité d'entreprise. Cette question a fait l'objet de questions prioritaires de constitutionnalité transmises au Conseil constitutionnel en septembre 2010.

Le Conseil constitutionnel a tranché en décidant que le syndicat catégoriel affilié à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale ne se trouve pas dans une situation identique aux syndicats généralistes. Par conséquent, le principe d'égalité entre organisations syndicales n'est pas méconnu⁶³⁰. La Cour de cassation quant à elle a admis l'existence d'une rupture d'égalité mais précisé que celle-ci est « objective et raisonnable » dans la mesure où elle permet aux syndicats catégoriels de participer aux négociations collectives pour les catégories qu'ils ont vocation à représenter⁶³¹.

Comme le souligne le Professeur Antonmattei⁶³², la décision du Conseil constitutionnel aurait gagné à être précisée : autant la question de l'égalité entre organisations syndicales catégorielles et intercatégorielles paraît réglée, autant la question de l'égalité entre organisations catégorielles de salariés, comme la CFE-CGC et les organisations catégorielles de métier ou de profession⁶³³ risque de poser problème dans l'avenir. Le Professeur Antonmattei préconise que les textes soient clarifiés, en supprimant la nécessité de

⁶²⁹ (F.) PETIT, obs. préc., p. 1133.

⁶³⁰ Cons. Constit., 7 octobre 2010, n° 2010-42 QPC ; voir aussi Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-19.113, *Bull.* 2011 V, n° 216 ; Cons. Constit., 12 novembre 2010, n° 2010-63 : JO du 13 novembre 2010, p. 20238.

⁶³¹ Cass. Soc., 2 mars 2011, n° 10-60.214, inédit ; (A.) MARTINON, « La représentativité des syndicats catégoriels », *JCP S* n° 22, 29 mai 2012, p. 30.

⁶³² « Un privilège est jugé conforme à la Constitution : entretien avec Paul-Henri Antonmattei », *SSL*, 18 octobre 2010, n° 1463, p. 11.

⁶³³ Exemple : mineurs, pilotes de ligne, journalistes, infirmiers...

l'affiliation à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale et en permettant aux syndicats catégoriels de ne présenter des candidats que dans les collèges où leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats⁶³⁴. Ainsi, explique Monsieur Antonmattei, les syndicats catégoriels ne se trouvent pas dans la même situation que les syndicats intercatégoriels et la différence de traitement est justifiée.

Cette solution ne nous paraît toutefois pas optimale dans la mesure où si le législateur a posé l'exigence de l'affiliation à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale, c'est pour s'assurer que le syndicat concerné a bien un caractère purement catégoriel⁶³⁵ et éviter des contournements éventuels de la loi. Si l'on supprime cette condition il faudrait prévoir une autre garantie du caractère catégoriel du syndicat sous peine de laisser une brèche ouverte dans le système juridique.

En outre, la Cour de cassation a rapidement posé quelques limites : elle décide notamment qu'en principe, le syndicat catégoriel est celui dont les règles statutaires ne donnent vocation qu'à présenter des candidats dans certains collèges électoraux déterminés⁶³⁶. Toutefois, rien n'empêche le syndicat catégoriel, si ses statuts visent d'autres catégories socioprofessionnelles que celle des cadres et assimilés, conformément aux dispositions de la loi du 20 août 2008, de présenter des candidats dans les collèges où ses statuts lui donnent vocation à en présenter. Mais dans ce cas, il ne s'agit plus d'un syndicat catégoriel. Son audience doit alors être mesurée « tous collèges confondus ». Tel fut par exemple le cas du syndicat national des cadres et des techniciens de la publicité et de la promotion affilié à la CFE-CGC (SNCTPP- CFE-CGC) dont les statuts indiquaient que s'il s'adressait aux cadres et agents de maîtrise, il pouvait également regrouper « des techniciens ou assimilés, des représentants, des commerciaux, des chômeurs ainsi que des retraités » et « sous certaines conditions, des employés ⁶³⁷ ».

En revanche, confrontée au problème inverse, la Cour de cassation décide qu'un syndicat qui statutairement, n'est pas catégoriel, même s'il est affilié à un syndicat catégoriel, ne peut pas

⁶³⁴ Sur ce point, c'est d'ailleurs la solution retenue par la Cour de cassation : cf. par exemple Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-26.693, *Bull.* 2011, V, n° 215.

⁶³⁵ (G.) ARTERO, « Un maintien souhaitable », in « Controverse : doit-on maintenir des règles particulières pour les syndicats catégoriels? », *RDT*, octobre 2010, p. 559.

⁶³⁶ Cass. Soc., 14 décembre 2011, n° 10-18.699, *Bull.* 2011, V, n° 301.

⁶³⁷ Cass. Soc., 31 janvier 2012, n° 11-60.135, *Bull.* 2012, V, n° 42 ; note (D.) EVERAERT- DUMONT, *JCP S* n° 19, 8 mai 2012, p. 33.

invoquer le bénéfice de l'article L. 2122-2 du Code du travail⁶³⁸. Dans cette affaire, un syndicat affilié à la CGC avait adopté des statuts lui permettant de mesurer sa représentativité dans l'ensemble des collègues. Toutefois, il n'avait au final présenté de candidats que dans le deuxième collège. Pouvait-on alors apprécier sa représentativité au vu des résultats obtenus dans ce seul collège ? La Cour de cassation répond par la négative, relevant que les statuts du syndicat lui donnant vocation à présenter des candidats dans tous les collèges, sa représentativité doit être mesurée tous collèges confondus. Etant par nature un syndicat intercatégoriel, il ne peut donc pas voir sa représentativité mesurée à l'aune des résultats du seul collège des cadres, quand bien même il est affilié à la CGC. Cette solution est logique : il serait trop facile de se retrancher derrière l'article L. 2122-2 du Code du travail pour moduler la mesure de la représentativité à sa guise. Et surtout, comme le souligne Franck Petit, la Cour de cassation assure ainsi « *le respect du message adressé aux électeurs à travers la publication des statuts, [faisant par là-même application] d'un principe de loyauté à leur égard*⁶³⁹ ».

La question du privilège accordé par la loi du 20 août 2008 aux syndicats catégoriels ne nous paraît donc pas poser de véritable problème en pratique, ce privilège étant tempéré par la loi et la jurisprudence.

B. Syndicats catégoriels et démocratie sociale : une question d'ordre politique

En réalité, il semblerait que ce soit non pas la question de l'égalité entre syndicats qui soit posée au fond mais celle de l'existence des syndicats catégoriels, plus spécialement de la CFE-CGC qui ne représente que le personnel de l'encadrement. Cette question dépasse largement le seul cadre de la réforme de 2008 qui nous intéresse ici. Elle revêt des enjeux plus politiques que juridiques : elle touche à la démocratie sociale au sens large et non à la seule représentativité. En effet, le privilège accordé par le législateur au profit des organisations catégorielles a été fortement justifié par des considérations démocratiques⁶⁴⁰ : sans ce privilège, de nombreuses organisations de ce type étaient condamnées à disparaître. Peut-être a-t-on également souhaité éviter la dispersion syndicale ou simplement « *maintenir en vie une*

⁶³⁸ Cass. Soc., 27 mars 2013, n° 12-22.733, Publié au bulletin ; note (F.) PETIT, Actualités, *Dr. Soc.* mai 2013, p. 463-464.

⁶³⁹ (F.) PETIT, note sous Cass. Soc., 27 mars 2013, préc.

⁶⁴⁰ (A.) MARTINON, art. préc., p. 29.

*organisation historiquement influente, tout en généralisant la règle fondamentale de l'audience à l'ensemble des syndicats*⁶⁴¹ ».

Néanmoins, si on étudie les syndicats catégoriels au regard non pas de la représentativité, mais de la mise en œuvre de la démocratie sociale dans l'entreprise, on est amenés à se demander qui sont les citoyens qui participent à cette démocratie. On en revient aux conditions requises pour être électeur. Est-on électeur parce qu'on appartient à une catégorie socioprofessionnelle donnée ou bien parce qu'on remplit les conditions légales pour avoir la capacité électorale ? Toute l'ambiguïté vient du fait qu'à la différence des élections politiques en France où il suffit d'avoir la capacité électorale pour voter, en entreprise, il faut appartenir à une catégorie socioprofessionnelle à laquelle correspond un collège électoral et avoir la capacité de vote. Ce système vise à permettre à l'ensemble des catégories socioprofessionnelles d'une entreprise d'être représentées.

Cependant, à l'heure actuelle, seul le syndicat de l'encadrement a l'assurance de disposer dans les entreprises d'un collège constitué uniquement de personnes appartenant à la catégorie socioprofessionnelle qu'il représente puisque la loi institue l'obligation de créer un collège de cadres dans un certain nombre d'hypothèses. Aucune disposition de ce type n'existe pour les autres catégories de personnel. C'est de là que provient l'inégalité qui divise les syndicats aujourd'hui.

Pour rééquilibrer la situation il faudrait combler ce vide en prévoyant par exemple l'obligation de créer un collège distinct lorsque les autres catégories socioprofessionnelles couvrent un certain pourcentage de salariés. Cette solution ne nous paraît évidemment pas idéale car poser des obligations signifie limiter les possibilités de négociation des protocoles d'accord préélectorales. Mais un moyen de rééquilibrage doit être trouvé si l'on veut réellement mettre en œuvre la démocratie sociale dans les entreprises.

⁶⁴¹(A.) MARTINON, art. préc., p. 35.

Section 2 - La démocratie sociale...mais pour quels salariés ?

La loi du 20 août 2008 règle définitivement le sort des salariés mis à disposition, à qui elle confère la capacité électorale dans l'entreprise utilisatrice, sous certaines conditions. Cependant, la mise en œuvre de la loi du 20 août 2008 se révèle difficile en pratique, comme nous le verrons dans notre deuxième partie, davantage axée sur les incidences pratiques de la réforme⁶⁴². Pour l'heure, on note que l'idée même d'assurer la représentation des salariés mis à disposition suscite des interrogations de principe : ces derniers ont-ils vraiment leur place dans la démocratie sociale au sein des entreprises d'accueil ? Plus précisément, est-il judicieux, au regard du dialogue social, d'accorder une représentation aux salariés sous-traitants dans l'entreprise utilisatrice ?

L'examen de cette question nous amène à constater que la logique qui préside la réforme de 2008 conduit en réalité à une impasse juridique (§1) et qu'il est nécessaire de commencer par redéfinir les périmètres de la représentation du personnel dans l'entreprise si l'on veut résoudre les véritables problèmes de fond (§2).

§1. Une impasse juridique

On assiste à l'heure actuelle à un développement spectaculaire du secteur tertiaire et de la prestation de services. Le recours aux salariés mis à disposition, plus spécialement aux salariés sous-traitants, devient de plus en plus fréquent dans les entreprises. La question de la représentation de ces derniers au sein des entreprises utilisatrices se pose alors avec plus d'acuité.

Le législateur de 2008 a choisi de donner suite aux multiples jurisprudences rendues sur le sujet⁶⁴³ en déterminant les conditions dans lesquelles les sous-traitants peuvent prendre part aux élections professionnelles organisées dans leur entreprise d'accueil. Cependant, on peut légitimement se demander si la représentation des sous-traitants dans les entreprises utilisatrices relève d'une réelle nécessité (I).

⁶⁴² Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1.

⁶⁴³ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 2, Chapitre 1.

L'examen de cette question révèle que la sous-traitance nécessite peut-être la mise en place d'autres formes de représentation que celle proposée par la loi du 20 août 2008 (II).

Par ailleurs, quel que soit l'angle sous lequel on aborde la question des droits des salariés mis à disposition, on s'aperçoit que la résolution des problèmes de fond nécessite en réalité une adaptation du régime de la sous-traitance lui-même.

I. La nécessaire représentation des salariés sous-traitants dans l'entreprise utilisatrice ?

La question du périmètre de la communauté de travail a fait l'objet de nombreux débats et entraîné de nombreuses réactions de la part des juges et du législateur dans le cadre de contentieux liés aux opérations de sous-traitance.

En effet, le périmètre de l'entreprise ne coïncide pas nécessairement avec le champ de compétence des institutions représentatives du personnel. De même, le périmètre de l'entreprise ne coïncide souvent pas avec celui de la communauté de travail⁶⁴⁴. C'est pourquoi les juges ont notamment eu recours à la notion d'unité économique et sociale⁶⁴⁵.

Le régime de la sous-traitance est complexe. Les difficultés se multiplient dans l'hypothèse de la sous-traitance réalisée sur site, également dénommée sous-traitance in situ, qui regorge de pièges juridiques (A). En pratique, il est extrêmement difficile pour les entreprises de respecter à la lettre les règles de cette forme particulière de sous-traitance, telles qu'elles ont été définies par la loi et la jurisprudence.

L'application de la loi du 20 août 2008 ne facilite pas les choses. En effet, la mise en œuvre de cette réforme se révèle tout aussi complexe car cette dernière ne prend pas suffisamment en compte non plus les réalités du monde professionnel. En effet, le nouveau dispositif risque de se révéler inefficace et difficile à mettre en œuvre pour les entreprises. On pourrait penser que cette inefficacité tient au fait que la réforme ne prévoit pas de sanctions juridiques en cas de mauvaise application ou parce qu'elle manque de précisions à certains

⁶⁴⁴ « La communauté de travail, clé du renouveau de la représentation et de la négociation collective ? », Centre d'analyse stratégique, Note de veille, n°123, février 2009, p. 1.

⁶⁴⁵ Cass. Soc., 8 juin 1972, *Bull. Civ. V*, n° 418, p. 382 ; Cass. Soc., 31 mars 1977, *Bull. Civ. V*, n° 248, p. 193 ; cf. *Infra* §2.

égards. En réalité, son inefficacité résulte simplement du fait que la problématique de la sous-traitance est distincte de celle de la représentation (B).

A. Les pièges de la sous-traitance in situ

La sous-traitance est une opération par laquelle un entrepreneur, le donneur d'ordre, recourt à un tiers (sous-traitant) pour réaliser, sur ses ordres et spécifications, tout ou partie des biens, objets ou marchandises qu'il doit vendre à ses propres clients⁶⁴⁶.

La question du degré d'intégration des sous-traitants à la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice s'est révélée épineuse. En effet, dans le cadre de la sous-traitance, le salarié sous-traitant ne doit pas avoir le moindre lien de subordination avec le donneur d'ordre.

On relève que d'une manière générale la pratique de la sous-traitance sur site est entourée d'un certain flou juridique : seule domine la règle selon laquelle il ne doit pas exister de lien de subordination entre l'entreprise utilisatrice et les salariés sous-traitants qui interviennent sur ses sites. Cependant, les communautés de travail de l'entreprise d'accueil et de l'entreprise d'origine tendent parfois à se confondre, plus particulièrement dans le cadre de la sous-traitance in situ. Les juges ont été amenés à poser certaines règles pour résoudre ce problème.

Ainsi, par exemple, les salariés du prestataire, lorsqu'ils travaillent dans l'entreprise d'accueil, doivent être regroupés dans une zone bien délimitée et d'une manière générale, ne pas être mélangés avec les salariés de l'entreprise d'accueil, car cela pourrait constituer un indice de subordination. Le fait qu'un lien de subordination soit établi entre une entreprise utilisatrice et ses sous-traitants peut entraîner des conséquences juridiques néfastes pour l'entreprise qui risque de se voir condamnée pour prêt illicite de main d'œuvre ou bien obligée de prendre en compte ces salariés dans le calcul de ses effectifs et ce, bien avant l'intervention législative de 2008⁶⁴⁷.

⁶⁴⁶ *Lexique des termes juridiques*, 17^{ème} édition, Dalloz, 2010.

⁶⁴⁷ Voir par exemple Cass. Soc., 7 décembre 1995, n° 95-60031, inédit.

En pratique, les quelques règles ainsi posées se révèlent toutefois délicates à appliquer. Par exemple, dans un certain nombre d'entreprises, la majorité des salariés travaillent dans des « open spaces », de grandes plateformes ouvertes, sans cloisons de séparation.

La question s'est posée de savoir comment on pouvait dans ce genre d'endroit établir un espace délimité pour les sous-traitants. Faut-il bâtir des cloisons ou une simple séparation visuelle (en mettant en évidence le logo de l'entreprise sous-traitante par exemple) suffit-elle ? La loi et la jurisprudence instituent parfois des règles dont l'application pratique devrait être précisée.

La problématique de fond réside toutefois toujours dans la coexistence d'une pratique admise mais pas véritablement encadrée juridiquement avec des règles juridiques applicables mais pas véritablement compatibles avec cette pratique. Dans ce cas, peu de solutions sont possibles : soit on bannit définitivement la pratique jugée illégale, soit on règlemente spécialement cette pratique. Dans les deux cas, cela passe par une modification ou une précision juridique du régime de la sous-traitance lui-même.

Sur un plan plus théorique, la jurisprudence a recouru à la notion d'intégration étroite et permanente à la communauté de travail pour déterminer si oui ou non les salariés sous-traitants devaient être considérés comme appartenant à la communauté de travail de l'entreprise d'accueil⁶⁴⁸. Ainsi, en novembre 2008, Cour de cassation a précisé que sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail « *les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure qui, abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis une certaine durée, partageant ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs*⁶⁴⁹ ».

La loi du 20 août 2008 s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence qui se base sur l'intégration à la communauté de travail pour la prise en compte des salariés sous-traitants dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice et non sur l'existence d'un lien de subordination entre ces derniers et leur entreprise d'accueil. La réforme y adjoint le critère de présence dans les locaux, visant ainsi expressément la pratique de la sous-traitance in situ. Ce faisant elle élude la véritable question juridique puisque les sous-traitants se voient accorder une représentation

⁶⁴⁸ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 2.

⁶⁴⁹ Cass. Soc., 13 novembre 2008, n° 07-60.434 et n° 08-60.332, *Bull.* 2008, V, n° 219.

qui correspond à la réalité de leur intégration à la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice mais la problématique globale de coexistence entre sous-traitance sur site et lien de subordination subsiste. La loi du 20 août 2008 apparaît alors comme une solution trop partielle qui ne répond pas à une problématique beaucoup plus complexe.

B. La sous-traitance, une problématique distincte de celle de la représentation

La loi du 20 août 2008 a tranché la question des critères à retenir pour déterminer si un salarié sous-traitant est intégré ou non à la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice et à partir de quel moment il peut être électeur et/ou éligible dans cette entreprise.

Désormais, les salariés mis à disposition qui remplissent les conditions mentionnées au 2° de l'article L. 1111-2 du Code du travail, peuvent être électeurs dès lors qu'ils ont été présents dans l'entreprise utilisatrice pendant au moins douze mois continus et sont éligibles aux fonctions de délégué du personnel s'ils ont été présents dans les locaux de l'entreprise d'accueil pendant au moins 24 mois continus⁶⁵⁰.

Cependant, si l'utilité du principe de la représentation de salariés dans une entreprise lorsqu'ils y travaillent le plus clair de leur temps est indéniable, nous nous interrogeons sur les conséquences pratiques d'une telle représentation.

En effet, accorder le droit de vote et d'éligibilité dans l'entreprise utilisatrice aux salariés sous-traitants, sous certaines conditions, relève d'une initiative plutôt généreuse. Mais cette option suppose que le salarié considéré renonce à ses droits dans son entreprise d'origine. Autrement dit, cela revient à le priver d'un droit de représentation dans son entreprise initiale.

En outre, pour l'entreprise sous-traitante, la réforme de 2008 peut paraître intrusive et source de dysfonctionnements.

En effet, l'entreprise sous-traitante peut voir son électorat bouleversé et par conséquent, craindre un déséquilibre dans la mise en oeuvre du dialogue social en son sein. Car comment peut-on admettre la légitimité de représentants qui n'auraient pas été élus par tous les salariés de l'entreprise sous-traitante ? La loi du 20 août 2008 qui vise à renforcer la légitimité des syndicats risque donc d'une part de produire l'effet contraire en déplaçant l'électorat d'une entreprise à une autre et d'autre part, de biper les dés du dialogue social dans les entreprises.

⁶⁵⁰ Art. L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1 du Code du travail.

Ainsi, chez Aerolia ont eu lieu les élections professionnelles en novembre 2009. Nous avons donc, suivant les prescriptions légales de 2008, écrit aux sous-traitants pour qu'ils recensent les salariés qui remplissent les conditions pour être électeurs ou éligibles à Aerolia. L'entreprise a des contrats avec une vingtaine de sociétés sous-traitantes.

Cependant, au final, les sociétés nous ont répondu pour certaines, qu'elles ne disposaient d'aucun sous-traitant remplissant les conditions requises, pour d'autres qu'elles avaient déjà organisé des élections professionnelles peu de temps auparavant et que, le double vote étant interdit, leurs salariés ne pourraient pas voter chez nous, et enfin, que certains salariés satisfaisaient aux conditions requises mais ne souhaitaient pas voter chez Aerolia.

D'autres sociétés n'ont pas répondu du tout.

Au final, peu de salariés sous-traitants ont voté au sein d'Aerolia et aucun ne s'est présenté comme candidat aux fonctions de délégué du personnel.

Entre-temps, la jurisprudence a réglé la question du double vote en précisant que le droit d'option des salariés mis à disposition s'exerce à la date à laquelle l'entreprise utilisatrice organise ses élections⁶⁵¹ : les entreprises sous-traitantes qui auraient déjà organisé leurs élections ne sont donc plus dispensées de l'obligation d'interroger leurs salariés si ces derniers remplissent les conditions requises pour être électeurs dans l'entreprise d'accueil. Néanmoins, on peut encore s'interroger sur l'efficacité du dispositif juridique instauré en 2008.

En effet, outre la lourdeur des démarches qu'il impose aux entreprises utilisatrices qui doivent prendre le temps d'écrire et de relancer toutes les sociétés sous-traitantes, le nouveau dispositif n'est pas exempt de critiques.

Tout d'abord rien ne garantit que les droits des salariés sous-traitants aient été respectés. En effet, le système repose entièrement sur la bonne foi de la société sous-traitante qui doit prendre le temps de recenser ses salariés et de leur communiquer les informations s'ils remplissent les conditions requises : souhaitez-vous voter chez Aerolia oui ou non ? Un sous-traitant peu scrupuleux peut très bien dire qu'aucun de ses salariés n'est concerné sans prendre le temps de le vérifier : de toute façon, il n'encourt aucune sanction juridique. L'entreprise utilisatrice n'a aucun moyen de contrôle en la matière. Face à un sous-traitant de mauvaise foi ou peu consciencieux, le dispositif légal ne permet donc pas d'assurer le respect des droits conférés aux salariés mis à disposition.

⁶⁵¹ Cass. Soc., 26 mai 2010, préc.

Par ailleurs, les salariés sous-traitants, qui sont payés par leur entreprise d'origine, souhaitent-ils réellement participer aux élections dans l'entreprise utilisatrice sachant qu'après, en raison de l'interdiction du double vote, ils ne pourront pas voter dans leur entreprise d'origine ?

En effet, ils souhaitent vraisemblablement disposer de représentants qui veilleront à leur assurer de bonnes conditions de travail in situ, mais qui défendra leurs droits en matière de salaire ? Il ne faut pas perdre de vue qu'en pratique la rémunération reste le sujet le plus sensible et le cheval de bataille de la plupart des syndicats. En outre, c'est aussi l'employeur de ces salariés qui conserve le droit de les licencier et non l'entreprise utilisatrice...

Il semblerait que le législateur ait pensé à cela puisqu'il a pris le soin de ne conférer l'éligibilité aux salariés mis à disposition qu'aux élections des délégués du personnel. Mais en réalité, il a dû s'arrêter au fait que la présence d'un salarié mis à disposition au CE pourrait gêner les entreprises car cette institution a accès à des documents confidentiels. Si la problématique de la représentation des salariés mis à disposition avait été appréhendée dans sa globalité, le législateur ne leur aurait pas conféré de droits de vote du tout dans les entreprises utilisatrices pour la simple raison que ces dernières ne sont pas juridiquement leur employeur.

Au fond, admettre que les sous-traitants ont le droit d'être représentés dans les entreprises utilisatrices, c'est admettre qu'ils sont dépendants de l'entreprise cliente, même si cela ne concerne que leurs conditions de travail. En un sens, conférer des droits à représentation aux salariés mis à disposition dans leur entreprise d'accueil revient à reconnaître implicitement une forme de subordination de ces salariés à l'égard de l'entreprise utilisatrice, que l'on règlemente, sans toutefois modifier le régime de la sous-traitance, qui exclut pourtant toute relation de subordination. C'est pourquoi la loi du 20 août 2008 suscite tant de jurisprudence.

On note à ce propos que les magistrats n'ont toujours pas abandonné le recours à la notion d'intégration étroite et permanente à la communauté de travail après l'intervention législative de 2008⁶⁵², ce qui prouve que la problématique de fond est toujours d'actualité. Les juges ont utilisé cette notion spécialement pour les hypothèses de sous-traitance sur site de longue durée. S'ils continuent à y recourir même après l'intervention législative de 2008 c'est que le problème de fond n'est pas résolu.

⁶⁵² Voir par exemple Cass. Soc., 14 avril 2010, n° 09-60367, préc.

Au final, le nouveau dispositif se révèle par ailleurs difficile à intégrer dans le processus des élections professionnelles qui demande déjà beaucoup de démarches et d'organisation. Ainsi, il a été difficile pour Aerolia, qui se trouve dans une situation juridique particulière, d'établir un document compréhensible pour toutes les sociétés sous-traitantes car si certaines d'entre elles sont de grandes entreprises, d'autres sont de dimension plus modeste et ne disposent pas de services juridiques adéquats. Il a fallu trouver une solution pour s'assurer que les entreprises prestataires fournissent bien toutes les informations demandées, en ciblant bien ceux de leurs salariés qui remplissent les conditions requises pour être électeurs ou éligibles.

Notre expérience dans d'autres entreprises nous permet de dire que la difficulté est accrue lorsque l'on se trouve en présence d'un établissement auquel sont rattachés plusieurs sites géographiques dispersés, parfois très éloignés, ou bien lorsque la société utilisatrice emploie des sous-traitants qui travaillent pour elle dans les locaux d'une autre société, la réforme de 2008 n'ayant rien prévu à ce sujet. La logique veut que l'on écrive aux sociétés qui mettent des salariés à disposition sur ces sites mais il est très difficile de rédiger un courrier clair et les réponses sont souvent confuses. Il faut alors expliquer, demander de nouvelles réponses, ce qui prend énormément de temps dans le cadre du processus électoral qui impose des délais auxquels on ne peut pas déroger.

La question de la détermination du collège électoral dans lequel il fallait inscrire le salarié sous-traitant qui éventuellement souhaiterait voter à Aerolia a également posé problème. En effet, l'établissement de Toulouse ne comptait aucun ouvrier. Il a donc fallu modifier la composition légale des collèges pour les délégués du personnel. Le premier collège comportait alors les agents de maîtrise et agents administratifs tandis que le deuxième collège regroupait les ingénieurs et cadres. Il fallait donc d'une part, demander à la société sous-traitante d'indiquer à quel collège appartient son salarié et ensuite le placer dans le collège correspondant à Aerolia. L'application de la réforme de 2008 devient alors en pratique un véritable casse-tête chinois, les sociétés sous-traitantes ne relevant pas nécessairement des mêmes conventions collectives que la société utilisatrice.

La jurisprudence a récemment affirmé à ce propos que *« les organisations syndicales peuvent, dans le cadre de la vérification de la régularité des inscriptions sur les listes électorales et de la répartition des salariés dans les collèges, demander communication des coefficients*

*hiérarchiques de ces salariés à l'employeur*⁶⁵³». Cependant, il n'existe à l'heure actuelle aucune règle juridique expliquant comment faire concorder les classifications des conventions collectives entre elles. La logique veut que dans ce cas on se réfère à la nature des postes occupés par les salariés mis à disposition concernés pour les répartir dans les collèges électoraux⁶⁵⁴ mais une précision légale serait la bienvenue sur ce point.

Enfin, le nouveau dispositif n'incite pas les salariés sous-traitants à voter ou à se présenter dans l'entreprise utilisatrice s'ils perdent leurs droits dans l'entreprise qui les emploie. Ce qui explique l'absence de votants et de candidats sous-traitants à Aerolia. Le même constat risque d'être réalisé d'autres entreprises.

La réforme de 2008 se révèle donc inefficace, faute d'assurer aux salariés sous-traitants une représentation qui couvre la totalité de leur périmètre de travail, seul le périmètre géographique étant retenu et non le périmètre des relations juridiques qui s'étend de l'employeur sous-traitant à l'entreprise utilisatrice.

En réalité, la question même de la représentation des sous-traitants dans l'entreprise utilisatrice manque de pertinence.

En effet, lorsqu'un salarié travaille de façon quasi permanente dans une autre entreprise au point qu'une représentation syndicale soit nécessaire, cela suppose qu'il soit soumis aux contraintes posées par cette entreprise : autrement dit, on ne se trouve plus dans l'hypothèse d'une réelle sous-traitance mais d'une sous-traitance déguisée. Sinon, le salarié considéré n'aurait pas besoin d'une telle représentation dans l'entreprise d'accueil. Accepter la nécessité d'une représentation des salariés sous-traitants dans l'entreprise utilisatrice revient à reconnaître l'existence d'un pouvoir de l'entreprise d'accueil sur ces derniers. Pourtant, le régime de la sous-traitance semble prohiber ce type de rapport entre l'entreprise utilisatrice et ses sous-traitants. On se trouve ici confronté à un paradoxe qui trouve sa source dans le régime juridique même de la sous-traitance, lequel n'est pas dénué d'une certaine ambiguïté.

⁶⁵³ Cass. Soc., 20 juin 2012, n° 11-19.643 et 11-19.658, Publié au bulletin ; (C.) LANDAIS, (L.) PECAULT-RIVOLIER, (D.) PIVETEAU, (Y.) STRUILLOU, « Le nouveau protocole préélectoral », *Dr. Soc.* novembre-décembre 2012, p. 1053.

⁶⁵⁴ Circ. n° 93-12 du 17 mars 1993 relative aux décisions de l'administration chargée du travail en matière de mise en place des institutions représentatives du personnel : comité d'entreprise, comité de groupe, comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, délégué du personnel et délégué syndical, *Bulletin officiel du ministère chargé du travail* n° 94/1 p. 19-32.

On revient donc au problème du régime juridique de la sous-traitance qui n'est encore pas suffisamment défini et suscite des difficultés d'application importantes. Des clarifications légales et jurisprudentielles devraient être prioritairement apportées concernant le statut des sous-traitants et le régime juridique de la sous-traitance sur site : d'après nous, c'est sur ces questions que porte le véritable problème juridique et non sur la représentation des salariés mis à disposition dans l'entreprise utilisatrice.

II. La sous-traitance nécessite-t-elle la mise en place d'autres formes de représentation ?

L'analyse de la réforme du 20 août 2008 nous conduit au constat que la solution proposée par cette loi est insuffisante et à la conclusion qu'il faudrait songer à modifier le régime de la sous-traitance lui-même. Il convient toutefois de ne pas s'arrêter à une conclusion hâtive et d'explorer toutes les pistes de réflexion envisageables. Nous allons donc à présent vérifier si l'idée qui sous-tend la loi du 20 août 2008 n'est pas exploitable pour remédier au problème de la représentation des salariés dans les entreprises.

La sous-traitance nécessite peut-être en réalité la mise en place d'autres formes de représentation, plus adaptées que celle proposée par la loi du 20 août 2008. En effet, cette dernière ne prend pas bien en compte les spécificités de la sous-traitance et aboutit à une dissociation du droit de participation reconnu aux salariés sous-traitants. Il est alors difficile de considérer que ces derniers ont les mêmes intérêts que les salariés de l'entreprise utilisatrice (A).

L'analyse de cette problématique conduit cependant au même constat que précédemment : le régime de la sous-traitance lui-même devrait être redéfini (B).

A. Un intérêt collectif difficile à établir

« L'embauchage [...] constitue [...] un acte-condition [qui] a pour effet de placer le travailleur sous une autorité patronale qui se manifeste par des pouvoirs spécifiques que leur titulaire tient de l'ordre juridique. [Par ailleurs,] ce contrat, lorsqu'il doit s'exécuter dans une entreprise, insère le salarié dans une collectivité. C'est en qualité de membre du personnel de l'entreprise qu'il jouit de certains droits (participation aux droits dits collectifs, droit d'expression) ou bénéficie de certaines protections. A côté de sa dimension contractuelle, le rapport de travail présente une dimension [...] institutionnelle [...]. C'est

dans cette seconde sphère que le rapport de travail s'articule avec les relations professionnelles⁶⁵⁵ ».

L'entreprise ne se résume donc pas aux contrats de travail. Elle forme une sphère résultant de l'ensemble des relations qui s'exerce en son sein. « *La négociation collective est une de ces relations. Cette unité explique aussi la nécessité d'appliquer des règles communes⁶⁵⁶ ».* C'est ce constat qui a notamment conduit les juges à créer la notion d'UES⁶⁵⁷ et à se prononcer pour que les sous-traitants soient pris en compte dans le calcul de l'effectif de l'entreprise utilisatrice. Les sous-traitants peuvent faire partie de la même collectivité de travail que les salariés de l'entreprise d'accueil. Pour autant, peut-on réellement parler d'un intérêt collectif entre salariés de l'entreprise utilisatrice et sous-traitants sur site ?

La loi du 20 août 2008 reconnaît aux salariés sous-traitants un droit de participation dans l'entreprise utilisatrice. Toutefois, au vu des règles qu'elle instaure, on constate que ce droit n'est que partiellement reconnu au bénéfice des salariés mis à disposition (1).

En outre, il est difficile, au regard du nouveau dispositif, de déterminer s'il s'agit d'un droit individuel ou collectif pour les salariés sous-traitants, ce qui peut entraîner d'autres difficultés d'application (2).

1. Un droit semi-reconnu aux salariés mis à disposition

Le principe de participation bénéficie à tout salarié mais il porte sur la détermination collective des conditions de travail par l'intermédiaire de délégués. Les représentants du personnel sont les agents d'exercice de ce droit.

L'exercice de ce droit suppose l'existence d'une collectivité de travail, laquelle englobe tous les travailleurs de l'entreprise considérée qui y sont intégrés de manière étroite et permanente, même s'ils ne sont pas salariés de cette entreprise⁶⁵⁸.

Comme le soulignent certains auteurs, « *la participation s'entend de la détermination collective des conditions de travail qui résulte de toute forme de « concertation appropriée et*

⁶⁵⁵ (G.) LYON-CAEN, Défense et illustration du contrat de travail, *Archives de philosophie du droit*, 1968, T. XIII, p. 59 ; (A.) LYON-CAEN, Actualité du contrat de travail, brefs propos, *Dr. Soc.*, 1988, p. 540 ; (A.) JEAMMAUD, « Les polyvalences du contrat de travail », in *Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, D. 1989, p. 299 ; (M-L.) MORIN, thèse préc., p. 265.

⁶⁵⁶ *Ibid.*

⁶⁵⁷ Cf. *Infra* §2.

⁶⁵⁸ (M.L.) MORIN, (L.) PECAUT-RIVOLIER, (Y.) STRUILLLOU, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, Dalloz, 2009, p. 65.

*englobe aussi bien l'information et la consultation que la négociation collective. Elle comprend également la participation aux organes d'administration de la société*⁶⁵⁹ ». Le principe de participation est donc une composante de la démocratie sociale et économique puisqu'il englobe à la fois le droit de participer à la détermination des conditions de travail collectives et à la gestion des entreprises.

Les salariés d'une entreprise sous-traitante qui travaillent sur site auraient donc légalement le droit de participer à la détermination des conditions collectives de travail et à la gestion de l'entreprise utilisatrice.

La loi du 20 août 2008 a tiré les conséquences du principe de participation, du moins en ce qui concerne la participation à la détermination des conditions collectives de travail.

Admettre le droit pour ces salariés d'être représentés au sein de cette entreprise suppose qu'on leur reconnaisse un droit de participation dans l'entreprise utilisatrice.

Toutefois, si l'on tirait toutes les conséquences du principe de participation il conviendrait de considérer que les salariés mis à disposition disposent également d'un droit de participation à la gestion de l'entreprise utilisatrice.

Pourtant, à Aerolia les élections professionnelles ont eu lieu en novembre 2009. Conformément aux dispositions de la loi du 20 août 2008, les salariés mis à disposition qui remplissaient les conditions légales requises ont été invités à voter ou à déposer leurs candidatures.

Ensuite, en mars 2010 ont eu lieu les élections des représentants des salariés au Conseil d'Administration de la société : il n'a alors nullement été question des sous-traitants ou des salariés mis à disposition.

Pour cause, la loi et la jurisprudence ignorent totalement cette question.

La raison de ce constat est simple : en pratique, on voit mal pourquoi des salariés qui n'ont aucun lien juridique avec une entreprise pourraient participer à la gestion de cette dernière. Une telle intrusion pourrait être contraire au principe de la liberté d'entreprendre dès lors que des agents qui demeurent juridiquement extérieurs à l'entreprise se verraient conférer le droit de participer, ne serait-ce qu'un peu, à sa gestion.

⁶⁵⁹ (M.L.) MORIN, (L.) PECAUT-RIVOLIER, (Y.) STRUILLLOU, préc., p. 66.

On peut donc considérer que la reconnaissance aux salariés mis à disposition d'un droit de représentation au sein des entreprises utilisatrices, sous certaines conditions, constitue une reconnaissance seulement partielle de leur droit de participation dans l'entreprise d'accueil.

2. *Un droit individuel ou collectif ?*

Le droit de participation des salariés mis à disposition dans l'entreprise utilisatrice n'est que partiellement reconnu. En outre, la nature même de ce droit est ambiguë : il s'agit en réalité d'un droit tantôt individuel, tantôt collectif ; d'un droit mixte somme toute (a).

Cette nature mixte s'explique mais peut susciter des difficultés juridiques, notamment lorsqu'il faut prendre en compte les salariés sous-traitants dans le cadre d'une unité économique et sociale (b).

a. Un droit mixte - La loi du 20 août 2008 exclut le double vote des salariés mis à disposition : ceux-ci doivent choisir s'ils souhaitent voter dans leur entreprise d'origine ou dans l'entreprise d'accueil.

Comme le relèvent certains auteurs⁶⁶⁰, cette dissociation renvoie à la problématique de la détermination du caractère collectif ou individuel du droit à la participation.

En effet, d'un côté le législateur, en reconnaissant le droit à ces salariés d'être représentés, sous certaines conditions, au sein de l'entreprise utilisatrice, admet le caractère collectif du droit de participation : grâce à la réforme de 2008, les salariés bénéficient du droit de participer à la détermination collective des conditions de travail.

D'un autre côté, ces derniers doivent choisir, individuellement, dans quelle entreprise ils souhaitent exercer ce droit.

Cette solution s'explique certainement par le fait que la négociation collective a de tout temps été dissociée du contrat de travail, les accords collectifs ne s'incorporant pas à ce dernier⁶⁶¹. Les partenaires sociaux n'ont pas le droit de modifier le contrat de travail. L'employeur ne peut pas modifier unilatéralement les éléments essentiels du contrat de travail non plus⁶⁶².

Les salariés mis à disposition bénéficient d'un droit collectif mais l'employeur ne saurait les obliger à renoncer aux droits qu'ils tiennent de leur contrat de travail dans leur entreprise d'origine.

⁶⁶⁰ (M.L.) MORIN, (L.) PECAUT-RIVOLIER, (Y.) STRUILLLOU, préc., p. 71.

⁶⁶¹ Cass. Soc., 17 mars 1993, n° 91-45.184, inédit.

⁶⁶² Cass. Soc., 10 juillet 1996, n°93-41.137 et n° 93-40.966, *Bull. Civ. V*, n°278.

Cependant, on note ici une légère contradiction : le législateur a reconnu le droit aux salariés mis à disposition de participer à la détermination des conditions de travail. Constat conforté par le fait qu'il leur a donné en 2008, la possibilité d'être élu en qualité de délégué du personnel. Mais à aucun moment il ne semblerait que le droit de participer aux négociations collectives ait été pris en compte. Pourtant, il n'est pas exclu en pratique qu'un sous-traitant puisse se retrouver à la table des négociations par le jeu des dispositions juridiques relatives à la négociation dérogatoire.

Il y a donc un problème de logique résultant du fait que le droit de participation n'a été que partiellement reconnu au profit des salariés mis à disposition⁶⁶³. Ce premier problème découlant du fait que la réforme de 2008 n'a pas été suffisamment appréhendée sous l'angle de la négociation collective. Nous en revenons encore une fois au même constat : la rénovation de la démocratie sociale aurait dû être envisagée au regard du rôle des acteurs dans le cadre du dialogue social et non axée uniquement sur la légitimité des syndicats.

b. La prise en compte des salariés sous-traitants dans l'UES, une question en suspens -

La question du caractère individuel ou collectif du principe de participation n'est toujours pas réglée lorsqu'il s'agit de prendre en compte des salariés ayant des employeurs juridiquement distincts, notamment dans le cadre d'une unité économique et sociale (UES) .

On s'est demandé si une unité économique et sociale pouvait englober des entreprises sous-traitantes. Cette question se pose avec plus d'acuité dans l'hypothèse de sous-traitants qui seraient économiquement dépendants. On pense plus spécialement aux entreprises sous-traitantes qui n'ont qu'un seul client.

La Cour de cassation a admis qu'une holding peut faire partie d'une UES même lorsqu'elle n'emploie pas de personnel⁶⁶⁴. De même, une personne physique peut faire partie d'une unité économique et sociale.

La Haute juridiction précise qu'une unité économique et sociale peut être reconnue entre deux sociétés, même si l'activité d'une de ces sociétés n'est complémentaire que d'un secteur de production de l'autre, dès lors que les salariés de ces deux sociétés constituent une seule communauté de travailleurs⁶⁶⁵.

⁶⁶³ Cf. *Supra*1.

⁶⁶⁴ Cass. Soc., 26 janvier 2005, n°04-60.912, *Bull. Civ. V*, n° 324.

⁶⁶⁵ Cass. Soc., 12 janvier 2005, n°03-60.477, *Bull. Civ. V*, n° 29 : (M.L) MORIN, (L.) PECAUT-RIVOLIER, (Y.) STRUILLLOU, ouvrage préc., p. 286.

Selon nous, dès lors qu'on admet que des sous-traitants peuvent être intégrés à la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice, ils doivent logiquement être intégrés dans l'UES lorsque celle-ci est reconnue.

La solution de la Cour de cassation nous paraît donc judicieuse. Il en résulte que dès lors que l'existence d'une communauté de travail entre les salariés d'une entreprise sous-traitante et d'une entreprise utilisatrice est reconnue, une société sous-traitante pourrait être englobée dans une unité économique et sociale.

B. La nécessaire redéfinition du régime de la sous-traitance

La sous-traitance nécessiterait-elle d'autres formes de représentation que celle proposée par le législateur de 2008 ?

Il semblerait que le problème ne réside en réalité pas dans la représentation ou non des sous-traitants mais plus spécialement dans le régime de la sous-traitance sur site lui-même qui conduit à des situations juridiques paradoxales.

En effet, la sous-traitance in situ aboutit à la dissociation du lieu de travail et du lien de subordination juridique. Le salarié sous-traitant reste subordonné à l'autorité de son entreprise d'origine mais travaille dans un environnement soumis pour une large part aux règles de l'entreprise utilisatrice. Il est par ailleurs indirectement soumis aux exigences de cette dernière puisque c'est l'entreprise utilisatrice qui va transmettre ses exigences à l'entreprise prestataire : le rythme de travail, les horaires des salariés sous-traitant, etc. dépendront au final largement des exigences du client, donc de l'entreprise utilisatrice.

Juridiquement, le lien de subordination n'existe pas mais le régime de la sous-traitance en son état actuel contribue à gommer les frontières de ce lien. Or, le lien de subordination constitue le critère essentiel du contrat de travail. Noyer ce critère revient à noyer le contrat de travail et le statut protecteur qui va avec.

Pour garantir au mieux les droits des salariés sous-traitants, y compris leur droit de représentation, il conviendrait donc en premier lieu de procéder à une redéfinition ou du moins d'apporter quelques correctifs au régime juridique même de la sous-traitance.

§2. La redéfinition nécessaire des périmètres de représentation

Initialement, le rôle des syndicats demeure la défense des intérêts collectifs entendus largement, c'est-à-dire la défense des intérêts de la profession et des intérêts individuels des salariés dans leurs collectivités de travail (établissement, entreprise, groupe, branche...⁶⁶⁶). Plus précisément, les syndicats doivent défendre les intérêts individuels et collectifs des personnes visées par leurs statuts.

En raison de ces prérogatives, les syndicats se sont vus conférer certains droits particuliers, notamment le droit d'ester en justice dans l'intérêt collectif de la profession⁶⁶⁷ et ultérieurement, celui de participer aux négociations collectives au nom des salariés.

Avec le développement des négociations d'entreprise, les syndicats ont été appelés non seulement à représenter mais aussi à engager les salariés. La représentativité des syndicats a été retenue comme critère de sélection pour déterminer les organisations habilitées à parler au nom des salariés et par la suite, à négocier au nom de ces derniers, ce qui a amené la question de la légitimité des syndicats au cœur des débats.

Ces débats soulèvent une question de fond importante : faut-il privilégier un syndicalisme d'entreprise ou bien les syndicats doivent-ils continuer à défendre l'intérêt collectif, lequel transcende le cadre de l'entreprise ? La réponse à cette question conduit à s'interroger sur l'organisation de la représentation des syndicats dans l'entreprise.

La loi du 20 août 2008 a pour objectif la « rénovation de la démocratie sociale ». La démocratie sociale consiste en réalité en une mise en œuvre particulière du droit de participation des salariés qui doit permettre de légitimer les normes résultant de la négociation collective.

Toutefois, avec le développement de la négociation d'entreprise ces dernières années, notamment marqué par la loi emblématique du 4 mai 2004, la place des syndicats dans le processus d'élaboration de ces normes a changé. En même temps, le rôle des syndicats dans l'entreprise a évolué.

⁶⁶⁶ (M.L.) MORIN, (L.) PECAUT-RIVOLIER, (Y.) STRUILLLOU, ouvrage préc, p. 7.

⁶⁶⁷ Art. L. 2132-3 du Code du travail.

Pour certains, le système de représentation antérieur à 2008 a montré ses limites : la présomption irréfragable de représentativité apparaissait inégalitaire, dans certaines entreprises où les syndicats représentatifs n'étaient pas présents, où le dialogue social se révélait difficile. Il a alors fallu travailler à l'idée d'un système qui permettrait à tous les salariés d'exercer le droit de participation par l'intermédiaire de leurs délégués, tout en s'assurant que ces délégués bénéficient d'une légitimité suffisante. La mise en œuvre de la démocratie sociale doit permettre l'atteinte de ces différents objectifs.

Cependant, la loi du 20 août 2008 n'apporte pas de véritables précisions quant au cadre de représentation dans lequel doit s'exercer cette dernière.

C'est pourquoi de nombreuses difficultés se posent encore concernant notamment les sous-traitants et la représentation des salariés dans les entreprises transnationales. Comment assurer la représentation de tous les salariés présents dans l'entreprise, plus spécialement à l'heure de la mondialisation, sachant que le droit du travail français dans son état actuel ne permet pas de couvrir toutes les situations de travail ?

Une solution pourrait consister à essayer autant que possible de faire coïncider le cadre de la communauté de travail avec celui de l'entreprise. C'est d'ailleurs ce qu'ont tenté de faire la jurisprudence et le législateur de 2008. Mais une telle option semble incompatible avec la notion actuelle de sous-traitance.

Pour résoudre ce problème, il conviendrait plutôt de déterminer d'une part quel est le périmètre exact de l'entreprise (I) et d'autre part quel est le périmètre exact de la collectivité de travail pour pouvoir établir les cadres dans lesquels s'exercent la représentation et ensuite définir les conditions dans lesquelles doit s'exercer cette représentation, selon le cadre considéré. Cette dernière question implique nécessairement de s'intéresser à la notion de collectivité de travail la jurisprudence s'y référant encore fréquemment (II).

I. L'entreprise, un cadre aux contours imprécis

Un des éléments clé ayant conduit à l'élaboration du dispositif de la loi du 20 août 2008 est le fait que l'entreprise ait été retenue comme lieu de la représentation du personnel.

Le choix de ce cadre comme lieu de la représentation pose toutefois une série de problèmes juridiques complexes, pour différentes raisons.

« L'entreprise » n'a jamais été définie de manière uniforme, tant les formes qu'elle prend peuvent être variées, selon la taille de l'entité qui va de la très petite entreprise au groupe mondial, ou selon sa structure juridique, le droit des sociétés offrant un panel varié de formes sociétaires.

Les entreprises s'étendent au niveau international : l'interaction des normes juridiques nationales, européennes et internationales s'en trouve multipliée. Or, le droit du travail n'a pas été conçu pour faire face aux problèmes posés par les nouvelles formes des entreprises dont les frontières sont brouillées. Spécialement au fait qu'il est de plus en plus difficile d'identifier les communautés de travail et de mettre en place des systèmes de représentation transnationaux.

Cependant, avant de se poser au niveau mondial, ces problématiques se rencontrent déjà au niveau national, l'entreprise pouvant se subdiviser en entités multiples sur le territoire national, ce qui entraîne un éclatement des communautés de travail et incidemment, des lieux de la représentation du personnel. Le droit français a donc dû procéder à la délimitation de certains cadres juridiques dans l'entreprise, ce qui n'a pas été simple.

Les juges ont fini par dégager des périmètres au sein de l'entreprise pour la mise en place des représentants du personnel. Les notions et périmètres ainsi délimités risquent toutefois d'être affectés par l'intervention législative de 2008, des évolutions sont d'ailleurs déjà perceptibles (A).

Par ailleurs, les magistrats ont dû remédier aux problèmes liés à l'articulation des institutions représentatives entre elles dans l'entreprise (B).

A. Les évolutions jurisprudentielles suscitées par la réforme

Sans évoquer les problématiques liées aux structures internationales, on remarque qu'au niveau national la définition des cadres de la représentativité pose déjà de nombreux problèmes, ce qui a conduit les juges et le législateur à adapter le cadre de la représentation à la taille et à la structure de l'entreprise. Pour ce faire, des précisions jurisprudentielles ont été apportées sur la notion d'établissement distinct. Suite à l'intervention de la réforme de 2008, des évolutions sont toutefois prévisibles en ce qui concerne ce périmètre de représentation (1).

Les juges ont par ailleurs recouru à un concept innovant, celui de l'unité économique et sociale (UES). La loi du 20 août 2008, qui accroît l'importance des opérations électorales dans l'entreprise, remet en avant la question des périmètres de l'entreprise, qui conditionnent la mise en place des institutions représentatives et au sein desquels se tiennent les élections.

La réforme pourrait notamment avoir des incidences sur l'appréhension de la notion actuelle d'unité économique et sociale (2).

1. La loi du 20 août 2008 et l'établissement distinct

L'une des premières questions qui s'est posée est celle du cadre de mise en place des institutions représentatives du personnel dans les entreprises à établissements multiples. Faut-il procéder à cette mise en place au niveau de l'entreprise ou de l'établissement ? Cette question renvoie implicitement à celle de la délimitation des circonscriptions électorales au sein des entreprises.

Afin de délimiter les circonscriptions électorales propres à la mise en place des différentes institutions représentatives du personnel, les juges ont été amenés à prendre en compte la structure des entreprises. En effet, comme le relève Jean Savatier, « *selon les types d'institutions représentatives, les trois combinaisons possibles consistent, soit à n'admettre qu'une représentation au niveau de l'entreprise en excluant la représentation par établissements, soit à n'organiser qu'une représentation au niveau des établissements, sans superposition d'institutions représentatives au niveau de l'entreprise, soit à admettre le concours d'institutions représentatives au niveau de l'établissement et au niveau de l'entreprise* ⁶⁶⁸ ». Somme tout, en l'absence de définition légale de l'établissement et compte tenu de la diversité des institutions représentatives, faut-il retenir une conception fonctionnelle de l'établissement, adaptable à chaque institution, ou bien opter pour un concept organique, une définition de référence applicable de façon générale ⁶⁶⁹ ?

C'est finalement la troisième des combinaisons évoquées par le Professeur Savatier qui a été retenue. Ce qui a conduit les juges à retenir le caractère fonctionnel de l'établissement distinct, y compris après l'intervention législative de 2008. Cette solution n'a toutefois pas manqué de susciter certaines critiques (a).

Par ailleurs, pour remédier au problème de la représentation dans les entreprises à établissements multiples, les juges ont eu recours au critère de la communauté de travail, puis plus tard, à la notion d'unité économique et sociale (b).

⁶⁶⁸ (J.) SAVATIER, « Etablissement ou entreprise : quel cadre pour les relations de travail ? », in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 69.

⁶⁶⁹ (V.) COTTEREAU, « La notion d'établissement distinct et le droit de la représentation du personnel en questions », *JCP S* n° 28, 10 juillet 2012, p. 16.

a. Le maintien du caractère fonctionnel de l'établissement distinct - Les évolutions légales et jurisprudentielles ont conduit à un concours d'institutions représentatives au niveau de l'établissement. Ce résultat est d'abord lié aux évolutions jurisprudentielles.

Dans les entreprises qui comportent plusieurs établissements on constate l'éclatement des lieux de travail et des communautés de travail, ce qui ne facilite pas la représentation des salariés. Pour remédier à ce problème a été créée la notion d'établissement distinct, qu'il a fallu délimiter.

Afin de délimiter les contours de l'établissement distinct, les juges ont initialement opté pour une démarche dite « téléologique » : les délégués du personnel et les délégués syndicaux étaient ainsi généralement appréhendés à l'aune de la base électorale adhérente, eu égard à leur mission principale de présentation des réclamations et revendications, tandis que le comité d'entreprise, destiné à recevoir des informations sur la marche de l'entreprise, était plutôt situé à proximité du centre de décision⁶⁷⁰.

Par ailleurs, la jurisprudence a dû prendre en compte le rôle des acteurs dans la négociation collective. En effet, les institutions représentatives naissent, se transforment et disparaissent avec l'entreprise, suivent les évolutions de cette dernière. En même temps, elles disposent de la capacité d'engager les travailleurs par le jeu de la négociation collective. Il est donc indispensable que les institutions représentatives soient présentes dans l'entreprise, mais aussi qu'elles coïncident avec les communautés de travailleurs qu'elles doivent représenter. C'est donc sur la base de ces deux impératifs que la notion d'établissement distinct est née et a été développée.

La réforme de 2008 implique toutefois certaines évolutions jurisprudentielles en ce qui concerne les cadres de la représentation, à commencer par l'établissement distinct. Ainsi, la Cour de cassation a précisé que la désignation du représentant de la section syndicale⁶⁷¹ institué par la loi du 20 août 2008 peut s'effectuer au niveau de chaque établissement⁶⁷².

Mais surtout, avec l'intervention de la loi du 20 août 2008, on observe que les juges ont été amenés à opérer un rapprochement entre les notions d'établissement distinct et la désignation

⁶⁷⁰ (F.) PETIT, « Les périmètres de l'établissement distinct », *Dr. Soc.* novembre-décembre 2012, p. 980.

⁶⁷¹ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1.

⁶⁷² Cass. Soc., 26 octobre 2010, n° 09-60.484, *Bull.* 2010, V, n° 251 ; Cass. Soc., 31 mai 2011, n° 10-25.688, *Bull.* 2011, V, n° 135 ; note (Y.) PAGNERRE, *JCP S* n° 29, 19 juillet 2011, p. 31-32 ; Cass. Soc., 31 mai 2011, n° 10-25.929 et 10-26-915, inédits.

des délégués syndicaux⁶⁷³. La Cour de cassation a ainsi décidé que « *la reconnaissance d'un établissement distinct pour la mise en place d'un comité d'établissement permet nécessairement la désignation d'un délégué syndical dans ce même périmètre*⁶⁷⁴ ». La Haute juridiction en déduit que « *seuls peuvent désigner un délégué syndical au sein du périmètre couvert par l'un des comités les syndicats qui ont obtenu au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections de ce comité*⁶⁷⁵ ». On pourrait penser qu'il s'agit là d'un abandon de la conception fonctionnelle de l'établissement distinct. En réalité, comme le souligne Franck Petit, « *cet ajustement reste lui-même de nature fonctionnelle*⁶⁷⁶ ». En effet, ce faisant, la Cour de cassation valorise la mission de représentation du délégué syndical dans le cadre des négociations collectives. Elle choisit de le placer « *au plus près des centres de décision [valorisant] ainsi sa qualité « d'interlocuteur » de l'employeur*⁶⁷⁷ ».

On observe ici que la Haute juridiction procède à un réajustement des dispositions de la loi du 20 août 2008 en prenant en compte la place des acteurs dans la négociation collective, ce qui nous conforte dans notre thèse selon laquelle la réforme de la représentativité, pour être plus effective, aurait dû être davantage appréhendée au regard du rôle des acteurs dans la négociation collective et non seulement de leur légitimité.

Au demeurant, la Cour de cassation ne semble pas vouloir remettre en cause la conception fonctionnelle de l'établissement puisqu'elle précise dans un arrêt du 18 mai 2011⁶⁷⁸ que « *sauf accord collectif en disposant autrement, le périmètre de désignation des délégués syndicaux est le même que celui retenu lors des dernières élections pour la mise en place du comité d'entreprise ou d'établissement*⁶⁷⁹ ». En l'espèce, un tribunal avait validé la désignation d'un délégué syndical en retenant que « *la notion d'établissement distinct étant relative et fonctionnelle, répondant à une définition et obéissant à des règles de reconnaissance différentes et relevant de compétence distinctes selon l'institution représentative concernée, le seul fait qu'il existe un comité d'établissement unique pour tous les sites d'Ile-de-France pour la mise en place des comités d'établissement ne saurait*

⁶⁷³ (L.) PECAUT-RIVOLIER, (Y.) STRUILLOU, « Chronique des jurisprudences sur la représentation du personnel », *SSL* n° 1485, 28 mars 2011, p. 8.

⁶⁷⁴ Cass. Soc., 10 novembre 2010, n° 09-60.451, *Bull.* 2010 V, n° 256.

⁶⁷⁵ Cass. Soc., 6 janvier 2011, n° 10-60.224, inédit.

⁶⁷⁶ (F.) PETIT, art. préc., p. 980.

⁶⁷⁷ *Ibid.*

⁶⁷⁸ Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.383, *Bull.* 2011, V, n° 120.

⁶⁷⁹ (V.) COTTEREAU, art. préc., p. 19.

*interdire aux organisations syndicales de désigner des délégués dans un autre cadre*⁶⁸⁰». La Cour de cassation casse cette décision, non pas en remettant en cause l'appréciation fonctionnelle de l'établissement mais en indiquant simplement que le tribunal n'avait pas relevé l'existence d'un accord collectif prévoyant un périmètre plus restreint. On en déduit que le caractère fonctionnel de l'établissement, s'il est modulable par voie conventionnelle, demeure un principe général.

Cette solution laisse toutefois subsister une difficulté : l'accord des partenaires sociaux, dans ce cas, est soumis depuis la loi du 20 août 2008 à une signature à la double majorité⁶⁸¹, c'est-à-dire par « la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation, dont les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la moitié des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise ». Autrement dit, en pratique, il ne sera pas toujours évident de parvenir un accord sur le périmètre du comité d'établissement et celui du délégué syndical.

Le maintien de l'appréciation fonctionnelle après 2008 fait donc l'objet de critiques : certains auteurs suggèrent que l'on devrait laisser plus d'autonomie aux partenaires sociaux pour déterminer les périmètres de désignation des délégués syndicaux, idée qui s'inscrit dans la logique actuelle de valorisation du dialogue social⁶⁸². D'autres auteurs vont plus loin, évoquant l'idée de la création d'une obligation de négocier sur la division de l'entreprise et le nombre de délégués syndicaux⁶⁸³. Ces dernières solutions nous paraissent toutefois difficiles à mettre en œuvre sur le terrain et risquent peut-être de créer des problèmes là où il n'y en a pas forcément, toutes les entreprises à structure complexe n'étant pas concernées par cette difficulté. De plus, en l'absence d'accord sur la question des périmètres de l'établissement distinct et de désignation des délégués syndicaux, la loi du 20 août 2008 prévoit qu'il incombera à l'inspecteur du travail de trancher. L'entreprise ne sera donc jamais dans l'incapacité totale d'organiser ses élections, il n'y a pas sur cette question de vide juridique qui nécessite à notre avis une intervention législative supplémentaire.

⁶⁸⁰ Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.383, préc.

⁶⁸¹ Pour plus de développements sur cette question et ses incidences pratiques cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 2, Chapitre 2.

⁶⁸² (V.) COTTEREAU, art. préc., p. 20.

⁶⁸³ (M.L.) MORIN, « A propos du périmètre de désignation du délégué syndical », *SSL* 2012 n° 1524, p. 4.

b. De l'établissement distinct à l'UES - Pour la mise en place des délégués du personnel, il a été décidé que l'établissement distinct « *se caractérise par le regroupement d'au moins onze salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des réclamations communes et spécifiques, et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur, peu important que celui-ci ait le pouvoir de se prononcer sur ces réclamations*⁶⁸⁴ ». La recherche des qualifications et pouvoirs du représentant de l'employeur a en effet été abandonnée depuis 2001⁶⁸⁵, position jurisprudentielle confirmée à plusieurs reprises depuis⁶⁸⁶.

Pour la mise en place des comités d'entreprise, il a finalement été décidé que l'établissement distinct est celui qui dispose d'une autonomie d'organisation suffisante dans la gestion du personnel et du service, d'une implantation géographique distincte et d'une certaine stabilité⁶⁸⁷.

Enfin, pour la désignation des délégués syndicaux, la Cour de cassation a estimé que l'entreprise doit comporter au moins deux établissements distincts. Chaque établissement distinct doit compter au moins cinquante salariés, compte tenu du seuil légal de mise en place de cette institution fixé par l'article L. 2143-3 du Code du travail⁶⁸⁸, une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptible de générer des revendications communes et spécifiques⁶⁸⁹, et un représentant de l'employeur, peu important qu'il ait le pouvoir ou non de se prononcer sur les réclamations.

La notion d'établissement distinct englobe donc à la fois une communauté de travail spécifique et la présence au sein de l'établissement d'une personne chargée de diriger cette communauté de travail. Elle s'apprécie essentiellement par la présence d'une communauté de travail.

Cette création prétorienne est donc judicieuse. Cependant, elle ne résout pas les problèmes résultant de la multiplication des établissements distincts dans une même entreprise, qui entraînent un éclatement des communautés de travail au sein de la même entité. On peut alors

⁶⁸⁴ Cass. Soc., 29 janvier 2003, n° 01-60.628 *Bull.* n°30, p. 27 ; Cass. Soc., 15 décembre 2004, n° 03-60.461, *Bull. Civ. V*, n° 338, p. 303.

⁶⁸⁵ Cass. Soc., 2 octobre 2001, n°00-60.170, *Bull. Civ. V*, n°296, p. 239 ; (P.) SARGOS, « La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise », 2005, <http://www.courdecassation.fr>, p. 3-4.

⁶⁸⁶ Cass. Soc., 29 octobre 2003, n° 02-60.836 et 02-60.837, *Bull. Civ. V*, n° 270, p. 273.

⁶⁸⁷ CE, 6 mars 2002, *RJS* 7/02, n° 834.

⁶⁸⁸ Ancien article L. 412-11 CT.

⁶⁸⁹ Cass. Soc., 24 avril 2003, n°01-60.876, *Bull. Civ. V*, n° 141, p. 139.

s'interroger sur la pertinence du critère de la communauté de travail. Ces communautés continuant à se subdiviser, déterminer le périmètre de la représentation sur ce critère revient à subdiviser les représentations. Il devient alors de plus en plus difficile d'assurer la défense des intérêts d'une collectivité qui se fractionne de plus en plus.

En outre, ces subdivisions peuvent contribuer à mettre en concurrence les différentes institutions représentatives dès lors qu'elles ne défendent pas nécessairement les intérêts des mêmes communautés. Sans compter les subdivisions catégorielles. La reconnaissance de la notion d'établissement distinct résout donc certains problèmes de représentation mais montre assez rapidement ses limites. Ce qui explique en partie pourquoi les juges ont recouru à la notion d'unité économique et sociale.

2. La loi du 20 août 2008 et l'UES

C'est initialement pour éviter des montages sociétaires susceptibles d'empêcher la mise en place des institutions représentatives du personnel que les juges ont créé la notion d'unité économique et sociale⁶⁹⁰. Puis, progressivement, les magistrats ont utilisé ce concept afin d'assurer au mieux la représentation des salariés, spécialement dans les entreprises à établissements multiples.

Au début, la jurisprudence s'est montrée quelque peu hésitante sur la terminologie, comme en atteste un arrêt rendu par la Cour de cassation le 19 décembre 1972 qui définit l'UES comme un « ensemble social et économique unique ». Ce n'est qu'avec l'arrêt *Multi-ciné* du 4 mars 1976⁶⁹¹ que la formule « unité économique et sociale » a finalement vu le jour. Cette notion a été consacrée par la loi du 28 octobre 1982 et codifiée à l'article L. 2322-4 du Code du travail⁶⁹² qui dispose que « *lorsqu'une unité économique et sociale regroupant cinquante salariés ou plus est reconnue par convention ou par décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire* ».

La reconnaissance d'une UES a des incidences sur l'appréciation du cadre de représentation du personnel concerné, périmètre qui doit être distingué de celui du groupe ou de l'établissement (a). La détermination de ce périmètre est primordiale car de ce périmètre

⁶⁹⁰ Cass. Crim., 23 avril 1970, *JCP* 1972 II, p. 17046 ; (G.) BLANC-JOUVAN, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *Dr. Soc.* 2005, p. 68-79.

⁶⁹¹ Cass. Soc., 4 mars 1976, *Bull.* n° 142, p.116.

⁶⁹² Ancien art. L. 431-1 al. 6 du Code du travail.

dépendront les institutions représentatives à mettre en place, leurs prérogatives, mais aussi la délimitation de la ou des circonscriptions électorales au moment des élections professionnelles.

La reconnaissance d'une UES a également des incidences sur les opérations électorales qui ont lieu dans ce cadre. Elle pourrait donc indirectement affecter la mise en œuvre de loi du 20 août 2008 (b).

a. Les périmètres de l'UES, de l'établissement et du groupe - Les enjeux des élections professionnelles et de la représentativité, qui sont largement modifiées par la réforme de 2008⁶⁹³, peuvent varier selon le périmètre considéré.

En matière de représentation, il convient de distinguer les périmètres respectifs de l'UES et de l'établissement (a.1), puis de l'UES et du groupe (a.2). Ces distinctions doivent être brièvement rappelées car selon le périmètre considéré, les institutions représentatives à mettre en place ne seront pas forcément les mêmes et ne disposeront pas nécessairement des mêmes prérogatives.

a.1. La coexistence possible de l'UES et des établissements distincts - Le législateur évoque l'existence d'une UES entre plusieurs entreprises distinctes, autrement dit, entre plusieurs entités disposant de la personnalité morale, ce qui exclut la reconnaissance d'une UES entre les établissements d'une même entreprise, ceux-ci étant en principe dépourvus d'autonomie juridique. Cependant, une fois l'unité économique et sociale reconnue, la notion d'établissement distinct peut s'appliquer à chacune des entreprises qui composent l'UES. Ce qui signifie que des institutions représentatives pourront être mises en place au niveau des établissements distincts qui composent l'unité économique et sociale. On aura alors un comité d'entreprise commun au niveau de l'UES et d'autres institutions, comme les délégués du personnel par exemple, au niveau des établissements.

La jurisprudence a rectifié la terminologie en faisant état de « personnes juridiquement distinctes » dans un arrêt rendu en mai 2002⁶⁹⁴. Un arrêt du 17 décembre 2003⁶⁹⁵ précise

⁶⁹³ Cf. *Infra* Deuxième partie.

⁶⁹⁴ Cass. Soc., 7 mai 2002, Vivendi, (P-H.) ANTONMATTEI, « Unité économique et sociale : un nouvel arrêt...mais le débat continue », *Dr. Soc.* 2002, p. 720-723 ; voir aussi Cass. Soc., 17 décembre 2003, *Bull.* 319, p. 321 : « caractérise une unité économique et sociale entre personnes juridiques distinctes, le tribunal d'instance qui constate l'unité de direction, l'existence d'activités complémentaires ou connexes et celles d'une communauté de travailleurs ».

⁶⁹⁵ Cass. Soc., 17 décembre 2003, préc.

également que "caractérise une unité économique et sociale entre personnes juridiques distinctes, le tribunal d'instance qui constate l'unité de direction, l'existence d'activités complémentaires ou connexes et celle d'une communauté de travailleurs".

a.2. La coexistence impossible des institutions représentatives de l'UES et du groupe - L'unité économique et sociale doit également être distinguée du groupe de sociétés. La jurisprudence a décidé que les deux notions sont « incompatibles ⁶⁹⁶», l'existence d'une UES ne pouvant pas être reconnue à un niveau où il existe déjà un comité de groupe.

On considère en effet qu'un groupe existe dès lors que les sociétés qui le composent ont des activités différentes et que le personnel de ces sociétés constitue autant de personnels distincts, ayant chacun un statut propre ⁶⁹⁷.

Cette distinction est importante en matière de représentation du personnel car la reconnaissance d'un groupe de société se traduit par la mise en place d'un comité de groupe alors que l'existence d'une UES suppose la mise en place d'un comité d'entreprise commun aux sociétés qui la composent. Ces deux institutions ne disposent pas des mêmes prérogatives. Ainsi, le comité d'entreprise, dans le cadre d'une UES possède les mêmes moyens que le comité d'entreprise dans sa forme habituelle ⁶⁹⁸. Il doit viser à la prise en compte permanente des intérêts des salariés dans les décisions de gestion et les évolutions économiques qui affectent l'entreprise. Pour réaliser sa mission il dispose d'attributions d'ordre social, culturel et économique, et de droits d'information ⁶⁹⁹ et de consultation obligatoires dans certains cas ⁷⁰⁰.

Entre la notion de groupe et celle d'UES il faut donc effectuer un choix, on ne peut appliquer les deux terminologies à la même entreprise. Cependant, le fait que ces notions soient incompatibles n'empêche pas la coexistence des institutions représentatives du groupe et celles de l'UES à des niveaux différents. Ainsi, une unité économique et sociale peut rassembler plusieurs sociétés d'un groupe, si les critères de reconnaissance de l'UES, à savoir une unité économique et une unité sociale, sont réunis.

⁶⁹⁶ Cass. Soc., 20 octobre 1999, Société André et autres, *Bull. Civ.* V, n° 146.

⁶⁹⁷ (M.) CARLES, « L'unité économique ou comment adapter la représentation du personnel à la structure de l'entreprise », *Dr. Ouv.*, juillet 1999, p. 265 ; voir aussi (M.) COHEN, « Les confusions relatives au périmètre de l'unité économique et sociale », *RJS* 3/01, chron., p. 185.

⁶⁹⁸ Art. L. 2322-1 du Code du travail.

⁶⁹⁹ Par exemple, en matière économique, dès que le comité d'entreprise est mis en place, l'employeur doit lui communiquer certains documents concernant la forme juridique de l'entreprise, son organisation et ses perspectives économiques (art. L. 2323-7 CT).

⁷⁰⁰ Par exemple, dans le cadre de licenciements économiques (art. L. 1233-30 CT).

b. Les incidences de la reconnaissance d'une UES sur la représentation dans l'entreprise après 2008 - La reconnaissance d'une UES peut s'effectuer par voie conventionnelle, un simple accord entre l'employeur et les organisations syndicales suffit. Elle peut également être reconnue par voie judiciaire, devant le tribunal d'instance. Dans ce cas, l'existence de l'UES est appréciée à la date de la requête introductive d'instance⁷⁰¹.

La définition du périmètre de l'UES a des incidences sur la mise en place des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise. Ces dernières sont toutefois limitées (b.1). En effet, on constate que l'UES constitue un cadre original de mise en place des institutions représentatives du personnel qui transcende le cadre de l'entreprise, ce qui ne résout toutefois pas tous les problèmes liés à la représentation.

Par ailleurs, la reconnaissance d'une UES a des incidences sur les opérations électorales dans l'entreprise (b.2). Or, la loi du 20 août 2008 subordonne la représentativité des syndicats au résultat des élections professionnelles⁷⁰². Indirectement, la reconnaissance de l'UES peut donc affecter la mise en œuvre de la réforme de 2008 et par conséquent, accroître les difficultés tenant à la reconnaissance de la représentativité des syndicats. S'est notamment posée la question de la mesure de l'audience au sein d'une UES regroupant des personnels de droit privé et de droit public (b.3).

b.1. Les incidences limitées de la reconnaissance d'une UES sur la représentation
- La reconnaissance d'une unité économique et sociale implique la réunion de plusieurs critères. Comme son nom l'indique, elle suppose la réunion d'une unité économique et d'une unité sociale, dont la preuve doit être rapportée par la partie demanderesse. Notons qu'à la différence de l'établissement distinct, quelles que soient les institutions représentatives concernées, les critères de l'UES restent les mêmes⁷⁰³.

L'unité économique se caractérise généralement par la concentration du pouvoir de direction⁷⁰⁴, la communauté d'intérêt des sociétés, qui peut résulter, par exemple, de

⁷⁰¹ Cass. Soc., 19 décembre 2007, n° 07-60.022, non publié au bulletin ; Cass. Soc., 27 juin 1990, n°89-60.033 *Bull. Civ. V*, n°322, p. 192 ; Cass. Soc., 21 janvier 1997, n° 95-60.992, *Bull. Civ. V*, 1997, n° 29, p.18 ; (J.) SAVATIER, « Problèmes posés par la reconnaissance d'une unité économique et sociale : à propos des arrêts Michelin du 21 janvier 1997 », *Dr. Soc.* 1997, p. 347-351.

⁷⁰² Cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 2.

⁷⁰³ Voir par exemple Cass. Soc., 1^{er} décembre 1988, SGAM, 2^{ème} espèce : *RJS* 1/99, n°65.

⁷⁰⁴ Ex : identité de dirigeants ou d'administrateurs entre les sociétés : Cass. Soc., 27 juin 1990, *Dr. Ouv.* 1991, p.17, note (M.) COHEN.

l'imbrication de capitaux entre les sociétés en cause⁷⁰⁵ et la complémentarité des activités des sociétés en cause.

L'unité sociale résulte en général de l'identité des conditions de travail ou de la permutabilité des salariés entre les différentes sociétés. Pour déterminer l'identité des conditions de travail, les juges retiennent généralement l'application de la ou des mêmes conventions collectives à l'ensemble des salariés⁷⁰⁶.

Les juges apprécient donc l'existence de l'unité économique et sociale sur la base d'un faisceau d'indices et doivent en déterminer les contours. La question du périmètre de l'UES a suscité de nombreux contentieux, notamment lorsque des sociétés filialisent leurs établissements régionaux.

Ainsi, la société Cegelec, devenue Alstom, qui avait filialisé six directions régionales, a formé un pourvoi en cassation à l'encontre d'un jugement reconnaissant l'existence d'une UES entre elle et ses filiales. Pour ce faire, le tribunal avait notamment relevé l'existence d'administrateurs communs entre les sept sociétés, la complémentarité de leurs activités et le fait que 97% de leur personnel bénéficiait de la même convention collective.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, retenant que le capital des six filiales était détenu à 100% par la société holding Alstom entreprise et que la majorité des salariés était soumise aux mêmes dispositions conventionnelles, les différences de statut étant minimales par rapport aux similitudes constatées qui laissaient supposer l'existence d'une communauté de travailleurs liés par les mêmes intérêts⁷⁰⁷.

La jurisprudence a par ailleurs précisé, concernant la mise en place des comités d'entreprise, que « *la circonstance qu'une société n'a pas de personnel ne l'exclut pas de l'unité économique et sociale pour la mise en place d'un comité d'entreprise commun* ». Comme le relève le Professeur Savatier⁷⁰⁸, on pourrait s'étonner d'une telle décision car à première vue on comprend mal la nécessité de disposer d'un comité d'entreprise pour assurer l'expression collective de salariés inexistant.

⁷⁰⁵ Ex : Cass. Soc., 14 janvier 1982, D. 1982, IR 248.

⁷⁰⁶ Ex : Cass. Soc., 21 janvier 1997, arrêts Michelin, préc. ; Cass. Soc., 22 novembre 2000, Alstom, Société Alstom et autres c./ Fédération construction CGT et autres, n° 4647 F-D.

⁷⁰⁷ Cass. Soc., 22 novembre 2000, préc. ; (M.) COHEN, « Les confusions relatives au périmètre de l'unité économique et sociale », préc., p. 184.

⁷⁰⁸ (J.) SAVATIER, « Problèmes posés par la reconnaissance d'une unité économique et sociale : à propos des arrêts Michelin du 21 janvier 1997 », préc. p. 349.

Cependant, permettre l'exclusion d'une société, même dépourvue de personnel, pourrait conduire à des contournements du droit de travail. Les groupes de sociétés pourraient en effet regrouper les pouvoirs décisionnels au sein d'une entité purement économique, dépourvue de salariés, tout en faisant exécuter les tâches nécessaires à l'exploitation par leurs filiales.

En rendant cette décision le 21 janvier 1997, les juges ont entendu permettre la représentation des salariés au niveau où se prennent les décisions de gestion et assurer le respect des droits d'information et de consultation du comité d'entreprise.

L'atout majeur de l'unité économique et sociale est d'être indifférente à la forme juridique de ses composantes, elle transcende le cadre de l'entreprise. Ignorant les périmètres sociétaires définis par les employeurs, en recourant à cette notion les juges ont pu parer à certaines fraudes consistant à diviser l'entreprise en établissements dont l'effectif reste inférieur aux seuils légaux requis pour la mise en place des institutions représentatives du personnel. Au-delà de cet aspect, cette création prétorienne a permis aux magistrats d'assurer une meilleure représentation des salariés, notamment dans les entreprises à établissements multiples.

L'unité économique et sociale permet donc de déjouer certaines fraudes et de regrouper des communautés de travail géographiquement dispersées.

Toutefois, le recours à cette notion ne résout pas les problèmes de représentation dans les entreprises de dimension internationale dans la mesure où il n'appartiendra pas nécessairement au juge français de statuer sur ces questions et où les communautés de travail sont souvent nettement plus difficiles à déterminer. En outre, elle ne résout pas les problèmes d'articulation des institutions représentatives dans l'entreprise⁷⁰⁹.

b.2. Les incidences de la reconnaissance d'une UES sur les opérations électorales

- Les élections professionnelles peuvent être affectées par la reconnaissance d'une UES. En effet, la jurisprudence a précisé que « *le jugement reconnaissant l'existence d'une unité économique et sociale a un caractère déclaratif à la date de la requête introductive d'instance*⁷¹⁰ ».

⁷⁰⁹ Cf. *Infra* B.

⁷¹⁰ Cass. Soc., 19 décembre 2007, n° 07-60.022, préc. ; Cass. Soc., 21 janvier 1997, préc.

Ainsi, le jugement reconnaissant l'existence d'une UES a un caractère rétroactif de nature à remettre en cause des élections qui auraient eu lieu récemment dans l'entreprise, alors que les sociétés comprises dans le périmètre de l'UES étaient encore autonomes⁷¹¹.

Par la suite, les juges ont précisé que les parties intéressées peuvent agir directement en reconnaissance d'une unité économique et sociale, avant même que soient mises en place les institutions représentatives du personnel⁷¹². La demande de reconnaissance de l'UES est donc indépendante de toute opération électorale. Cet arrêt a constitué le premier pas vers l'abandon du caractère fonctionnel de l'UES au profit de son caractère institutionnel, position définitivement confirmée par l'arrêt Sermeto rendu en juillet 2004⁷¹³ qui précise que « *la notion d'unité économique et sociale n'est pas relative* », « *sa reconnaissance par le juge selon des critères propres indépendants de la finalité des institutions représentatives comprises dans son périmètre (...) n'implique pas du juge une appréciation de l'opportunité de la demande présentée par un syndicat représentatif* ». L'existence de l'UES doit donc être appréciée indépendamment de toute procédure électorale.

Cependant, un arrêt rendu le 31 mars 2009⁷¹⁴ par la chambre sociale de la Cour de cassation semble inverser la tendance, précisant que la composition et le périmètre de l'UES doivent être définis lors de chaque scrutin par décision de justice ou protocole d'accord préélectoral « unanime ». Un retour au caractère fonctionnel et relatif de l'UES n'est donc pas exclu.

Le retour au caractère fonctionnel et relatif de l'UES pourrait avoir des incidences sur le déroulement des opérations électorales notamment si les organisations syndicales ne parviennent pas à s'accorder sur la composition et le périmètre de l'UES lors des négociations du protocole d'accord préélectoral. Ou encore si des élections professionnelles venaient à être remises en cause dans le cadre d'un litige relatif au périmètre de l'UES.

⁷¹¹ (J.) SAVATIER, « Problèmes posés par la reconnaissance d'une unité économique et sociale : à propos des arrêts Michelin du 21 janvier 1997 », préc. p. 348.

⁷¹² Cass. Soc., 2 juin 2004, Maisonneuve, *Bull.* n° 175, p. 148 ; voir aussi l'étude de (P.) SARGOS, « La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation du personnel », <http://www.courdecassation.fr>.

⁷¹³ Cass. Soc., 13 juillet 2004, Sermeto, (J.) SAVATIER, « Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs de travail », *Dr. Soc.* 2004, p. 944-949.

⁷¹⁴ Cass. Soc., 31 mars 2009, n° 08-60.494, *Bull.* 2009 V, n° 96 ; (B.) BOUBLI, « Adieu l'UES », *Dr. Soc.* 2009, p. 699.

Or, la loi du 20 août 2008 introduit l'audience électorale comme critère de représentativité⁷¹⁵. La combinaison des nouvelles dispositions légales et jurisprudentielles risque donc d'augmenter les difficultés des syndicats pour acquérir la qualité représentative.

b.3. La mesure de la représentativité au sein d'une UES regroupant des personnels de droit privé et de droit public – Une affaire particulière concernant la mesure de la représentativité au sein d'une UES retient l'attention. En l'espèce, l'UES formée par les sociétés France Télécom, Orange France, Orange distribution et Orange Réunion avait organisé ses premières élections professionnelles postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008. Un collège unique regroupant salariés de droit privé et fonctionnaires a été mis en place. Suite à ces élections, le syndicat CFE-CGC Orange a désigné deux délégués syndicaux. Les sociétés composant l'UES ont saisi le tribunal d'instance en annulation de ces désignations au motif que le syndicat CFE-CGC Orange ne serait pas représentatif, sa représentativité devant être mesurée à l'aune des seuls suffrages exprimés par les salariés de droit privé. Le tribunal d'instance ayant annulé les désignations, le syndicat et les salariés qui avaient été désignés en qualité de délégués syndicaux ont formé un pourvoi en cassation. Se pose alors la question suivante : la représentativité d'un syndicat au sein de l'UES France Télécom doit-elle être calculée, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi no 2008-789 du 20 août 2008 à partir des suffrages exprimés par l'ensemble des personnels (droit privé et fonctionnaires) ayant participé à l'élection des institutions représentatives du personnel ou à partir des seuls suffrages des salariés de droit privé⁷¹⁶ ?

Des textes spécifiques⁷¹⁷ prévoient la participation des fonctionnaires à l'organisation et au fonctionnement de leur entreprise avec les autres salariés par l'intermédiaire des institutions représentatives à savoir notamment le comité d'entreprise et les délégués du personnel. Un décret de 2004⁷¹⁸ précise que les délégués du personnel de France Télécom ont vocation à présenter les réclamations des salariés de droit privé, suivant les règles contenues dans le Code du travail, et celles des fonctionnaires. Ce décret précise en son article 2 que pour l'élection des délégués du personnel ou des membres du comité d'entreprise, « les

⁷¹⁵ Cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 2.

⁷¹⁶ (S.) LAMBREMON, Rapport commun aux pourvois n° 12-26.308, 12-26.407, 12-26.458, 12-26.918 et 12-27.012.

⁷¹⁷ Loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom : JORF du 1^{er} janvier 2004, p. 9.

⁷¹⁸ Décret n° 2004-662 du 6 juillet 2004 relatif aux délégués du personnel, au comité d'entreprise et aux délégués syndicaux de France Télécom : JORF du 8 juillet 2004, p. 12321.

fonctionnaires en activité à France Télécom, les fonctionnaires [...] placés en position de détachement ou hors cadre, les agents contractuels de droit public ainsi que les salariés de droit privé » constituent « un corps électoral unique soumis aux mêmes conditions d'électorat, d'éligibilité, de durée de mandat et d'incompatibilité ».

Certes, il existe, à côté de ces représentants « communs », des institutions propres aux fonctionnaires commissions administratives paritaires dont les membres sont élus suivant des règles spécifiques⁷¹⁹.

Cependant, l'existence de ces instances de concertation particulière ne fait pas obstacle à ce que les représentants du personnel négocient pour l'ensemble des salariés dès lors que les négociations ne portent pas sur des statuts particuliers.

En outre, la Haute juridiction, saisie dans le cadre d'un litige semblable relatif à l'annulation de la désignation de délégués syndicaux au sein de l'Etablissement principal de la Direction Orange Nord de France Telecom, la Cour de cassation a, le 2 juillet 2012, rendu l'avis suivant : « *En principe la représentativité des organisations syndicales au sein des sociétés composant une unité économique et sociale où a été institué, pour l'élection des représentants du personnel, un collège électoral unique incluant des salariés de droit privé et des fonctionnaires, doit être appréciée au regard de la totalité des suffrages exprimés par l'ensemble des électeurs composant ce collège, sauf dispositions légales particulières*⁷²⁰ ».

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, on n'est alors guère étonné que dans son arrêt du 26 juin 2013⁷²¹ la Cour de cassation reprenne exactement les termes de l'avis qu'elle avait rendu en 2012. Mais surtout, on peut désormais considérer qu'il s'agit d'un principe jurisprudentiel concernant la mesure de la représentativité des organisations syndicales après l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008.

⁷¹⁹ Décret n° 94-131 du 11 février 1994 relatif aux commissions administratives paritaires de France Télécom : JORF du 13 février 1994, p. 2514.

⁷²⁰ (Y.) STRUILLLOU, Rapport paru au bulletin d'information de la Cour de cassation, n° 769, 15 octobre 2012.

⁷²¹ Cass. Soc., 26 juin 2013, n° 12-26.308, Publié au bulletin ; Rapport commun (S.) LAMBREMON, préc.

B. L'articulation des institutions représentatives dans l'entreprise

Des trois combinaisons possibles évoquées par le Professeur Savatier⁷²², la jurisprudence et le législateur ont retenu la troisième, à savoir, le concours d'institutions représentatives au niveau de l'établissement et de l'entreprise.

Une fois, le découpage de l'entreprise effectué, les établissements distincts ou l'unité économique et sociale reconnus, la loi impose la mise en place d'institutions représentatives du personnel. Aux difficultés liées à la détermination du cadre de l'entreprise s'ajoutent alors de nombreux problèmes relatifs à l'articulation des différentes institutions représentatives entre elles dans une même entreprise. Plus spécialement lorsqu'on se trouve en présence d'entreprises à structure complexe, comme le groupe EADS NV dont fait partie Aerolia et de plusieurs institutions représentatives aux fonctions assez proches : comité d'entreprise ou d'établissement et comité central d'entreprise (1). Dans quel ordre doit-on mettre en place les institutions ? Comment s'articulent les fonctions de ces différentes institutions représentatives du personnel au sein d'une entreprise à structure complexe ?

Il ressort de cette analyse que la loi du 20 août 2008 n'emporte pas de conséquences majeures concernant la mise en place de ces institutions et leurs attributions légales. En revanche, elle offre une nouvelle possibilité de répartition des compétences entre ces comités, par voie conventionnelle (2).

1. Comité d'établissement et comité central d'entreprise

La réforme de 2008 n'apporte aucun changement majeur en ce qui concerne la mise en place des comités (a) ou encore leurs attributions légales (b).

a. La mise en place des comités - Le législateur a calqué le régime des comités d'établissement sur celui du comité d'entreprise.

Ainsi, dès qu'un établissement atteint l'effectif d'au moins cinquante salariés pendant douze mois consécutifs, un comité d'établissement doit être mis en place.

⁷²² (J.) SAVATIER, « Etablissement ou entreprise : quel cadre pour les relations de travail ? », préc. ; cf. *Supra* A.

La composition du comité d'établissement est identique à celle du comité d'entreprise⁷²³. Il est présidé par le chef d'établissement ou son représentant et le nombre de représentants du personnel qui en font partie est fixé par l'article R. 2324-1 du Code du travail.

Les modalités de l'élection du comité d'établissement sont les mêmes que celles du comité d'entreprise⁷²⁴.

Dès qu'un deuxième comité d'établissement est constitué dans une entreprise à établissements multiples, la mise en place d'un comité central d'entreprise est obligatoire.

Cette obligation résulte d'une part de la lettre du texte. En effet, au moment de la recodification du Code du travail en mai 2008, le législateur a précisé son intention de généraliser l'utilisation de l'indicatif pour signifier le caractère impératif d'une disposition⁷²⁵.

Cette obligation résulte ensuite de l'intention du législateur, qui a voulu créer un comité compétent pour toute l'entreprise, dans la mesure où les comités d'établissements ont des attributions limitées aux pouvoirs des chefs d'établissement.

La composition du comité central d'entreprise est, comme celle du comité d'entreprise, tripartite : le chef d'entreprise préside le comité central d'entreprise qui comporte par ailleurs des délégués des comités d'établissement et des représentants syndicaux.

Enfin, « chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise désigne un représentant au comité central d'entreprise choisi parmi les représentants de cette organisation au comité d'établissement, soit parmi les membres élus de ces comités⁷²⁶ ».

En tout état de cause, les comités d'établissements doivent donc être mis en place avant le comité central d'entreprise. C'est pourquoi, Aerolia a d'abord signé l'accord collectif de reconnaissance des établissements distincts qui la composent, avant d'engager les négociations des protocoles d'accord préélectoraux pour la mise en place des délégués du personnel et des comités d'établissement et de conclure un accord sur la composition du futur comité central d'entreprise.

La création d'un comité central d'entreprise se fait en trois étapes.

⁷²³ Art. L. 2327-17 du Code du travail.

⁷²⁴ Sur lesquelles nous reviendrons dans notre deuxième partie, qui traite notamment de la mise en place des institutions représentatives du personnel et de l'organisation des élections professionnelles.

⁷²⁵ Guide de légistique, fiche 3-3-1 ; (A.) LYON-CAEN, *Le nouveau code du travail*, Dalloz, 2008, p. 59.

⁷²⁶ Art. L. 2327-6 du Code du travail.

Tout d'abord, il faut procéder à la détermination du nombre et à la répartition des sièges du comité central entre les établissements de l'entreprise.

La loi fixe un maximum de 20 titulaires et 20 suppléants, auquel il peut être dérogé par accord d'entreprise⁷²⁷. Le nombre de titulaires et de suppléants doit être identique⁷²⁸.

Chaque établissement doit être représenté au comité central d'entreprise soit par un seul délégué, titulaire ou suppléant, soit par un ou deux délégués titulaires et un ou deux délégués suppléants⁷²⁹. Notons que si le nombre de titulaires et de suppléants peut être inégal au sein d'un établissement, au niveau du comité central, ce nombre doit rester égal.

Concernant la répartition du personnel entre les sièges, la loi n'impose qu'une exigence, à savoir que lorsqu'un ou plusieurs établissements comportent un troisième collège pour les ingénieurs, chefs de service, cadres administratifs, commerciaux ou techniques assimilés, un siège de titulaire et un siège de suppléant doivent être réservés à cette catégorie professionnelle au comité central d'entreprise⁷³⁰.

Une fois le nombre de membres déterminé, la répartition des sièges entre les établissements doit être effectuée par accord d'entreprise.

La jurisprudence exigeait auparavant que cet accord soit signé à l'unanimité par les organisations syndicales représentatives et la loi du 20 août 2008 n'a rien précisé sur ce point.

A défaut d'accord, le directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle détermine la répartition des sièges entre les établissements et les catégories professionnelles⁷³¹.

Enfin, il faut procéder à l'élection des titulaires au comité central d'entreprise.

Comme pour le comité d'entreprise, les attributions des comités d'établissement et du comité central d'entreprise sont de deux ordres : économiques et professionnelles d'un côté, sociales et culturelles de l'autre. Le contenu des attributions de ces institutions tel qu'il est fixé par la

⁷²⁷ Art. D. 2327-1 du Code du travail.

⁷²⁸ Art. L. 2327-3 du Code du travail.

⁷²⁹ Art. D. 2327-2 du Code du travail.

⁷³⁰ Art. L. 2327-4 du Code du travail. La même condition est imposée lorsque plusieurs établissements regroupent plus de cinq cents salariés ou au moins 25 cadres, même si aucun collège de cadres n'a été constitué (art. L. 2327-5 CT).

⁷³¹ Art. R. 2327-3 du Code du travail.

loi n'est donc pas modifié par la réforme. En revanche, la loi du 20 août 2008 peut avoir des incidences sur la répartition des compétences entre les deux institutions⁷³².

b. Les attributions inchangées des comités d'établissement et du comité central d'entreprise - Les attributions économiques des comités d'établissement et du comité central d'entreprise sont de même nature, mais leur étendue diffère⁷³³.

Ainsi, « le comité central d'entreprise exerce les attributions économiques qui concernent la marche générale de l'entreprise et qui excèdent les pouvoirs des chefs d'établissement.

Il est informé et consulté sur tous les projets économiques et financiers importants concernant l'entreprise, notamment dans les cas définis aux articles L. 2323-21 et L. 2323-26⁷³⁴ ».

Ces derniers articles concernent la consultation du comité d'entreprise lorsqu'une offre publique d'acquisition est déposée. Autrement dit, les attributions économiques du comité central d'entreprise ne sont pas limitées à celles qui excèdent les pouvoirs des chefs d'établissement mais recourent largement celles des comités d'entreprise.

Le comité d'établissement a « les mêmes attributions que les comités d'entreprise, dans la limite des pouvoirs confiés aux chefs de ces établissements⁷³⁵ ». A la différence du comité central d'entreprise, le code du travail n'apporte pas ici de précision complémentaire concernant les attributions économiques du comité d'établissement.

Le comité d'établissement dispose donc sensiblement des mêmes droits que le comité d'entreprise en matière d'information mais les cas de consultation en matière économique sont plus restreints. En effet, la consultation du comité d'établissement n'intervient qu'en second lieu, voire en troisième lieu.

Ainsi, lorsqu'une décision importante concernant la marche générale de l'entreprise est prise au niveau de l'entreprise, le comité d'établissement ne sera consulté que si la mise en œuvre de ce projet nécessite une prise d'initiative particulière de la part du chef d'établissement⁷³⁶.

⁷³² Cf. *Infra* b.

⁷³³ (M.) COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 8^{ème} édition, L.G.D.J, 2005, p. 172..

⁷³⁴ Art. L. 2327-2 du Code du travail.

⁷³⁵ Art. L. 2327-15 du Code du travail.

⁷³⁶ Dans ce cas, le comité d'établissement doit bien sûr être consulté avant l'application ou l'adaptation du projet dans l'établissement : Cass. Crim., 17 janvier 1984, Albouy, n° 82-94159, *Bull.* n° 23 ; Cass. Crim., 27 mars 1990, Devernois et Pablo, n°89-82951 ; Cass. Crim., 11 février 1992, Giogg, n° 90-87500, *Bull.* n° 68.

La consultation du comité d'établissement peut également n'intervenir qu'en troisième lieu si l'on s'en tient à la jurisprudence qui, pour les questions dont l'importance l'exige, préconise la consultation du comité central d'entreprise avant le comité d'établissement⁷³⁷.

« Les comités d'établissement assurent et contrôlent toutes les activités sociales et culturelles⁷³⁸ ». En matière sociale et culturelle, ils ne font donc l'objet d'aucune limitation tenant aux pouvoirs du chef d'établissement.

Par ailleurs, le Code du travail⁷³⁹ prévoit une possibilité d'articulation des compétences entre le comité central d'entreprise et le comité d'établissement en prévoyant la possibilité pour les comités d'établissement de confier la gestion d'activités communes au comité central d'entreprise.

La loi du 20 août 2008 ne modifie donc pas les compétences légales des comités. En revanche, elle intègre au Code du travail une nouvelle disposition relative à la répartition conventionnelle des compétences.

2. De nouvelles règles pour la répartition conventionnelle des compétences

Auparavant, le Code du travail⁷⁴⁰ prévoyait la possibilité de définir les compétences respectives du comité central d'entreprise et des comités d'établissement par un accord unanime entre l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et l'employeur.

Le Code du travail modifié par la loi du 20 août 2008 prévoit désormais qu'« un accord entre l'employeur et une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise, conclu dans les conditions prévues à l'article L. 2232-12, peut définir les compétences respectives du comité central d'entreprise et des comités d'établissement⁷⁴¹ ».

Le Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 20 août 2008, intègre également les nouvelles règles de représentativité.

⁷³⁷ Cass. Crim., 6 novembre 1975, Hachette, n° 74-92833, *Bull.* n° 242.

⁷³⁸ Art. L. 2327-16 du Code du travail.

⁷³⁹ Art. L. 2327-16 du Code du travail.

⁷⁴⁰ Ancien art. L. 435-3 du Code du travail.

⁷⁴¹ Art. L. 2327-16 al. 3 du Code du travail.

Désormais, pour pouvoir conclure cet accord de répartition des compétences⁷⁴², un syndicat doit être représentatif selon les nouvelles règles instaurées par la réforme de 2008, ce qui implique notamment qu'il ait recueilli 30% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise, ou de la délégation unique du personnel, ou, à défaut, des délégués du personnel. Dans un souci de clarté, nous analyserons toutefois de manière approfondie ces nouvelles règles de représentativité dans nos développements ultérieurs⁷⁴³.

II. La collectivité de travail, une notion à (re)définir

La notion de « collectivité de travail » est omniprésente dans le droit, plus spécialement dans les contentieux ayant trait à la représentation des salariés (A). Elle ressurgit donc également lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre la loi du 20 août 2008. Elle n'est pourtant toujours pas clairement définie (B).

A. Une notion omniprésente

Comme le souligne le Professeur Verkindt⁷⁴⁴, la notion de « *collectivité de travail* » « *est omniprésente. Son ombre plane dans des contentieux emblématiques comme ceux relatifs à la comptabilisation des effectifs, à la détermination du cadre d'implantation des instances de représentation du personnel, à la reconnaissance d'un établissement distinct ou d'une unité économique et sociale* ». Or, de nombreux contentieux soulevés par la mise en œuvre de la loi du 20 août 2008 ont trait à ces questions et renvoient donc au problème de la définition de la collectivité ou communauté de travail. En témoigne notamment un arrêt rendu par la Cour de cassation à propos des salariés mis à disposition qu'il convient de prendre en compte dans le cadre des élections professionnelles⁷⁴⁵. Plus précisément dans cette affaire, la Cour de cassation a dû délimiter la notion d'intégration étroite et permanente à la communauté de travail, en précisant que sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail « *les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure qui,*

⁷⁴² Art. L. 2232-12 du Code du travail.

⁷⁴³ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1.

⁷⁴⁴ (P.-Y.) VERKINDT, « La collectivité de travail ou la belle inconnue », *Dr. Soc.* Novembre-décembre 2012, p. 1006.

⁷⁴⁵ Cass. Soc., 13 novembre 2008, n° 07-60.495, n° 07-60.772, n° 07-60.434 et n° 08-60.332 ; cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 1.

abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis une certaine durée, partageant ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs ». Si la question de la définition de la collectivité de travail n'est pas expressément posée ici on s'aperçoit qu'elle est sous-jacente.

B. Une définition à préciser

Que ce soit pour la mise en place des délégués du personnel ou des délégués syndicaux, la notion d'établissement distinct dégagée par la jurisprudence englobe à la fois une communauté de travail spécifique et une présence au sein de l'établissement d'une personne chargée de diriger cette communauté de travail. Elle s'apprécie essentiellement par la présence d'une communauté de travail⁷⁴⁶. Mais comment définir une telle communauté ?

La collectivité ou communauté de travail peut être définie de différentes façons : il peut s'agir soit d'un groupe présentant une caractéristique commune, soit d'un groupe défini par une règle commune, soit d'un groupe « qui a la même règle du jeu »⁷⁴⁷.

L'une des pistes de définition de la communauté de travail réside dans la soumission d'un groupe de personnes à des normes communes : dans la mesure où un groupe accepte une régulation, il constitue une communauté⁷⁴⁸. En effet, la soumission à des normes communes suppose nécessairement l'existence d'intérêts communs donc d'une communauté de travail liée par les mêmes intérêts. Le ou les représentants de cette collectivité auront vocation à défendre ses intérêts. Partant de cette définition on identifie donc immédiatement un lien entre communauté de travail et négociation collective.

Cela ne signifie pas pour autant que la communauté aura systématiquement des intérêts communs : il convient de distinguer également le type de négociation engagée. Ainsi, si la négociation porte sur les règles électorales par exemple, les juges auront tendance à prendre en considération l'unité sociale de l'entreprise⁷⁴⁹, donc la collectivité de travail. En revanche, si la négociation porte sur les conditions de travail au sein de l'entreprise, on se réfèrera plutôt

⁷⁴⁶ Cf. *Supra* A, 1.

⁷⁴⁷ (M-L.) MORIN, thèse préc., p. 282.

⁷⁴⁸ (M-L.) MORIN, thèse préc., p. 282 ; (J.D.) Reynaud, *Les règles du jeu et l'action collective, et la régulation sociale*, A. Colin, 1989, p. 78.

⁷⁴⁹ (M-L.) MORIN, thèse préc., p. 304.

à la relation contractuelle qui unit l'employeur et les salariés. Cette dissociation entre situation collective et situation contractuelle a suscité des difficultés juridiques notamment lorsque s'est posée la question de la prise en compte ou non des sous-traitants sur site dans l'entreprise d'accueil⁷⁵⁰. Ces derniers restent soumis à leur convention collective d'origine mais travaillent concrètement dans les mêmes conditions que les salariés de l'entreprise utilisatrice. L'évolution législative et jurisprudentielle en la matière est « révélatrice de l'inadéquation des collectivités classiques de négociation collective. La notion d'entreprise [est quant à elle] insuffisante pour l'appréhender⁷⁵¹ ».

En effet, l'entreprise demeure un cadre aux contours incertains, mouvants⁷⁵². Les périmètres sociaux sont parfois difficiles à identifier au sein d'une telle entité. La ou les collectivités de travail se superposent parfois à l'entreprise, tantôt dépassent le cadre de l'entreprise⁷⁵³. Les intérêts des salariés ne sont pas toujours les mêmes selon le niveau considéré. Par conséquent, il est difficile de garantir une représentation des salariés couvrant la totalité de l'entreprise. C'est pourquoi la jurisprudence a dû intervenir pour préciser des notions, telles l'établissement distinct ou encore l'UES⁷⁵⁴.

Cependant, d'une façon générale, il ressort des jurisprudences rendues à ce sujet une certaine coïncidence entre le cadre de l'entreprise et les collectivités de travail qui la composent.

Ainsi, l'établissement distinct se caractérise par une implantation géographique distincte, une pérennité organisationnelle et une certaine autonomie dans la gestion du personnel. Or, comme le relève Pierre-Yves Verkindt, « ces trois éléments sont aussi ceux qui permettent d'identifier la collectivité de travail⁷⁵⁵ ».

L'UES est appréhendée par le droit quasiment comme une entreprise comportant une unité économique et une unité sociale. La collectivité de travail est une des composantes de l'unité sociale.

On observe que ces jurisprudences se basent sur des éléments de proximité spatiale et une ou des interactions entre les entités concernées. Ceci explique pourquoi il est plus difficile d'identifier une collectivité de travail au sein d'un groupe : au sein d'un groupe, la collectivité

⁷⁵⁰ Cf. *Infra* Deuxième partie Titre 1, Sous-titre 2.

⁷⁵¹ (M-L.) MORIN, thèse préc., p. 307.

⁷⁵² Cf. *Supra* I.

⁷⁵³ (P-Y.) VERKINDT, art. préc., p. 1009.

⁷⁵⁴ Cf. *Supra* I.

⁷⁵⁵ (P-Y.) VERKINDT, art. préc., p. 1010.

de travail est généralement plus dispersée d'un point de vue spatial, juridique et sociologique⁷⁵⁶.

Mais surtout, la notion de collectivité de travail est appréhendée différemment selon la fonction qu'on lui confère. Comme le relève avec justesse le Professeur Verkindt, il s'agit en réalité d'une notion plus « instrumentale que fondamentale ». Les acteurs sociaux recourent à cette notion lorsqu'est en cause la protection du travailleur ou encore sa représentation. Les arrêts rendus par les magistrats portent effectivement pour l'essentiel sur ces thématiques. Il était donc logique que la réforme de 2008 portant sur la représentativité et donc la représentation des salariés soulève la question de la définition de la collectivité de travail.

⁷⁵⁶ *Ibid.*

CONCLUSION DU TITRE 2

La loi du 20 août 2008 modifie les critères de représentativité pour renforcer la légitimité des syndicats, plus spécialement dans la négociation collective. Elle ouvre par ailleurs les élections professionnelles aux syndicats non représentatifs et leur facilite la création d'une section syndicale au sein des entreprises. La mise en œuvre de ces mesures facilite effectivement l'implantation des syndicats dans les entreprises et est conforme à l'idée de pluralisme syndical qui sous-tend le droit français de la représentation⁷⁵⁷. Cependant, dans le même temps les nouvelles dispositions pourraient conduire à une réduction du nombre de syndicats représentatifs dans certaines entreprises et à leur précarisation. On ne peut donc pas réellement considérer que la réforme de 2008, en l'état, est favorable à la mise en œuvre de la représentation des salariés et du dialogue social dans les entreprises.

Le risque de réduction du nombre de syndicats représentatifs, même minime, et leur précarisation, pourrait par ailleurs encourager le recours aux modes de négociation dits « alternatifs » ou dérogatoires. Sans compter les incertitudes qui subsistent quant au rôle du représentant de la section syndicale dans les années à venir : quelle sera sa place dans la négociation collective ? Ce qui nous amène à nous interroger sur l'idée qui sous-tend la loi du 20 août 2008, à savoir renforcer la légitimité des syndicats. N'aurait-il pas mieux valu élargir la question à l'ensemble des acteurs susceptibles d'intervenir dans la négociation collective puisque c'est aujourd'hui la mission principale des syndicats⁷⁵⁸ ?

Par ailleurs, spécialement avec l'introduction du critère de l'audience, la loi du 20 août 2008 induit un risque de politisation des rapports entre acteurs de la négociation collective⁷⁵⁹ dans les entreprises, donc de tensions au sein de ces dernières, avec les conséquences que cela emporte, à savoir notamment le risque d'un ralentissement du dialogue social dans les entreprises. Or, ce risque résulte du fait que la réforme de la représentativité a été axée sur la légitimité des partenaires sociaux. La centrer davantage sur la question de leur rôle dans la négociation collective aurait permis d'éviter cet écueil.

⁷⁵⁷ Cf. *Supra* Sous-titre 1, Chapitre 1.

⁷⁵⁸ Cf. *Supra* Sous-titre 1, Chapitre 2.

⁷⁵⁹ Cf. *Supra* Sous-titre 2, Chapitre 1.

Se pose également la question de savoir s'il était opportun d'aborder la problématique de la sous-traitance sur site dans le cadre d'une réforme portant sur la représentativité⁷⁶⁰ : entend-t-on assurer une réelle représentation à ces salariés dans l'entreprise utilisatrice ? Cela est-il judicieux ? Selon nous la réponse est plutôt négative : en l'état, la loi du 20 août 2008 confère certains droits aux salariés mis à disposition, leur permettant notamment, sous certaines conditions de voter aux élections professionnelles. Ce qui risque de fausser le dialogue social et de perturber le fonctionnement des entreprises utilisatrices mais aussi des entreprises prestataires, les salariés ne pouvant pas voter dans les deux entités. Certes, la question de la représentation des salariés mis à disposition, plus spécialement des sous-traitants sur site, doit être abordée. Mais il nous semble que la loi du 20 août 2008 n'apporte qu'une solution partielle à une problématique en réalité bien plus vaste qui doit être distinguée de celle de la représentativité. On aboutit par conséquent à des situations paradoxales, voire à des impasses juridiques.

La mise en œuvre de la démocratie sociale se heurte par ailleurs à des difficultés tenant au problème de la délimitation des périmètres sociaux au sein de l'entreprise, cette dernière étant elle-même parfois difficile à délimiter. Cette question nous conduit à examiner les périmètres de représentation dans l'entreprise et nous renvoie à la question récurrente en droit du travail de la définition de la collectivité de travail qui est encore loin d'être résolue⁷⁶¹.

⁷⁶⁰ Cf. *Supra* Sous-titre 2, Chapitre 2.

⁷⁶¹ Cf. *Supra* Sous-titre 2, Chapitre 2.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

La loi du 20 août 2008 entend renforcer la légitimité des syndicats dans l'entreprise et dans la négociation collective. Pour ce faire, elle modifie les critères de représentativité, mettant un terme à la représentativité présumée dont bénéficiaient certains syndicats⁷⁶². Elle fait par ailleurs basculer le système de représentativité « descendant » qui existait auparavant vers un système de représentativité dit « ascendant » : la mesure de la représentativité des organisations syndicales au niveau national sera désormais réalisée à partir des résultats obtenus au niveau de l'entreprise. La légitimité des syndicats est renforcée par la mise en œuvre des nouveaux critères institués par la réforme, plus spécialement du critère de l'audience, censé refléter la voix, l'intention véritable des salariés. Par le vote, la légitimité des syndicats est renforcée.

Cependant, la problématique de la représentativité est complexe en premier lieu parce que le concept même de représentation est flou et a beaucoup évolué. Par ailleurs, les questions de représentativité et négociation collective sont étroitement liées et doivent être envisagées simultanément⁷⁶³. Selon nous, c'est donc sous un angle plus collectif, plus global, que la réforme de 2008 aurait dû être envisagée, ce qui éviterait un grand nombre de difficultés juridiques. Se limiter à la notion de légitimité nous paraît insuffisant pour réaliser une véritable réforme de la représentativité. Cette idée est étayée par un ensemble de constats résultant de l'analyse de la loi du 20 août 2008 que nous avons effectuée.

Ainsi, la loi du 20 août 2008 ouvre les élections professionnelles aux syndicats non représentatifs et leur facilite la création d'une section syndicale au sein des entreprises. La mise en œuvre de ces mesures facilite effectivement l'implantation des syndicats dans les entreprises et est conforme à l'idée de pluralisme syndical qui sous-tend le droit français de la représentation⁷⁶⁴. Cependant, dans le même temps les nouvelles dispositions pourraient conduire à une réduction du nombre de syndicats représentatifs et à leur précarisation. On ne peut donc pas réellement considérer que la réforme de 2008, en l'état, est favorable à la mise en œuvre de la représentation des salariés et du dialogue social dans les entreprises. Au niveau

⁷⁶² Cf. *Supra* Titre 1.

⁷⁶³ Cf. *Supra* Propos liminaires.

⁷⁶⁴ Cf. *Supra* Titre 2, Sous-titre 1, Chapitre 1.

national et interprofessionnel, on note que la réforme de 2008 ne semble pour le moment pas entraîner de grand changement, les syndicats dominants étant sensiblement les mêmes qu'auparavant. Ce constat est valable à un niveau plus local également : ainsi, lors des élections organisées dans les TPE pour la région Midi-Pyrénées par exemple, seules la CGT, FO et la CFDT ont recueilli plus de 10% des suffrages exprimés⁷⁶⁵.

Il ressort en outre de l'analyse de la réforme de 2008 qu'elle s'inscrit dans le processus engagé depuis plusieurs années qui tend à développer les modes de négociation dérogatoires⁷⁶⁶. Ce qui nous amène à nous interroger sur l'idée qui sous-tend la loi du 20 août 2008 : renforcer la légitimité des syndicats. Cette question et celle de la négociation collective doivent nécessairement être abordées concomitamment. Le législateur n'a pas ignoré ce fait puisqu'il a également modifié certaines règles concernant la validité des accords notamment. Toutefois, la question du rôle des acteurs dans la négociation collective, y compris du nouvel acteur institué par la réforme de 2008, à savoir le représentant de la section syndicale, n'a pas été réellement prise en compte. Ce qui soulève de nombreuses questions juridiques et pratiques qui auraient pu être réglées ou évitées en changeant simplement d'optique dans la manière d'appréhender la réforme de la représentativité.

En outre, spécialement avec l'introduction du critère de l'audience, la loi du 20 août 2008 induit un risque de politisation des rapports⁷⁶⁷ entre acteurs de la négociation collective qui résulte du fait que la réforme de la représentativité a été axée sur la légitimité des partenaires sociaux. La centrer davantage sur la question de leur rôle dans la négociation collective aurait permis d'éviter cet écueil.

Par ailleurs, il ne nous paraît pas opportun d'aborder la problématique de la sous-traitance sur site dans le cadre d'une réforme portant sur la représentativité⁷⁶⁸. Certes, la question de la représentation des salariés mis à disposition, plus spécialement des sous-traitants sur site, doit être abordée. Mais la loi du 20 août 2008 n'apporte qu'une solution partielle à une problématique qui est en réalité distincte. La question de la sous-traitance sur site mérite d'être posée car cette situation suscite des problèmes juridiques et pratiques liés à l'absence ou l'insuffisance de cadre légal réel sur ce sujet. Elle suscite notamment des

⁷⁶⁵Résultats disponibles à l'adresse : http://www.lorraine.direccte.gouv.fr/IMG/pdf/PV_electionTPE_MidiPy.pdf

⁷⁶⁶ Cf. *Supra* Titre 2, Sous-titre 1, Chapitre 2.

⁷⁶⁷ Cf. *Supra* Titre 2, Sous-titre 2, Chapitre 1.

⁷⁶⁸ Cf. *Supra* Titre 2, Sous-titre 2, Chapitre 2.

inégalités entre des salariés qui travaillent concrètement dans les mêmes conditions mais ne sont pas soumis aux mêmes conventions collectives. Cependant, mêler les représentants de deux sociétés distinctes en accordant la possibilité à un salarié sous-traitant d'être élu à la place d'un salarié de l'entreprise utilisatrice ne nous paraît pas opportun pour résoudre ce problème, cela risquant de perturber le dialogue social des deux entreprises (utilisatrice et prestataire), voire la représentation des salariés de l'entreprise utilisatrice. Ce constat nous conforte dans l'idée que le véritable problème réside dans les contradictions qui existent entre le régime légal et jurisprudentiel actuel de la sous-traitance et les pratiques des entreprises. Il conviendrait alors de prendre position sur cette question : soit tolérer une situation de fait et renoncer à appliquer des normes légales parfois inadaptées, soit compléter le cadre légal pour l'adapter aux pratiques.

La mise en œuvre de la démocratie sociale se heurte par ailleurs à des difficultés tenant au problème de la délimitation des périmètres sociaux au sein de l'entreprise, cette dernière n'étant pas clairement définie par le droit. Cette question nous amène à examiner les périmètres de représentation dans l'entreprise et nous renvoie à la question récurrente en droit du travail de la définition de la collectivité de travail⁷⁶⁹. Cette dernière analyse vient étayer notre idée selon laquelle la réforme de la représentativité suppose nécessairement une approche collective. Et implicitement, renvoie à la problématique du retard d'adaptation du droit du travail d'une façon générale, à l'internationalisation des échanges et à la mobilité des entreprises et de leurs salariés que nous ne développerons pas dans le cadre de cette thèse, ce sujet dépassant largement celui de la représentativité ou même de la représentation. Mais il est clair que la représentation des salariés ne pourra être assurée qu'à partir du moment où les collectivités de salariés, donc des intérêts communs, pourront être identifiées, du moins si l'on conserve la conception française actuelle de la représentativité. D'où l'intérêt peut-être de s'intéresser aux systèmes existants en Europe ou à l'étranger pour chercher des solutions⁷⁷⁰.

⁷⁶⁹ Cf. *Supra* Titre 2, Sous-titre 2, Chapitre 2.

⁷⁷⁰ Cf. *Infra* Deuxième partie, Titre 2.

DEUXIEME PARTIE

LA DEMOCRATIE SOCIALE RENOVEE : APPROCHE PRATIQUE

La loi du 20 août 2008 entraîne des conséquences juridiques notables et soulève de nombreuses questions, concernant la notion même de représentativité mais aussi le système de représentativité français⁷⁷¹.

Elle emporte également des conséquences pratiques importantes, comme nous avons pu en faire l'expérience en entreprise lorsqu'il a fallu organiser les premières élections professionnelles de la société Aerolia, peu après l'intervention de la réforme. A cette période toutefois les jurisprudences rendues sur le sujet étaient encore peu nombreuses. L'organisation des élections d'une autre société en 2009 nous a permis de mesurer pleinement l'impact de ces dernières, tant au niveau organisationnel qu'au regard du dialogue social dans l'entreprise (Titre 1).

Ces expériences nous amènent à nous interroger sur le concept de démocratie sociale lui-même, tel qu'il est envisagé par la loi du 20 août 2008. Est-il opportun de vouloir mettre en œuvre une telle démocratie en entreprise ? Les choix législatifs effectués sont-ils les plus adaptés à la réalité du terrain ? Nos analyses nous conduisent évidemment à constater que le système mis en place est encore perfectible et nous poussent à rechercher des pistes de solution pour réformer efficacement la représentativité, ce qui implique nécessairement de prendre en compte des incidences d'un tel changement sur la négociation collective en entreprise (Titre 2).

⁷⁷¹ Cf. *Supra* Première partie.

TITRE 1. LA DEMOCRATIE SOCIALE RENOVEE AU SEIN D'AEROLIA

La réforme du 20 août 2008 porte « rénovation de la démocratie sociale ». On constate en effet qu'elle porte une idée nouvelle : l'accès des syndicats à la représentativité est conditionnée par la mesure de leur audience aux élections professionnelles : leur légitimité reposant sur un élément objectif s'en trouve renforcée. En ce sens, on peut parler d'une innovation en matière de représentativité. Mais peut-on évoquer une « rénovation de la démocratie sociale » lorsque la question de la représentation des salariés dans l'entreprise, qui constitue le fond du problème, n'est pas abordée ? Comment une démocratie, quelle qu'elle soit, peut-elle exister si les personnes concernées n'ont pas l'assurance de pouvoir y participer ?

Par ailleurs, en appliquant les dispositions du 20 août 2008 sur le terrain, on s'aperçoit que la réforme ne tient pas nécessairement compte des difficultés pratiques qu'elle peut impliquer pour les entreprises.

L'exemple d'Aerolia est significatif. Il s'agit en effet d'une société créée au début de l'année 2009 au sein d'un groupe à forte empreinte syndicale, le groupe EADS NV. Lorsqu'il a fallu organiser les premières élections professionnelles, après l'intervention de la loi du 20 août 2008, ce contexte particulier a soulevé un certain nombre de questions qui méritent d'être examinées car elles témoignent des difficultés pratiques qui peuvent résulter du système de représentativité et de l'exercice de la démocratie sociale après 2008.

La loi du 20 août 2008 entraîne de nombreuses conséquences juridiques et pratiques, concernant notamment la mise en place des institutions représentatives du personnel.

Pour la société Aerolia, qui organisait ses premières élections professionnelles, dans un contexte social et sociétaire particulier, puisqu'il s'agit d'une société nouvellement créée, les effets de la réforme de 2008 se sont fait ressentir, soulevant de nombreuses questions juridiques, à commencer par celles qui résultent directement de la légitimité syndicale telle qu'elle est appréhendée par la réforme de 2008 (Sous-titre 1).

La loi du 20 août 2008 modifie par ailleurs les enjeux et la fonction même des élections professionnelles car leur résultat conditionne désormais l'accès des syndicats à la

représentativité. Ces changements entraînent de nombreuses conséquences juridiques et suscitent de nouvelles problématiques pratiques que nous avons pu découvrir lors de l'organisation des élections professionnelles d'Aerolia (Sous-titre 2).

Sous-titre 1 : Les effets de la nouvelle légitimité dans l'entreprise

On distingue traditionnellement deux canaux de représentation dans l'entreprise : l'un repose sur la désignation de représentants par les organisations syndicales, faculté qui découle directement du principe de la liberté syndicale. L'autre canal est le canal électif : les représentants sont élus.

La loi du 20 août 2008 renforce la légitimité syndicale en conditionnant l'accès à la représentativité des syndicats à l'obtention d'un pourcentage déterminé de suffrages. Ce faisant, elle atténue fortement la frontière existante entre ces deux canaux de représentation : « *la règle générale devient le double adoubement, syndical et électif*⁷⁷² ».

Le dispositif de la loi du 20 août 2008 vise par ailleurs à faciliter l'implantation des syndicats dans les lieux de travail. Pour ce faire, elle ouvre l'accès à certaines prérogatives aux organisations syndicales non représentatives et institue un nouvel acteur : le représentant de la section syndicale.

Afin de faciliter renforcer la légitimité des syndicats et de leurs représentants dans les négociations, la loi du 20 août 2008 apporte certains changements tenant notamment à la désignation des délégués syndicaux.

Elle institue en même temps un nouveau représentant, le représentant de la section syndicale. Ces différents changements doivent être analysés et mis en parallèle afin de déterminer d'une part si, conformément aux objectifs annoncés par la réforme, le représentant de la section syndicale permet effectivement de faciliter l'implantation des syndicats dans les entreprises et d'autre part de déterminer son rôle et sa place par rapport aux délégués syndicaux, figures emblématiques de la négociation en entreprise. A-t-il un rôle complémentaire ou risque-t-il de venir concurrencer les organisations syndicales représentatives ? D'une manière générale, quelle sera la place respective des syndicats représentatifs et des syndicats non représentatifs dans la démocratie sociale renouvelée ? Cet examen nous révèle que la réforme de 2008 se traduit par une certaine ambivalence dans la mesure où d'un côté, elle renforce la légitimité

⁷⁷² (E.) COLLOMP, « La loi du 20 août 2008 sur la démocratie sociale : bilan des deux premières années d'application », *Dr. Soc.*, janvier 2011, p. 60.

des syndicats⁷⁷³ et permet effectivement l'implantation de nouvelles organisations syndicales, mais d'un autre côté elle ne favorise pas nécessairement le maintien des syndicats représentatifs dans l'entreprise (Chapitre 1).

Par ailleurs, il ressort de l'analyse de la loi du 20 août 2008 que les modifications et nouveautés qu'elle apporte en matière de légitimité n'affectent pas que la mise en place des institutions représentatives du personnel.

En effet, la réforme de 2008 ouvre l'accès à certaines prérogatives aux syndicats non représentatifs. La question des moyens d'expression et de communication des syndicats dans l'entreprise revêt alors une importance accrue car ces derniers vont largement être mis en œuvre avant les élections.

Les effets de la loi du 20 août 2008 se font toutefois sentir bien au-delà du cadre de l'entreprise et conduisent notamment à s'interroger sur les changements institutionnels qu'implique la réforme de la représentativité (Chapitre 2).

⁷⁷³ Cf. *Supra* Première partie, Titre 1, Sous-titre 2.

Chapitre 1 : La place des syndicats représentatifs dans la démocratie sociale rénovée : les ambivalences de la réforme

La loi du 20 août 2008 entend rénover la démocratie sociale. Pour ce faire, elle renforce la légitimité des syndicats en basant leur représentativité sur les résultats électoraux, supposés refléter de manière fiable l'avis des salariés.

Par ailleurs, le législateur de 2008 souhaite ouvrir la porte du dialogue social à d'autres acteurs. Ainsi, pour permettre aux syndicats qui ne l'auraient pas d'acquérir la qualité représentative, clé d'accès aux négociations collectives, le législateur entend favoriser leur implantation dans l'entreprise par l'intermédiaire du « représentant de la section syndicale ». La mise en place de ce nouvel acteur ne va pas sans entraîner quelques changements importants pour les acteurs qui étaient auparavant en place dans l'entreprise.

Conformément aux dispositions de la loi du 20 août 2008⁷⁷⁴, les mandats des délégués syndicaux dont le contrat de travail a été transféré à Aerolia se sont poursuivis en attendant l'organisation des prochaines élections professionnelles dans l'entreprise.

Cependant, la loi du 20 août 2008 qui modifie les modalités d'accession à la représentativité a de nombreuses incidences pratiques sur la mise en place des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise et sur la désignation des délégués syndicaux. On constate qu'au final, si la réforme de 2008 vise à favoriser l'implantation des syndicats non représentatifs dans l'entreprise, en revanche, elle ne contribue pas au maintien des syndicats représentatifs. La légitimité de ces derniers est en effet renforcée⁷⁷⁵ mais devient plus difficile à conserver (Section 1).

Par ailleurs, on peut s'interroger sur la nouvelle instance de représentation instituée par la loi du 20 août 2008, le représentant de la section syndicale, à ses conditions de mise en place et à ses prérogatives. Ce dernier est présenté comme un acteur susceptible de favoriser l'implantation des syndicats non représentatifs dans l'entreprise, a priori non habilité à négocier. Un examen détaillé du dispositif de la réforme révèle toutefois que, dans certains cas, le représentant de la section syndicale pourrait avoir un rôle plus important qu'il y paraît. On peut alors se demander quelle peut être en pratique, la fonction exacte de ce représentant,

⁷⁷⁴ Art. 13 de la loi du 20 août 2008.

⁷⁷⁵ Cf. *Supra* Première partie, Titre 1, Sous-titre 2.

comment s'articulent ses prérogatives avec celles des délégués syndicaux ? Il ressort de l'analyse du dispositif de la loi du 20 août 2008 en son état actuel que dans quelques hypothèses, le représentant de la section syndicale pourrait être amené à négocier alors même qu'un syndicat est présent dans l'entreprise. Après 2008, les syndicats représentatifs bénéficient donc d'une légitimité renforcée mais doivent faire face à une concurrence institutionnelle accrue (Section 2).

Section 1 – Une légitimité renforcée mais plus difficile à conserver

Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, la loi offre la possibilité aux organisations syndicales représentatives de désigner un représentant syndical⁷⁷⁶. Comme par le passé, le délégué syndical doit être âgé d'au moins 18 ans, travailler depuis un an au moins dans l'entreprise et jouir de tous ses droits civiques⁷⁷⁷. Comme auparavant, la désignation d'un délégué syndical peut être contestée par tout intéressé devant le tribunal d'instance dans les quinze jours suivant la désignation⁷⁷⁸.

Dans les entreprises qui auraient commencé à préparer les prochaines élections professionnelles après le 22 août 2008, tout syndicat représentatif, selon les anciens critères, peut procéder à la désignation d'un délégué syndical, sans prendre en compte les seuils d'audience instaurés par la nouvelle loi.

La réforme du 20 août 2008 institue de nouvelles règles de représentativité. En outre, elle modifie les conditions requises pour la désignation des délégués syndicaux dans l'entreprise en imposant notamment que ces derniers aient recueilli un nombre de voix suffisant aux dernières élections professionnelles. Le nouveau dispositif prévoit donc que les désignations soient légitimées par les élections, ce qui entraîne certaines conséquences qu'il convient d'examiner ici (§1).

Ces changements suscitent de nombreuses interrogations, tenant notamment au devenir des mandats des délégués syndicaux (§2).

⁷⁷⁶ Art. L. 2143-3 du Code du travail.

⁷⁷⁷ Art. L. 2143-1 du Code du travail.

⁷⁷⁸ Art. L. 2143-8 CT.

§1. Des désignations légitimées par les élections

La réforme de 2008 subordonne, comme par le passé, la désignation d'un délégué syndical à la représentativité du syndicat auteur de la désignation. Toutefois, à cette condition elle en ajoute une nouvelle : la personne désignée doit elle aussi avoir obtenu, à titre individuel, 10% des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles. L'introduction de cette double condition d'audience entraîne certaines conséquences juridiques et pratiques pour la désignation des délégués syndicaux (I).

Par ailleurs, des difficultés risquent de se poser si à l'issue des élections aucun candidat ne satisfait au critère d'audience requis pour être désigné délégué syndical, le nouveau dispositif légal n'offrant pas de solution applicable à tous les cas de figure (II).

I. Les effets de la double condition d'audience

La possibilité de désigner un délégué syndical est désormais soumise à une double condition d'audience. Elle est donc subordonnée aux résultats des élections professionnelles. Ce faisant, un lien est établi entre désignation et élection (A).

Cependant, la réforme de 2008 ne précise rien au sujet du délégué syndical supplémentaire et du délégué syndical central ce qui laisse à penser que la désignation de ces derniers serait peut-être soumise à des conditions moins contraignantes que celle des délégués syndicaux. Cette différence de traitement nous paraît toutefois justifiée (B).

A. Le lien établi entre désignations et élections

Le nouveau dispositif soumet la désignation des délégués syndicaux à des règles plus strictes, en fixant des seuils d'audience à atteindre à la fois pour le candidat, pris individuellement, et pour le syndicat auteur de la désignation. La création de ce lien entre désignations et élections risque d'affecter l'exercice des prérogatives syndicales dans l'entreprise. (1).

Par ailleurs, la nécessité d'obtenir 10% des suffrages à titre individuel pour pouvoir être désigné délégué syndical nous paraît discutable. On peut alors s'interroger sur l'utilité d'instaurer une double condition d'audience (2).

1. L'incidence sur l'exercice des prérogatives syndicales

L'article L. 2143-3 du Code du travail dispose désormais que « *chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement de cinquante salariés ou plus, qui constitue une section syndicale, désigne parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel (...), un ou plusieurs délégués syndicaux pour la représenter auprès de l'employeur* ». Dans les entreprises de moins de cinquante salariés, il est précisé que la représentativité du syndicat s'apprécie au niveau de l'établissement⁷⁷⁹.

Certains partenaires sociaux et employeurs ont tenté d'assouplir ces nouvelles règles. La Cour de cassation est intervenue pour préciser que cela n'est pas possible, pour plusieurs raisons.

D'une part, le critère de l'audience est évidemment d'ordre public absolu : un employeur ou un accord collectif ne sauraient reconnaître la qualité représentative à un syndicat qui n'a pas obtenu le pourcentage de voix requis pour être représentatif⁷⁸⁰. Suivant la même logique, un employeur ne peut pas se faire juge de la validité de la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement, le juge des référés étant seul compétent pour faire cesser ce trouble manifestement illicite⁷⁸¹.

D'autre part, concernant le périmètre de désignation, la Cour de cassation précise que pour pouvoir désigner un délégué syndical dans un établissement, l'organisation syndicale doit avoir obtenu 10% des suffrages au niveau de cet établissement, cette règle ne pouvant pas être remise en cause par un accord collectif ou un engagement unilatéral de l'employeur⁷⁸². Idem pour le périmètre d'appréciation de la représentativité : doivent être prioritairement pris en compte les résultats obtenus par les syndicats aux élections du comité d'entreprise ou du comité d'établissement. Le score obtenu aux élections des délégués du personnel n'est pris en compte qu'en l'absence des deux précédents⁷⁸³, aucun accord collectif ne peut déroger à cette

⁷⁷⁹ Article L. 2143-6 du Code du Travail.

⁷⁸⁰ Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.406, *Bull.* 2011, V, n° 116 ; *Liaisons sociales Quotidien*, n° 15865, 25 mai 2011, p. 1.

⁷⁸¹ Cass. Soc., 24 octobre 2012, n° 11-20.346, Publié au bulletin ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.* janvier 2013, p. 81.

⁷⁸² Cass. Soc., 6 janvier 2011, n° 10-18.205, *Bull.* 2011, V, n° 9 ; *Liaisons sociales Quotidien*, n° 15770, 11 janvier 2011, p. 1 ; (F.) PETIT, « Le périmètre de désignation des délégués syndicaux », *Dr. Soc.* avril 2011, p. 415.

⁷⁸³ Cass. Soc., 13 juillet 2010, n° 10-60.148, *Bull.* 2010 V, n° 176.

règle⁷⁸⁴. Ce faisant, la Haute juridiction fait application du principe de concordance dans l'esprit de la loi de 2008 qui va clairement dans le sens d'une extension de ce principe⁷⁸⁵.

Désormais, pour pouvoir désigner un délégué syndical, chaque organisation syndicale représentative doit donc avoir créé une section syndicale et avoir recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des membres titulaires du comité d'entreprise⁷⁸⁶ ou de la délégation unique du personnel, ou des délégués du personnel. La réforme de 2008 lie ainsi étrangement les désignations aux élections, contribuant à augmenter la confusion ambiante entre institutions désignées et institutions élues. Accroître la légitimité des organisations syndicales en rénovant la démocratie sociale signifierait qu'il faut obligatoirement passer par le vote des salariés.

Cette condition d'audience se double d'une seconde exigence qui figure à l'article L. 2143-3 du Code du travail modifié par la loi du 20 août 2008 : le délégué syndical désigné doit avoir obtenu, personnellement⁷⁸⁷, 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel, dans le collège où il était candidat⁷⁸⁸, le Code du travail⁷⁸⁹ n'imposant aucune priorité entre ces différents scrutins⁷⁹⁰, ni qu'ils « couvrent l'intégralité du périmètre d'appréciation de la représentativité du syndicat ou d'exercice du mandat conféré au salarié⁷⁹¹ ». En effet, « *s'agissant du syndicat, l'article L. 2122-1 du code du travail, prévoit que le score électoral en tant qu'élément déterminant de sa représentativité est celui obtenu au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants. Le « à défaut» a pour effet d'opérer une hiérarchie entre les diverses élections dans l'entreprise⁷⁹²* ». Or, ce terme « à défaut » ne figure pas dans l'article L. 2143-3 du Code du travail. Ce dernier n'impose donc aucune hiérarchie entre les scrutins visés. Quant

⁷⁸⁴ Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.406, préc.

⁷⁸⁵ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 2.

⁷⁸⁶ Art. L. 2122-1 du Code du travail ; (G.) BORENFREUND, « Le périmètre de désignation des délégués syndicaux : les ressorts d'un changement de cap », *RDT* Juillet/août 2011, p. 424.

⁷⁸⁷ Voir par exemple Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-26.762, *Bull.* 2011 V, n° 212 ; note (B.) GAURIAU, *JCP S* n° 8, 21 février 2012, p. 40-42.

⁷⁸⁸ Cass. Soc., 29 juin 2011, n° 10-19.921, *Bull.* 2011 V, n° 179 ; (G.) BORENFREUND, « Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. Soc.* juin 2013, p. 489.

⁷⁸⁹ Art. L. 2143-3 du Code du travail.

⁷⁹⁰ Cass. Soc., 13 juillet 2010, n° 10-60.148, préc. ; (F.) PETIT, « Les syndicats mis à l'épreuve des scrutins », art. préc., p. 1247.

⁷⁹¹ Cass. Soc., 28 novembre 2012, n° 12-13.628, Publié au bulletin ; (G.) BORENFREUND, art. préc., p. 490.

⁷⁹² (J.-M.) BERAUD, Rapport sous Cass. Soc., 28 novembre 2012, arrêt préc.

à l'exigence d'une concordance entre le périmètre géographique couvert par l'élection à laquelle un candidat doit obtenir 10% des suffrages et le périmètre qui permet à un syndicat de devenir représentatif, le code du travail ne prévoit pas une telle exigence. En outre, comme le relève Monsieur Béraud⁷⁹³, « *ce serait même l'amputer d'une possibilité qu'il offre* » car en pratique, dans les entreprises de plus de cinquante salariés, les délégués du personnel sont implantés localement, généralement par service ou atelier. Dans les entreprises à établissements distincts, alors que le comité d'entreprise peut être unique, les délégués du personnel sont encore plus dispersés. Par conséquent, les élections des délégués du personnel pourraient ne jamais être prises en compte pour l'accès aux fonctions de délégué syndical alors que le texte prévoit cette possibilité⁷⁹⁴. La Cour de cassation respecte ainsi la liberté de choix du syndicat représentatif qui pourrait, par exemple, préférer désigner un candidat à l'élection des délégués du personnel ayant obtenu 10% des suffrages quand bien même un autre salarié aurait obtenu 10% des voix à l'élection des membres du comité d'entreprise. Le fait que l'élection retenue pour mesurer l'audience personnelle du salarié ne couvre pas le même périmètre que l'élection prise en compte pour mesurer la représentativité du syndicat auteur de la désignation ne saurait limiter cette liberté de choix⁷⁹⁵. Tout du moins, il suffit que le périmètre pris en compte pour calculer l'audience personnelle coïncide partiellement avec celui de la mesure de la représentativité, une concordance exacte n'est pas exigée.

En réalité, la réforme du 20 août 2008 affecte surtout l'étendue des missions du délégué et des prérogatives du syndicat qui l'a désigné⁷⁹⁶. En effet, lorsque le candidat de l'organisation syndicale n'a pas recueilli les 10% requis aux dernières élections, il ne peut plus être désigné délégué syndical⁷⁹⁷. Le syndicat concerné risque alors de ne plus avoir de représentant pour négocier et conclure les accords collectifs.

Heureusement, le législateur a paré à cette éventualité en précisant que « *s'il ne reste dans l'entreprise ou l'établissement plus aucun candidat aux élections professionnelles qui remplit les conditions mentionnées au premier alinéa, une organisation syndicale représentative peut désigner un délégué syndical parmi les autres candidats ou, à défaut, parmi des adhérents au*

⁷⁹³ *Ibid.*

⁷⁹⁴ *Ibid.*

⁷⁹⁵ (E.) JEANSEN, note sous Cass. Soc. 28 novembre 2012, *JCP S* n° 5, 29 janvier 2013, p. 36.

⁷⁹⁶ (F.) DUQUESNE, « Un délégué syndical en devenir : le nouveau représentant de la section syndicale », *Dr. Soc.* 2008, p. 1085.

⁷⁹⁷ Art. L. 2143-1 du Code du travail.

*sein de l'entreprise ou de l'établissement*⁷⁹⁸». Reste que cette disposition ne manque pas de susciter également quelques interrogations quant à l'interprétation qu'il convient de lui donner⁷⁹⁹.

Par ailleurs si l'organisation syndicale considérée n'a pas recueilli 10% des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles, elle ne sera plus représentative et devra se contenter de désigner un représentant de section syndicale, lequel n'est pas habilité à négocier⁸⁰⁰.

Le syndicat qui ne remplit pas le critère de l'audience risque donc de ne pas être reconnu représentatif. Et même si ce syndicat est reconnu représentatif, il risque d'être privé de la possibilité d'exercer de nombreuses prérogatives syndicales, la désignation du délégué syndical et le plein exercice des prérogatives syndicales étant désormais clairement liés aux résultats des élections professionnelles.

2. *L'utilité discutable de la double condition d'audience*

Si la condition d'audience imposée aux syndicats pour pouvoir désigner des délégués syndicaux peut se justifier, le fait que ce seuil d'audience de 10% soit également exigé à titre individuel risque seulement de doubler les difficultés à désigner un représentant ou bien tout simplement de se révéler inutile.

On notera à ce propos que la Cour de cassation a jugé qu'un syndicat qui se désaffilie ne peut par la suite se prévaloir des suffrages obtenus sous son affiliation antérieure⁸⁰¹. La Cour de cassation considère donc que le vote des électeurs exprime une préférence pour un mouvement syndical, indépendamment des personnes physiques ou morales qui composent le syndicat⁸⁰². En revanche, la Haute juridiction affirme que la désaffiliation postérieure d'un candidat ne remet pas en cause sa désignation, « le score électoral exigé par l'article L. 2143-3 du Code du travail [étant] un score personnel qui [habilite le candidat] à recevoir mandat de représentation par un syndicat représentatif⁸⁰³ ». Ces décisions montrent que le critère de l'audience sert à mesurer la représentativité du syndicat et sa légitimité qui est ainsi appréciée

⁷⁹⁸ Art. L. 2143-3 du Code du travail.

⁷⁹⁹ Cf. *Infra* B.

⁸⁰⁰ Art. L. 2142-1-1 du Code du travail.

⁸⁰¹ Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-21.705, préc. ; (M.) GREVY, « Affiliation syndicale et démocratie sociale : à propos des arrêts du 18 mai 2011 », préc. ; cf. *Infra* Sous-titre 2, Chapitre 1, Section 2.

⁸⁰² Cf. *Supra* Première partie, Titre 1, Sous-titre 1, Chapitre 2.

⁸⁰³ Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-26.762, *Bull.* 2011, V, n° 212 ; (M.) GREVY, « De quelques incidences de la désaffiliation sur la représentativité et l'exercice du droit syndical », préc.

via le vote des salariés. Dès lors, pourquoi instaurer un seuil d'audience pour le candidat à titre individuel ? Son aptitude à représenter le syndicat variera-t-elle selon le nombre de voix qu'il obtient aux élections ? Son habilitation sera-t-elle moins légitime si à titre individuel il ne recueille pas 10% des suffrages alors que son syndicat a obligatoirement obtenu un tel score pour pouvoir le désigner ?

On peut répondre à cela que la Cour de cassation distingue en réalité la légitimité du syndicat de la légitimité personnelle du candidat. Cependant, en pratique cette « deuxième » légitimité nous semble superflue : en effet, dans le cadre des négociations le candidat représentera son syndicat. Dans l'entreprise aussi. Reste que les électeurs votent certainement en fonction de la personnalité du candidat mais ce critère de vote a toujours existé. Cette double « légitimité » est déjà sous-jacente dans n'importe quel vote.

L'utilité d'instaurer un seuil de 10% à titre individuel nous paraît alors plus que discutable. D'autant plus qu'en pratique, soit un syndicat sera largement représentatif en obtenant nettement plus de 10% des suffrages exprimés, soit il aura à peine le pourcentage de voix requis et son candidat risque de ne pas obtenir les 10% à titre individuel. Le cas de figure intermédiaire posé par la loi risque en pratique de se présenter assez rarement.

B. Le délégué syndical central privilégié

Les différences de traitement entre syndicats représentatifs et non représentatifs sont admises depuis longtemps, sous certaines conditions, par le Conseil constitutionnel⁸⁰⁴. En revanche, l'intervention législative de 2008 fait ressurgir la question de l'égalité de traitement entre syndicats représentatifs.

Suivant les règles établies pour la désignation des délégués syndicaux, la réforme de 2008 modifie les dispositions relatives à la désignation des délégués syndicaux supplémentaires (1).

Concernant la désignation du délégué syndical central en revanche, la loi du 20 août 2008 n'apporte pas de modification majeure. Ainsi, le dispositif légal de 2008 n'impose pas que ce dernier ait obtenu à titre individuel un seuil d'audience aux élections professionnelles

⁸⁰⁴ Cons. Constit., 14 décembre 1982, n° 82-148 DC, relative à la loi portant sur la composition des conseils d'administration des caisses de sécurité sociale, qui admet le monopole des candidatures des syndicats représentatifs ; Cons. Constit., 19 et 20 juillet 1983, n° 83-162 DC ; (L.) PECAUT-RIVOLIER, « Différence de traitement entre syndicats représentatifs », Rapport sur Soc. 29 mai 2013, n° 12-26.955, *Dr. Soc.* juillet-août 2013, p. 599.

pour pouvoir être désigné. La réforme aurait-elle institué un privilège particulier au profit du délégué syndical central ? En réalité, cette différence de régime se justifie juridiquement. On observe que d'autres différences de traitement entre syndicats sont également admises en la matière (2).

1. Le délégué syndical supplémentaire

Dans les entreprises qui comptent cinq cent salariés et plus, les syndicats peuvent désigner un délégué syndical supplémentaire⁸⁰⁵.

Toutefois, comme pour la désignation des délégués syndicaux, la loi du 20 août 2008 a modifié ces dispositions en y intégrant les nouveaux critères de représentativité. Ainsi, l'article L. 2143-4 du Code du travail dispose désormais que pour désigner un délégué syndical supplémentaire, le syndicat doit être représentatif, c'est-à-dire qu'il doit avoir obtenu au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires du comité d'entreprise.

Le syndicat auteur de la désignation doit en outre disposer d'un ou plusieurs élus dans le collège des ouvriers et employés et au moins un élu dans l'un des deux autres collèges⁸⁰⁶.

A la différence du délégué syndical, qui peut être désigné dans l'entreprise ou l'établissement, le délégué syndical supplémentaire doit être désigné au niveau de l'entreprise⁸⁰⁷.

Le Code du travail précise que le délégué syndical supplémentaire doit, comme le délégué syndical, être choisi parmi les candidats qui ont obtenu 10% des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles⁸⁰⁸. Toutefois, comme pour le délégué syndical, s'il ne reste plus aucun candidat satisfaisant au critère de l'audience, le syndicat peut désigner le délégué syndical supplémentaire parmi ses adhérents⁸⁰⁹.

On constate donc que le mandat du délégué syndical supplémentaire devient, comme celui du délégué syndical, subordonné au résultat des élections professionnelles⁸¹⁰.

⁸⁰⁵ Art. L. 2143-4 du Code du travail.

⁸⁰⁶ Art. L. 2143-4 al. 1 du Code du travail.

⁸⁰⁷ Art. L. 2143-4 al. 1 du Code du travail.

⁸⁰⁸ Art. L. 2143-4 al. 2 du Code du travail.

⁸⁰⁹ Cass. Soc., 14 décembre 2011, n° 10-26.081, inédit.

⁸¹⁰ (A.) BRICE, Le sort des mandats désignatifs liés aux résultats des élections professionnelles, *Dr. Soc.*, décembre 2009, p. 1225.

2. Des différences de traitement justifiées

La loi du 20 août 2008 n'impose pas que le délégué syndical central ait obtenu à titre individuel un seuil d'audience aux élections professionnelles pour pouvoir être désigné. Ce « privilège » peut paraître surprenant mais selon nous cette différence de régime se justifie (a).

Par ailleurs, les juges ont dû se prononcer concernant la possibilité de prévoir par un accord la désignation de délégués syndicaux centraux supplémentaires : celui-ci peut-il contenir des mesures inégalitaires ? La Cour de cassation apporte ici quelques éclaircissements qui procèdent d'une suite logique au vu de ses jurisprudences antérieures (b).

a. L'absence d'audience individuelle pour le DS central - A la différence du délégué syndical, le législateur n'exige pas que le délégué syndical central ait recueilli 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles à titre individuel. En effet, la loi du 20 août 2008 indique seulement que le délégué syndical doit être désigné par une organisation syndicale ayant obtenu 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel⁸¹¹. Elle précise que le seuil d'audience doit être calculé en additionnant le nombre de suffrages recueillis dans l'ensemble des établissements de l'entreprise considérée⁸¹². Ainsi, le délégué syndical central ne doit pas nécessairement être choisi parmi les candidats aux dernières élections professionnelles.

La circulaire DGT du 13 novembre 2008⁸¹³ confirme cette interprétation des textes en énonçant expressément qu' « *il n'y a pas d'obligation de choisir le délégué syndical central parmi les candidats aux dernières élections professionnelles* ».

Pourtant, l'article L. 2143-5 du Code du travail énonce que « *l'ensemble des dispositions relatives au délégué syndical d'entreprise est applicable au délégué syndical central* ».

Les juges, à qui il appartient de trancher, auraient donc pu décider sur ce fondement que le seuil d'audience requis à titre individuel pour le délégué syndical doit également avoir été obtenu par le délégué syndical central. En effet, rien ne semble justifier une telle différence de traitement entre les deux représentants. Le délégué syndical central bénéficie en outre lui

⁸¹¹ Art. 5 de la loi du 20 août 2008, paragraphe IV.

⁸¹² Art. L. 2143-5 du Code du travail.

⁸¹³ Circ. DGT, n° 20 du 13 novembre 2008, préc.

aussi de la capacité de négocier des accords collectifs. Pourquoi la condition de légitimité exigée pour ce dernier dans la négociation serait-elle moindre ?

Cependant, le fait que la condition d'audience ne soit pas exigée pour la désignation du délégué syndical central semble justifié.

En effet, la condition de représentativité s'apprécie au niveau auquel est envisagée la désignation. Pour un délégué syndical central, elle devrait donc s'apprécier au niveau de l'entreprise.

Le seuil d'audience requis pour être désigné délégué syndical est obtenu lors des élections des titulaires du comité d'entreprise ou d'établissement, à défaut, lors des élections des délégués du personnel.

Suivant cette logique, pour pouvoir être désigné délégué syndical central, le salarié devrait avoir obtenu 10% des suffrages exprimés lors des élections des titulaires au comité central d'entreprise pour être valablement considéré comme représentatif.

Concernant l'interprétation qu'il convient de faire à ce sujet, le texte de l'article L. 2143-5 du Code du travail n'est pas d'une grande aide et pour cause : il date de 1982, « bien avant que la désignation d'un délégué syndical d'établissement ne soit conditionnée par l'obtention, pour ce dernier, d'un score électoral d'au moins 10% des voix exprimées aux dernières élections⁸¹⁴ ». Le fait que la réforme de 2008 n'ait pas modifié ce texte pouvant s'interpréter de deux façons : soit le législateur a souhaité que l'on continue de se référer aux anciennes conditions de désignation du délégué syndical d'établissement ; soit au contraire, en le laissant intact, il a manifesté sa volonté de voir s'appliquer les règles issues de la loi du 20 août 2008 dans cette hypothèse aussi. Comme le souligne Franck Petit, « c'est donc ailleurs qu'il fallait chercher une clé d'interprétation ».

De plus, toutes les entreprises ne disposent pas d'un comité central.

Par conséquent, il serait parfois impossible d'exiger une telle représentativité ce qui risquerait de créer des inégalités entre les syndicats d'une entreprise à l'autre.

⁸¹⁴ (F.) PETIT, obs. sous Cass. Soc., 16 novembre 2011, *Dr. Soc.* janvier 2012, p. 107.

Enfin, il n'existe aucun scrutin permettant de mesurer l'audience au niveau du délégué syndical central⁸¹⁵.

Au vu de ces éléments, il est donc logique que la réforme n'impose pas le seuil d'audience au délégué syndical central et que l'on continue à se référer aux anciennes conditions de désignation du délégué syndical central. La Cour de cassation s'est d'ailleurs prononcée en ce sens dans un arrêt du 16 novembre 2011⁸¹⁶.

b. Désignation d'un DS supplémentaire : une suite logique - Une autre question s'est posée à la Cour de cassation concernant cette fois la possibilité de prévoir par un accord collectif la désignation de délégués syndicaux centraux supplémentaires et surtout dans quelle mesure cet accord pouvait prévoir des avantages au profit de certains syndicats sans rompre le principe d'égalité entre organisations syndicales.

En l'espèce, par un accord collectif signé en mars 2012, la société AXA prévoyait la possibilité pour les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise de désigner, en sus du délégué syndical central institué par l'article L. 2143-5 du code du travail, un délégué syndical central supplémentaire lorsque l'organisation syndicale est représentative dans cinq ou six établissements, et deux délégués syndicaux centraux supplémentaires lorsque l'organisation syndicale est représentative dans au moins sept établissements. Le syndicat UDDA-UNSA, non signataire de l'accord, a désigné trois délégués syndicaux centraux. La société AXA a saisi le tribunal d'instance qui a annulé les désignations, le syndicat n'étant pas représentatif dans au moins 7 établissements. L'UDDA a formé un pourvoi à l'encontre de cette décision.

Trois questions se posent alors à la Cour de cassation : un accord peut-il subordonner la désignation de représentants syndicaux surnuméraires à des conditions supplémentaires par rapport à celles posées par la loi, en l'occurrence des conditions de représentativité au niveau de l'établissement ? Si oui, l'accord peut-il faire une différence entre les syndicats qui remplissent cette condition supplémentaire et ceux qui ne la remplissent pas ? Et dans ce cas,

⁸¹⁵ (F.) PETIT, obs. préc. ; (M.-L.) MORIN, (L.) PECAUT-RIVOLIER, (Y.) STRUILLOU, *Le guide des élections professionnelles*, ouvrage préc., p. 812.

⁸¹⁶ Cass. Soc., 16 novembre 2011, n° 10-28.201, *Bull.* 2011, V, n° 270 ; *Liaisons sociales Quotidien*, 23 novembre 2011, n° 15981, p. 1.

quel critère peut justifier objectivement la rupture de l'égalité entre syndicats représentatifs⁸¹⁷ ?

On sait que la Haute juridiction a déjà eu à statuer dans un cas similaire, concernant une différence de traitement prévue par un accord entre organisations syndicales représentatives dans l'octroi d'un financement⁸¹⁸. La Cour de cassation a considéré qu'une telle différence de traitement était possible dès lors que ces règles inégalitaires sont établies en fonction de raisons objectives matériellement vérifiables liées à l'influence de chaque syndicat dans le champ de l'accord.

En 2010, la Cour de cassation décide qu'un accord collectif peut prévoir des avantages au profit des syndicats représentatifs dès lors que ces avantages sont en lien avec la qualité représentative⁸¹⁹, à condition que la différence de traitement soit justifiée par des « raisons objectives matériellement vérifiables⁸²⁰. On remarque que le respect du principe de faveur est une condition nécessaire mais non suffisante⁸²¹ : pour que l'accord qui instaure une différence de traitement soit valable encore faut-il que cette différence de traitement soit justifiée par les « raisons objectives matériellement vérifiables » que le juge appréciera.

Seul un accord collectif peut permettre à une confédération et des organisations syndicales qui lui sont affiliées de désigner sur un même périmètre un nombre de délégués syndicaux supérieur à celui prévu par la loi⁸²².

Au vu de ces précédents jurisprudentiels, la solution rendue par la Haute juridiction dans l'affaire AXA/UDPA n'a alors rien de surprenant : l'accord prévoit un avantage au profit des syndicats représentatifs remplissant certaines conditions ; cette disposition ne prive pas lesdits syndicats du bénéfice de leurs droits légaux puisqu'ils conservent en toute hypothèse la possibilité de désigner des délégués syndicaux centraux selon les règles de l'article L. 2143-5 du Code du travail. De plus, cette différence de traitement est justifiée par des raisons

⁸¹⁷ (L.) PECAUT-RIVOLIER, « Différence de traitement entre syndicats représentatifs », Rapport sur Soc. 29 mai 2013, n° 12-26.955, préc., p. 598.

⁸¹⁸ Cass. Soc., 10 octobre 2007, n° 05-45.347, préc.

⁸¹⁹ Cass. Soc., 22 septembre 2010, n° 09-60.410, *Bull.* 2010 V, n° 194.

⁸²⁰ Notion dégagée en 2007 à propos des atteintes au principe « à travail égal, salaire égal » : Cass. Soc., 15 mai 2007, n° 05-42.894, *Bull. Civ. V*, n° 75 ; voir aussi Cass. 10 octobre 2007, préc. ; (C.) RADE, « Différence de traitement entre syndicats représentatifs », art. préc., p. 606.

⁸²¹ (C.) RADE, art. préc., p. 607.

⁸²² Cass. Soc., 15 juin 2011, n° 10-20.761, *Bull.* 2011 V, n° 158.

objectives matériellement vérifiables⁸²³ liées à l'influence de chaque syndicat en rapport avec l'objet de l'accord : le nombre d'établissement dans lequel le syndicat doit avoir acquis la représentativité est précis et objectif. Le critère est par ailleurs pertinent, la Cour relevant qu'il s'agit d'une mesure « proportionnée à la représentativité acquise par les syndicats dans chaque établissement » et « en lien direct avec la mission de négociation et de représentation du délégué syndical »⁸²⁴. Par conséquent, la Haute juridiction accepte qu'un accord collectif institue une « forme d'égalité proportionnelle⁸²⁵ » entre syndicats, dès lors que l'avantage considéré est en lien avec la qualité représentative du syndicat considéré et, en l'occurrence, sa mission de négociation. En revanche, ne peut pas être mise en place une différence de traitement entre syndicats représentatifs et non représentatifs qui ne reposerait pas sur leur qualité représentative. Dans ce cas, la prérogative considérée est ouverte à tout syndicat ayant constitué une section syndicale⁸²⁶.

Reste qu'en toute hypothèse, un syndicat représentatif dans l'entreprise, même s'il n'est pas représentatif au niveau d'un établissement ne saurait avoir moins de prérogatives qu'un syndicat non représentatif dans ledit établissement⁸²⁷.

Cette règle, dans laquelle on identifie implicitement le principe d'égalité de traitement entre syndicats⁸²⁸, a conduit la Cour de cassation à procéder à un revirement de jurisprudence. Ainsi, remettant en cause un arrêt de mai 2012⁸²⁹, la Haute juridiction décide qu'un syndicat représentatif au niveau de l'entreprise peut désigner un représentant de section au niveau d'un établissement, quand bien même il n'est pas représentatif dans cet établissement et qu'il a déjà désigné un délégué syndical central⁸³⁰. En même temps, la Cour de cassation se fonde sur l'article L. 2142-1-1 du Code du travail, lequel ne fait pas de distinction entre l'entreprise et l'établissement pour la désignation du représentant de la section syndicale⁸³¹, celui-ci pouvant être désigné dans l'un ou l'autre de ces périmètres. Cette décision s'inscrit donc dans la lignée

⁸²³ Cass. Soc., 10 octobre 2007, préc. ; Cass. Soc., 15 mai 2007, préc.

⁸²⁴ Cass. Soc., 29 mai 2013, n° 12-26.955, Publié au bulletin.

⁸²⁵ (A.) LYON-CAEN, « L'argent des syndicats », *RDT* 2007, p. 623 ; (L.) PECAUT-RIVOLIER, Rapport préc., p. 600.

⁸²⁶ Cass. Soc., 21 septembre 2011, n° 10-23.247, *Bull.* 2011 V, n° 193 ; (L.) PECAUT-RIVOLIER, Rapport préc., p. 601.

⁸²⁷ Cass. Soc., 13 février 2013, n° 12-19.662, Publié au bulletin.

⁸²⁸ (F.) PETIT, « Désignation du représentant de la section syndicale : un revirement attendu », *Dr. Soc.* avril 2013, p. 377.

⁸²⁹ Cass. Soc., 10 mai 2012, n° 11-21.144, Publié au bulletin.

⁸³⁰ Cass. Soc., 13 février 2013, préc.

⁸³¹ (F.) PETIT, art. préc., p. 377.

d'un arrêt rendu par la Chambre sociale en décembre 2010⁸³² par lequel la Cour de cassation décidait que le périmètre de désignation des représentants de la section syndicale et des délégués syndicaux est le même. On déduisait de cet arrêt que les champs d'implantation des syndicats non représentatifs sont les mêmes que ceux des syndicats représentatifs. La solution rendue en février 2013 est toutefois plus cohérente au regard notamment du principe de concordance⁸³³ : un syndicat représentatif au niveau de l'entreprise ne l'est pas nécessairement au niveau de chaque établissement de l'entreprise en question. On voit mal alors ce qui justifierait que le fait de désigner un délégué syndical central prive le syndicat de la possibilité de désigner des représentants section dès lors qu'il remplit les seules conditions posées par l'article L. 2142-1-1 du code du travail à savoir ne pas être représentatif et avoir créé une section syndicale.

II. L'absence de candidat satisfaisant au critère d'audience

Une autre partie du nouveau dispositif soulève quelques interrogations pratiques.

Tout d'abord, notons que l'article L. 2143-3 du Code du travail dispose en son premier alinéa que « Chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement d'au moins cinquante salariés, qui constitue une section syndicale, désigne parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel, [...], un ou plusieurs délégués syndicaux pour la représenter auprès de l'employeur ». Suivant les dispositions de la loi du 20 août 2008, le délégué syndical doit donc être choisi prioritairement parmi les candidats présentés par le syndicat. Par conséquent, seuls les syndicats ayant présenté des candidats aux élections professionnelles organisées dans l'entreprise peuvent désigner un délégué syndical. Le syndicat qui n'a pas présenté de candidats dans le périmètre de désignation, sans faire état d'une situation particulière de nature à justifier cette carence, ne peut donc pas procéder à une telle désignation⁸³⁴.

⁸³² Cass. Soc., 14 décembre 2010, n° 10-60.221, préc.

⁸³³ (F.) PETIT, obs. sous Cass. Soc., 10 mai 2012, *Dr. Soc.* juillet-août 2012, p. 755.

⁸³⁴ Cass. Soc., 12 avril 2012, n° 11-60.218 et 11-60.219, *Bull.* 2012 V, n° 124.

L'article L. 2143-3 du Code du travail énonce ensuite que « s'il ne reste dans l'entreprise ou l'établissement plus aucun candidat aux élections professionnelles qui remplit les conditions mentionnées au premier alinéa, une organisation syndicale représentative peut désigner un délégué syndical parmi les autres candidats ou, à défaut, parmi des adhérents au sein de l'entreprise ou de l'établissement ».

Cet article évoque la situation dans laquelle il ne reste dans l'entreprise « plus aucun candidat » satisfaisant au critère de l'audience. Il peut être interprété de deux façons. L'interprétation restrictive semble plus exacte, d'un point de vue juridique. Cependant, pour des raisons pratiques, il nous paraît plus pertinent d'opter pour une lecture souple de cette nouvelle disposition.

Si l'on s'en tient à une interprétation restrictive du texte, ce dernier ne semble pas pallier à l'absence totale de candidat ayant atteint le seuil requis mais vise plutôt l'hypothèse dans laquelle un syndicat représentatif ne trouve plus de candidat ayant obtenu 10% des suffrages exprimés aux dernières élections, par exemple lorsque le mandat du délégué syndical arrive à son terme entre deux élections professionnelles et qu'aucun autre candidat n'avait obtenu 10% des suffrages exprimés.

La réforme de 2008 offre alors au syndicat dans l'embarras la possibilité de désigner un délégué syndical parmi les autres candidats, quand bien même ils n'auraient pas atteint le seuil des 10%.

Mais que se passera-t-il si le candidat ainsi désigné refuse ses nouvelles fonctions ? La loi du 20 août 2008 précise que le délégué syndical ne peut être choisi parmi les adhérents du syndicat qu'« à défaut » de candidat aux élections professionnelles remplissant les conditions légales. Dans cette hypothèse, le syndicat serait donc bloqué. L'entreprise confrontée à cette situation risque alors de devoir faire face à des tensions avec les syndicats, ce qui pourrait ralentir le dialogue social.

La Cour de cassation saisie de la question abonde pourtant dans ce sens en décidant que c'est uniquement si aucun candidat n'a obtenu 10% qu'un syndicat peut désigner un délégué parmi ses adhérents. Le fait que les candidats renoncent à exercer leurs fonctions n'autorise pas le syndicat à choisir quelqu'un parmi ses adhérents⁸³⁵. En revanche, si les candidats ayant obtenu 10% des suffrages ne sont plus en mesure d'exercer leurs fonctions, parce qu'ils ont quitté l'entreprise ou démissionné du syndicat par exemple, la Cour de cassation valide la

⁸³⁵ Cass. Soc., 29 juin 2011, n° 10-60.394, *Bull.* 2011, V, n° 180.

désignation d'un délégué syndical parmi les adhérents du syndicat considéré. Tel fut le cas du syndicat FNCR qui, voyant son dernier candidat aux élections le quitter pour rejoindre une autre organisation, n'avait plus de candidat en mesure de le représenter. Dans cette hypothèse, la Haute juridiction a approuvé la désignation par le syndicat d'un remplaçant choisi parmi ses adhérents⁸³⁶.

Une deuxième interprétation, plus souple, aurait pu être adoptée. On peut en effet considérer que l'organisation syndicale qui a obtenu 10% des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles peut désigner un délégué syndical choisi prioritairement parmi les candidats qui ont obtenu 10% des voix. Si aucun candidat n'a obtenu 10%, l'organisation syndicale représentative peut désigner quelqu'un parmi les autres candidats. A défaut, parmi ses adhérents.

Par conséquent, selon cette deuxième interprétation, le syndicat qui a obtenu 10% des voix peut désigner un délégué syndical parmi les autres candidats ou parmi ses adhérents, même si un de ses candidats a obtenu 10% des suffrages exprimés.

Selon nous, la lecture du texte conduit à une interprétation restrictive des possibilités de désignation. Cependant, il est possible que ce phénomène soit simplement lié à une mauvaise rédaction et non à l'intention législative, d'autant plus que l'interprétation souple de ce texte serait plus juste (on voit mal pourquoi un syndicat représentatif pourrait se trouver dans l'impossibilité de désigner un délégué syndical) et plus pratique pour les entreprises désireuses de négocier.

La Cour de cassation en 2011⁸³⁷ a tranché en faveur d'une interprétation restrictive. Il faut toutefois souligner que dans l'espèce qui lui avait été soumise, plusieurs candidats CFE-CGC avaient obtenu 10% des suffrages. Ces derniers ont toutefois exprimé par écrit leur souhait de ne pas exercer les fonctions syndicales et leur soutien unanime à la candidature de l'adhérent choisi par le syndicat. On peut entrevoir ici une tentative de contournement de l'exigence du seuil de 10% obtenu à titre individuel pour pouvoir être désigné en qualité de délégué syndical. Cette situation particulière a pu faire pencher la décision des juges en faveur d'une interprétation restrictive. Un revirement ou l'apport d'autres précisions ultérieures sur ce point n'est donc pas totalement exclu, la Cour de cassation soulignant d'ailleurs que l'obligation de choisir un délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu 10% des suffrages ne doit pas

⁸³⁶ Cass. Soc., 27 février 2013, n° 12-18.828, Publié au bulletin.

⁸³⁷ Cass. Soc., 29 juin 2011, préc.

priver un syndicat de son droit de disposer d'un représentant dès lors qu'il a présenté des candidats aux élections organisées dans le périmètre considéré⁸³⁸. Des tempéraments à l'obligation pour l'organisation syndicale de désigner prioritairement son délégué parmi les candidats ayant obtenu 10% des voix sont donc envisageables.

§2. Le devenir incertain des mandats

La réforme de 2008 impose un réexamen de la représentativité des syndicats à l'issue de chaque cycle électoral dans l'entreprise. Les organisations syndicales doivent acquérir ou conserver leur représentativité à chaque élection professionnelle en obtenant 10% des suffrages exprimés. Chaque renouvellement des membres du comité d'entreprise peut donc se solder par la perte de représentativité du syndicat qui n'obtiendrait pas 10% des voix.

Cette précarisation de la représentativité risque d'entraîner une précarisation des mandats des délégués syndicaux puisque ces derniers doivent avoir été désignés par un syndicat représentatif. Que vont devenir les mandats en cours lorsque le syndicat auteur de la désignation ne parviendra pas à atteindre le seuil d'audience requis au moment des élections ? Se pose également la question du devenir des salariés dans l'entreprise lorsque leur mandat a pris fin, plus particulièrement lorsque ce mandat a été de longue durée (I).

Des questions similaires se sont posées concernant le devenir des mandats des représentants au comité d'entreprise. La Cour de cassation a répondu à certaines interrogations mais d'autres subsistent encore à ce sujet (II).

I. La précarisation des mandats, le dialogue social et le devenir des délégués syndicaux

La réforme de 2008 précarise les mandats des délégués syndicaux en subordonnant la représentativité aux résultats des élections professionnelles, ce qui n'est pas nécessairement favorable à la mise en œuvre du dialogue social dans l'entreprise (A).

En outre, cette précarisation suscite des problèmes pratiques tenant notamment au devenir du salarié dans l'entreprise lorsque son mandat de délégué syndical prend fin (B).

⁸³⁸ Cass. Soc., 27 février 2013, n° 12-15.807, Publié au bulletin ; Cass. Soc., 27 février 2013, n° 12-17.221, Publié au bulletin.

A. Des incidences de la précarisation des mandats sur le dialogue social

L'incidence pratique principale de l'introduction du critère de l'audience consiste en une précarisation potentielle des mandats. En effet, auparavant, les mandats des délégués syndicaux prenaient naturellement fin une fois arrivés à leur terme, si le délégué venait à décéder, si l'entreprise disparaissait, si son syndicat décidait de le révoquer ou si le syndicat auteur de la désignation venait à être dissout. Il existait donc deux causes principales de perte de mandat : la renonciation et la révocation.

Désormais, une autre cause de fin de mandat est en place. Si le délégué syndical n'obtient pas 10% des suffrages exprimés aux prochaines élections professionnelles ou si son syndicat n'est plus reconnu représentatif à l'issue des élections suivantes, le mandat du délégué syndical, conformément aux dispositions du nouvel article L. 2143-11 du Code du travail, est révoqué. Sachant que la désignation du délégué syndical n'est pas nécessairement concomitante aux élections professionnelles, cette nouveauté n'est pas exempte de risques. On peut en effet craindre une précarisation des relations entre les délégués syndicaux et l'employeur, et incidemment, un problème dans les négociations collectives. Comment négocier de manière constructive et cohérente si les interlocuteurs ne cessent de changer ? On peut légitimement se demander s'il était réellement nécessaire de subordonner la durée des mandats syndicaux à l'audience électorale. A notre avis, il était suffisant de subordonner l'accès aux mandats à cette condition, car la sécurité juridique exige que l'on évite de soumettre les relations collectives à un nombre trop important d'aléas, quels qu'ils soient.

B. Le devenir des délégués syndicaux dans l'entreprise à l'issue de leur mandat

La réforme de 2008 affecte non seulement le syndicat, qui perd ses prérogatives de négociation, voire certains financements, mais aussi le délégué syndical en sa qualité de salarié. En effet, la perte de représentativité du syndicat pose le problème du devenir dans l'entreprise des délégués syndicaux qui ont perdu leur mandat.

Ainsi, lors des élections professionnelles qui se sont tenues à la BNP Paribas en 2009, il a manqué 57 voix à la CFTC pour passer la barre des 10%. Le syndicat a donc perdu sa

représentativité, mais aussi 6,5 postes de permanents nationaux, des locaux, et une subvention annuelle de 45000 euros⁸³⁹.

A la SNCF, la CFE-CGC n'a pas réussi à franchir ce seuil non plus, perdant ses neuf postes de permanents⁸⁴⁰.

Jusqu'en 2008 les cinq grands syndicats bénéficiaient de la présomption irréfragable de représentativité. Par conséquent, certains délégués syndicaux permanents n'ont plus occupé leur poste depuis plusieurs années.

L'article 7 de la loi du 20 août 2008 impose aux entreprises de déterminer par accord « les mesures à mettre en œuvre pour concilier la vie professionnelle avec la carrière syndicale et prendre en compte l'expérience acquise⁸⁴¹ ». La loi du 20 août 2008⁸⁴² complète cette obligation en modifiant l'article L. 6111-1 du Code du travail : désormais, dans le cadre de la formation professionnelle continue, « *toute personne engagée dans la vie active est en droit de faire valider les acquis de son expérience, notamment professionnelle **ou liée à l'exercice de responsabilités syndicales*** ». Néanmoins, en pratique, l'évolution de carrière du salarié concerné risque tout de même de se trouver ralentie par les nombreuses années passées au service du syndicat.

Concernant le devenir des délégués syndicaux dans l'entreprise à la fin de leur mandat, on peut donc dire que d'un côté, la loi du 20 août 2008 contient des dispositions destinées à faciliter leur retour dans l'entreprise. Le législateur a donc anticipé certaines conséquences de la réforme, ce qui est positif. Il n'en demeure pas moins que le fait d'avoir mis un terme à la présomption irréfragable de représentativité et la précarisation des syndicats qui en résulte risquent d'entraîner quelques difficultés pratiques. La gestion des carrières de ces derniers risque de se révéler problématique pour les entreprises qui devront vraisemblablement envisager des actions de formation et de réadaptation appropriées, ce qui implique notamment de prévoir une organisation budgétaire adéquate. On notera que cette question est toutefois

⁸³⁹ (S.) BECHAUX, Syndicaliste à vie, c'est fini, *Liaisons sociales magazine*, octobre 2009, p. 27.

⁸⁴⁰ *Ibid.*

⁸⁴¹ Art ; L. 2141-5 du Code du travail.

⁸⁴² Art. 7 de la loi du 20 août 2008, préc.

évoquée dans la feuille de route de la grande conférence sociale organisée en 2012⁸⁴³, ce qui laisse augurer de possibles changements en la matière.

II. Le devenir incertain des mandats des représentants syndicaux auprès du comité d'entreprise

La loi du 20 août 2008 a suscité des interrogations concernant le devenir des représentants syndicaux auprès du comité d'entreprise, ce qui a conduit la Cour de cassation à se prononcer en faveur de la cessation automatique du mandat de représentant au comité d'entreprise lorsque les élections professionnelles interviennent. Suivant le législateur qui subordonne la désignation des délégués syndicaux à l'obtention d'un double seuil d'audience⁸⁴⁴, la Haute juridiction contribue ainsi au rapprochement entre mandats électifs et mandats désignatifs (A).

Toutefois, cette solution ne résout pas toutes les questions liées à la perte de la représentativité d'un syndicat en cours de mandat (B).

A. Le rapprochement jurisprudentiel opéré entre élections et désignations

La question s'est posée de savoir ce que devenaient les mandats des membres du comité d'entreprise et ceux des représentants syndicaux auprès du comité d'entreprise lorsqu'à l'issue du premier cycle électoral suivant la publication de la loi du 20 août 2008 un syndicat perd sa représentativité. En effet, la date des élections des membres du comité d'entreprise ne coïncide pas exactement avec celle du renouvellement de l'institution, les élections ayant normalement lieu un peu avant la date effective de ce renouvellement.

Concernant le devenir des mandats des membres du comité, la réponse est simple. L'article L. 2324-24 du Code du travail énonce que les fonctions de ces membres prennent fin lorsqu'ils perdent les conditions requises pour être éligibles. Or, la représentativité des organisations syndicales ne figure pas au nombre des conditions d'éligibilité⁸⁴⁵. Par

⁸⁴³ « Afin de renforcer la légitimité des acteurs du dialogue social, des actions seront entreprises sur les questions relatives à la représentativité et au financement des organisations syndicales et patronales, ainsi qu'à la reconnaissance des parcours et des mandats de leurs représentants » : extrait de la Feuille de route de la grande conférence sociale des 9 et 10 juillet 2012, Préambule : la démocratie sociale, Document disponible sur <http://www.gouvernement.fr>.

⁸⁴⁴ Cf. *Supra* A.

⁸⁴⁵ Art. L. 2324-15 CT.

conséquent, une telle perte est sans incidence sur le mandat des membres du comité d'entreprise qui restent en fonction jusqu'à l'expiration normale de leur mandat.

En revanche, la loi du 20 août 2008 manque de précision concernant les représentants syndicaux auprès du comité d'entreprise ou d'établissement.

Le nouvel article L. 2324-2 du Code du travail impose que ces représentants soient désignés par une organisation ayant des élus auprès du comité concerné. Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité concernant la conformité de cet article au regard du principe de la liberté syndicale, la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière, a estimé que la question « *soulevée n'est pas sérieuse en ce que subordonner la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise à la condition pour un syndicat d'y avoir des élus ne porte atteinte à aucun des droits et libertés garantis par la Constitution*⁸⁴⁶ » : en effet, comme le souligne Franck Petit, le fait d'exiger d'un syndicat qu'il dispose d'élus au comité n'est pas discriminatoire, il ne s'agit que d'une « condition de vérification de sa légitimité à agir⁸⁴⁷ ». Sans surprise, la Haute juridiction a ensuite consacré la conventionalité de la loi du 20 août 2008 en rappelant que « *les articles 11 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales laissent les Etats libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial à certains syndicats en fonction de la nature des prérogatives qui leur sont reconnues*⁸⁴⁸ », faisant ainsi écho à un arrêt qu'elle avait rendu en avril 2010 à propos du seuil d'audience de 10%, affirmant que « *les Etats demeurent libres de réserver [le droit de négocier] aux syndicats représentatifs, ce que ne prohibent ni les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne ni l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ni les conventions n° 98 et 135 de l'OIT*⁸⁴⁹ » .

La Cour de cassation a par ailleurs précisé que dans les entreprises de 300 salariés et plus le syndicat auteur de la désignation ne doit pas nécessairement être représentatif, il doit simplement avoir au moins deux élus au comité d'entreprise, sans autre condition⁸⁵⁰. En pratique, les syndicats qui disposent d'au moins deux élus au comité d'entreprise auront

⁸⁴⁶ Cass. Ass. Plén., 18 juin 2010, n° 10-14.749, Publié au bulletin.

⁸⁴⁷ (F.) PETIT, obs. sous Cass. Soc., 24 octobre 2012, *Dr. Soc.* janvier 2013, p. 78.

⁸⁴⁸ Cass. Soc., 24 octobre 2012, n° 11-25.530, *Bull.* 2012 V, n° 280.; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.* janvier 2013, p. 77 ; (G.) BORENFREUND, « Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise », art. préc., p. 487.

⁸⁴⁹ Cass. Soc., 14 avril 2010, n° 09-60.426 et n° 09-60.429, *Bull.* 2010, V, n° 100 ; (J.) MOULY, obs. préc., *Dr. Soc.* janvier 2013, p. 79.

⁸⁵⁰ Cass. Soc., 8 juillet 2009, n° 09-60.015, *Bull. Civ. V*, 2009, n° 179 ; Cass. Soc., 4 novembre 2009, n° 09-60.066, *Bull. Civ. V*, n° 240 ; (F.) PETIT, « Les périmètres de l'entreprise en matière syndicale et électorale », *Dr. Soc.* Juin 2010, p. 637.

obtenu 10% des suffrages exprimés mais il convient de noter que légalement, la représentativité n'est pas exigée pour pouvoir désigner un représentant syndical au comité d'entreprise. Notons que l'exigence d'élus au CE est d'ordre public absolu : un accord collectif, même antérieur à la loi du 20 août 2008, ne saurait déroger à cette règle⁸⁵¹. Ainsi, par exemple, un syndicat représentatif au niveau national mais ne disposant pas d'élus au sein du CE de l'entreprise considérée ne peut pas y désigner de représentant syndical, même si cela est prévu par un accord collectif, ce dernier ne pouvant déroger à la loi⁸⁵².

En revanche, dans les entreprises de moins de 300 salariés, l'article L. 2143-22 du Code du travail qui prévoit que « le délégué syndical est, de droit, représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement » avait suscité quelques interrogations : comment articuler ce texte avec l'article L. 2324-2 du même code qui dispose que « sous réserve des dispositions applicables dans les entreprises de moins de trois cents salariés, prévues à l'article L. 2143-22, chaque organisation syndicale ayant des élus au comité d'entreprise peut y nommer un représentant⁸⁵³ » ? La Cour de cassation a choisi de faire prévaloir l'article L. 2143-22, celui-ci posant une condition spécifique : dans les entreprises de moins de 300 salariés le syndicat qui souhaite désigner un représentant au comité d'entreprise doit donc obligatoirement être représentatif⁸⁵⁴.

La jurisprudence de la Cour de cassation prévoit la cessation de plein droit des mandats syndicaux dans un certain nombre de cas. Il en va ainsi par exemple dans l'hypothèse du transfert d'une entité économique autonome qui ne conserve pas son autonomie⁸⁵⁵. Toutefois, la Haute juridiction indique, concernant le mandat d'un représentant au comité central d'entreprise que « *la perte des conditions de validité d'un mandat de représentant syndical auprès du comité central d'entreprise n'entraîne pas la cessation de plein droit de ce mandat, mais constitue un élément nouveau de nature à entraîner sa remise en cause dont tout intéressé peut se prévaloir en saisissant le juge avant l'expiration du délai de quinze jours suivant la date à laquelle il a eu connaissance de ce fait nouveau*⁸⁵⁶ ».

⁸⁵¹ Cass. Soc., 24 octobre 2012, n° 11-16.071, Publié au bulletin ; voir aussi Cass. Soc., 24 octobre 2012, n° 11-22.087, Publié au bulletin ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.* janvier 2013, p. 77.

⁸⁵² Cass. Soc., 1^{er} décembre 2010, n° 10-60.196, inédit.

⁸⁵³ (J.-F.) CESARO, art. préc., p. 49.

⁸⁵⁴ Cass. Soc., 14 décembre 2011, n° 11-14.642, *Bull.* 2011 V, n° 302 ; (J.-F.) CESARO, art. préc., p. 49.

⁸⁵⁵ Cass. Soc., 7 décembre 2005, n° 04-41010, inédit.

⁸⁵⁶ Cass. Soc., 17 juin 2009, n° 08-60582, inédit.

Par conséquent, la cessation de plein droit des mandats désignatifs n'était pas automatique⁸⁵⁷.

Cette solution ne paraissait pas logique : en principe, si un syndicat perd sa représentativité au moment des élections professionnelles, le représentant syndical désigné devrait en tirer les conséquences.

La Cour de cassation a finalement corrigé ce point et mis un terme aux débats en mars 2010, en décidant que le mandat du représentant syndical auprès du comité d'entreprise cesse automatiquement au moment des élections des membres du comité d'entreprise⁸⁵⁸. Ce faisant, la Haute juridiction lie les mandats des représentants syndicaux au comité d'entreprise aux élections professionnelles, contribuant au rapprochement entre élections et désignations⁸⁵⁹, comme le législateur l'a fait pour la désignation des délégués syndicaux en subordonnant cette dernière à la double condition d'audience des 10%⁸⁶⁰.

Cette solution a été étendue aux mandats des délégués syndicaux⁸⁶¹ : ces derniers prennent fin au moment du renouvellement des institutions représentatives dans l'entreprise. On peut s'étonner d'une telle décision dans la mesure où l'article L. 2143-11 du Code du travail ne prévoit pas la cessation automatique des mandats des délégués syndicaux lors du renouvellement des institutions représentatives. Le texte, dans sa rédaction issue de la loi du 20 août 2008, prévoit en effet la cessation des mandats lorsque les conditions figurant aux articles L. 2143-3 et L. 2143-6 du même code ne sont plus remplies : autrement dit, lorsque le syndicat auteur de la désignation perd sa représentativité. Or, la perte de représentativité n'est pas automatique : elle dépendra du résultat des élections, c'est-à-dire de l'obtention ou non de 10% des suffrages par l'organisation syndicale concernée. La solution retenue par la Cour de cassation peut alors paraître contraire aux textes légaux⁸⁶².

Nous ne partageons pas cette interprétation. En effet, il faut combiner les dispositions de l'article L. 2143-11 du Code du travail aux nouvelles conditions de désignation du délégué syndical. Ce dernier ne peut être désigné qu'à la double condition d'une part, que son syndicat soit représentatif, mais aussi que le candidat désigné ait obtenu 10% des suffrages à titre individuel. La désignation est donc désormais indubitablement liée au résultat des élections

⁸⁵⁷ (A.) BRICE, art. préc., p. 1224.

⁸⁵⁸ Cass. Soc., 10 mars 2010, n° 09-60.347, *Bull. 2010 V*, n° 58.

⁸⁵⁹ (F.) PETIT, a « Les périmètres de l'entreprise en matière syndicale et électorale », art. préc., p. 638.

⁸⁶⁰ Voir *Supra* A, 1.

⁸⁶¹ Cass. Soc., 22 septembre 2010, n° 09-60.435, *Bull. 2010 V*, n° 188 ; (F.) PETIT, « Pleins feux sur les désignations syndicales », *Dr. Soc.* avril 2012, p. 376.

⁸⁶² (M.) GREVY, « La cessation des mandats syndicaux sur la brèche », *SSL*, 25 octobre 2010, n° 1464, p. 6.

professionnelles et la Cour de cassation a pleinement tiré conséquence des nouvelles règles légales.

Une question demeure toutefois : la Cour de cassation se prononçant en faveur d'une cessation automatique du mandat de délégué syndical, faut-il procéder systématiquement à une nouvelle désignation, qui peut être contestée dans les 15 jours, ou bien le mandat peut-il se poursuivre dès lors que le délégué syndical en place et son syndicat ont obtenu 10% des suffrages ? Dans ce cas en effet, la représentativité n'est perdue à aucun moment, les conditions requises ne cessent pas d'être remplies et rien ne justifie, d'après les textes légaux, la cessation automatique du mandat de délégué syndical⁸⁶³. Une précision légale ou jurisprudentielle sur ce point serait souhaitable.

B. Des questions laissées en suspens

Les solutions apportées par la Cour de cassation ne résolvent toutefois pas encore toutes les questions soulevées par l'application de la loi du 20 août 2008 en matière de durée des mandats (1).

Les dispositions relatives à la désignation des délégués syndicaux soulèvent par ailleurs quelques interrogations tenant notamment à la base de mesure de l'audience électorale. En effet, on constate que le seuil d'audience repose sur une base électorale variable (2).

1. La perte de représentativité du syndicat auteur de la désignation

La solution adoptée par la Cour de cassation en mars 2010⁸⁶⁴ ne résout pas la question du devenir du mandat de représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement lorsque le syndicat auteur de la désignation perd sa représentativité en cours de mandat, pour une autre raison que le résultat insuffisant aux élections professionnelles.

Ainsi, par exemple, que se passerait-il si un syndicat perdait sa représentativité parce qu'il ne respecte plus les valeurs républicaines ?

Dans ce cas de figure, nous pensons qu'il serait judicieux de laisser une chance de repentir au syndicat en cause, au moins jusqu'à la fin du mandat du représentant syndical, en prévenant le syndicat qu'une révocation de mandat est possible par voie judiciaire s'il persiste à violer les

⁸⁶³ (M.) GREVY, art. préc., p. 7.

⁸⁶⁴ Cass. Soc., 10 mars 2010, n° 09-60347, préc.

valeurs républicaines. Toutefois, rien n'est actuellement indiqué dans les textes légaux à ce sujet.

2. Une base électorale variable pour apprécier le seuil d'audience requis

On observe que la loi du 20 août 2008 impose que le seuil d'audience requis pour qu'un syndicat soit reconnu représentatif s'apprécie en priorité en se référant aux résultats des élections des membres titulaires du comité d'entreprise et à défaut seulement au vu des résultats obtenus lors de l'élection des délégués du personnel⁸⁶⁵.

Il en va différemment pour la désignation des délégués syndicaux. En effet, le texte de l'article L. 2143-3 du Code du travail est rédigé de manière à laisser une alternative aux organisations syndicales représentatives : celles-ci peuvent en effet désigner un délégué syndical « parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel (...)».

Comme le souligne Maître Guillouet, ces alternatives laissées aux syndicats pour la désignation de leur délégué soulèvent quelques difficultés, notamment dans les entreprises à établissements multiples ou dans les groupes de sociétés⁸⁶⁶.

La notion d'établissement distinct varie en effet selon l'institution à mettre en place. Cette notion est proche concernant les délégués syndicaux et les délégués du personnel, mais diffère plus fortement lorsqu'il s'agit de mettre en place le comité d'entreprise. En effet, les élections au comité d'entreprise ne couvrent pas le même champ électoral que celles des délégués du personnel. Elles n'impliquent pas forcément le même nombre de votants, sachant que la mise en place d'un comité d'entreprise est obligatoire dès lors que l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement atteint cinquante salariés alors que les délégués du personnel peuvent être institués dans les établissements ou entreprises qui comptent au moins onze salariés. Le nombre de suffrages exprimés peut alors fortement varier selon la base électorale considérée.

On peut donc s'interroger sur la légitimité de la désignation d'un délégué syndical qui, par exemple, aurait obtenu 10% des suffrages exprimés aux élections des délégués du personnel

⁸⁶⁵ Art. L. 2122-1 du Code du travail.

⁸⁶⁶ (D.) GUILLOUET, « La représentation syndicale après la loi du 20 août 2008 : premières difficultés d'application », *JCP S* novembre 2008, p. 20 ; voir aussi (J.F.) CESARO, « La négociation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux », *Dr. Soc.* juin 2008, p. 662-663.

mais seulement 2% des voix aux élections du comité d'entreprise. Peut-on considérer qu'il est réellement représentatif au niveau de l'entreprise toute entière ou sa légitimité ne vaut-elle que pour l'établissement dans lequel a été organisée l'élection des délégués du personnel ?

En offrant la possibilité de choisir aux organisations syndicales, la loi leur permet en quelque sorte d'étendre leur champ de représentation. C'est d'ailleurs l'interprétation retenue par la circulaire DGT du 13 novembre 2008 qui vise « tout salarié qui se présente comme candidat pour un syndicat qui a recueilli au moins 10% des voix recueillies au premier tour des élections, que ce soit aux élections du comité d'entreprise ou des délégués du personnel »⁸⁶⁷.

La solution semble positive pour les salariés, qui bénéficient d'une garantie de représentation supplémentaire. D'un autre côté, elle favorise la mise en concurrence des organisations syndicales entre elles car dans les grandes entreprises, il pourrait devenir plus courant de trouver plusieurs délégués syndicaux, de bords différents, ce qui ne facilite pas forcément la coordination des acteurs de l'entreprise et le bon déroulement de la négociation collective.

Section 2 - Une légitimité renforcée...mais une concurrence accrue

De façon inattendue, la loi du 20 août 2008 innove en instituant le représentant de la section syndicale⁸⁶⁸, qui avait été proposé par les partenaires sociaux dans la position commune du 9 avril 2008⁸⁶⁹.

L'objectif annoncé par la création de ce nouvel acteur consiste à favoriser l'implantation des syndicats dans l'entreprise.

Cependant, la similitude des règles applicables au représentant de la section syndicale et des règles relatives au délégué syndical peut faire craindre une mise en concurrence de ces deux acteurs. Cette crainte est-elle fondée ou l'objectif affiché est-il satisfait sans difficulté ? L'analyse du nouveau dispositif mène à plusieurs constats.

Tout d'abord, la loi du 20 août 2008 prévoit que chaque syndicat ayant des adhérents dans l'entreprise peut constituer au sein de l'entreprise une section syndicale. Il s'agit

⁸⁶⁷ Circ. DGT du 13 novembre 2008, préc. ; voir aussi TI Paris, 17^{ème} arrondissement, 6 février 2009 : SSL 2009, n° 1393 ; (J.F.) CESARO, préc.

⁸⁶⁸ Loi n°2008-789 du 20 août 2008, préc. art. 6.

⁸⁶⁹ Art. 10-1 de la Position commune du 9 avril 2008.

toutefois désormais d'un préalable nécessaire à l'exercice d'une nouvelle prérogative, à savoir la désignation d'un représentant de la section syndicale⁸⁷⁰ (§1).

Le représentant de la section syndicale dispose a priori des mêmes prérogatives que le délégué syndical, hormis la capacité de négocier⁸⁷¹. L'examen des dispositions révèle toutefois que le rôle du représentant de la section syndicale pourrait être en réalité plus important qu'il y paraît. La complémentarité de ce nouvel acteur avec les délégués syndicaux est discutable au regard notamment du droit de la négociation collective et des sphères d'implantation de ce nouveau représentant. Au risque de voir dans le représentant de la section syndicale un nouveau concurrent pour les délégués syndicaux. En cela, la réforme de 2008 se traduit par une certaine ambivalence (§2).

§1. La section syndicale, préalable nécessaire à la désignation d'un représentant de section

En vue de favoriser l'implantation des organisations syndicales, la loi du 20 août 2008 ouvre la possibilité aux syndicats non représentatifs de créer une section syndicale (I).

La mise en œuvre de ce nouveau dispositif a conduit les juges à apporter des précisions importantes concernant l'existence de la section syndicale et les moyens de rapporter la preuve de cette existence (II).

I. La création d'une section syndicale ouverte aux syndicats non représentatifs

La réforme de 2008 n'a pas apporté de changements majeurs concernant les conditions de forme requises pour la création d'une section syndicale (A).

En revanche, elle innove en ouvrant la possibilité de créer une section aux syndicats non représentatifs en vue de favoriser l'implantation de ces derniers dans l'entreprise (B).

⁸⁷⁰ Art. L. 2142-1-1 CT : « Chaque syndicat qui constitue, conformément à l'article L. 2142-1, une section syndicale au sein de l'entreprise ou de l'établissement de cinquante salariés ou plus peut, s'il n'est pas représentatif dans l'entreprise ou dans l'établissement, désigner un représentant de la section ... ».

⁸⁷¹ Art. L. 2142-1-1 et suivants du Code du travail.

A. Des conditions de forme inchangées

Avant l'intervention législative de 1968⁸⁷², la possibilité pour un syndicat de créer une section syndicale était ouverte mais uniquement par voie conventionnelle. Elle a ensuite été étendue à toutes les entreprises par la loi du 28 octobre 1982⁸⁷³. Ainsi, dans les entreprises de 50 salariés et plus, un syndicat, représentatif ou non, peut constituer une section au sein de l'entreprise⁸⁷⁴.

Aucune condition de forme, de dépôt ou de publicité n'est imposée par le législateur, qui n'a visiblement pas souhaité institutionnaliser la section syndicale. C'est pourquoi elle ne dispose pas de la personnalité juridique⁸⁷⁵. Elle ne peut donc pas exercer certains droits, comme par exemple intenter une action en justice, contrairement aux syndicats.

Cet état de fait résulte de la volonté des syndicats qui, dans les années 60, craignant que des sections puissent faire scission⁸⁷⁶, ont préféré que ces dernières disposent de prérogatives limitées. Ainsi, dans sa conception initiale la section syndicale constitue plutôt un démembrement, une émanation du syndicat dans l'entreprise destinée à favoriser son implantation, et non une instance distincte susceptible de le concurrencer. La section syndicale reste ainsi dépendante du syndicat qui l'a créée, surtout au niveau financier.

Les conditions de forme de création de la section syndicale n'ont donc pas été modifiées par la réforme de 2008. Il en va autrement pour les conditions de fond de création de la section.

B. Une nouveauté destinée à favoriser l'implantation des syndicats non représentatifs

La loi du 20 août 2008 a modifié l'article L. 2142-1 du Code du travail. Le seuil d'effectif de l'entreprise est maintenu mais les conditions de constitution des sections syndicales sont différentes.

⁸⁷² Loi n°68-1179 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise : JORF du 31 décembre 1968, p. 12403.

⁸⁷³ Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982, JO 29 oct. 1982, p. 3255.

⁸⁷⁴ Art. L. 2142-1 du Code du travail.

⁸⁷⁵ Cass. Soc., 18 juillet 1979, n° 79-60118, *Bull. Civ. V*, p. 473 ; Cass. Soc., 30 mai 2001, n° 00-60.159, *Bull. Civ. V*, n° 188.

⁸⁷⁶ (A.) MAZEAUD, « Un nouveau droit syndical ou un droit syndical rénové ? », *JCP S* n° 22, 29 mai 2012, p. 75, note de bas de page n° 29.

Ainsi, désormais, un syndicat ne doit pas nécessairement être représentatif pour pouvoir créer une section syndicale.

La possibilité de désigner un représentant de section est réservée aux syndicats non représentatifs, les organisations représentatives pouvant désigner un délégué syndical disposant de la capacité à négocier⁸⁷⁷.

Ces dispositions s'inscrivent parfaitement dans la logique de la réforme, qui entend mettre un terme à la présomption irréfragable de représentativité et favoriser l'implantation des syndicats dans les entreprises. En effet, la section syndicale vise, par nature, à attirer des adhérents, à renforcer l'influence du syndicat dans l'entreprise.

La création des sections syndicales était jusque là réservée aux organisations syndicales représentatives.

En enlevant la condition de représentativité, la loi du 20 août 2008 assouplit les conditions de création de la section et les ouvre à d'autres syndicats.

On notera toutefois que la réforme de 2008 ne résout pas le problème de l'éclatement des contentieux⁸⁷⁸, la contestation de l'existence de la section syndicale relevant toujours de la compétence du tribunal de grande instance⁸⁷⁹, tandis que les contentieux relatifs à la désignation des délégués syndicaux relèvent de la compétence du tribunal d'instance.

II. Une clarification de la preuve de l'existence de la section

La loi du 20 août 2008 innove en ouvrant aux syndicats non représentatifs la possibilité de créer une section syndicale, sous réserve qu'ils satisfassent à certains critères cumulatifs, distincts de ceux exigés pour les organisations syndicales représentatives.

Ainsi, conformément à l'article L. 2142-1 du Code du travail les syndicats non représentatifs désireux de créer une section syndicale doivent démontrer l'existence d'une pluralité d'adhérents dans l'entreprise ; ils doivent en outre être légalement constitués depuis au moins deux ans ; leur champ professionnel et géographique doit couvrir l'entreprise concernée ; et

⁸⁷⁷ (B.) GAURIAU, Les représentants des syndicats dans l'entreprise, *Dr. Soc.*, juin 2009, p. 644.

⁸⁷⁸ (P.) BROCHETON, « Constitution de la section syndicale et désignation du délégué syndical : vers une unicité souhaitable de l'instance en cas de contestation », *SSL* n° 966, 31 janvier 2000, p. 8.

⁸⁷⁹ Cass. Soc., 10 janvier 2006, n° 05-60.122, *Synd. National UNSA nettoyage propreté et autres c./ Société Neova* venant aux droits de la société Iss Abilis France et autres ; art. R. 311-1 COJ.

ils doivent satisfaire aux critères d'indépendance et de respect des valeurs républicaines. Ces critères sont cumulatifs⁸⁸⁰.

L'application de ces nouveaux critères n'a pas manqué de susciter des contentieux qui ont conduit les juridictions à apporter des précisions importantes concernant notamment le critère de la « pluralité d'adhérents » (A).

Ces questions ont également amené la Cour de cassation à instituer une exception au principe du contradictoire qui se justifie par le respect de la liberté syndicale dans l'entreprise et notamment le droit pour les salariés d'adhérer au syndicat de leur choix (B).

A. La pluralité d'adhérents, preuve de l'existence de la section

Suite à l'intervention de la réforme de 2008, différentes questions se sont posées concernant les conditions de création d'une section syndicale et plus spécialement le moyen de rapporter la preuve que ces conditions sont remplies. Que faut-il entendre par « pluralité d'adhérents » ? Et comment rapporter la preuve de ce critère ?

L'examen des textes révèle que la pluralité d'adhérents constitue en réalité une exigence minimale, position confirmée par la Cour de cassation (1).

Une question annexe s'est également posée : celle de savoir si une union locale pouvait créer une section dans l'entreprise où seuls sont présents les adhérents d'un syndicat affilié à cette union. Autrement dit, de savoir si on admet la preuve de l'existence d'adhérents « indirects ». La Cour de cassation adopte sur ce point une position logique tant au regard de la loi du 20 août 2008 que des jurisprudences consacrant le syndicalisme « de tendance » qu'elle a rendu ces dernières années⁸⁸¹. Il ressort en outre des décisions relatives aux sections syndicales après 2008 que la Haute juridiction privilégie une conception unitaire du syndicalisme (2).

1. La pluralité d'adhérents : une exigence minimale

S'il ne doit pas forcément être représentatif, en revanche, depuis la réforme d'août 2008, le syndicat doit compter plusieurs adhérents dans l'entreprise ou l'établissement où il envisage de créer la section.

⁸⁸⁰ Cf. *Supra* Première partie, Titre 1, Sous-titre 2.

⁸⁸¹ Cf. *Supra* Première partie, Titre 1, Sous-titre 1, Chapitre 2.

Le terme « plusieurs » n'est pas défini strictement. Autrement dit, deux adhérents peuvent suffire. Ni la loi, ni la jurisprudence n'exigeaient auparavant que la section syndicale revête une consistance particulière. Tenant compte de la faiblesse des effectifs syndicaux et de leurs difficultés d'implantation dans les entreprises, les juges avaient même décidé que la désignation d'un délégué syndical suffisait à prouver l'existence d'une section syndicale⁸⁸². La question s'est posée de savoir si cette règle pouvait être maintenue après l'intervention de la réforme de 2008, le Code du travail posant désormais expressément la nécessité d'une pluralité d'adhérents pour constituer une section syndicale⁸⁸³.

La loi du 20 août 2008 apporte un changement en la matière. Désormais, la désignation d'un délégué syndical ne suffit plus, à elle seule, à établir l'existence d'une section syndicale dans l'entreprise, il faut en plus, que le syndicat compte plusieurs adhérents dans l'entreprise considérée. Certains auteurs⁸⁸⁴ y ont vu la remise au goût du jour d'une jurisprudence antérieure qui estimait que la section syndicale suppose qu' « *au moins deux salariés aient manifesté l'intention de se grouper dans l'entreprise pour exercer une action syndicale commune*⁸⁸⁵ ». La Cour de cassation adopte également cette position : la constitution d'une section syndicale est subordonnée à la présence d'au moins deux adhérents du syndicat dans l'entreprise⁸⁸⁶, peu important les effectifs de celle-ci⁸⁸⁷. L'un des deux adhérents peut en outre être le futur représentant lui-même, l'article L. 2142-1 du Code du travail permettant qu'un de ces adhérents soit désigné en qualité de représentant de la section syndicale⁸⁸⁸.

Toutefois, selon nous, cette modification n'entraîne pas de changements majeurs, la Cour de cassation se bornant à apporter une précision destinée à éviter qu'un délégué syndical reste le seul membre d'une section, ce qui contribue à la cohérence du système.

En effet, le fait d'imposer ainsi une pluralité de membres suit, à notre avis, une logique juridique correcte. La section syndicale est initialement destinée à permettre l'implantation du

⁸⁸² Cass. Soc., 27 mai 1997, n° 96-60.239, *Bull. Civ. V*, n° 194.

⁸⁸³ (M.) GREVY, Dir. (G.) BORENFREUND, (M.A.) SOURAC, « Droit syndical dans l'entreprise : quand la Cour de Cassation conjugue l'audace et le réalisme. Observations sur l'arrêt Okaïdi », *RDT* décembre 2009, p. 730.

⁸⁸⁴ (Y.) PAGNERRE, « Le représentant de la section syndicale », *JCP S* n°15, 7 avril 2009, p. 15.

⁸⁸⁵ Cass. Soc., 27 février 1985 : *JurisData* n° 1985-700750 ; Cass. Soc., 19 juillet 1988 : *JurisData* n° 1988-002223.

⁸⁸⁶ Cass. Soc., 8 juillet 2009, n° 09-60.031, 09-60.032, 09-60.011, *Bull. 2009 V*, n° 180 ; Cass. Soc., 8 juillet 2009, n° 08-60.599, *Bull. 2009 V*, n° 181.

⁸⁸⁷ Cass. Soc., 4 novembre 2009, n° 09-60.075, *SSL*, 16 novembre 2009, n° 1421 p. 14. Voir aussi Cass. Soc., 14 décembre 2010, n° 10-60.137, *Bull. 2010 V*, n° 290.

⁸⁸⁸ Cass. Soc., 26 mai 2010, n° 09-60.278, *Bull. 2010 V*, n° 117.

syndicat qui la crée, est appelée à se développer. N'étant autorisée que dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, dans lesquelles un délégué syndical peut être désigné, si la section syndicale n'attire pas d'adhérents, elle n'a pas de véritable raison d'être, le syndicat pouvant se contenter du délégué syndical qu'il a désigné.

2. Les adhérents « indirects » : l'unité syndicale préservée

Au cours de l'année 2010, la Haute juridiction a apporté d'autres précisions concernant l'appréciation du nombre d'adhérents d'un syndicat.

Il s'agissait cette fois de déterminer si une union syndicale qui ne dispose pas d'adhérents dans l'entreprise considérée peut créer une section syndicale dès lors qu'un syndicat qui lui est affilié dispose d'adhérents dans cette même entreprise.

La Cour de cassation répond par l'affirmative : une union de syndicats qui n'a pas d'adhérents dans l'entreprise peut y constituer une section syndicale, désigner un représentant de section syndicale, voire désigner un délégué syndical, dès lors qu'elle est représentative dans cette entreprise et si au moins deux salariés ont adhéré au syndicat qui est affilié à ladite union⁸⁸⁹.

Cette solution est logique tant au regard des autres jurisprudences rendues par la Cour de cassation qu'au regard du nouveau système de représentativité : celui-ci est « ascendant » dans la mesure où la représentativité au niveau national et interprofessionnel dépendra des résultats obtenus par les syndicats dans les entreprises. D'où l'exigence de représentativité du syndicat au niveau de l'entreprise posée par la Cour de cassation. Accessoirement, lorsqu'un syndicat s'affilie à une union ou une confédération, il adhère implicitement aux valeurs de cette dernière. Si des salariés adhèrent à ce syndicat, ils souscrivent implicitement aux valeurs de la confédération ou de l'union à laquelle il est affilié. La Cour de cassation suit donc la logique du syndicalisme « de tendance »⁸⁹⁰ qu'elle a consacré dans différents arrêts.

Ce faisant, la Cour de cassation se prononce également dans le sens d'une certaine unité syndicale, l'union⁸⁹¹ comme la fédération⁸⁹² pouvant au final emprunter au syndicat qui leur est affilié la condition démocratique dont elles ne disposent pas dans l'entreprise⁸⁹³. Une

⁸⁸⁹ Cass. Soc., 13 janvier 2010, n° 09-60.155, *Bull.* 2010, V, n° 13 ; voir aussi Cass. Soc., 27 janvier 2010, n° 09-60.224, inédit.

⁸⁹⁰ Cf. *Supra* Première partie, Titre 1, Sous-titre 1, Chapitre 2.

⁸⁹¹ Cass. Soc., 13 janvier 2010, préc.

⁸⁹² Cass. Soc., 27 janvier 2010, préc.

⁸⁹³ (J.F.) CESARO, "La représentation des salariés dans l'entreprise", art. préc., p. 52.

cohésion de la représentation est ainsi favorisée, la prévalence des unions restant affirmée en cas de conflit avec les institutions de niveau inférieur. Reste, comme le souligne Jean-François Césaro⁸⁹⁴, qu'on peut se demander si cette unité fonctionnera dans les deux sens : l'union peut emprunter au syndicat mais le syndicat pourra-t-il emprunter à l'union son ancienneté par exemple ?

B. Un régime de preuve dérogatoire justifié par le respect de la liberté syndicale

La Cour de cassation précise que « *l'article L. 2142-1 du Code du travail exige, pour la constitution d'une section syndicale, la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise ; Qu'il en résulte qu'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*⁸⁹⁵ ». Le syndicat qui entend démontrer l'existence d'une section syndicale doit donc simplement établir qu'il dispose d'au moins deux adhérents dans l'entreprise considérée⁸⁹⁶.

Dans deux arrêts rendus le 8 juillet 2009⁸⁹⁷, la Cour de cassation a apporté des précisions importantes, tranchant les questions qui se posaient au sujet de l'existence de la section syndicale et des moyens de rapporter la preuve de cette existence.

Ainsi, la Haute juridiction a décidé que pour pouvoir désigner un délégué syndical, le syndicat représentatif auteur de la désignation doit établir la preuve de l'existence d'une section syndicale dans l'entreprise, c'est-à-dire démontrer la présence de plusieurs adhérents dans l'entreprise. Cette preuve doit être apportée au moment de la désignation.

Conformément aux dispositions de l'article 1315 du Code civil, la charge de la preuve incombe au demandeur. Le syndicat qui envisage de créer une section devra donc prouver la pluralité de membres exigée par la loi⁸⁹⁸.

⁸⁹⁴ *Ibid.*

⁸⁹⁵ Cass. Soc., 8 juillet 2009, n° 09-60.032, 09-60.011, 09-60.031, 08-60.599, préc. ; voir aussi Cass. Soc., 5 avril 2011, n° 10-60.290, inédit.

⁸⁹⁶ (M.L.) MORIN, « La loi 2009-789 du 20 août 2008 : premières décisions de la Cour de cassation sur le droit syndical », *Dr. Soc.*, septembre-octobre 2009, p. 954.

⁸⁹⁷ Sur la désignation d'un délégué syndical : Cass. Soc., 8 juillet 2009, pourvois joints n° 09-60.011, 09-60.031, 09-60.032, préc. ; concernant la désignation d'un représentant de la section syndicale : Cass. Soc., 8 juillet 2009, n° 08-60.599, préc. ; communiqué de la Cour de Cassation, « Loi du 20 août 2008 : premières décisions », préc.

Suivant certains tribunaux⁸⁹⁹, la Cour de cassation confirme donc que l'existence d'une section syndicale est un préalable nécessaire à la désignation d'un délégué syndical ou d'un représentant de section. Il convient toutefois de ne pas confondre l'existence et la création de la section. La Haute juridiction précise en effet que la création d'une section syndicale peut être concomitante à la désignation, dès lors que le syndicat établit qu'il dispose d'au moins deux adhérents dans l'entreprise⁹⁰⁰. Autrement dit, il n'est pas nécessaire que la section ait officiellement été créée pour que le syndicat puisse désigner un représentant, il suffit qu'il démontre la pluralité d'adhérents « au jour de la désignation litigieuse⁹⁰¹ ».

La preuve du nombre d'adhérents de la section syndicale peut être établie par tous moyens⁹⁰². Cependant, le juge n'est pas tenu d'ordonner de mesures d'instruction pour pallier à la carence du syndicat qui ne rapporterait pas la preuve de ses effectifs⁹⁰³.

Pour rapporter la preuve de ses effectifs, le syndicat doit en principe fournir à son employeur le nom de ses adhérents⁹⁰⁴. Par exception, si elle établit un risque de représailles pour ses adhérents, l'organisation syndicale peut fournir des bulletins d'adhésion sur lesquels ne figurent pas les noms des adhérents⁹⁰⁵.

En 2009, la Cour de cassation a apporté d'autres précisions importantes concernant la manière dont la preuve de l'existence de la section doit être rapportée, c'est-à-dire « *dans le respect du contradictoire, à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents du syndicat, dont seul le juge peut prendre connaissance*⁹⁰⁶ ».

La règle de la preuve de l'existence de la section syndicale obéit donc à un régime dérogatoire, les éléments permettant d'identifier les adhérents étant réservés à l'attention du

⁸⁹⁸ Cass. Soc., 8 juillet 2009, n° 09-60.032, 09-60.011, 09-60.031, 08-60.599, *SSL*, 16 novembre 2009, n°1421, p. 14 ; Cass. Soc., 10 février 2010, n° 09-60.159, inédit.

⁸⁹⁹ TI Roanne, 15 décembre 2008 ; TI Roubaix, 2 janvier 2009 ; voir aussi (B.) GAURIAU, Les représentants des syndicats dans l'entreprise, *Dr. Soc.* Juin 2009, p. 643.

⁹⁰⁰ Cass. Soc., 8 juillet 2009, n° 08-60.599, préc.

⁹⁰¹ Cass. Soc., 1^{er} décembre 2010, n° 10-60.004, inédit.

⁹⁰² Cass. Soc., 18 mai 1992, *Bull. Civ.* 1992, V, n° 237.

⁹⁰³ Cass. Soc., 21 juillet 1986, *Bull. Civ.* 1986, V, n° 383.

⁹⁰⁴ Cass. Soc., 4 mai 1993, n° 92-60.301 : *JurisData* n° 1993-001825.

⁹⁰⁵ « *Mais attendu que le tribunal d'instance a constaté que l'absence de mention des noms des signataires sur les bulletins d'adhésion au syndicat auteur de la désignation était justifiée par la crainte de représailles à l'égard des adhérents à ce syndicat ; que, répondant aux conclusions prétendument délaissées, [la Cour d'appel] a pu en déduire que la preuve de l'existence d'une section syndicale dans l'entreprise était rapportée* » : Cass. Soc., 12 décembre 1990, n° 89-60.811, 89-60.812, *Bull. Civ.* 1990, V, n° 669.

⁹⁰⁶ Cass. Soc., 8 juillet 2009, n° 09-60.011 et 09-60.032, préc. ; (M.) GREVY, art. préc., p. 729 ; voir aussi Cass. Soc., 14 décembre 2010, n° 10-60.137, préc.

juge. Sur ce point, on observe que la Haute juridiction reste sur ses positions antérieures, ce afin de préserver les adhérents des syndicats d'éventuelles représailles⁹⁰⁷.

A la différence des arrêts antérieurs rendus sur le sujet, on remarque que la Cour de cassation fonde sa dernière décision sur l'article 9 du Code civil et l'article 11 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales relatifs au respect de la vie privée ainsi que sur les articles L. 2141-4 et 5 du Code du travail relatifs à la liberté syndicale et à la non-discrimination vis-à-vis des syndicats.

En évoquant des principes de valeur aussi élevée, fondamentaux et européens, la Cour de cassation souhaite visiblement donner une force supérieure à cette procédure dérogatoire et l'ériger en règle de principe en matière de contentieux relatif aux désignations syndicales. En aménageant le principe du contradictoire de la sorte, la Haute juridiction entend ainsi « *donner primauté à la protection de la liberté syndicale individuelle, afin de faciliter l'adhésion et l'implantation syndicale*⁹⁰⁸ ». La conciliation de la vie privée et de la vie syndicale demeure en effet primordiale pour que soit assurée la liberté syndicale⁹⁰⁹.

§2. Les ambivalences apparentes de la réforme

La loi du 20 août 2008 institue un nouvel acteur dans l'entreprise : le représentant de la section syndicale⁹¹⁰. Cet événement conduit naturellement à s'interroger sur la place que celui-ci occupera dans l'entreprise, notamment vis-à-vis des syndicats représentatifs déjà en place et plus spécialement des représentants de ces derniers, à savoir les délégués syndicaux.

Ces questions se posent avec plus d'acuité encore lorsqu'on observe que le représentant de section peut être amené à négocier dans l'entreprise, bien que ce ne soit pas sa vocation première. Il peut en outre intégrer certaines institutions dans l'entreprise, comme le comité d'entreprise. Or, ces prérogatives étaient jusque-là réservées aux seuls syndicats représentatifs. L'institution créée au profit des syndicats non représentatifs vient-elle compléter le dispositif de représentation dans l'entreprise qui existait auparavant ou risque-t-

⁹⁰⁷ Cass. Soc., 4 mai 1993 et Cass. Soc., 12 décembre 1990, préc.

⁹⁰⁸ (M.L.) MORIN, art. préc., p. 955.

⁹⁰⁹ « *Attendu que la l'adhésion du salarié à un syndicat relève de sa vie personnelle et ne peut être divulguée sans son accord* » : Cass. Soc., 8 juillet 2009, n° 09-60.011, préc.

⁹¹⁰ Art. L. 2142-1-1 et suivants du Code du travail.

elle plutôt de mettre en concurrence les syndicats non encore représentatifs et les syndicats déjà représentatifs ?

Pour répondre à cette question, il convient d'abord de déterminer quels vont être la place et le rôle de ce nouvel acteur au regard des autres institutions représentatives en place dans l'entreprise. Il s'agit notamment d'identifier les sphères d'implantation des différentes institutions pour déterminer sur quel terrain les délégués syndicaux et le représentant de section vont être amenés à se rencontrer et quelles questions pourraient surgir concernant la délimitation des sphères d'implantation du représentant de section (I).

Dans la lignée de cette première question s'est ensuite naturellement posée celle de l'intégration du RSS aux comités existants dans l'entreprise, la rencontre entre syndicats représentatifs et non représentatifs pouvant également avoir lieu à ce niveau. La réforme de 2008 est imprécise sur ce point mais il s'avère qu'en pratique, les hypothèses les plus problématiques sont aussi les plus improbables (II).

I. Les sphères d'implantation du représentant de la section syndicale

Le dispositif de la réforme du 20 août 2008 instituant le représentant de la section syndicale se caractérise par une certaine ambivalence.

En effet, d'un côté, en instituant le représentant de la section syndicale, le législateur atteint l'objectif qu'il affiche consistant à favoriser l'implantation des syndicats dans les entreprises : cette faculté offerte aux syndicats non représentatifs est simple à mettre en œuvre et permet effectivement de faciliter leur implantation dans l'entreprise (A). Cette nouveauté suscite toutefois quelques interrogations concernant la délimitation de la sphère d'implantation de ce nouvel acteur, notamment par rapport à celle des délégués syndicaux. En effet, ces derniers vont désormais devoir partager le cadre de représentation que constitue l'entreprise avec le représentant de la section syndicale. Il faut alors déterminer dans quelle mesure s'effectue ce partage « territorial ».

D'un autre côté, l'examen de la loi du 20 août 2008 montre que le législateur a visiblement souhaité calquer les modalités de détermination de la sphère d'implantation du représentant de section sur celle du délégué syndical. Les nouvelles dispositions semblent à première vue se caractériser par une certaine ambiguïté : on peut ainsi s'interroger sur le statut du représentant de la section syndicale ou sur la question de son intégration aux institutions

représentatives existant dans l'entreprise, notamment les comités, la loi du 20 août 2008 n'apportant que des réponses partielles à ce sujet. Il s'avère qu'en réalité ces ambiguïtés ne sont qu'apparentes (B).

A. Un objectif atteint

L'article L. 2142-1-1 du Code du travail modifié par la loi du 20 août 2008 dispose que : « Chaque syndicat qui constitue [...] une section syndicale au sein de l'entreprise ou de l'établissement de 50 salariés ou plus peut, s'il n'est pas représentatif dans l'entreprise ou l'établissement, désigner un représentant de la section pour le représenter au sein de l'entreprise ou de l'établissement. Le représentant de la section syndicale exerce ses fonctions dans le cadre des dispositions du présent chapitre. Il bénéficie des mêmes prérogatives que le délégué syndical, à l'exception du pouvoir de négocier des accords collectifs ».

On remarque que les conditions requises pour accéder à la fonction de représentant de section sont moins strictes que celles exigées pour devenir délégué syndical. Ainsi, le législateur facilite effectivement l'implantation d'organisations qui n'auraient pas encore prouvé leur représentativité.

Pour pouvoir être désigné représentant de section syndicale (RSS), le salarié doit remplir les mêmes conditions que le délégué syndical, sauf celle de l'audience⁹¹¹. Pour être désigné il doit avoir 18 ans révolus, travailler depuis au moins un an dans l'entreprise et n'avoir l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à ses droits civiques. Ce délai d'un an est réduit à quatre mois lorsque l'on se trouve en présence d'une entreprise nouvellement créée ou de l'ouverture d'un établissement⁹¹².

En revanche, alors qu'une organisation syndicale peut avoir plusieurs délégués syndicaux dans une même entreprise, elle ne peut désigner qu'un seul représentant de section syndicale, quel que soit l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement⁹¹³. Et il n'est pas possible de désigner un RSS central, aucune disposition légale ne prévoyant cette possibilité⁹¹⁴.

⁹¹¹ Art. L. 2142-1-2 du Code du travail.

⁹¹² Art. L. 2142-1-2 du Code du travail.

⁹¹³ Cass. Soc., 14 décembre 2010, n°10-60.263, *Bull.* 2010, V, n° 293.

⁹¹⁴ Cass. Soc., 29 octobre 2010, n° 09-60.484, préc.

L'organisation syndicale auteur de la désignation doit en informer l'employeur par lettre recommandée ou remise contre récépissé. La désignation doit être suffisamment précise, à peine de nullité, c'est-à-dire que le syndicat doit mentionner l'entreprise ou l'établissement cadre de la désignation⁹¹⁵.

Les fonctions du représentant de section sont compatibles avec celles de délégué du personnel ou représentant élu au comité d'entreprise.

Dans les entreprises de moins de 50 salariés, un délégué du personnel peut être désigné, pour la durée de son mandat, comme représentant de la section syndicale. Ce dernier ne dispose d'aucun crédit d'heures particulier, à moins que des dispositions conventionnelles ne prévoient le contraire⁹¹⁶.

Les syndicats non représentatifs peuvent donc désormais désigner un représentant de section. Cette désignation est simple à réaliser et permet effectivement de favoriser l'implantation de ces syndicats dans les entreprises. En ce sens, la loi du 20 août 2008 atteint l'objectif qu'elle annonçait.

B. De fausses ambivalences

Les dispositions de la loi du 20 août 2008 concernant le représentant de section se révèlent ambivalentes. Le statut du représentant de la section syndicale peut ainsi paraître ambigu. Mais là ne réside pas d'après nous, le principal problème (1).

Par ailleurs, la question des sphères d'implantation de ce dernier n'est pas totalement claire dans le texte de loi et risquait de soulever des problématiques juridiques susceptibles de conduire à des contentieux... ce qui n'a pas manqué d'arriver. Toutefois, il ressort de l'analyse effectuée par la Cour de cassation qu'il était inutile de redéfinir la notion d'établissement distinct pour délimiter les sphères d'implantation du représentant de la section syndicale et du délégué syndical. Il suffisait de se fonder sur la différence majeure qui existe entre ces deux institutions : la qualité représentative ou non du syndicat auteur de la désignation (2).

⁹¹⁵ Cass. Soc., 18 novembre 2009, n° 09-60.033, SAS Europ télésécurité c./ Oudahmane et autres, inédit.

⁹¹⁶ Art. L. 2142-1-4 du Code du travail.

1. Un statut ambigu ?

Le statut du représentant de section n'a pas manqué de susciter quelques interrogations. Certains auteurs ont notamment relevé qu'il n'est pas dénué d'une certaine ambiguïté⁹¹⁷. En effet, dans sa conception initiale, issue de la loi du 27 décembre 1968, la section syndicale n'est qu'un démembrement du syndicat, dont elle ne constitue pas une émanation⁹¹⁸. Le représentant syndical, lui, est « le représentant de la section syndicale » selon les termes de la position commune du 9 avril 2008. Le doute est donc permis.

Cependant, la loi du 20 août 2008 précise que le représentant de la section syndicale, qui « représente le syndicat », est désigné par celui-ci. La section syndicale n'est donc pas déliée du syndicat et la loi du 20 août 2008, sur ce point, n'innove visiblement pas. En revanche, elle tient ses promesses de favoriser l'implantation des syndicats dans les entreprises en permettant dans les entreprises de moins de cinquante salariés la désignation d'un représentant de section, résolvant ainsi partiellement le problème de l'absence de représentation syndicale dans les petites entreprises.

Le statut du représentant de la section syndicale ne pose donc pas selon nous, de réel problème. En revanche, son rôle est ambigu⁹¹⁹.

2. Etre représentatif ou pas, telle est la question

Comme le souligne le Professeur Duquesne⁹²⁰, on peut s'interroger sur la définition de la sphère d'implantation du représentant de la section syndicale.

En effet, la loi désigne comme lieu de constitution de la section syndicale tantôt l'entreprise, tantôt l'établissement. Or, l'établissement distinct est une notion fonctionnelle, appréciée différemment selon la nature de l'institution à mettre en place⁹²¹. Le fait de s'y référer laissait présager un contentieux qui conduirait le juge à définir la notion d'établissement pour la constitution des sections syndicales dans la mesure où le législateur n'a pas répondu à cette question.

⁹¹⁷ (M.) GREVY, (E.) PESKINE, (S.) NADAL, « A propos du devenir (incertain ?) des syndicats dans l'entreprise », *Revue de droit du travail*, juillet-août 2008, p. 433.

⁹¹⁸ Cf. *Supra* §1.

⁹¹⁹ Cf. *Infra* Sous-titre 2, Chapitre 2.

⁹²⁰ (F.) DUQUESNE, « Un délégué syndical en devenir : le nouveau représentant de la section syndicale », préc., p. 1089.

⁹²¹ Cass. Soc., 26 mai 1999, *RJS* 7/99, n° 940, p. 577.

Cependant, plutôt que de se baser sur la nature de l'institution à mettre en place, la Cour de cassation a adopté un raisonnement différent qui nous paraît plus simple et plus fiable.

La Cour de cassation, saisie de la question, a finalement décidé que le cadre de désignation du représentant de la section syndicale et du délégué syndical est nécessairement le même⁹²². Ainsi, si des délégués syndicaux sont désignés au niveau de l'entreprise (ce qui implique que celle-ci ne soit pas divisée en établissements distincts), le représentant de section sera désigné à ce niveau également⁹²³. En revanche, si l'entreprise comporte plusieurs établissements distincts, un représentant de section pourra être désigné dans les établissements dans lesquels le syndicat n'a pas été reconnu représentatif⁹²⁴, pourvu que pour chaque désignation le syndicat ait créé une section syndicale et justifie d'une pluralité d'adhérents dans l'établissement considéré⁹²⁵.

La Cour de cassation a fondé son analyse non pas sur la nature de l'institution à mettre en place, mais sur les critères requis pour pouvoir mettre en place cette institution. Cette solution a le mérite de la simplicité : en effet, la désignation d'un représentant de la section syndicale est réservée aux syndicats non représentatifs. S'ils sont représentatifs, les syndicats gardent toujours la possibilité de désigner un délégué syndical. Le cadre de la représentation sera nécessairement celui d'une entreprise, non découpée en établissements distincts, ou d'une entreprise divisée en établissements. Dans la première hypothèse, le syndicat ne peut créer une section qu'au niveau de l'entreprise. Dans la deuxième hypothèse, le syndicat peut créer une section par établissement. Il n'était donc pas utile de redéfinir la notion d'établissement distinct pour régler la question du périmètre de désignation du représentant de la section syndicale.

II. L'intégration du représentant de section aux institutions représentatives existantes : des problèmes improbables

L'introduction du représentant de la section syndicale par la loi du 20 août 2008 soulève la question de son intégration dans les différents comités qui peuvent exister au sein des

⁹²² Cass. Soc., 14 décembre 2010, n° 10-60.221, *Bull.* 2010, V, n° 292.

⁹²³ Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-23.992, inédit.

⁹²⁴ *Liaisons sociales Quotidien*, Bref social n° 15755, 21 décembre 2010, p. 3.

⁹²⁵ Cass. Soc., 23 juin 2010, n° 09-60.438, *Bull.* 2010 V, n° 150.

entreprises. Quelle sera la place de ce nouvel acteur au sein du comité d'entreprise ou d'établissement et du comité central d'entreprise lorsqu'il en existe un ?

A la lecture des textes, on constate que la désignation d'un représentant de section syndicale au comité d'entreprise ou d'établissement est possible, ce qui peut contribuer à une mise en concurrence de ce dernier avec les syndicats représentatifs qui ont des élus ou des représentants au CE. Cette hypothèse reste toutefois peu probable (A). D'autant plus qu'une telle intégration est exclue au niveau du comité central (B).

On peut en déduire que la possibilité de désigner un représentant de section aux comités ne procède pas d'une logique juridique cohérente et qu'il s'agit d'un simple oubli dans le dispositif légal.

A. La désignation d'un représentant de section syndicale au comité d'entreprise : une hypothèse peu probable

La question s'est posée de savoir si un syndicat doit être, comme auparavant, représentatif dans l'établissement ou l'entreprise considérée, pour pouvoir désigner un représentant syndical au comité d'entreprise ou bien si l'existence d'élus en son sein suffit à lui ouvrir cette prérogative.

Lorsque la loi du 20 août 2008 est parue, la possibilité de désigner un représentant de section syndicale au comité d'entreprise a été évoquée. En l'absence de précisions dans la loi et les travaux parlementaires, la Cour de cassation a décidé d'opter pour la seconde solution⁹²⁶ : toute organisation syndicale ayant des élus au comité d'entreprise peut y nommer un représentant⁹²⁷, sans autre condition. Autrement dit, qu'elle soit représentative ou non.

En effet, dans la mesure où le premier tour des élections professionnelles est désormais ouvert à toutes les organisations syndicales « intéressées », qui ne sont pas nécessairement représentatives, rien n'empêche qu'un membre d'un syndicat non représentatif soit élu au comité d'entreprise.

Un syndicat non représentatif peut donc désigner un représentant au comité d'entreprise. A priori, on voit mal ce qui s'opposerait à la désignation d'un représentant de la section

⁹²⁶ Cass. Soc., 8 juillet 2009, n° 09-60.015, *Bull. Civ. V*, 2009, n° 179.

⁹²⁷ Art. L. 2324-2 du Code du travail.

syndicale comme représentant au comité d'entreprise, avec voix consultative, conformément à l'article L. 2324-2 du Code du travail.

Ce constat doit toutefois être tempéré par le fait qu'un syndicat, pour pouvoir procéder à la désignation d'un représentant au comité d'entreprise, doit disposer d'au moins deux élus dans ce comité⁹²⁸.

Or, en pratique, un syndicat qui dispose d'au moins deux élus au comité d'entreprise sera certainement représentatif. A titre d'exemple, au sein de la société Aerolia, l'établissement comptant environ 800 salariés, le comité d'établissement de Saint-Nazaire comprend 7 membres. Un syndicat qui a deux élus titulaires sur sept a donc a priori obtenu au moins 10% des suffrages exprimés aux élections professionnelles.

Ensuite, selon les règles légales, pour une entreprise ou un établissement qui compte entre 1000 et 1999 salariés, le nombre d'élus sera porté à 8. Puis un élu en plus par tranche de 1000 salariés supplémentaires. Pour qu'un syndicat disposant de deux élus au CE ne soit pas représentatif il faudrait donc déjà qu'on se situe dans une élection organisée dans une entreprise ou un établissement d'envergure, lesquels sont bien moins nombreux que les PME en France. Et encore faudrait-il que le syndicat n'ait obtenu que deux élus, pas davantage.

Si elle n'est pas exclue, l'intégration des représentants de section aux comités d'entreprise ou d'établissement semble donc bien hypothétique.

B. L'intégration exclue du représentant de section au comité central d'entreprise

Le Code du travail prévoit que dans les entreprises comportant des établissements distincts, des comités d'établissement et un comité central d'entreprise (CCE) sont constitués⁹²⁹.

L'article L. 2327-6 du même code précise que « chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise désigne un représentant au comité central d'entreprise choisi parmi les représentants de cette organisation au comité d'établissement, soit parmi les membres élus de ces comités ».

Pour pouvoir désigner un représentant l'organisation syndicale doit donc impérativement être représentative au niveau de l'entreprise. De plus, elle ne peut choisir comme représentant

⁹²⁸ Art. L. 2342-2 du Code du travail.

⁹²⁹ Art. L. 2327-1 du Code du travail.

qu'un membre issu d'un des comités d'établissement de l'entreprise, qu'il s'agisse d'un représentant syndical ou d'un simple élu auprès d'un de ces comités.

Ce constat nous amène à évoquer les questions liées à l'intégration du représentant de la section syndicale dans ce comité.

A ce propos, on remarque que le législateur n'a rien prévu concernant les mandats des représentants au comité central en cours avant l'intervention de la loi du 20 août 2008.

Toutefois, elle prévoit que les délégués syndicaux en place avant la publication de la réforme conservent leur mandat jusqu'aux prochaines élections professionnelles⁹³⁰. Il y a tout lieu de supposer que cette disposition doit être étendue aux représentants syndicaux mandatés dans les comités d'entreprise ou le comité central d'entreprise qui conservent donc leur mandat jusqu'aux prochaines élections suivant la publication de la loi du 20 août 2008.

Aucune autre précision n'est apportée au sujet du comité central d'entreprise et encore moins de l'intégration éventuelle du représentant de section dans ce comité.

L'article L. 2327-6 du Code du travail précise toutefois que seules les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise peuvent désigner un représentant au comité central d'entreprise. Ce dernier peut être choisi soit parmi les représentants de ces organisations aux comités d'établissement, soit parmi les membres élus de ces comités.

La désignation d'un représentant de section syndicale au comité central d'entreprise est donc exclue. La Chambre sociale de la Cour de cassation a d'ailleurs confirmé cette lecture dans un arrêt rendu le 29 octobre 2010⁹³¹.

Ce n'est donc pas sur les questions tenant à la place du RSS au sein de l'entreprise que la réforme de 2008 se caractérise par une certaine ambivalence mais bien sur la définition du rôle du représentant de la section syndicale dans le cadre de la négociation collective⁹³².

⁹³⁰ Art. 13 de la loi du 20 août 2008, préc.

⁹³¹ Cass. Soc., 29 octobre 2010, n° 09-60.484, *Bull.* 2010, V, n° 251.

⁹³² Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 1, Chapitre 2.

Chapitre 2 : Des effets qui dépassent le cadre de l'entreprise

Les effets de la loi du 20 août 2008 dépassent largement le seul cadre de l'entreprise : cette réforme modifiant les conditions d'accès à la représentativité va avoir des incidences à tous les niveaux auxquels interviennent les organisations syndicales. Ces dernières faisant partie de nombreuses institutions en-dehors de l'entreprise, la loi du 20 août 2008 aura donc également des conséquences à ce niveau qu'il convient d'analyser pour mesurer pleinement la portée de cette réforme (Section 1).

Accessoirement, la réforme de 2008 soulève des questions annexes concernant notamment le rôle du Haut Conseil du Dialogue social, une nouvelle institution qu'elle met en place, mais aussi le risque d'éclatement du contentieux auquel on pourrait se trouver confronté (Section 2).

Section 1- Des changements institutionnels prévisibles

Les impacts de la loi du 20 août 2008 dépassent largement le cadre national et les seules prérogatives des syndicats en entreprise.

En effet, en modifiant les conditions d'accès à la représentativité des syndicats, la loi du 20 août 2008 entraîne des bouleversements importants pour les syndicats en ce qui concerne leurs prérogatives au niveau national.

En même temps, la représentativité confère aux syndicats des prérogatives d'un autre genre que celles qu'on rencontre habituellement en entreprise : elle leur permet notamment d'accéder à certaines institutions communautaires et nationales.

La réforme de 2008 risque ainsi d'entraîner des changements importants touchant cette fois au droit de regard et à la participation des syndicats aux politiques de l'emploi, la représentativité leur permettant d'accéder à de nombreux organismes consultatifs (§1), voire même décisionnels (§2).

§1. La représentativité, clé d'accès aux organismes consultatifs

La représentativité, outre les prérogatives qu'elle confère aux syndicats dans les entreprises, leur assure une place au sein d'institutions ou d'organismes particuliers tant au niveau communautaire qu'au niveau national.

Au sein de ces différentes institutions, les partenaires sociaux jouent des rôles variables, allant du simple rôle consultatif au rôle décisionnel, en passant par un droit de participation.

Ainsi, les organisations syndicales représentatives peuvent avoir des délégués élus ou désignés dans différents organismes consultatifs communautaires comme le Conseil d'Orientation pour l'Emploi, la Commission nationale de la négociation collective ou encore le Comité au Dialogue Social (I).

Le fait d'être reconnues représentatives permet également aux organisations syndicales d'avoir un siège au sein de la Commission nationale de la négociation collective, organisme en partie consultatif aux missions variées (II).

I. La représentativité, clé d'accès aux organismes consultatifs communautaires

La représentativité permet aux organisations syndicales d'obtenir une place dans différents organismes consultatifs communautaires, notamment au sein du Conseil d'Orientation pour l'Emploi (COE), ce qui permet aux syndicats d'avoir un regard sur les politiques de l'emploi au niveau communautaire (A), mais aussi plus largement sur les politiques sociales européennes en intégrant le Comité du Dialogue Social (B) ou le Comité Economique et Social Européen.

A. L'accès au Conseil d'Orientation pour l'Emploi : un droit de regard sur les politiques de l'emploi

Le Conseil d'Orientation pour l'Emploi (COE) a été créé par décret le 7 avril 2005⁹³³. Il est chargé de formuler un diagnostic sur les causes du chômage et d'établir des perspectives pour l'emploi. Cette institution a également le pouvoir de faire « des propositions afin de

⁹³³ Décret n° 2005-326 du 7 avril 2005 portant la création du Conseil d'Orientation pour l'Emploi : JO du 8 avril, p. 6342.

lever les obstacles de toute nature à la création d'emplois, d'améliorer le fonctionnement du marché de l'emploi et d'accroître l'efficacité des différents dispositifs d'incitation au retour à l'emploi ». Le COE est également compétent pour « évaluer les dispositifs existants d'aide à l'emploi, aux parcours professionnels et à la formation ». Cette institution peut en outre être saisie de toute question par le Premier ministre et les ministres chargés de l'emploi et de l'économie⁹³⁴.

Ce conseil est composé de quatorze représentants des organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives, de deux députés, deux sénateurs ; d'un représentant des maires de France, de l'Assemblée des départements et des régions de France ; de onze représentants des administrations et organismes chargés d'une mission de service public ; de quinze personnalités choisies en raison de leur compétence et de leur expérience, nommées par le Premier ministre ; du Président du Conseil de l'emploi, des revenus et de la cohésion sociale, et de deux membres du Conseil Economique et Social⁹³⁵.

Avoir une place dans un organisme de ce type revêt donc un intérêt particulier pour les organisations syndicales, compte tenu de l'ampleur de cette institution, qui regroupe à la fois des représentants des entreprises, des régions, de l'administration et du gouvernement, et de la teneur des missions du COE qui, s'il n'est que consultatif, dispose d'un regard privilégié sur les dispositifs et politiques de l'emploi.

B. Un droit de regard sur les politiques sociales européennes

Créé en 1998⁹³⁶, le Comité du Dialogue Social permet aux seize organisations d'employeurs et de salariés qui y siègent d'être informées et consultées sur les questions sociales en discussion au niveau européen et international.

Par ailleurs, au niveau communautaire, les gouvernements des Etats membres peuvent proposer des membres issus des organisations nationales les plus représentatives pour siéger au Comité Economique et Social Européen pendant quatre ans.

⁹³⁴ <http://www.coe.gouv.fr>.

⁹³⁵ Voir sur ce point la thèse de Lydie Dauxerre, préc., p. 92.

⁹³⁶ Décret n° 98-1080 du 30 novembre 1998 portant création d'un Comité du dialogue social pour les questions européennes et internationales.

Ce dernier a été institué par le Traité de Rome du 27 mars 1957. Il a pour mission de représenter « les différentes catégories de la vie économique et sociale », de faire connaître leur avis et de défendre leurs intérêts. A ce titre, il se compose essentiellement d'employeurs, de syndicats, d'agriculteurs et de consommateurs⁹³⁷ représentant la société civile organisée, soit au total 222 membres.

Ce comité est obligatoirement consulté sur certains sujets prévus par le Traité de Rome. Ainsi est-il par exemple consulté sur les mesures relatives à la libre circulation des travailleurs. Il peut également rendre des avis de sa propre initiative. Il peut aussi être consulté par le Conseil ou la Commission européenne chaque fois qu'ils jugent cette démarche opportune⁹³⁸, ou encore par le Parlement européen. Siéger au Comité Economique et Social Européen présente donc un intérêt certain pour les organisations syndicales.

II. Le droit de siéger à la Commission nationale de la négociation collective

Les organisations les plus représentatives au plan national siègent à la Commission nationale de la négociation collective⁹³⁹.

La Commission nationale de la négociation collective est présidée par le ministre chargé du travail ; elle se compose en outre du ministre chargé de l'agriculture, du ministre chargé de l'économie, du président de la section sociale du Conseil d'Etat, de 18 représentants des organisations d'employeurs et de 18 représentants des organisations syndicales de salariés représentatives au plan national⁹⁴⁰. Etre représentatif constitue donc une condition sine qua non d'entrée à la commission nationale de la négociation collective.

Les organisations qui obtiennent une place au sein de cette institution jouent un rôle décisif notamment dans la procédure d'extension des conventions collectives.

⁹³⁷ Art. 257 al. 2 Traité CE.

⁹³⁸ Art. 262 Traité CE.

⁹³⁹ Art. L. 2272-1 du Code du travail.

⁹⁴⁰ Art. R. 2272-1 Code du travail.

En effet, la Commission nationale de la négociation collective donne au préalable son avis motivé sur toute extension des stipulations d'une convention ou d'un accord collectif⁹⁴¹.

Cette commission nationale a également de nombreuses autres missions⁹⁴². Elle peut notamment proposer au ministre du Travail toute mesure permettant d'harmoniser les définitions conventionnelles des branches. Elle peut aussi émettre des avis sur les projets de loi, d'ordonnance et de décret relatifs aux règles générales portant sur les relations individuelles et collectives de travail. Elle rend également un avis motivé sur la fixation du salaire minimum de croissance.

Appartenir à cette commission revêt donc un intérêt majeur pour les syndicats qui peuvent ainsi avoir un regard sur les politiques du travail, contribuer à l'harmonisation des normes conventionnelles et, dans une certaine mesure, contrôler l'application des conventions collectives.

§2. La représentativité, clé d'accès aux organismes décisionnels

La qualité représentative permet également aux syndicats d'avoir une place au sein de différents organismes décisionnels ce qui va leur permettre de participer à la mise en œuvre des politiques économiques et sociales, mais aussi d'agir dans certains domaines particuliers, comme l'hygiène et la sécurité (I). On soulignera plus particulièrement au niveau national la place occupée par les partenaires sociaux dans les organismes de sécurité sociale (II).

I. La participation des partenaires sociaux aux politiques économiques et sociales

Le Conseil Economique et Social, créé en 1925 a pour mission principale de favoriser la collaboration des différentes catégories professionnelles entre elles et d'assurer leur participation à la politique économique et sociale définie par le pouvoir exécutif.

⁹⁴¹ Art. L. 2261-15 Code du travail.

⁹⁴² Art. L. 2271-1 Code du travail.

Le Conseil Economique et Social comprend deux cent trente et un membres désignés pour cinq ans⁹⁴³. Parmi ces membres, cent soixante trois sont désignés par les catégories socioprofessionnelles et soixante huit par le gouvernement.

65 membres sont désignés par les organisations professionnelles représentant les entreprises privées, industrielles, commerciales, artisanales, agricoles et les professions libérales. La CFDT, la CFTC, la CGT, la CGT-FO, la CFE-CGC, l'UNSA et la FSU désignent 69 membres.

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008⁹⁴⁴ a transformé le Conseil Economique et Social en Conseil Economique, Social et Environnemental et fait évoluer les missions de cette institution, mais sa composition reste identique.

Notons que les organisations syndicales les plus représentatives interviennent également directement en matière d'hygiène et de sécurité⁹⁴⁵.

Ainsi, comme le souligne Lydie Dauxerre, « *elles émettent un avis avant la prise des règlements d'administration publique organisant, par branche, en fonction des risques constatés, la limitation progressive des modes de travail par équipes successives, des cadences et des rythmes de travail lorsqu'ils sont de nature à affecter l'hygiène et la sécurité des travailleurs* » ; ou encore lorsque ces règlements visent le contrôle et l'emploi de substances et préparations dangereuses pour les salariés⁹⁴⁶ ou l'utilisation de machines et appareils dangereux⁹⁴⁷.

Le législateur souhaite développer le dialogue social. Pour ce faire, il se réfère de plus en plus à l'avis des partenaires sociaux, qu'ils s'expriment dans le cadre de négociations initiées par le législateur, comme la position commune d'avril 2008, ou dans le cadre de propositions formulées dans des rapports. Ainsi, le Conseil Economique et Social a rendu en 2006 un rapport⁹⁴⁸ dont s'est inspirée la loi du 20 août 2008. La participation des syndicats à ce type d'organisme leur permet donc également, même indirectement, de participer au processus normatif et d'influer sur les orientations politiques en matière d'emploi.

⁹⁴³ Ordonnance n° 58-1360 du 29 décembre 1958, art. 7 : JO 30 décembre 1958, p. 12033.

⁹⁴⁴ Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République : JO n° 0171 du 24 juillet 2008, p. 11890.

⁹⁴⁵ (L.) DAUXERRE, préc., p. 97.

⁹⁴⁶ Art. L. 4411-1 et L. 4411-2 Code du travail.

⁹⁴⁷ Art. L. 4311-7 Code du travail.

⁹⁴⁸ CES, « Consolider le dialogue social », avis présenté le 4 avril 2006 par (P.) AURELLI et (J.) GAUTHIER.

II. La place des partenaires sociaux dans les organismes de sécurité sociale

La représentativité permet également aux syndicats d'accéder à la participation au sein de certains organismes décisionnels nationaux.

On pense notamment aux caisses de sécurité sociale dont la gestion est marquée par le paritarisme.

Pendant longtemps, les représentants des travailleurs étaient majoritaires au sein de ces conseils.

Toutefois, en 1967⁹⁴⁹, le paritarisme est devenu la règle et à compter de cette date, les représentants des salariés et des employeurs ont siégé en nombre égal dans les conseils d'administration des caisses, tant au niveau national que local. Supprimé en 1982 pour le régime général⁹⁵⁰, le paritarisme a ensuite été restauré par l'ordonnance du 24 avril 1996⁹⁵¹.

Ainsi, la Caisse Nationale d'Assurance Maladie des Travailleurs Salariés (CNAM) est dotée d'un conseil dont la composition figure à l'article L. 233-1 du Code de la Sécurité sociale. Sont membres de ce conseil des assurés sociaux désignés par les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national.

Ce conseil a notamment pour mission de déterminer « les orientations relatives à la contribution de l'assurance maladie à la mise en œuvre de la politique de santé ainsi qu'à l'organisation du système de soins », « les principes régissant les actions de contrôle, de prévention et de lutte contre les abus et les fraudes » ou encore les budgets nationaux de gestion et d'intervention. Cette institution, dont peuvent faire partie les syndicats représentatifs, a donc un rôle politique et social important.

La Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse des Travailleurs Salariés (CNAV) est administrée par un conseil d'administration de trente membres, qui comprend notamment treize représentants des assurés sociaux désignés par les organisations syndicales de salariés

⁹⁴⁹ Ordonnance n° 67-706 du 21 août 1967 relative à l'organisation administrative et financière de la Sécurité sociale : JO du 22 août, p. 8403.

⁹⁵⁰ Loi n° 82-1061 du 17 décembre 1982 relative à la composition des conseils d'administration des organismes du régime général de sécurité sociale : JO du 18 décembre, p. 3779.

⁹⁵¹ Ordonnance du 24 avril 1996 portant mesures relatives à l'organisation de la sécurité sociale : JO du 25 avril, p. 6301.

interprofessionnelles représentatives au plan national et treize représentants désignés par les organisations nationales d'employeurs représentatives⁹⁵².

De même, les syndicats représentatifs au niveau national désignent treize des trente membres du conseil d'administration de la Caisse Nationale des Allocations Familiales⁹⁵³ et treize membres au sein du conseil d'administration de l'Agence Centrale des Organismes de Sécurité Sociale (ACOSS)⁹⁵⁴. Rappelons que cette dernière a notamment pour mission d'assurer la gestion commune de la trésorerie des différentes branches gérées par la Caisse Nationale des Allocations Familiales, par la CNAM et par la CNAV⁹⁵⁵ et d'assurer le recouvrement des cotisations.

Les organisations syndicales représentatives peuvent également désigner des membres dans les conseils d'administration des caisses au niveau local et régional, qu'il s'agisse des CAF⁹⁵⁶, des unions de recouvrement des cotisations sociales⁹⁵⁷ ou encore des caisses régionales d'assurance maladie (CRAM)⁹⁵⁸.

De plus, les partenaires sociaux siègent en nombre égal au conseil d'administration de Pôle Emploi⁹⁵⁹ et de l'UNEDIC (Union Nationale Interprofessionnelle pour l'Emploi dans l'Industrie et le Commerce).

La représentativité au plan national et interprofessionnel permet donc aux syndicats de désigner des représentants dans les conseils d'administration de l'ensemble des branches de la Sécurité sociale et ainsi, de contribuer à la définition des orientations politiques et gestionnaires de ces différents organismes, ce qui représente un intérêt politique et social considérable. Compte tenu du contexte socio-économique actuel et de l'intervention de la réforme de 2008, cet intérêt est plus important encore aujourd'hui.

Cette affirmation doit être tempérée dans la mesure où l'ordonnance du 24 avril 1996, si elle a rétabli le paritarisme au sein des conseils d'administration du régime général, a permis que

⁹⁵² Art. L. 222-5 CSS.

⁹⁵³ Art. L. 223-3 CSS.

⁹⁵⁴ Art. L. 225-3 CSS.

⁹⁵⁵ Art. L. 225-1 CSS.

⁹⁵⁶ Art. L. 212-2 CSS.

⁹⁵⁷ Art. L. 213-2 CSS.

⁹⁵⁸ Art. L. 215-2 CSS.

⁹⁵⁹ Art. R. 5312-7 du Code du travail. Auparavant, les partenaires sociaux siégeaient au conseil d'administration des ASSEDIC (Association pour l'Emploi dans l'Industrie et le Commerce). La loi n° 2008-126 du 13 février 2008 a fusionné ces dernières avec l'ANPE créant ainsi Pôle Emploi.

des « personnes qualifiées » siègent dans ces conseils, ce qui a peut-être contribué au fait que le MEDEF et la CGPME, en octobre 2001, aient quitté les organismes de gestion de la sécurité sociale, reprochant à l'Etat d'avoir vidé le paritarisme de son contenu et d'être désormais le seul responsable effectif du régime de l'assurance maladie⁹⁶⁰.

Suite à ce départ, des discussions ont toutefois été engagées, lesquelles ont abouti à une réforme en 2004⁹⁶¹ qui a revu la composition du conseil de la Caisse Nationale de l'Assurance Maladie.

On note qu'à l'inverse, certains organismes de protection sociale complémentaire, comme l'AGIRC (Association Générale des Institutions de Retraite des Cadres) et l'ARRCO (Association des Régimes de Retraite Complémentaires) reposent entièrement sur le paritarisme. Les pouvoirs publics ne peuvent pas intervenir dans la gestion de ces derniers ni leur imposer de charges nouvelles, ce qui explique en partie la forme associative retenue pour ces organismes, qui garantit par ailleurs leur but non lucratif. Les organisations syndicales représentatives sont donc seuls maîtres au sein de ces organismes.

Section 2 - Les questions annexes soulevées par la réforme

A côté des changements majeurs qu'elle entraîne et des grands questionnements juridiques que sa mise en œuvre implique, la réforme de 2008 soulève quelques questions annexes qui méritent toutefois que l'on s'y attarde brièvement.

Ainsi, la loi du 20 août 2008 crée une nouvelle institution, le Haut Conseil du dialogue social, dont la composition et le fonctionnement ont été précisés par un décret du 13 novembre 2008⁹⁶². Celui-ci devra être consulté avant que ne soit arrêtée la liste des organisations syndicales représentatives au niveau national, conformément aux dispositions de la loi du 20 août. On peut toutefois s'interroger sur le rôle exact de cette nouvelle institution et son utilité dans la mise en œuvre de la démocratie sociale après 2008 (§1).

⁹⁶⁰ (D.) GIRARD, « Le MEDEF propose un nouveau système de gouvernance pour la sécurité sociale », *La Tribune*, 21 avril 2004, p. 4 ; (L.) DAUXERRE, thèse préc., p. 104.

⁹⁶¹ Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie : JO du 17 août, p. 14598.

⁹⁶² Décret n° 2008-1163, 13 novembre 2008 : JO 14 novembre 2008, p. 17397 ; *JCP S* n°47, 18 novembre 2008, p. 3.

Par ailleurs, la réforme risque d'entraîner certains effets secondaires indésirables. Elle laisse notamment présager un éclatement du contentieux entre les juridictions administratives et les juridictions judiciaires (§2).

§1. Le Haut Conseil du dialogue social : une institution utile ?

Le Haut Conseil du dialogue social comprend onze membres dont cinq représentants des organisations d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national, trois représentants du ministre du Travail et trois personnes qualifiées proposées par le ministre chargé du travail⁹⁶³.

Conformément aux dispositions de la loi du 20 août 2008, les résultats des élections professionnelles qui ont eu lieu dans les entreprises après l'entrée en vigueur de la réforme devaient être transmis au ministre du Travail d'ici le 31 mars 2013. A partir de ces résultats, le ministre du Travail a établi la liste des organisations syndicales représentatives au niveau national⁹⁶⁴.

Le Haut Conseil du dialogue social doit être consulté à l'issue de chaque cycle électoral de quatre ans, avant que le ministre du Travail n'arrête la liste des organisations syndicales représentatives au niveau national⁹⁶⁵. Cette consultation doit intervenir au plus tard dans les huit mois suivant la fin du cycle électoral⁹⁶⁶.

Ces nouvelles dispositions légales appellent quelques remarques.

Ainsi, on peut s'interroger sur le fait qu'il appartienne au Haut Conseil du dialogue social de donner son avis au ministre du Travail avant qu'il n'arrête la liste des organisations syndicales représentatives et non à la Commission nationale de la négociation collective⁹⁶⁷.

En effet, si l'on compare la composition des deux institutions on constate que la Commission nationale de la négociation collective comporte trois ministres, le président de la section sociale du Conseil d'Etat, dix-huit représentants des organisations syndicales d'employeurs et

⁹⁶³ Art. R. 2122-1 du Code du travail.

⁹⁶⁴ Cf. *Supra* Première partie.

⁹⁶⁵ Art. L. 2122-11 du Code du travail.

⁹⁶⁶ Art. R. 2122-3 du Code du travail.

⁹⁶⁷ (P.) RODIERE, « Du dialogue social à la démocratie sociale », *SSL*, n° 1370, 13 octobre 2008, p. 11.

dix-huit représentants des organisations syndicales de salariés⁹⁶⁸. Cet organisme est donc clairement marqué par une prédominance professionnelle.

A l'inverse, la composition du Haut Conseil du dialogue social se caractérise par une certaine prédominance des représentants du pouvoir exécutif. En effet, le ministre du Travail dispose de trois représentants et nomme en plus trois personnes qualifiées. L'une de ces personnes qualifiées est ensuite désignée par le Premier ministre pour présider les séances. Autrement dit, la représentation gouvernementale est égale à six contre cinq représentants pour les organisations professionnelles.

On pourrait donc voir dans la création du Haut Conseil du dialogue social la volonté politique de garder un certain contrôle ou du moins un œil sur la détermination des syndicats représentatifs au niveau national. A moins qu'il ne s'agisse que d'une simple faute d'inattention de la part du législateur. Toujours est-il qu'on peut s'interroger sur l'utilité de la création de cette institution.

§2. Les risques d'éclatement du contentieux

La mise en œuvre de la loi du 20 août 2008 a suscité de nombreuses questions et par conséquent beaucoup de contentieux qui ont conduit la jurisprudence à apporter des précisions importantes. Outre la multiplication des contentieux liée aux questions que soulève la mise en œuvre proprement dite de la réforme, nous verrons que l'augmentation des actions en justice résulte également d'autres facteurs, plus stratégiques⁹⁶⁹. Toutefois, outre ces risques de multiplication des contentieux sur lesquels nous reviendrons ultérieurement, on pourrait également se retrouver confrontés à un problème d'éclatement du contentieux entre juridictions administratives et judiciaires qu'il convient d'évoquer.

En effet, comme le souligne le Professeur Rodière⁹⁷⁰, le ministre du Travail arrête la liste des organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel mais au niveau de l'entreprise et du groupe il appartient aux partenaires sociaux de se mettre d'accord pour reconnaître les syndicats représentatifs à ces niveaux.

⁹⁶⁸ Art. R. 2272-1 du Code du travail.

⁹⁶⁹ Cf. *Infra* Sous-titre 2, Chapitre 1.

⁹⁷⁰ (P.) RODIERE, art. préc., p. 11.

On peut donc craindre un éclatement du contentieux lié à la représentativité entre juge administratif et juge judiciaire et par conséquent, des décisions jurisprudentielles différentes, voire contradictoires. Au risque de parler un jour non plus de la représentativité mais des représentativités des syndicats...

Ce risque est accru en raison des nouveaux enjeux sociaux et politiques que revêtent désormais les élections professionnelles pour les syndicats de salariés qui n'hésiteront probablement pas à saisir les juridictions de la question de leur représentativité.

Sous-titre 2. La nouvelle fonction des élections professionnelles

Initialement, de façon synthétique, on peut dire que les élections professionnelles visent à permettre à la collectivité des travailleurs de choisir leurs représentants. Plus précisément de « choisir démocratiquement⁹⁷¹ » des représentants. Le rôle de ces derniers ayant toutefois évolué au fil du temps, passant de celui de simples revendicateurs à celui de véritables négociateurs.

La loi du 20 août 2008 assigne aux élections professionnelles une fonction inédite qui conduit à une modification de leur fonction première⁹⁷². La légitimité des syndicats est désormais basée sur l'audience. Par conséquent, les élections professionnelles permettent d'écarter la présomption de représentativité et d'opérer une sélection entre les organisations syndicales afin d'identifier celles qui sont représentatives.

Concomitamment, le législateur de 2008 permet à de nouveaux acteurs de participer aux élections professionnelles : il s'agit des organisations syndicales non représentatives et des salariés mis à disposition. Cette nouveauté combinée au reste des dispositions de la loi du 20 août 2008 semble véhiculer un message : l'action concrète des syndicats sur le terrain doit peser sur le vote des salariés. C'est pourquoi la loi du 20 août 2008 risque de politiser les rapports dans l'entreprise⁹⁷³ et conduit les organisations syndicales à adopter de nouvelles stratégies (Chapitre 1).

Cette nouvelle fonction des élections professionnelles s'accompagne naturellement de nouvelles problématiques, dont certaines d'ordre pratique. Ces dernières sont toutefois si nombreuses que cela nous amène à penser que le texte de la loi du 20 août 2008 aurait besoin d'être révisé (Chapitre 2).

⁹⁷¹ (G.) BORENFREUND, « Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. Soc.* juin 2013, p. 487.

⁹⁷² *Ibid.*

⁹⁷³ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 2, Chapitre 1.

Chapitre 1 : Nouveaux participants, nouvelles stratégies

Les nouveaux participants aux élections introduits par la réforme de 2008 sont d'une part les syndicats non représentatifs, également désignés sous le nom de syndicats libres, et les salariés mis à disposition, c'est-à-dire pour l'essentiel les sous-traitants qui travaillent dans les locaux des entreprises utilisatrices (sous-traitants « in situ »). Les syndicats libres sont ainsi promus au rang d'acteurs de la démocratie sociale renouvelée, ce qui entraîne diverses conséquences, notamment, la nécessité de leur donner également les moyens nécessaires à leur participation dans cette démocratie (Section 1).

Par ailleurs, la mise en œuvre de la loi du 20 août 2008 laissait présager, dès son entrée en vigueur, des changements. En effet, la fonction des élections professionnelles est modifiée par l'introduction du critère de l'audience. Celles-ci deviennent le passage obligé pour l'accession à la représentativité et l'instrument principal de mise en œuvre de la démocratie sociale, par la prise en compte de la voix des salariés, de leur participation. Mais aussi par la possibilité offerte à de nouveaux acteurs de participer au processus électoral, à savoir notamment les syndicats non représentatifs. Ces nouveautés laissaient présager d'un côté un changement du paysage syndical et de l'autre, la mise en œuvre de nouvelles stratégies syndicales. Cinq ans après l'entrée en vigueur de la réforme, nous sommes en mesure de vérifier dans quelle mesure la loi du 20 août 2008 a réellement emporté des changements en la matière (Section 2).

Section 1 - Les syndicats libres, acteurs de la démocratie sociale renouvelée

En érigeant le critère de l'audience comme critère dominant et en maintenant le critère prétorien de l'influence, le législateur confère aux actions menées par les syndicats sur les lieux de travail une importance décisive.

En effet, à partir du moment où l'accession à la qualité représentative passe par des élections, à l'image des élections politiques, le vote des électeurs dépendra largement des actions entreprises par les syndicats avant les élections, plus spécialement de celles qui vont s'inscrire dans le cadre de leur campagne électorale. Les actions préélectorales des syndicats pèseront effectivement un poids décisif sur le vote des salariés.

La question des moyens d'expression et de communication des syndicats dans l'entreprise revêt alors une importance accrue car ces derniers vont largement être mis en œuvre avant les élections. Le législateur innove en la matière en ouvrant aux syndicats non représentatifs l'accès au premier tour des élections⁹⁷⁴, tandis que la réforme de 2008 leur confère certains droits dans le cadre de la campagne électorale.

Parallèlement, le législateur a prévu la mise à disposition de certains moyens au profit des syndicats non représentatifs. En conférant aux syndicats libres les moyens de réaliser leur implantation dans l'entreprise et de préparer les futures élections qui leur permettront peut-être d'accéder au statut de syndicats représentatifs, la loi du 20 août 2008 érige ces derniers au rang de véritables acteurs de la démocratie sociale renouvelée (§1).

La question de la participation des sous-traitants quant à elle n'aurait selon nous pas dû être abordée dans le cadre de la réforme de la représentativité car il s'agit d'une problématique particulière, qui ne doit pas être rattachée au dialogue social. Si la réforme avait été abordée sous l'angle des acteurs de la négociation collective cet écueil aurait pu être évité (§2).

§1. Des moyens d'accession à la légitimité adaptés pour les nouveaux acteurs de la démocratie sociale renouvelée

La représentativité conditionne pour une large part l'accès des syndicats à leurs prérogatives dans l'entreprise. La loi du 20 août 2008, par la modification des critères de représentativité, favorise l'implantation et dote les syndicats libres de moyens d'action et d'expression. Elle leur permet de se préparer aux futures élections, opérant une véritable rénovation de la démocratie sociale (I).

Le législateur de 2008 affiche clairement la volonté de favoriser l'implantation des syndicats non représentatifs dans l'entreprise en leur permettant, avant les élections, de désigner un représentant de section et en leur ouvrant le premier tour des élections. Cet objectif ne peut toutefois être atteint que si le législateur prévoit, en amont, la mise en place de moyens d'expression et de communication appropriés au profit de ces syndicats non représentatifs, ce qu'il n'a pas manqué de faire. Ces nouveautés n'entraînent pas de

⁹⁷⁴ Cf. *Infra* Chapitre 2, Section 2.

conséquences juridiques majeures mais risquent ont suscité quelques interrogations pratiques (II).

I. De nouvelles prérogatives pour la rénovation de la démocratie sociale

La loi du 20 août 2008 innove en offrant aux syndicats non représentatifs la possibilité de créer une section syndicale. De cette innovation découlent pour les syndicats libres de nombreuses prérogatives dans l'entreprise. On peut donc parler d'une rénovation de la démocratie sociale, avec quelques limites cependant. En effet, on observe que si la réforme de 2008 entraîne de nombreux changements concernant la création des sections syndicales pendant que la jurisprudence précise les modalités de reconnaissance de l'existence de la section, les prérogatives de cette dernière restent toutefois inchangées (A).

Les moyens mis à la disposition des syndicats dans l'entreprise sont de différents ordres, selon la prérogative dont ils visent à permettre l'exercice. Ainsi, certains moyens sont purement matériels, comme le fait, par exemple, de mettre à la disposition de l'organisation un local pour qu'elle puisse organiser des réunions. D'autres moyens relèvent de droits et libertés particuliers comme la liberté de se déplacer dans l'entreprise ou la liberté d'exercer les fonctions syndicales, ce qui explique que des moyens spécifiques, comme le crédit d'heures de délégation soient conférés aux syndicats. La loi du 20 août 2008 apporte quelques changements en la matière même si ces derniers emportent peu de conséquences juridiques (B).

A. La possibilité de créer une section syndicale, une innovation capitale

Parmi les changements notables introduits par la loi du 20 août 2008, on constate que certaines prérogatives jusque là réservées aux seuls syndicats représentatifs sont maintenant ouvertes aux autres syndicats.

Ainsi, les syndicats libres peuvent sous certaines conditions, créer une section syndicale⁹⁷⁵. Cette prérogative était auparavant réservée aux seuls syndicats représentatifs, la jurisprudence

⁹⁷⁵ Cf. *Supra* Sous-titre 1, Chapitre 1, Section 2.

estimant alors que la désignation d'un délégué syndical suffisait à établir l'existence d'une section syndicale⁹⁷⁶.

Désormais, dans les entreprises de cinquante salariés et plus, la création d'une section syndicale devient un préalable nécessaire à la désignation d'un délégué syndical.

De plus, elle est ouverte aux syndicats non représentatifs, sous certaines conditions⁹⁷⁷: outre la pluralité d'adhérents dans l'entreprise, ces syndicats doivent être légalement constitués depuis au moins deux ans ; leur champ professionnel et géographique doit couvrir l'entreprise concernée ; et ils doivent satisfaire aux critères d'indépendance et de respect des valeurs républicaines.

Cette ouverture aux syndicats libres est capitale, car les syndicats non représentatifs qui ont créé une section syndicale disposent de certaines prérogatives qui étaient jusqu'alors réservées aux seuls syndicats représentatifs.

Ainsi, ils peuvent désigner un représentant de la section syndicale. Ce dernier bénéficie des mêmes prérogatives que les délégués syndicaux, hormis en matière de négociation⁹⁷⁸. Le représentant de la section syndicale dispose en outre d'un crédit d'heures de quatre heures de délégation par mois⁹⁷⁹ et bénéficie du statut de salarié protégé à compter de sa désignation.

Il ressort du dispositif issu de la loi du 20 août que les syndicats non représentatifs, qui peuvent désormais créer une section syndicale, peuvent solliciter certains moyens pour communiquer dans l'entreprise⁹⁸⁰ comme par exemple la mise à disposition de panneaux d'affichage par l'employeur, conformément aux dispositions de l'article L. 2142-3 du Code du travail.

Ils ont également la possibilité de distribuer des tracts dans l'entreprise et s'y déplacer librement dès lors qu'ils ont constitué une section.

Les syndicats libres peuvent en outre désormais participer à la négociation des protocoles préélectorales⁹⁸¹.

⁹⁷⁶ Cass. Soc., 27 mai 1997, *Bull. Civ. V*, n° 1997 ; (M.L.) MORIN, (L.) PECAUT-RIVOLIER, (Y.) STRUILLLOU, ouvrage préc., p. 239.

⁹⁷⁷ Art. L. 2142-1 du Code du travail.

⁹⁷⁸ Cf. *Supra* Sous-titre 1, Chapitre 1, Section 2.

⁹⁷⁹ Cf. *Infra* B.

⁹⁸⁰ Cf. *Infra* B.

⁹⁸¹ Cf. *Infra* Chapitre 2.

A terme, s'ils établissent leur représentativité, ces mêmes syndicats pourront désigner un délégué syndical, dès lors qu'ils ont créé une section.

La réforme de 2008 met ainsi pleinement en œuvre la démocratie sociale dans l'entreprise en donnant aux syndicats non représentatifs qu'elle projette dans le cercle des institutions représentatives les moyens nécessaires à la réalisation de leur implantation dans l'entreprise.

On constate que les prérogatives des syndicats non représentatifs ont changé en 2008. Leur implantation peut être favorisée par la création d'une section syndicale. Les organisations syndicales non représentatives peuvent désormais désigner un représentant de la section syndicale dans les entreprises de cinquante salariés et plus⁹⁸².

En revanche, on observe que les prérogatives de la section syndicale elle-même restent identiques⁹⁸³ qu'il s'agisse des modalités de collecte des cotisations⁹⁸⁴, des règles régissant l'affichage des communications syndicales sur les panneaux⁹⁸⁵, des modalités de diffusion des publications et des tracts⁹⁸⁶, de réunion des adhérents⁹⁸⁷, ou encore du partage d'un local commun avec les autres sections dans les entreprises de plus de deux cents salariés.

La seule nouveauté réside dans le fait que désormais, dans les entreprises ou établissements de mille salariés et plus, les employeurs doivent mettre à disposition de chaque section un local qui leur est propre⁹⁸⁸. Cette disposition ne s'applique toutefois qu'aux seuls syndicats représentatifs dans l'entreprise⁹⁸⁹.

La rénovation de la démocratie sociale de 2008 consiste donc essentiellement à ouvrir l'accès aux élections aux syndicats non représentatifs, via notamment la mise en place du représentant de la section syndicale, et non en une réforme de fond des règles qui gouvernent l'exercice du droit syndical dans l'entreprise.

⁹⁸² Art. L. 2142-1-1 du Code du travail.

⁹⁸³ (B.) GAURIAU, « Les représentants des syndicats dans l'entreprise », art. préc., p. 644.

⁹⁸⁴ Art. L. 2142-2 du Code du travail.

⁹⁸⁵ Art. L. 2142-3 du Code du travail.

⁹⁸⁶ Art. L. 2142-4 du Code du travail.

⁹⁸⁷ Art. L. 2142-10 et L. 2142-11 du Code du travail.

⁹⁸⁸ Art. L. 2142-8 alinéa 2 du Code du travail ; voir aussi *Infra* B.

⁹⁸⁹ (B.) GAURIAU, art. préc., p. 644.

B. Des changements mineurs

L'exercice des prérogatives syndicales passe d'abord par la mise à disposition du syndicat de moyens matériels qui garantissent son indépendance et lui permettent de mener ses missions. Un bref état des lieux des moyens matériels après 2008 permet de constater que ces derniers n'ont pas fondamentalement changé (1).

Les dispositions légales consacrent par ailleurs au profit des syndicats certaines libertés qu'il convient de rappeler brièvement. La loi du 20 août 2008 n'apporte pas de changements majeurs sur le contenu de ces droits mais procède à quelques aménagements utiles qu'il convient d'examiner (2).

1. Des moyens matériels inchangés

Les syndicats disposent au sein de l'entreprise de prérogatives particulières. Afin d'exercer ces prérogatives, certains droits et libertés spécifiques leur sont conférés.

En effet, l'exercice du droit syndical dans des conditions optimales est subordonné à la condition que la liberté et l'indépendance du syndicat, notamment vis-à-vis de l'employeur, soient garanties.

Cette indépendance est assurée en premier lieu par le financement dont dispose le syndicat concerné. Sur ce point, la loi du 20 août 2008, bien qu'elle introduise le critère de la transparence financière, n'a pas de conséquences particulières (a). En second lieu, l'indépendance du syndicat est garantie par la mise à disposition d'un local aménagé qui lui permet d'exercer ses missions (b).

a. Les sources de financement des syndicats - Le mode de financement des syndicats fait l'objet de différentes mesures légales qui visent à garantir l'indépendance de ce dernier vis-à-vis de l'employeur.

Les sources de financement sont d'origine diverse⁹⁹⁰. Nous nous intéresserons ici plus spécialement à la collecte des cotisations car ces dernières doivent en tout état de cause constituer la source principale de financement des syndicats.

La position commune du 9 avril 2008 rappelle d'ailleurs à ce sujet que les missions syndicales peuvent être financées par des sources différenciées, à condition que les cotisations provenant

⁹⁹⁰ Cf. *Supra* Première partie, Titre 1, Sous-titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2.

de leurs adhérents représentent « la partie principale de leurs ressources », ce qui constitue « la seule véritable garantie d'indépendance⁹⁹¹ ».

Or, la collecte des cotisations se fait généralement dans l'enceinte de l'entreprise.

En effet, aux termes de l'article L. 2142-2 du Code du travail, la collecte des cotisations peut s'effectuer à l'intérieur de l'entreprise, aussi bien pendant les heures de travail et sur les lieux de travail qu'en dehors de ceux-ci.

Par ailleurs, il est interdit à l'employeur de prélever les cotisations syndicales sur les salaires de son personnel ou de les payer en lieu et place des salariés⁹⁹². Cette disposition légale vise à éviter la mise en œuvre de mesures discriminatoires ou l'exercice de pressions par l'employeur à l'encontre d'un syndicat.

Affichant un objectif de transparence financière, la loi du 20 août 2008 apporte certaines modifications spécifiques relatives au contrôle du financement des syndicats mais pas aux sources de financement proprement dites⁹⁹³. Sur ce point, la réforme n'a donc pas d'incidence majeure.

b. Le local syndical pour la liberté syndicale - Le local syndical est un élément nécessaire à la mise en œuvre du droit syndical dans l'entreprise car il s'agit d'un espace auquel l'employeur n'a pas accès au sein de l'entreprise, ce qui permet de préserver l'indépendance des syndicats et d'assurer la mise en œuvre du droit syndical. L'obligation de mettre un local à disposition des organisations syndicales qui incombe à l'employeur résulte donc de la liberté syndicale. Ce droit est ouvert aux sections syndicales.

La mise à disposition d'un local commun aux sections syndicales est obligatoire dans les entreprises de ou établissements de plus de deux cents salariés⁹⁹⁴.

Il est également possible pour les sections de demander au comité d'entreprise de mettre à leur disposition un des locaux qu'il gère. En tout état de cause, ce local doit être distinct du local réservé au comité d'entreprise ou aux délégués du personnel, doit être mis gratuitement à disposition des sections syndicales et utilisé librement et conformément à son objet, c'est-à-dire pour des activités syndicales.

⁹⁹¹ (B.) GAURIAU, La rénovation de la démocratie sociale, art. préc., p. 18.

⁹⁹² Art. L. 2141-6 CT.

⁹⁹³ Cf. *Supra* Première partie, Titre 1, Sous-titre 2, Chapitre 1.

⁹⁹⁴ Art. L. 2142-8 CT.

Dans les entreprises de mille salariés et plus, chaque section syndicale doit disposer d'un local aménagé et doté du matériel nécessaire à son fonctionnement.

L'employeur qui contrevient à ces dispositions commet le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical, s'exposant ainsi à une peine d'un an d'emprisonnement et une amende de 3750€⁹⁹⁵.

Les textes prévoient que la répartition du temps d'utilisation du local doit faire l'objet d'un accord entre l'employeur et les sections syndicales, de même que ses modalités d'aménagement⁹⁹⁶.

La question s'est posée de savoir si un tel accord était requis pour décider du lieu d'implantation des locaux des syndicats. Fallait-il par « modalités d'aménagement » entendre strictement les équipements du local ou bien ces modalités recouvraient-elles également le lieu d'implantation du local ? La Cour de cassation a répondu à cette question en indiquant que le législateur souhaitait que dans la mesure du possible les modalités de l'exercice des prérogatives et fonctions des syndicats soient déterminées par accord lorsque la loi ne prévoit rien⁹⁹⁷. Par conséquent, une lecture large de l'article L. 2141-9 du Code du travail s'impose.

La Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises que la mise à disposition d'un local résulte du principe de la liberté syndicale et de son corollaire, la liberté d'organisation des syndicats⁹⁹⁸. La Haute juridiction décide ainsi que le fait pour un employeur de déplacer d'office un local syndical, malgré l'opposition des syndicats et sans autorisation judiciaire préalable, porte atteinte à la liberté syndicale⁹⁹⁹.

La Haute juridiction a récemment été amenée à se prononcer à nouveau concernant la possibilité pour un employeur de déplacer les locaux des syndicats et les conditions d'accès des syndicats à ces locaux¹⁰⁰⁰.

Dans cette affaire, une société avait déplacé les locaux des syndicats, malgré leur opposition, dans une zone de l'entreprise dont l'accès était contrôlé par le passage sous un portique de sécurité et la présentation d'un badge.

⁹⁹⁵ Art. L. 2146-1 CT.

⁹⁹⁶ Art. L. 2142-9 CT.

⁹⁹⁷ Cass. Crim., 24 février 1977, *Bull. Crim.*, n°80 ; (M.) GREVY, "Local syndical : l'exercice du droit syndical dans l'entreprise sous la protection de la liberté syndicale garantie par le Préambule de la Constitution", *RDT* mars 2010, p. 178.

⁹⁹⁸ Art. L. 2141-4 du Code du travail.

⁹⁹⁹ Cass. Soc., 26 septembre 2007, n° 06-13.810, *Bull. Civ. V*, n°143 ; Cass. Soc., 13 janvier 2010, n° 08-19.917, *Bull. 2010 V*, n° 11.

¹⁰⁰⁰ Cass. Soc., 13 janvier 2010, n° 08-19.917, préc.

La Cour de cassation consacre à nouveau la liberté d'aller et venir des syndicats et considère que la nouvelle implantation des locaux choisie par l'employeur, qui oblige les représentants à passer sous un portique de sécurité, à présenter leur badge, voire à subir une fouille, constitue une atteinte à l'activité syndicale. Comme le souligne Manuela Grévy, cette décision n'est guère surprenante, la Cour de cassation déniait depuis longtemps le droit à l'employeur de contrôler les déplacements des représentants du personnel, notamment pendant leurs heures de délégation¹⁰⁰¹.

2. Des droits et libertés aménagés pour l'exercice du droit syndical

Afin de leur permettre d'exercer pleinement leurs prérogatives, sans subir de pressions extérieures, les syndicats et leurs représentants bénéficient de certains droits et libertés au sein de l'entreprise. Le législateur a prévu quelques aménagements au profit du représentant de la section syndicale qu'il institue.

Comme le délégué syndical, le représentant de la section syndicale peut circuler librement dans l'entreprise. Sur ce point, la réforme n'apporte pas de changements notables.

En revanche, la loi du 20 août 2008 apporte quelques précisions utiles concernant les salariés mis à disposition des organisations syndicales (a) et aménage un crédit d'heures spécifique au profit du représentant de la section syndicale (b).

a. Une mise à disposition légalisée - La loi du 20 août 2008 légalise la pratique qui consiste à mettre à disposition d'un syndicat un salarié qui va être employé par le syndicat. Une telle clarification était nécessaire compte tenu des risques que présentait cette pratique au regard du droit pénal du travail.

Ainsi, il est désormais possible de mettre un salarié à disposition des organisations syndicales sans que cela constitue une infraction de prêt de main-d'œuvre illicite¹⁰⁰², sous réserve d'obtenir l'accord exprès du salarié concerné.

Les modalités de cette mise à disposition doivent toutefois être préalablement fixées par une convention ou un accord collectif de branche étendu, ou par accord d'entreprise. L'accord de groupe EADS relatif au droit syndical et au dialogue social prévoit ainsi la possibilité pour une organisation syndicale représentative au sein de la branche de détacher des salariés du groupe pour assurer des fonctions de permanent syndical auprès des instances syndicales

¹⁰⁰¹ (M.) GREVY, art. préc. ; cf. *Infra* b.2.

¹⁰⁰² Art. 10 de la loi du 20 août 2008.

nationales de la branche métallurgie, sous certaines conditions : le salarié détaché doit avoir au moins 3 an d'ancienneté dans le groupe, un avenant au contrat de travail doit fixer les conditions de la mise à disposition...¹⁰⁰³.

Cette intervention législative est bienvenue. En effet, jusque-là, les représentants syndicaux disposaient de crédit d'heures de délégation dont les quotités sont déterminées par la loi.

Il en allait cependant différemment pour les personnes qui gèrent certains syndicats, notamment les tâches administratives des organisations, ce qui prend un certain temps. Ces dernières ne disposaient pas d'heures de délégation. En pratique, elles étaient donc souvent employées comme salariées par le syndicat mais sans cadre légal, au risque de pratiques illicites ou pénalisantes pour les salariés concernés. Cette question est donc désormais réglée.

b. Le crédit d'heures spécifique du représentant de la section syndicale - Le législateur a prévu au bénéfice du représentant de la section syndicale quelques mesures spécifiques lui permettant d'exercer ses prérogatives.

La réforme institue notamment au profit du représentant de la section syndicale un crédit d'heures de délégation d'au minimum quatre heures de délégation mensuelles¹⁰⁰⁴. Certaines entreprises se sont demandé comment allaient être financés ces nouveaux crédits d'heures. A la lecture de la loi du 20 août 2008, on déduit que le système de financement sera le même que pour les crédits d'heures de délégation des délégués syndicaux, autrement dit, à la charge des entreprises.

En effet, cette dernière précise que les règles relatives à l'exercice du mandat du délégué syndical sont applicables au représentant de la section syndicale. Les règles antérieures dégagées par la jurisprudence au sujet des heures de délégation vont donc logiquement s'appliquer aussi.

Comme pour les délégués syndicaux, les heures de délégation sont donc rémunérées comme du temps de travail et doivent être payées à l'échéance normale¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰³ Art. 4.1 de l'accord relatif au droit syndical et au dialogue social au sein du Groupe EADS du 13 février 2009.

¹⁰⁰⁴ Art. L. 2142-1-3 du Code du travail.

¹⁰⁰⁵ Art. L. 2143-17 et L. 2142-1-3 du Code du travail.

Si l'employeur souhaite contester l'utilisation de ces heures, il doit néanmoins les payer à l'échéance normale¹⁰⁰⁶. Une rétention serait en effet assimilable à une sanction pécuniaire, prohibée par le droit du travail.

Au demeurant, l'employeur qui agit en justice doit avoir préalablement demandé des indications au salarié, directement ou judiciairement, sur l'utilisation des heures litigieuses¹⁰⁰⁷.

On constate que le crédit d'heures alloué au représentant de section est inférieur à celui des délégués syndicaux qui varie entre 10 et 20 heures par mois selon la taille de l'entreprise¹⁰⁰⁸, voire davantage lorsqu'un accord collectif le prévoit¹⁰⁰⁹. Cette différence s'explique cependant par le fait que le représentant de section n'a pas vocation première à négocier. Ses fonctions étant moins importantes en termes de temps, il a à priori besoin de moins d'heures de délégation.

Les heures de délégation doivent être utilisées pour l'exercice des fonctions syndicales. Mise à part cette restriction, les délégués syndicaux bénéficient d'une grande liberté dans l'utilisation de leur crédit d'heures.

En effet, ils peuvent les utiliser pendant les horaires de travail ou en-dehors, aussi bien dans l'entreprise qu'à l'extérieur¹⁰¹⁰. Ils peuvent également fractionner ces heures à leur guise. La seule condition requise pour l'utilisation des crédits d'heures tient à l'information de l'employeur et comme indiqué précédemment, à l'utilisation de ces heures pour l'exercice des prérogatives syndicales uniquement.

L'employeur n'a pas le droit de contrôler a priori l'utilisation des heures de délégation en les soumettant à une procédure d'autorisation préalable, sous peine de commettre le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical. Mais il peut effectuer un contrôle a posteriori en demandant des informations sur la tâche accomplie au délégué syndical. Il peut également, après concertation, mettre en place des délais de prévenance ou soumettre l'utilisation du crédit d'heures à l'emploi de bons de délégation. La Cour de cassation précise toutefois que la

¹⁰⁰⁶ Cass. Soc., 9 décembre 1985, *Bull. Civ. V*, n° 851, p. 423 ; Cass. Soc., 28 février 1989, *Bull. Civ. V*, n° 143, p. 87.

¹⁰⁰⁷ (L.) DAUXERRE, thèse, p. 138.

¹⁰⁰⁸ Art. L. 2143-13 du Code du travail.

¹⁰⁰⁹ Par exemple, l'accord de groupe EADS sur le droit syndical et le dialogue social du 13 février 2009 porte le crédit d'heures de délégation à 25 heures mensuelles pour le délégué syndical dans les établissements de moins de 500 salariés (article 5.8 de l'accord).

¹⁰¹⁰ (L.) DAUXERRE, these préc., p. 131.

pratique des bons de délégation ne doit pas être détournée de son objet d'information préalable d'un déplacement pour l'exercice du mandat. Ainsi, l'employeur, fut-il approuvé par le comité d'entreprise, ne peut pas étendre la pratique des bons à des cas qui n'ont pas été prévus par l'accord d'entreprise pour la circulation des mandats¹⁰¹¹.

Les heures de délégation ne sont pas attachées à la personne du délégué syndical. Les délégués syndicaux d'une section peuvent en effet décider de répartir le crédit d'heures entre eux comme ils le désirent¹⁰¹². Cette problématique ne risque toutefois pas de se poser pour les représentants de section dans la mesure où la loi n'offre aux syndicats libres la possibilité de désigner qu'un seul représentant par section.

Dans les entreprises de moins de cinquante salariés, les syndicats non représentatifs qui constituent une section syndicale peuvent en outre désigner un délégué du personnel comme représentant de la section syndicale. Celui-ci peut bénéficier d'un crédit d'heures déterminé conventionnellement¹⁰¹³.

Le représentant de la section syndicale paraît donc disposer de moyens suffisants pour lui permettre d'exercer ses prérogatives.

Néanmoins, on remarque qu'aucune disposition du Code du travail ne prévoit les modalités de détermination d'un crédit d'heures pour le représentant de section qui serait appelé à négocier des accords en application de l'article L. 2143-23 du Code du travail. Cette précision aurait été la bienvenue car les employeurs risquent de rencontrer des difficultés pratiques à ce sujet. En attendant une éventuelle intervention législative sur ce point, anticiper en réglant cette question par accord collectif d'entreprise ou de groupe nous paraît être une alternative judicieuse.

¹⁰¹¹ Cass. Soc., 10 mai 2006, n° 05-40.802, *Bull. Civ. V*, n° 174, p. 168.

¹⁰¹² Art. L. 2143-14 du Code du travail.

¹⁰¹³ Art. L. 2142-1-4 du Code du travail.

II. Les moyens de communication des syndicats après 2008

Avec l'intervention de la réforme de 2008, les syndicats non représentatifs entrent dans la cour de la campagne électorale ce qui risque de créer davantage de tensions entre les syndicats.

En effet, la loi du 20 août 2008 introduisant le critère de l'audience pour l'accès à la représentativité, les enjeux de la communication, des actions et de la campagne électorale deviennent vitaux car les syndicats devront constamment convaincre les salariés et les mobiliser en vue des élections professionnelles à venir.

Or l'influence des organisations syndicales dépendra largement de l'efficacité de leur communication. On pense notamment aux actions menées par les syndicats, le mouvement de grève étant souvent le plus visible et à la médiatisation de ces actions, mais aussi à la communication effectuée dans le cadre de la campagne électorale au moment des élections professionnelles. Cette dernière s'effectuera principalement par le biais de la propagande électorale qui obéit à certaines règles spécifiques.

Nous allons voir que la réforme du 20 août 2008 a des incidences aussi bien sur le plan pratique, dans la mise en œuvre de la campagne électorale au sein de l'entreprise (A), que sur le plan théorique, au regard des principes qui régissent la propagande électorale (B).

A. Les conséquences pratiques de la réforme au regard de la campagne électorale

A l'approche des élections professionnelles, les organisations syndicales disposent d'un certain nombre de moyens pour mener leur campagne électorale.

La campagne électorale dans l'entreprise n'est régie par aucune disposition spécifique du Code du travail. En effet, la réglementation applicable à cette dernière résulte de la combinaison de quelques articles du Code du travail et des dispositions figurant dans les protocoles d'accord préélectorales.

La jurisprudence a également apporté de nombreuses précisions concernant les modalités de la campagne et plus spécialement la propagande électorale, afin d'éviter essentiellement les discriminations et la politisation de la campagne.

La loi du 20 août 2008 ouvre le premier tour des élections aux syndicats non représentatifs¹⁰¹⁴. Ces derniers vont donc désormais participer de manière plus active à la campagne électorale en vue de leur future accession à la représentativité à l'issue des élections. La réforme de 2008 a également certaines incidences indirectes sur l'organisation de la campagne électorale dans l'entreprise, notamment en ce qui concerne les affichages obligatoires dans le cadre des élections. Ainsi, de nouveaux affichages devront être prévus bien que cela ne soit pas indiqué de manière expresse par les textes (1).

Par ailleurs, on observe que le législateur étend le droit d'affichage aux syndicats non représentatifs (2). Cette innovation semble cohérente, au regard des objectifs de la loi, mais peut aussi se révéler difficile à mettre en pratique.

1. Un affichage supplémentaire à la charge des entreprises

Comme auparavant, l'employeur est tenu d'afficher la date envisagée pour le premier tour au maximum 45 jours à l'avance et de convier les syndicats à la négociation du protocole d'accord préélectoral¹⁰¹⁵.

Cet affichage constitue la première étape de l'organisation des élections.

En revanche, aucun texte ne précise à quel moment doit débiter la campagne électorale. Elle se déroule donc suivant un calendrier arrêté par les partenaires sociaux dans le protocole d'accord préélectoral.

Concernant les syndicats qui doivent être conviés à la négociation, la loi du 20 août 2008 a introduit certains changements. Ainsi, doivent désormais être conviés à la négociation du protocole d'accord préélectoral, sous certaines conditions, les syndicats non représentatifs au sens de la loi du 20 août 2008, notamment ceux qui satisfont aux critères des valeurs républicaines et de l'indépendance et sont légalement constitués depuis au moins deux ans¹⁰¹⁶. Ces derniers peuvent être inconnus de l'employeur qui ne pourra donc pas leur adresser un courrier. Pour remplir ses obligations légales celui-ci devra donc procéder à un affichage supplémentaire à l'attention de ces syndicats pour les informer de la tenue des élections dans l'entreprise.

¹⁰¹⁴ Cf. *Infra* Section 2.

¹⁰¹⁵ Art. L. 2314-2, L. 2314-3 et L. 2324-4 du Code du travail.

¹⁰¹⁶ Art. L. 2314-3 du Code du travail.

La Cour de cassation décide que le non-respect de cette obligation peut entraîner l'annulation du scrutin, à moins que le syndicat demandeur ait signé le protocole d'accord préélectoral ou présenté des candidats¹⁰¹⁷. En tout état de cause, une organisation syndicale qui a émis des réserves expresses lors de la signature du protocole ou du dépôt de sa liste de candidats reste toutefois libre de saisir les juridictions d'une demande tendant à l'annulation du scrutin si elle n'a pas été régulièrement convoquée. L'affichage à effectuer pour inviter les syndicats non représentatifs à venir négocier devient donc une obligation essentielle supplémentaire à la charge des entreprises. La sanction du non-respect de cette obligation peut paraître lourde mais se justifie néanmoins par la nécessité d'assurer l'effectivité de la loi du 20 août 2008.

2. Le droit d'affichage étendu aux syndicats non représentatifs

Les droits de diffusion et de communication des syndicats ne concernent évidemment pas que la période de campagne électorale. Cependant, en raison de l'intérêt particulier qu'ils revêtent pendant cette période et des difficultés que peuvent notamment susciter la distribution des tracts électoraux ou l'affichage des idées syndicales, il est judicieux d'en faire ici quelques rappels, d'autant plus que la loi du 20 août 2008 a des répercussions sur ces droits également, notamment sur le droit d'affichage.

Ainsi, depuis la loi du 16 avril 1946¹⁰¹⁸, les syndicats disposent du droit d'afficher leurs communications sur les panneaux réservés à cet effet.

Toutefois, alors que le droit de diffusion de la pensée syndicale consacré par la seule loi du 27 décembre 1968¹⁰¹⁹ s'applique à toutes les organisations sans distinction, seules les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, à défaut d'accord collectif plus favorable, avaient jusqu'ici le droit d'afficher librement leurs communications sur les panneaux mis à leur disposition par l'employeur. En effet, seules les sections syndicales bénéficient de cette mise à disposition et seuls les syndicats représentatifs pouvaient alors créer des sections syndicales¹⁰²⁰.

La loi du 20 août 2008 ouvre la possibilité de créer une section syndicale dans l'entreprise aux syndicats non représentatifs. Les dispositions de l'article L. 2142-3 du Code

¹⁰¹⁷ Cass. Soc., 2 mars 2011, n° 10-60.201, *Bull.* 2011, V, n° 62.

¹⁰¹⁸ Loi n°46-730 du 16 avril 1946 sur les délégués du personnel, art. 13, alinéa 4 : JORF du 17 avril 1946, p. 3224.

¹⁰¹⁹ Loi n° 68-1179 du 27 déc. 1968, préc.

¹⁰²⁰ (L.) DAUXERRE, thèse préc., p. 152 ; art. L. 2142-3 du Code du travail.

du travail n'ayant pas été modifiées ont peut en déduire que la réforme de 2008 étend le droit d'affichage au bénéfice des syndicats non représentatifs.

Cette innovation semble cohérente, compte tenu de l'objectif de la loi qui vise à favoriser l'implantation des syndicats non encore représentatifs dans l'entreprise.

D'un autre côté, on peut y voir une mise en concurrence supplémentaire des syndicats qui sont parfois déjà nombreux dans les entreprises et une difficulté pratique pour les employeurs qui disposeraient d'espace d'affichage limités.

B. Les incidences de la réforme au regard des principes régissant la propagande électorale

Lorsque le protocole d'accord a fixé une date pour la propagande électorale, les syndicats ne peuvent pas commencer la distribution des tracts électoraux avant cette date sous peine d'annulation des élections¹⁰²¹. En revanche, à la différence du droit électoral général¹⁰²², aucune disposition ne précise à quel moment doit prendre fin la propagande électorale, ce qui a entraîné un abondant contentieux.

La loi du 20 août 2008, en autorisant l'accès des syndicats non représentatifs au premier tour des élections, leur ouvre les portes de la campagne électorale. Avant 2008, des accords pouvaient valablement réserver certains avantages aux seuls syndicats représentatifs, les syndicats non représentatifs ne pouvant pas créer de section syndicale, ni exercer de prérogatives dans l'entreprise. L'ouverture de certaines prérogatives aux syndicats non représentatifs par la loi du 20 août 2008 a conduit la Cour de cassation à « *imposer une application [...] élargie des accords conclus [...], s'agissant [particulièrement] du droit de communication syndicale dans l'entreprise*¹⁰²³ » (1).

Il n'existe pas à proprement parler de droit électoral professionnel à l'heure actuelle. Globalement, on observe que la Cour de cassation, lorsqu'elle est saisie de litiges relatifs aux

¹⁰²¹ Cass. Soc., 23 juin 2004, n° 02-60.848, inédit ; (F.) PETIT, préc., p. 22.

¹⁰²² Art. 49 du Code électoral : « Il est interdit de distribuer ou faire distribuer, le jour du scrutin, des bulletins, circulaires et autres documents. A partir de la veille du scrutin à zéro heure, il est interdit de diffuser ou de faire diffuser par tout moyen de communication audiovisuelle tout message ayant le caractère de propagande électorale ».

¹⁰²³ (C.) RADE, « Différence de traitement entre syndicats représentatifs », *Dr. Soc.* juillet-août 2013, p. 605.

opérations électorales, se réfère aux principes généraux du droit électoral¹⁰²⁴ et prend en compte l'incidence des irrégularités visées sur le résultat des élections.

Comme les autres syndicats, les syndicats non représentatifs doivent alors respecter les règles relatives à la diffusion des tracts syndicaux qui ont été précisées pour une large part par la jurisprudence. La diffusion des tracts syndicaux obéit en outre à certaines règles particulières, notamment lorsqu'elle s'effectue par voie électronique. Avec l'apparition des syndicats non représentatifs dans la campagne électorale, ce mode de propagande pourrait en effet poser quelques difficultés pratiques (2).

1. La fin de la propagande réservée aux seuls syndicats représentatifs

Un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation en 2004 décidait que la propagande électorale précédant le premier tour était réservée aux seules organisations syndicales représentatives¹⁰²⁵. Une telle décision jurisprudentielle n'était alors guère surprenante, compte tenu de l'existence du monopole de ces organisations au premier tour.

Cependant, avec l'intervention législative de 2008, le premier tour est désormais ouvert à tous les syndicats libres satisfaisant aux critères de l'indépendance, du respect des valeurs républicaines et légalement constitués depuis au moins deux ans, dont le champ géographique et professionnel couvre l'entreprise ou l'établissement concerné¹⁰²⁶. Le principe posé par la jurisprudence doit donc logiquement être étendu à ces derniers.

De plus, comme le souligne le Professeur Petit¹⁰²⁷, cette jurisprudence ne se justifie pas forcément au regard du principe d'égalité entre les candidats et de la liberté d'expression. En effet, pourquoi interdire à un salarié qui se présente comme candidat au second tour, de commencer sa propagande électorale en même temps que les autres ? Et pourquoi un salarié qui envisage de se présenter comme candidat à un éventuel second tour serait-il privé de son droit d'expression avant le premier tour des élections ? L'arrêt du 14 janvier 2004 est trop laconique car il n'apporte pas de réelle justification à la solution qu'il retient¹⁰²⁸.

¹⁰²⁴ Voir par exemple Cass. Soc., 20 juin 2012, n° 11-19.847 et n° 11-20.392, inédits.

¹⁰²⁵ Cass. Soc., 14 janvier 2004, n° 01-60.788, *Bull.* 2004, V, n° 12, p. 11.

¹⁰²⁶ Art. L. 2314-3 et L. 2324-4 CT.

¹⁰²⁷ (F.) PETIT, préc., p. 20.

¹⁰²⁸ Cass. Soc., 14 janvier 2004, préc. : « *Attendu que pour rejeter la demande formée par le syndicat CGT de la société Desautel tendant à ce que soit prononcée l'annulation des élections des membres du comité d'entreprise ayant eu lieu le 14 mai 2001, le tribunal d'instance énonce que les textes en vigueur, s'ils réservent la*

Par ailleurs, jusqu'alors, les organisations syndicales représentatives au niveau national pouvaient réaliser leur propagande électorale dans l'entreprise afin de se faire connaître des électeurs, même lorsqu'elles ne disposaient d'aucun adhérent dans celle-ci, en se faisant représenter par des personnes extérieures qui n'étaient pas salariées de l'entreprise¹⁰²⁹.

Avec l'intervention législative de 2008, cette règle pourrait être remise en cause dans la mesure où la réforme institue le représentant de la section syndicale afin de permettre aux organisations syndicales de se faire connaître. La loi du 20 août 2008 institue en outre la section syndicale comme condition préalable à la désignation de représentants au sein de l'entreprise. Or, la création d'une section syndicale est subordonnée à la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise¹⁰³⁰. La mise en œuvre de la propagande électorale par les syndicats non représentatifs sera donc nécessairement subordonnée à la présence d'adhérents dans l'entreprise.

Toutefois, comme le relève le Franck Petit, le législateur n'a pas conditionné la participation au premier tour des élections à la création d'une section syndicale. En effet, les organisations syndicales non représentatives intéressées à la négociation du protocole d'accord préélectoral peuvent se manifester pour venir négocier et par la suite, présenter des candidats¹⁰³¹. Par conséquent, rien ne les oblige à avoir créé une section syndicale ou à disposer d'adhérents dans l'entreprise considérée pour pouvoir présenter une liste au premier tour des élections. Le privilège conféré au profit des organisations syndicales représentatives au niveau national qui consistait à se faire représenter par une personne extérieure ne devrait donc plus avoir lieu d'être.

La Cour de cassation précise finalement en 2011 que l'affichage et la diffusion des communications syndicales à l'intérieur de l'entreprise, d'une façon générale, sont liées à la création d'une section syndicale, « laquelle n'est pas subordonnée à une condition de

présentation de candidats aux syndicats pour le premier tour, n'interdisent nullement aux candidats libres envisageant de se présenter dans l'éventualité d'un second tour, de faire leur propagande électorale dès le premier tour ; que la société Desautel ne conteste pas avoir affiché le tract édité par MM. X... et Y..., salariés de l'entreprise, candidats libres au deuxième tour des élections ; que dans ces conditions, l'employeur et ses représentants dans les agences qui ont simplement affiché ce tract dans l'élaboration duquel ils ne sont pas intervenus, n'ont fait qu'assurer l'égalité de traitement entre les candidats et n'ont pas violé leur obligation de neutralité ;

Attendu, cependant, que la propagande électorale antérieure au premier tour, est réservée aux syndicats représentatifs et que l'employeur est tenu d'une obligation de neutralité ; »

¹⁰²⁹ (F.) PETIT, "La campagne électorale dans l'entreprise", art. préc., p. 20 ; Cass. Soc., 4 février 1997, n° 95-60.994, *Bull. Civ. V*, n°50.

¹⁰³⁰ Cf. *Supra* Sous-titre 1, Chapitre 1, Section 2.

¹⁰³¹ Art. L. 2314-24 et L. 2324-22 du Code du travail ; (F.) PETIT, art. préc., p. 20.

représentativité ». Par conséquent, un accord collectif par exemple, ne peut limiter au bénéfice des seuls syndicats représentatifs l'accès à l'Intranet de la société¹⁰³². Mais surtout, la possibilité de des communications est clairement ouverte aux syndicats non représentatifs à la seule condition qu'ils aient créé une section syndicale. Autant la Cour de cassation admet des différences de traitement prévues par des accords collectifs concernant l'octroi de financements¹⁰³³ ou la désignation de délégués syndicaux supplémentaires¹⁰³⁴, que ce soit entre syndicats non représentatifs et syndicats représentatifs, voire entre syndicats représentatifs, autant en matière de communication et de diffusion syndicale à l'intérieur de l'entreprise il en va différemment. En effet, les droits conférés aux syndicats en matière de communication sont attachés à la création d'une section syndicale, laquelle est la même pour le délégué syndical et le représentant de la section syndicale¹⁰³⁵. Donc ces droits sont les mêmes pour les syndicats et non représentatifs, à la seule condition qu'ils aient créé une section syndicale, ce qui explique la solution retenue par la Chambre sociale Cour de cassation dans l'arrêt du 21 septembre 2011¹⁰³⁶. On peut supposer que cette règle vaut également pour les informations diffusées dans le cadre des campagnes électorales, de même que pour l'accès aux moyens de communication qui « doit être égal, en période préélectorale, pour tous les syndicats habilités à présenter des listes de [candidats]¹⁰³⁷ ».

2. La diffusion des tracts syndicaux par voie électronique

Au premier tour, la propagande est réservée aux syndicats qui peuvent présenter des candidats. Elle est donc désormais ouverte aux syndicats non représentatifs. Le syndicat concerné doit réaliser sa propagande électorale selon les règles légales qui ont été largement précisées par la jurisprudence.

Dans le silence de la loi, tous les moyens de propagande peuvent être admis : affichage, organisation de réunions... Néanmoins, l'outil principal de propagande demeure le tract, dont les modalités de distribution notamment ont suscité un abondant contentieux.

¹⁰³² Cass. Soc., 21 septembre 2011, n° 10-19.017, *Bull.* 2011, V, n° 193 ; *Liaisons sociales Quotidien*, 27 septembre 2011, n° 15943, p. 1.

¹⁰³³ Cass. Soc., 10 octobre 2007, préc.

¹⁰³⁴ Cass. Soc., 22 septembre 2010, n° 09-60.410, préc ; Cf. *Supra* Sous-titre 1, Chapitre 1.

¹⁰³⁵ Cass. Soc., 14 décembre 2010, n° 10-60.221, préc. ; Rapport commun de la Cour de cassation sous Cass. Soc., 21 septembre 2011, préc.

¹⁰³⁶ Cass. Soc., 21 septembre 2011, n° 10-19.017 et 10-23.247, préc.

¹⁰³⁷ Rapport commun de la Cour de cassation sous Cass. Soc., 21 septembre 2011, préc.

L'article L. 2142-4 du Code du travail énonce que les tracts et publications de nature syndicale « peuvent être librement diffusés aux travailleurs de l'entreprise dans l'enceinte de celle-ci aux heures d'entrée et de sortie du travail ». Il s'agit d'une règle générale, valable toute l'année. En période électorale évidemment, la diffusion des tracts concernant les élections devra correspondre aux dates retenues pour la campagne électorale.

L'article L. 2142-5 du même code précise que le contenu des tracts et affiches est « librement déterminé par l'organisation syndicale, sous réserve de l'application des dispositions relatives à la presse ». Ajoutons que le contenu des tracts doit également être conforme à l'objet des syndicats qui ne saurait être politique.

Néanmoins, le contenu des tracts peut parfois poser problème. La Cour de cassation condamne ainsi les propos injurieux ou diffamatoires. Elle tolère toutefois qu'un document de propagande critique un concurrent si la rédaction de cette critique permet au concurrent visible d'y répondre. Pour trancher les litiges, la Cour de cassation vérifie généralement l'influence du tract litigieux sur le résultat des élections.

Ainsi, dans un arrêt rendu en février 1988¹⁰³⁸, la Haute juridiction a confirmé le jugement rendu par un tribunal d'instance qui avait annulé des élections suite à l'émission d'un tract la veille du scrutin accusant la CFDT de « brader les avantages acquis de la convention collective ».

Pour confirmer cette décision, la Cour de cassation a notamment retenu l'écart significatif des résultats du vote entre les deux syndicats, au profit de l'organisation qui avait émis le tract litigieux. En effet, la Cour de cassation rappelle fréquemment que la propagande peut s'effectuer à tout moment, à condition de ne pas être abusive au point d'avoir influé sur les résultats du scrutin¹⁰³⁹. Pour éviter cet écueil, en pratique, il vaut mieux qu'une disposition du protocole préélectoral prévoie que la propagande s'achèvera la veille du scrutin.

On notera que la Haute juridiction adopte un raisonnement similaire lorsqu'elle est saisie de questions relatives aux élections professionnelles, se référant à l'incidence des irrégularités sur le résultat des élections¹⁰⁴⁰, y compris en matière de vote électronique¹⁰⁴¹. Dans ce dernier

¹⁰³⁸ Voir notamment : Cass. Soc., 18 février 1988, n° 87-60.027, *Bull. Civ.* 1988, V, n° 123, p. 81 ; Cass. Soc., 27 juin 1997, n° 89-61.359, inédit ; Cass. Soc., 1^{er} décembre 1993, n° 93-60.029, inédit ; Cass. Soc., 20 novembre 2002, n° 01-60.903 : *RJS* 2003, n° 490.

¹⁰³⁹ Cass. Soc., 20 juin 2000, n° 99-60.153, *Bull. Civ.* V, n°239 ; pour un tract diffusé le jour même du scrutin, voir aussi Cass. Soc., 5 décembre 1984, n° 84-60.516.

¹⁰⁴⁰ Voir par exemple Cass. Soc., 20 juin 2012, n° 11-19847, inédit ; cf. *Infra* Section 2, §2.

¹⁰⁴¹ Cass. Soc., 26 septembre 2012, n° 11-22.598, Publié au bulletin.

cas la Cour de cassation attache toutefois une importance plus particulière au secret et à la sincérité du vote¹⁰⁴². Ainsi, par exemple, le fait d'envoyer aux salariés qui vont voter par voie électronique leurs codes personnels d'authentification directement sur leur messagerie professionnelle, sans autre précaution destinée à éviter que quelqu'un se substitue à l'électeur, n'est pas de nature à garantir la confidentialité des données transmises, ce dont il résulte « *que la conformité des modalités d'organisation du scrutin aux principes généraux du droit électoral n'[est] pas assurée*¹⁰⁴³ ».

D'autres moyens de propagande peuvent être mis à la disposition des syndicats. Ainsi, l'article L. 2142-6 du Code du travail prévoit la possibilité, par accord d'entreprise, d'autoriser la diffusion des tracts et publications sur un site syndical mis en place sur l'intranet de l'entreprise ou par courrier électronique dans l'entreprise. Dans ce cas, l'accord doit contenir des dispositions pour préserver la liberté de choix des salariés d'accepter ou de refuser les e-mails.

La diffusion des tracts et publications par voie électronique doit être compatible avec les exigences du bon fonctionnement du réseau informatique et ne doit pas entraver l'accomplissement du travail.

En outre, les juges ont décidé que, dans l'hypothèse où les communications par courrier électronique auraient été autorisées, les mails envoyés par les salariés doivent avoir un lien avec la situation sociale existant dans l'entreprise¹⁰⁴⁴. Une telle solution nous paraît logique au regard de l'impératif de bon fonctionnement du réseau informatique et du fait que ce mode de communication soit décidé par accord d'entreprise. Il est logique que les communications émises dans l'entreprise concernent cette dernière afin d'éviter d'éventuels abus qui pourraient conduire à saturer le réseau informatique et perturber le travail dans l'entreprise.

La seule condition requise pour pouvoir accéder à l'Intranet de l'entreprise consiste à avoir créé une section syndicale. Les dispositions relatives à l'accès à Intranet se situent d'ailleurs dans un chapitre du Code du travail intitulé « Section syndicale¹⁰⁴⁵ ». La Cour de

¹⁰⁴² Cass. Soc., 10 mai 2012, n° 11-25.029, Publié au bulletin. Le même constat pouvant être réalisé pour le vote par correspondance : Cass. Soc., 13 février 2013, n° 11-61.201, inédit.

¹⁰⁴³ Cass. Soc., 27 février 2013, n° 12-14.415, Publié au bulletin.

¹⁰⁴⁴ Cass. Soc., 22 janvier 2008, n° 06-40.514, Bull. 2008 V, n° 14 ; *Dr. Soc.* 2008, p. 505, obs. (P.Y.) VERKINDT.

¹⁰⁴⁵ *Liaisons sociales Quotidien*, 27 septembre 2011, n° 15943, p. 1.

cassation en a justement déduit qu'au nom du principe d'égalité, un accord collectif d'entreprise ne saurait réserver l'accès à l'Intranet aux seuls syndicats représentatifs¹⁰⁴⁶.

La question de la diffusion de tracts par la voie électronique pourrait toutefois poser des difficultés pratiques pour les syndicats non représentatifs qui n'auraient pas créé de section syndicale dans l'entreprise.

En effet, en l'absence de section syndicale, le syndicat non représentatif peut ne pas avoir accès au réseau interne de l'entreprise. Et encore moins aux adresses mail des salariés. L'entreprise qui souhaiterait autoriser ce mode de diffusion se verrait donc dans l'obligation de créer des accès informatiques spécifiques pour ces syndicats. Les employeurs pourraient être réticents à l'idée de conférer des droits à des partenaires sociaux encore extérieurs à l'entreprise, qu'ils ne connaissent pas forcément de surcroît. Ce qui risque de freiner l'utilisation d'un mode de propagande pourtant très pratique pour les organisations syndicales, y compris celles qui sont déjà présentes dans l'entreprise.

§2. La représentation des sous-traitants dans l'entreprise utilisatrice : une vraie question ?

« Tout travailleur [a le droit, par l'intermédiaire de ses délégués, de participer] à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises¹⁰⁴⁷ ».

Cette affirmation a conduit la jurisprudence et le législateur à s'interroger sur la question de l'électorat et de l'éligibilité des salariés précaires et des salariés mis à disposition.

Il a notamment fallu déterminer si l'ancienneté requise pour être électeur ou éligible nécessitait une relation de travail ininterrompue ou si la durée de contrats à durée déterminée successifs cumulée pouvait suffire, même si ces derniers avaient été ponctués de courtes périodes d'interruption¹⁰⁴⁸.

Avec l'intervention législative de 2008 qui introduit l'audience électorale comme condition déterminante d'accession à la représentativité, la question de la définition du corps électoral

¹⁰⁴⁶ Cass. Soc., 21 septembre 2011, préc. ; *Liaisons sociales Quotidien*, 27 septembre 2011, n° 15943, p. 1 ; (C.) RADE, « L'exercice du droit syndical après la loi du 20 août 2008 : liberté, égalité, représentativité, ou la nouvelle devise de la démocratie sociale », *Dr. Soc.* décembre 2011, p. 1236.

¹⁰⁴⁷ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, 8^{ème} alinéa.

¹⁰⁴⁸ (F.) PETIT, Droit électoral dans l'entreprise : le tourbillon législatif et jurisprudentiel de l'année 2008, *RJS* 6/09, p. 426.

revêt une importance cruciale¹⁰⁴⁹. La problématique de la représentation des salariés mis à disposition dans l'entreprise utilisatrice ressurgit alors avec plus d'acuité (I).

La réforme de 2008 apporte des précisions sur les modalités de prise en compte des salariés mis à disposition dans l'entreprise utilisatrice, les salariés concernés étant au sens de la loi du 20 août 2008 les salariés affectés au sein de l'entreprise utilisatrice pour une durée limitée et pour une mission précise par une entreprise prestataire ou, plus généralement par une entreprise extérieure, à l'exclusion des travailleurs temporaires pour lesquels les règles en vigueur jusqu'alors demeurent inchangées¹⁰⁵⁰.

Cependant, malgré ces précisions importantes, de nombreux vides juridiques subsistent. L'exemple de la société Aerolia révèle ainsi certaines limites du nouveau dispositif et la nécessité pour les entreprises qui se trouvent dans des situations particulières de recourir à un régime dérogatoire dès lors qu'elles se trouvent dans des hypothèses non envisagées par le législateur. Ces problèmes de mise en œuvre de la réforme résultent pour une large part du fait que la loi du 20 août 2008 lie à la problématique de la représentation du personnel la question de la sous-traitance qui devrait en réalité être appréhendée séparément (II).

I. L'évolution des droits des salariés mis à disposition

La prise en compte des salariés mis à disposition dans l'effectif de l'entreprise suppose l'intégration de ces derniers à la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice. Cette notion d'intégration a fait l'objet d'un long cheminement jurisprudentiel avant d'être finalement arrêtée par la loi du 20 août 2008 qui la définit toutefois de manière légèrement différente selon que l'on se situe dans le cadre du calcul des effectifs (A) ou bien dans le cadre de l'électorat et de l'éligibilité (B).

¹⁰⁴⁹ (J.E.) RAY, « L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. Soc.* septembre-octobre 2009, p. 891.

¹⁰⁵⁰ (J.J) JARRY, « Elections professionnelles : nouvelle donne », *Les cahiers du DRH*, n°148, novembre 2008, p. 6.

A. La prise en compte des salariés mis à disposition dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice

Initialement, la loi prévoyait simplement que les salariés mis à disposition par des entreprises extérieures devaient être pris en compte dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice au prorata de leur temps de présence au cours des douze mois précédents la date à laquelle est apprécié l'effectif¹⁰⁵¹ et qu'ils pouvaient faire valoir auprès des délégués du personnel de cette entreprise leurs réclamations individuelles ou collectives relatives aux conditions de travail.

La jurisprudence en la matière a quant à elle connu quelques évolutions. Ainsi, dès le début des années 80, la Cour de cassation a reconnu aux travailleurs mis à disposition la qualité d'électeurs dans l'entreprise d'accueil¹⁰⁵², voire de candidats aux élections des délégués du personnel dès lors qu'ils étaient intégrés à la collectivité de travail et recevaient des consignes du chef de l'entreprise utilisatrice¹⁰⁵³. La Haute Juridiction conditionnait alors seulement la prise en compte de ces salariés dans l'effectif à l'existence d'un lien de subordination de fait entre ces derniers et l'entreprise utilisatrice¹⁰⁵⁴. Cependant, cette exigence a été abandonnée en 2000¹⁰⁵⁵. A compter de cette date, la Cour de cassation a fait prévaloir une conception extensive des salariés mis à disposition susceptibles d'être pris en compte dans l'effectif de l'entreprise d'accueil¹⁰⁵⁶. Pour être décomptés dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice, il suffisait que les salariés mis à disposition participent au processus de travail de cette entreprise¹⁰⁵⁷, c'est-à-dire « *aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice* »¹⁰⁵⁸.

Par la suite, dans la loi sur la participation¹⁰⁵⁹, le législateur a introduit une disposition visant à exclure du décompte des effectifs de l'entreprise d'accueil les sous-traitants et prestataires de service, sauf pour la mise en place du comité d'hygiène, de sécurité et des

¹⁰⁵¹ Ancien art. L. 412-5 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi Auroux du 28 octobre 1982.

¹⁰⁵² Cass. Ass. Plén., 29 février 1980, n° 79-60.051, *Bull. Ass. Plén.*, n°2.

¹⁰⁵³ Cass. Soc., 5 mai 1983, n° 82-60.363, *Bull. Civ. V*, n° 239 ; (C.) GOASGUEN, *Lamy social*, n°229, novembre 2008, chron., p. 1-2.

¹⁰⁵⁴ Cass. Ass. Plén., 13 mars 1985, n° 84-60.731, *Bull. Civ. V*, n° 171 ; (C.) GOASGUEN, préc.

¹⁰⁵⁵ Cass. Soc., 28 mars 2000, n° 98-60.440, *Bull. Civ. V*, n° 133.

¹⁰⁵⁶ (C.) GOASGUEN, préc. p 2.

¹⁰⁵⁷ Cass. Soc., 27 novembre 2001, n° 00-60.252, *Bull. 2001 V*, n° 264, p. 290.

¹⁰⁵⁸ Cass Soc., 26 mai 2004, n° 03-60.125, *Bull. 2004 V*, n° 140, p. 127.

¹⁰⁵⁹ Loi n° 2006-1770, 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié portant diverses dispositions d'ordre économique et social : JO 31 décembre 2006, p. 20320.

conditions de travail, et à réserver le corps électoral aux salariés liés à l'entreprise par un contrat de travail¹⁰⁶⁰.

Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 28 décembre 2006¹⁰⁶¹, a estimé que le législateur pouvait tenter d'éviter ou de restreindre les situations de double vote, mais que l'article 54 de la loi du 30 décembre 2006¹⁰⁶² était contraire à la Constitution car le droit de participer aux élections professionnelles appartient à tous les travailleurs « intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail » même s'ils ne sont pas salariés de l'entreprise considérée¹⁰⁶³.

La prise en compte des salariés mis à disposition dans l'effectif de l'entreprise constitue donc la première étape de la mise en œuvre de leur droit de participation aux élections professionnelles, dès lors qu'ils justifient d'une certaine intégration à la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice.

Le législateur de 2008 a finalement décidé que doivent être pris en compte dans le calcul de l'effectif de l'entreprise d'accueil les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure qui sont présents dans les locaux de l'entreprise et y travaillent depuis au moins un an¹⁰⁶⁴.

Désormais, l'intégration à la communauté de travail est donc automatiquement admise dès lors que le salarié mis à disposition est présent dans les locaux de l'entreprise utilisatrice à la date où s'effectue le décompte de l'effectif et qu'il y travaille depuis au moins douze mois, de façon continue ou discontinue, pour le compte de l'entreprise utilisatrice.

En effet, comme le précise l'article L. 1111-2 du Code du travail, ces salariés sont pris en compte au prorata de leur temps de présence au cours des douze mois précédents, sous-entendu des douze mois précédant la date à laquelle on choisit de calculer l'effectif. Si le calcul de l'effectif est réalisé en vue des élections professionnelles, il importe donc peu que ces salariés soient présents le jour du scrutin, ils doivent simplement être présents au moment où on fait le calcul.

¹⁰⁶⁰ Art. 54 de la loi du 30 décembre 2006.

¹⁰⁶¹ Cons. Constit., 28 décembre 2006, n° 2006-545 DC : JO 31 décembre 2006, p. 20520.

¹⁰⁶² Loi n°2006-1770 du 30 décembre 2006, préc.

¹⁰⁶³ (A.M.) DUPUY, (P.) SAFAR, « Travailleurs mis à disposition : les apports de la loi du 20 août 2008 », *JCP S* 9 septembre 2008, n° 37, p 17.

¹⁰⁶⁴ Art. L. 1111-2 du Code du travail.

Suivant cette logique, la Cour de cassation, interrogée sur le fait de savoir si un salarié mis à disposition peut être désigné comme représentant de la section syndicale décide qu'à partir du moment où un salarié mis à disposition remplit les conditions légales pour être pris en compte dans l'effectif d'une entreprise **et qu'il est intégré de façon étroite et permanente à la communauté de travail**, rien ne s'oppose à ce qu'il puisse être désigné en qualité de représentant de la section syndicale¹⁰⁶⁵. En effet, « les conditions de légitimité emblématiques de la loi du 20 août 2008 (candidature et audience), ne s'appliquent pas au représentant de la section syndicale¹⁰⁶⁶ », le Code du travail renvoyant simplement aux conditions de désignation du délégué syndical, sans exiger que celui-ci ait été candidat aux élections professionnelles ou ait obtenu 10% des suffrages exprimés. Pour pouvoir être désigné représentant de la section syndicale, il suffit donc que le salarié remplisse les conditions prévues par l'article L. 2142-1-1 du Code du travail, il ne doit pas nécessairement faire partie du personnel de l'entreprise utilisatrice. La Cour de cassation se réfère ensuite à sa jurisprudence antérieure concernant la désignation des représentants syndicaux, par laquelle elle décidait que « sauf dispositions législatives contraires, les travailleurs mis à disposition d'une entreprise, intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, inclus à ce titre dans le calcul des effectifs en application de l'article L. 620-10¹⁰⁶⁷ du code du travail, peuvent, à ce même titre, être désignés représentants syndicaux au comité d'entreprise ou d'établissement¹⁰⁶⁸ ». Dans l'affaire soumise à la Chambre sociale en 2012, la salariée mise à disposition de l'entreprise en cause depuis plus de 10 ans était de toute évidence intégrée de façon étroite et permanente à la communauté de travail.

La jurisprudence a par ailleurs précisé que les salariés qui ne sont pas à la disposition exclusive de l'entreprise utilisatrice, qui ne se rendent que ponctuellement dans les locaux de cette entreprise, ne peuvent pas être pris en compte dans le calcul des effectifs de cette dernière¹⁰⁶⁹. On pense par exemple ici aux salariés d'une société sous-traitante qui viennent tous les jours remplir et vider les machines à café de l'entreprise utilisatrice¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁵ Cass. Soc., 29 février 2012, n° 11-10.904, *Bull.* 2012 V, n° 84.

¹⁰⁶⁶ (J.-F.) CESARO, art. préc., p. 45.

¹⁰⁶⁷ Art. L. 1111-2 du Nouveau Code du travail.

¹⁰⁶⁸ Cass. Soc., 12 mars 2008, n° 07-60.326, inédit ; voir aussi Cass. Soc., 1^{er} avril 2008, n° 07-60.287, préc. ; Cass. Soc., 13 novembre 2008, n° 08-60.331, *Bull.* 2008 V, n° 220.

¹⁰⁶⁹ Cass. Soc., 14 avril 2010, n° 09-60.367, *Bull.* 2010, V, n° 99.

¹⁰⁷⁰ Cf. *Infra* II A, 1, b.

B. Electorat et éligibilité : la rationalité discutable des critères retenus par le législateur

La Cour de cassation a définitivement entériné le critère de l'intégration étroite et permanente à la communauté de travail dans plusieurs arrêts. Plus encore, elle a jugé que les travailleurs ainsi intégrés et inclus dans le calcul des effectifs sont également électeurs aux élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise¹⁰⁷¹, dès lors qu'ils remplissent les conditions requises pour être électeurs.

Les partenaires sociaux, dans la position commune d'avril 2008, s'étaient prudemment bornés à prévoir la mise en place d'un groupe de travail paritaire pour faire des propositions sur la question des salariés « *intervenant de façon prolongée sur des sites extérieurs à leur entreprise, au regard de la représentation du personnel et de la prise en compte de l'audience dans l'appréciation de la représentativité*¹⁰⁷² ».

La loi du 20 août 2008 va plus loin en privilégiant l'exigence de conditions de présence et d'ancienneté à la notion d'intégration étroite et permanente¹⁰⁷³. Deux nouveaux articles ont ainsi été intégrés au Code du travail, précisant que les salariés mis à disposition qui remplissent les conditions requises pour être pris en compte dans le calcul de l'effectif sont électeurs dès lors qu'ils ont été présents dans l'entreprise utilisatrice pendant douze mois continus¹⁰⁷⁴. En outre, ils peuvent être éligibles aux fonctions de délégué du personnel, dès lors qu'ils justifient d'une présence de 24 mois continus dans l'entreprise utilisatrice¹⁰⁷⁵. En revanche, ils ne peuvent pas être élus membres du comité d'entreprise ou d'établissement.

Ces nouvelles dispositions ont fait l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel, les requérants estimant qu'elles apportaient des restrictions injustifiées à l'exercice du droit de vote et d'éligibilité des salariés mis à disposition. Ils indiquaient en outre que ces dispositions étaient discriminatoires, car elles conduisaient à traiter différemment des salariés travaillant dans une même entreprise selon qu'ils sont ou non liés à elle par un contrat de travail.

¹⁰⁷¹ Cass. Soc., 28 février 2007, n° 06-60.171, *Bull.* 2007, V, n° 34 ; Cass. Soc., 1^{er} avril 2008, n° 07-60.287, *Bull.* 2008, V, n° 77 ; Cass. Soc., 23 mai 2006, n° 05-60.119, *Bull.* 2006, V, n° 182, p. 176 ; Cass. Soc., 1^{er} avril 2008, n° 07-60.283, *JCP S* n°22, 27 mai 2008, note (J.Y.) KERBOUC'H.

¹⁰⁷² (B.) GAURIAU, « La position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale », *JCP S* 2008, act. 197.

¹⁰⁷³ Art. 3 de la loi du 20 août 2008.

¹⁰⁷⁴ Art. L. 23214-18-1 et L. 2324-17-1 du Code du travail.

¹⁰⁷⁵ Art. L. 2314-18-1 du Code du travail.

Le Conseil constitutionnel a tranché¹⁰⁷⁶, considérant que le droit de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination des conditions collectives de travail appartient à tous les salariés, dès lors qu'ils sont intégrés de façon étroite et permanente à la collectivité de travail ; que le législateur a simplement souhaité préciser la notion d'intégration étroite et permanente, afin de « renforcer la sécurité juridique des entreprises et des salariés ». Le Conseil a en outre souligné que le principe d'égalité ne s'oppose « *ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »¹⁰⁷⁷.

Toutefois, la décision rendue par le Conseil constitutionnel n'est pas exempte de critiques. En effet, il juge les critères de durée de présence et les règles relatives au droit de vote des salariés mis à disposition retenus par le législateur « objectifs et rationnels »¹⁰⁷⁸. Cependant, comme le relève le Professeur Lyon-Caen¹⁰⁷⁹, un salarié ordinaire est électeur dès lors qu'il justifie de trois mois d'ancienneté. En outre, le pouvoir réglementaire a jugé « stable » un contrat à durée déterminée de six mois minimum¹⁰⁸⁰. Comment justifier alors le caractère « rationnel » de la durée de présence exigée par le législateur de 2008 ?

Ces interrogations expliquent vraisemblablement la position adoptée par la Cour de cassation.

Ainsi, la Haute juridiction, saisie de pourvois concernant des litiges nés avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 août a choisi de combiner ces nouvelles dispositions avec sa jurisprudence antérieure. En novembre 2008, la Cour de cassation a donc entrepris de délimiter la notion d'intégration étroite et permanente à la communauté de travail, en précisant que sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail « *les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure qui, abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, sont présents dans les locaux de l'entreprise*

¹⁰⁷⁶ Cons. Const., 7 août 2008, n° 2008-568 DC : JO 21 août 2008, p. 13079.

¹⁰⁷⁷ Par conséquent, le législateur pouvait parfaitement « *ne pas conférer à l'ensemble des salariés mis à disposition d'une entreprise le droit d'être électeurs ou d'être éligibles pour la désignation des délégués du personnel et des représentants des salariés au comité d'entreprise* », « *la différence de traitement [ainsi] (...) établie étant en rapport direct avec l'objectif qu'il s'était fixé* » (Cons. Constit., 7 août 2008, préc.).

¹⁰⁷⁸ Cons. Const., décision préc.

¹⁰⁷⁹ (A.) LYON-CAEN, « A la recherche des travailleurs mis à disposition : finesse des juges et brutalité de la loi », *JCP S*, n° 1375, 18 novembre 2008, p. 12.

¹⁰⁸⁰ Décret n° 2007-603, 25 avril 2007 : JO 27 avril 2007.

*utilisatrice et y travaillent depuis une certaine durée, partageant ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs*¹⁰⁸¹ ».

Cet attendu montre que la Cour de cassation, pour délimiter la notion d'intégration étroite et permanente à la communauté de travail, s'est inspirée du dispositif de la loi du 20 août 2008, faisant référence à la présence des salariés « depuis une certaine durée » dans les locaux de l'entreprise. On remarque cependant qu'à la différence du législateur, la Cour de cassation n'exige pas une durée précise de présence dans les locaux : elle vise seulement une « certaine durée de présence » alors que la loi du 20 août 2008 impose que les salariés mis à disposition soient présents depuis au moins un an pour être pris en compte dans le calcul des effectifs de l'entreprise utilisatrice. Nous déduisons de cette différence de formulation que la Cour de cassation ne lie pas strictement pas la notion d'intégration étroite et permanente à la durée de présence d'un an posée par le législateur. Cette durée n'a apparemment pas vocation à être systématiquement généralisée aux hypothèses autres que la prise en compte des salariés mis à disposition dans le cadre des élections professionnelles.

II. Les questions réglées par la réforme et les vides juridiques subsistants

Le législateur a tenté de régler la question de l'électorat et de l'éligibilité des salariés mis à disposition en intégrant des dispositions sur le sujet dans la loi du 20 août 2008. Ainsi, la loi du 20 août 2008 clarifie certains points concernant la prise en compte des salariés mis à disposition par l'entreprise utilisatrice au moment des élections professionnelles (A).

Cependant, des vides juridiques subsistent encore, tenant notamment au recensement des sous-traitants, qui est très difficile à réaliser en pratique. La société Aerolia a ainsi été conduite à mettre en place un régime dérogatoire permettant l'exercice de leurs droits par les salariés mis à disposition dans la mesure où les textes ne prévoyaient pas le cas de figure particulier dans lequel elle s'est trouvée (B).

L'examen de la réforme de 2008 et les difficultés pratiques que suscite sa mise en œuvre révèle qu'elle ne constitue qu'un palliatif au flou juridique qui entoure le régime et le concept même de la sous-traitance. En liant la question de la sous-traitance à celle de la représentation du personnel, cette loi crée de nouveaux problèmes et ne résout pas les anciens.

¹⁰⁸¹ Cass. Soc., 13 novembre 2008, n° 07-60.495, n° 07-60.772, n° 07-60. 434 et n° 08-60.332.

Une intervention législative spécifique sur cette question nous semble donc préférable à celle qu'opère la loi du 20 août 2008 (C).

A. Les clarifications apportées par la réforme

La loi du 20 août 2008 dissocie nettement les conditions d'électorat et d'éligibilité (1). L'analyse du dispositif et des différents textes existants révèle en outre que les intérimaires ne sont pas concernés par les nouvelles règles légales instituées au profit des « salariés mis à disposition » (2).

1. La dissociation opérée par la loi du 20 août 2008

La loi du 20 août 2008 opère une dissociation claire entre les conditions de prise en compte des salariés mis à disposition dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice et leurs conditions d'électorat et d'éligibilité. En même temps, elle exclut tout risque de double représentation de ces salariés (a). La définition des salariés mis à disposition donnée par le législateur reste toutefois à affiner pour couvrir toutes les hypothèses que l'on peut rencontrer en pratique (b).

a. La double représentation exclue - La loi du 20 août 2008 a devancé la Cour de cassation et dépassé les partenaires sociaux en réglant le sort des salariés mis à disposition.

Désormais, les conditions de prise en compte dans l'effectif et les conditions d'électorat et d'éligibilité sont clairement dissociées. En effet, pour la prise en compte des salariés mis à disposition dans le calcul de l'effectif, il faut se référer à l'article L. 1111-2 du Code du travail. La présence requise peut être continue ou discontinue alors qu'une présence continue est obligatoirement exigée pour la prise en compte du salarié dans l'électorat ou son éligibilité.

Par ailleurs, les conditions requises pour être électeur et celles requises pour être éligible sont différentes¹⁰⁸². Les salariés mis à disposition ne sont éligibles qu'aux fonctions de délégués du personnel.

En outre, le double vote est exclu : les salariés mis à disposition qui satisfont aux conditions de présence et d'ancienneté imposées par la loi doivent en effet choisir dans quelle

¹⁰⁸² Cf. *Supra* I, B.

entreprise (entreprise sous-traitante ou entreprise d'accueil) ils souhaitent voter. La possibilité d'une double représentation est donc écartée.

Cette disposition peut être interprétée de plusieurs façons : on peut en déduire soit que le salarié mis à disposition qui a déjà voté dans son entreprise d'origine, si celle-ci a organisé des élections professionnelles postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, ne pourra pas voter dans l'entreprise utilisatrice ; soit que le salarié mis à disposition qui choisit de voter dans l'entreprise d'accueil ne pourra pas voter dans son entreprise d'origine aux prochaines élections. Certaines entreprises avaient retenu la première solution. La Cour de cassation leur a donné tort en retenant la seconde¹⁰⁸³. Ce qui ne résout toutefois pas toutes les questions.

En effet, on peut alors se demander si le salarié mis à disposition qui s'est présenté comme candidat aux fonctions de délégué du personnel dans l'entreprise utilisatrice pourra être éligible dans son entreprise d'origine aux élections professionnelles suivantes. Une interprétation littérale des textes peut permettre une telle application mais risque de perturber l'équilibre social des entreprises extérieures qui seraient alors certainement plus réticentes à transmettre les informations relatives au droit d'option dont peuvent bénéficier leurs salariés. Ce qui, vraisemblablement, ne correspond pas à l'esprit de la réforme qui tente d'œuvrer en faveur de la démocratie sociale, ce qui suppose la participation des électeurs¹⁰⁸⁴.

Pourtant, la Cour de cassation s'est prononcée en ce sens le 26 mai 2010 en décidant que les conditions d'électorat et d'éligibilité instaurées par la loi du 20 août 2008 devant être appréciées lors de l'organisation des élections de l'entreprise utilisatrice, « *c'est à cette date que les salariés mis à disposition doivent être mis en mesure d'exercer leur droit d'option*¹⁰⁸⁵ ». On aboutit alors à un résultat paradoxal : les salariés mis à disposition peuvent voter deux fois successivement alors que le législateur a clairement souhaité écartier la possibilité d'un double vote¹⁰⁸⁶. L'arrêt du 26 mai 2010 n'apporte donc pas une solution satisfaisante au regard de la volonté législative.

On notera cependant que concernant l'éligibilité dans son entreprise d'origine du salarié mis à disposition qui aurait exercé son droit d'option, la Cour de cassation a apporté une précision

¹⁰⁸³ Cass. Soc., 26 mai 2010, n° 09-60.400, *Bull. 2010 V*, n°114.

¹⁰⁸⁴ (J.J) JARRY, art. Préc., p.7.

¹⁰⁸⁵ Cass. Soc., 26 mai 2010, préc.

¹⁰⁸⁶ (F.) PETIT, « L'option de vote des salariés mis à disposition », *Dr. Soc.*, Juillet-août 2010, p. 830.

qui ne peut que remporter l'adhésion¹⁰⁸⁷ : le fait pour un salarié d'avoir été élu en qualité de délégué du personnel dans l'entreprise utilisatrice ne l'empêche pas d'être électeur et éligible aux élections des membres du comité d'entreprise dans son entreprise d'origine¹⁰⁸⁸. Cette solution procède d'une logique indiscutable : la Cour de cassation veille à préserver le droit de participation, constitutionnellement protégé, des salariés mis à disposition, lequel ne peut pas être restreint par les juges¹⁰⁸⁹. Dès lors qu'aucune disposition légale n'interdit à un salarié de se présenter à deux élections différentes (CE et délégués du personnel) et qu'aucun texte de loi ne l'oblige à exercer son droit d'option dans ce cas, il n'appartient pas aux juges d'apporter une restriction à l'exercice du droit de participation des salariés mis à disposition dans cette hypothèse.

La réforme de 2008 apporte donc des éclaircissements et des précisions qui se révélaient nécessaires, compte tenu notamment du développement de la sous-traitance en France. La définition des salariés mis à disposition retenue dans la loi du 20 août 2008 gagnerait cependant à être affinée pour recouvrir davantage d'hypothèses de mise à disposition et garantir les droits d'un plus grand nombre de salariés.

b. Une définition légale à affiner - Des tribunaux d'instance avaient été interrogés sur la notion d'« intégration étroite et permanente ». Les salariés intégrés de façon étroite et permanente devaient-ils obligatoirement travailler sur le site de l'entreprise utilisatrice (« in situ ») ou suffisait-il qu'ils travaillent pour le compte de l'entreprise utilisatrice, même depuis un autre site (« ex situ ») ?

La loi du 20 août 2008 clarifie ces points en incluant dans les salariés mis à disposition les salariés des sous-traitants extérieurs à l'entreprise.

Cependant, comme le relèvent certains auteurs, toute prestation de services n'implique pas nécessairement une mise à disposition¹⁰⁹⁰. La loi du 20 août 2008, qui ne précise pas davantage cette notion, ne couvre pas tous les salariés susceptibles d'être concernés par son application.

¹⁰⁸⁷ (F.) PETIT, obs. sous Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-19.017 et 10-23.247, *Bull.* 2011 V, n° 193, *Dr. Soc.* décembre 2011, p. 1315.

¹⁰⁸⁸ Cass. Soc. 28 septembre 2011, n° 10-27.374, *Bull.* 2011 V, n° 201.

¹⁰⁸⁹ (F.) PETIT, obs. préc.

¹⁰⁹⁰ (G.) BELIER, (A.) BOURSIER, « Une révolte silencieuse ? », *SSL*, n°1400, 18 mai 2009, p. 5-6.

En témoigne l'avenant adjoint à la convention collective nationale de la propreté le 12 décembre 2008¹⁰⁹¹ dans lequel les partenaires sociaux estiment qu' « *au regard de la spécificité des organisations du travail de la propreté dans le cadre des prestations effectuées dans l'entreprise cliente, un salarié d'entreprise de la propreté n'est pas mis à disposition de l'entreprise cliente* ». Les parties signataires en déduisent que les salariés des entreprises de propreté ne peuvent être électeurs ou éligibles que dans leur entreprise d'origine, en dépit des dispositions issues de la loi du 20 août 2008.

L'avenant du 12 décembre 2008 pose en filigrane la question du moment à partir duquel on peut considérer qu'un salarié est mis à disposition d'une entreprise cliente, autrement dit, à partir de quel moment il est intégré à la communauté de travail de l'entreprise cliente. Il semblerait que la condition d'ancienneté et de présence instituée par le législateur soit insuffisante.

Le ministère du Travail a finalement refusé l'extension de l'avenant à la convention nationale de la propreté¹⁰⁹². Cette réaction des partenaires sociaux et de certaines entreprises montre que la définition légale de la mise à disposition mériterait d'être davantage affinée pour une sécurité juridique renforcée. Plus encore, c'est peut-être le droit de la sous-traitance qu'il conviendrait de revoir à certains égards.

Les partenaires sociaux invitent visiblement le législateur à préciser les critères d'intégration de ces salariés sous-traitants à la communauté de travail de l'entreprise d'accueil en établissant des critères moins abstraits, plus proches des réalités des entreprises. Pour ce faire, on pourrait vérifier certains points comme celui de savoir quelle entreprise (entreprise d'origine ou entreprise d'accueil) décide de l'évolution de carrière de ces salariés ; ces salariés sont-ils soumis aux mêmes normes collectives que les salariés de l'entreprise cliente ? Ou encore de savoir s'ils utilisent les équipements de l'entreprise d'accueil, etc.¹⁰⁹³.

Une vérification devrait également être opérée concernant les liens économiques qui unissent ou opposent l'entreprise cliente à l'entreprise prestataire. En effet, le droit de participer à la détermination des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise perd toute pertinence

¹⁰⁹¹ Avenant du 12 décembre 2008 à la convention collective nationale des entreprises de propreté relatif aux salariés mis à disposition : *SSL*, n° 1400, 18 mai 2009, p. 8.

¹⁰⁹² Avenant du 12 décembre 2008 à la convention collective nationale des entreprises de propreté relatif aux salariés mis à disposition, préc. ; voir *Supra* A 1 b.

¹⁰⁹³ (F.) CHAMPEAUX, « Les salariés mis à disposition toujours au cœur du débat », *SSL*, n° 1400, 18 mai 2009, p. 3.

dans l'hypothèse où les intérêts économiques de l'entreprise sous-traitante et de l'entreprise d'accueil se révèlent divergents, voire rivaux¹⁰⁹⁴.

Saisie de la question, la Cour de cassation a apporté une précision importante à ce sujet : elle décide ainsi que lorsque les salariés ne sont pas mis à la disposition exclusive de l'entreprise utilisatrice, qu'ils travaillent indifféremment pour plusieurs sociétés et ne se rendent que ponctuellement dans les locaux de l'entreprise cliente, ils n'ont pas à être pris en compte dans le calcul de ses effectifs¹⁰⁹⁵. Cette décision résout la question de la prise en compte ou non des salariés mis à disposition qui interviennent ponctuellement sur site. Indirectement, elle résout une des problématiques liées à la question de l'intégration des salariés à la communauté de travail. De cet arrêt on déduit que les intervenants ponctuels qui ne sont pas à disposition exclusive de l'entreprise utilisatrice ne sont pas considérés comme intégrés à la communauté de travail. En prenant en compte le fait que le prestataire travaille exclusivement ou non pour une société, la Cour de cassation suit les partenaires sociaux car elle prend en compte un paramètre économique réel.

Cependant, le critère central pour la détermination du droit de participation aux élections professionnelles de l'entreprise d'accueil réside davantage dans la recherche d'intérêts communs entre les salariés de l'entreprise utilisatrice et les salariés de l'entreprise prestataire. En effet, la vocation première des institutions représentatives est la défense des intérêts collectifs. Il faut donc en premier lieu identifier les conditions de travail communes. A ce propos, on remarque que malgré l'absence de lien de subordination direct, les salariés sous-traitants sont soumis aux contraintes qui résultent des prescriptions émanant des donneurs d'ordres : délais, respect des normes de qualité, des normes de procédure¹⁰⁹⁶...L'évaluation des salariés sous-traitants par leur employeur sera finalement réalisée en fonction de l'exécution ou non des objectifs fixés par le donneur d'ordres. Et leurs conditions de travail (équipements utilisés, cadence de travail...) dépendent beaucoup des commandes de ce dernier. Les salariés sous-traitants ont alors intérêt à disposer de représentants qui puissent faire des réclamations collectives en leur nom auprès de l'entreprise cliente.

¹⁰⁹⁴ (G.) BELIER, (A.) BOURSIER, art. préc., p. 7.

¹⁰⁹⁵ Cass. Soc., 14 avril 2010, préc.

¹⁰⁹⁶ (P.) MASSON, « Vive la communauté de travail », *SSL*, n° 1400, 18 mai 2009, p. 11.

2. *L'exclusion des salariés intérimaires*

La question s'est posée en entreprise de savoir si dans « les salariés mis à disposition » au sens de la loi du 20 août 2008 » devaient être englobés les intérimaires. La réponse à cette question peut être aisément trouvée en analysant le texte de la loi.

On note que dans les « salariés mis à disposition », la loi du 20 août englobe les sous-traitants et prestataires de services. En revanche, elle ne vise pas les intérimaires. En témoigne l'article L. 1111-2 2° du Code du travail qui énonce que « les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée, les salariés titulaires d'un contrat de travail intermittent, les salariés mis à la disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure qui sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an, ainsi que les salariés temporaires, sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise... ». A la lecture de ce texte, on s'aperçoit que le législateur distingue visiblement les salariés mis à disposition des « salariés temporaires », les intérimaires s'inscrivant dans cette dernière catégorie.

Les articles L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1 du Code du travail relatifs à l'électorat et l'éligibilité aux élections des délégués du personnel et membres du comité d'entreprise se bornent quant à eux à indiquer que « pour les salariés mis à disposition qui remplissent les conditions mentionnées au 2° de l'article L. 1111-2, la condition de présence dans l'entreprise utilisatrice est de douze mois continus pour être électeur » et 24 mois pour être éligible aux fonctions de délégué du personnel. Ici encore, les travailleurs temporaires ne sont pas visés.

En tout état de cause, dans le système en vigueur avant l'intervention de la réforme de 2008, les salariés intérimaires étaient pris en compte dans le calcul de l'effectif de l'entreprise utilisatrice au prorata de leur temps de présence au cours des douze mois précédents¹⁰⁹⁷, mais la Cour de cassation leur refusait l'électorat et l'éligibilité au sein de l'entreprise d'accueil¹⁰⁹⁸.

Dans sa nouvelle rédaction, l'article L. 1111-2 2° du Code du travail n'applique les nouvelles conditions de présence et d'ancienneté qu'aux « salariés mis à disposition par une entreprise extérieure », et non aux « salariés temporaires ». Si l'on s'en tient à la sémantique du texte, le législateur n'a donc visiblement pas souhaité inclure les travailleurs intérimaires dans les salariés mis à disposition, bien qu'en pratique, les intérimaires soient mis à disposition par

¹⁰⁹⁷ Ancien article L. 620-10 du Code du travail.

¹⁰⁹⁸ Cass. Soc., 28 février 2007, n° 06-60.171, *Bull.* 2007, V, n°34.

une entreprise certes de travail temporaire, mais néanmoins extérieure. Les salariés intérimaires restent donc soumis au même régime juridique qu'avant 2008.

B. Les vides juridiques qui subsistent

La réforme de 2008 institue des mesures en faveur des salariés mis à disposition, afin de garantir leur droit à représentation au sein de l'entreprise utilisatrice lorsqu'ils sont amenés à y travailler de manière prolongée.

Néanmoins, la loi du 20 août 2008 n'est pas totalement adaptée, en l'état, à la réalité des entreprises car elle n'envisage pas les cas de figure particuliers auxquels on peut se trouver confronté. L'exemple d'Aerolia témoigne des difficultés d'application que peut poser la nouvelle loi. Ainsi, pour garantir les droits des salariés mis à disposition et assurer l'application des règles légales, Aerolia a dû mettre en place un régime dérogatoire.

En effet, la société Aerolia a été créée en 2009. Les locaux proprement dits de l'entreprise n'existaient donc pas à cette date, ce qui nous a conduit à nous interroger sur la notion même de « locaux » telle qu'elle est entendue par la loi du 20 août 2008. Nos réflexions nous amènent à penser qu'afin d'adapter la loi à la réalité des entreprises, des précisions doivent être apportées par le législateur ou la jurisprudence sur ce point (1).

Par ailleurs, Aerolia a été créée suite à une cession partielle d'activités, ce qui inclut la reprise de contrats de sous-traitance antérieurs à sa création. Cette situation nous a conduit à réaliser quelques aménagements particuliers pour assurer les droits des salariés mis à disposition. Cet exemple montre qu'il est important de concilier les nouvelles règles légales avec les mouvements qui peuvent avoir lieu dans les sociétés. (2).

1. Les locaux de l'entreprise, une notion à préciser

Notre expérience au sein de la société Aerolia nous a permis de constater l'existence d'un certain nombre de problématiques qui n'ont pas été envisagées par le législateur et auxquelles la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion d'apporter des réponses. Il a pourtant fallu trouver des solutions applicables.

Nous nous sommes ainsi heurtés à un problème propre aux sociétés nouvellement créées qui est celui de la date de création des locaux. Comment faire lorsque les élections

doivent être organisées avant la fin de l'année mais que les locaux existent depuis moins de 12 mois ? (a).

Par ailleurs, que faut-il entendre précisément par « locaux » ? Le terme se comprend aisément dans une entreprise mono établissement mais peut se révéler beaucoup plus flou lorsqu'on se trouve dans une entreprise à structure complexe ou qui recourt à des formes particulières de sous-traitance sur site (b).

a. L'existence des locaux depuis moins de 12 mois - La société Aerolia a d'abord dû procéder, en vue des élections professionnelles, au calcul des effectifs de chacun de ses établissements.

Depuis l'intervention de la loi du 20 août 2008, les salariés mis à disposition doivent être pris en compte dans le calcul de l'effectif s'ils « sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an¹⁰⁹⁹ ».

On note que pour le calcul de l'effectif de l'entreprise, à la différence du calcul de l'effectif électoral, la condition d'ancienneté d'un an n'est pas soumise à une exigence de continuité. Ainsi, les salariés qui ont travaillé dans le cadre de contrats successifs, même non consécutifs, dans les locaux d'Aerolia, ont dû être pris en compte dans le calcul des effectifs au prorata de leur temps de présence au cours des douze mois précédant la date retenue pour le calcul des effectifs.

Cependant, la société Aerolia ayant été créée le 1er janvier 2009 et les élections devant avoir lieu avant la fin de l'année 2009, si l'on s'en était tenu strictement aux exigences légales, aucun salarié mis à disposition ne pouvait être pris en compte dans le calcul des effectifs, ni être électeur ou éligible.

En effet, la loi du 20 août 2008 n'envisage pas l'hypothèse de la cession de contrats de sous-traitance, ni de la création d'une société ou d'un établissement. Les locaux de Toulouse par exemple, n'existaient pas avant le 1er janvier 2009. Aucun salarié ne pouvait donc avoir été présent dans les locaux depuis 12 mois avant la fin de l'année 2009. Les droits des salariés mis à disposition risquaient d'être éludés, ce qui ne correspond pas à l'esprit de la loi du 20 août 2008.

¹⁰⁹⁹ Art. L. 1111-2 2° du Code du travail.

Ce cas de figure met en évidence les difficultés qui peuvent surgir concernant la définition des « locaux » visés par la réforme de 2008.

Pour remédier à ce problème, des conditions dérogatoires ont été mises en place au sein d'Aerolia pour garantir au mieux l'exercice des droits de ces salariés.

Il a ainsi été décidé que seraient pris en compte dans le calcul des effectifs les salariés mis à disposition présents dans les locaux de la société depuis le 1er janvier 2009 au prorata de leur temps de présence à compter de cette date.

b. Le problème de la définition des locaux - Une autre difficulté peut se poser dans les entreprises à structure complexe lorsque par exemple, elles emploient des sous-traitants qui travaillent non pas dans les locaux proprement dits de la société, mais sur des sites excentrés qui sont rattachés à l'établissement principal voire dans des locaux appartenant à d'autres filiales du même groupe. Il s'agit de formes particulières de sous-traitance in situ.

Si l'on s'en tient au sens strict du terme « locaux » introduit par la réforme de 2008, il convient d'entendre par les locaux de la société l'établissement principal et les locaux qui pourraient lui être rattachés. On peut même inclure les sites excentrés dans la mesure où ils appartiennent à la société utilisatrice qui organise ses élections.

Cependant, parfois, les sociétés d'un même groupe peuvent être amenées à utiliser les mêmes locaux. La société qui organise ses élections peut ainsi avoir des salariés qui travaillent dans les locaux d'une autre société. Et parfois, elle peut demander à des sous-traitants d'aller travailler également dans ces locaux, qui ne lui appartiennent pas.

Techniquement, ces salariés mis à disposition ne travaillent pas dans les locaux de l'entreprise utilisatrice. Pourtant, ils travaillent bien pour le compte de cette entreprise et sur site.

Il conviendrait donc de privilégier la notion de « site » à celle de locaux, qui s'adapte mieux aux entreprises multi établissements.

A cette notion de site il faut en plus adjoindre la notion de travail « pour le compte de la société utilisatrice », qui correspond davantage aux réalités de la sous-traitance in situ.

L'expérience nous prouve qu'il est plus pertinent, dans le courrier adressé aux sociétés prestataires, de demander que soient recensés les salariés mis à disposition qui travaillent non pas dans les locaux mais pour le compte de la société qui organise ses élections, dans l'établissement principal, les sites qui lui sont rattachés et les autres sites dont il faut dresser la liste dans le courrier en question.

Ce n'est qu'en procédant à ces aménagements qu'on couvre au maximum les différentes formes de sous-traitance sur site et qu'on assure efficacement la bonne application de la loi du 20 août 2008.

2. *L'hypothèse d'une cession d'activités*

La question de l'appréciation de l'ancienneté d'un an s'est révélée délicate pour fixer les conditions d'électorat et d'éligibilité. En effet, aucun salarié mis à disposition ne pouvait remplir l'exigence de douze mois d'ancienneté à Aerolia, la société ayant été créée le 1er janvier 2009 et les élections devant avoir lieu avant la fin de l'année 2009.

De plus, certains contrats de sous-traitance avaient été transférés d'Airbus à Aerolia. A partir de quel moment calculer leur ancienneté, sachant que certains des sous-traitants avaient conclu des contrats avec Airbus depuis plusieurs années ? Aucune disposition légale n'apporte de réponse à cette question.

On s'est alors demandé s'il convenait de conserver l'ancienneté de ces derniers, compte tenu du fait que leurs contrats ont été transférés. Cette solution se heurtait toutefois à un obstacle tenant à la nature même des contrats de sous-traitance. En effet, ces derniers constituent au regard de l'entreprise utilisatrice des contrats commerciaux et non des contrats de travail. On ne peut donc pas faire application dans ce cas de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

Une solution aurait pu consister à rédiger une clause prévoyant que seraient électeurs les salariés mis à disposition présents dans les locaux depuis le 1er janvier 2009 qui justifient d'une ancienneté d'un an à compter de la date de conclusion du dernier contrat de sous-traitance transféré.

Aerolia a préféré opter pour une autre solution en privilégiant la notion de travail sur les activités reprises par la société (pointe avant des avions).

La clause suivante a donc été intégrée dans le protocole d'accord préélectoral de chaque établissement : « Concernant les salariés mis à disposition au sein de l'établissement par une entreprise extérieure, les parties au présent protocole conviennent des modalités suivantes, compte tenu de la reprise par Aerolia des contrats de sous-traitance en cours à la date de la cession partielle d'actifs d'Airbus France vers Aerolia et de la continuité de l'activité transférée : les salariés mis à disposition sont électeurs, *s'ils ont travaillé sur site Airbus France puis Aerolia Toulouse, pour les activités aérostructures de pointe avant,*

pendant au moins 12 mois à la date du 1er tour de scrutin et s'ils souhaitent exercer leur droit de vote au sein d'Aerolia Toulouse¹¹⁰⁰ ».

La clause relative à l'éligibilité aux élections des délégués du personnel a quant à elle été rédigée de la manière suivante : « Concernant les salariés mis à disposition au sein de l'établissement par une entreprise extérieure, les parties au présent protocole conviennent des modalités suivantes, compte tenu de la reprise par Aerolia des contrats de sous-traitance en cours à la date de la cession partielle d'actifs d'Airbus France vers Aerolia et de la continuité de l'activité transférée : les salariés mis à disposition sont éligibles, s'ils sont présents et travaillent dans les locaux de l'établissement *depuis la date de création de ce dernier et travaillent depuis au moins 24 mois continus au service de l'activité reprise par Aerolia* ».

Ainsi, les droits des salariés mis à disposition ont été préservés et l'esprit de la loi respecté, les notions de présence sur site et d'ancienneté constituant des conditions d'électorat et d'éligibilité.

Cette solution a également le mérite de suivre la logique jurisprudentielle. En effet, comme le relève Maître Duplat, « *le critère le plus significatif de l'intégration étroite à la communauté de travail paraît être celui du partage des mêmes conditions de travail dans le cadre d'un travail effectué sur un même lieu ou un même établissement¹¹⁰¹* ». Ainsi, l'entreprise utilisatrice a des obligations de coordination et d'information à l'égard de son sous-traitant en matière d'hygiène et de sécurité¹¹⁰². Monsieur Duplat ajoute que « *cette situation de coexistence de plusieurs entreprises sur un même site aux fins de participer à l'exécution d'une opération, qualifiée de co-activité par la circulaire du ministère du travail n° 93-14 du 18 mars 1993, semble coïncider avec le champ d'application de la représentation sociale recherchée* ».

Les critères retenus par la société ont le mérite de coïncider avec le champ de représentation sociale recherché. Aerolia, en optant pour une clause centrée sur la notion de participation des salariés mis à disposition à l'activité reprise par la société a donc réalisé un choix judicieux et cohérent au regard des dispositions légales et jurisprudentielles.

¹¹⁰⁰ Saint-Nazaire ou Méaulte, selon l'établissement concerné.

¹¹⁰¹ (J.) DUPLAT, « La recherche des critères de l'intégration étroite et permanente », *SSL*, n° 1375, 18 novembre 2008, p. 7.

¹¹⁰² Art. R. 4515-1 et suivants du Code du travail.

C. La clarification nécessaire du régime de la sous-traitance

Les nouvelles obligations imposées aux entreprises utilisatrices par la loi du 20 août 2008 mettent en évidence les paradoxes qui entourent le régime de la sous-traitance la réglementation interdisant toute subordination mais tolérant certaines pratiques qui prêtent à confusion. De ces paradoxes découlent nécessairement des difficultés d'application pour les entreprises lorsqu'on se trouve en présence d'une loi qui affecte un régime déjà empreint de contradictions (1). Pour résoudre ces problèmes, une clarification globale du régime de la sous-traitance nous paraît nécessaire.

On pourrait également essayer de traiter la problématique de la représentation des salariés mis à disposition. Mais dans ce cas, il faudrait selon nous opter pour un autre critère que celui de l'intégration à la communauté de travail. Or, cette question est également éludée par la loi du 20 août 2008 (2).

1. Les difficultés pratiques suscitées par les paradoxes de la sous-traitance

Différents problèmes rencontrés par les entreprises lorsqu'il s'est agi de mettre en œuvre la loi du 20 août 2008 trouvent leur origine non pas dans la loi du 20 août 2008 mais bien dans les paradoxes qui entourent le régime de la sous-traitance.

La Cour de cassation décide qu'« *il appartient à l'employeur responsable de l'organisation de l'élection de fournir aux organisations syndicales les éléments nécessaires au contrôle des effectifs et de l'électorat et que s'agissant des salariés mis à disposition il doit, sans se borner à interroger les entreprises extérieures, fournir aux organisations syndicales les éléments dont il dispose ou dont il peut demander judiciairement la production par ces entreprises*¹¹⁰³ ».

La Haute juridiction estime donc que l'employeur ne saurait se retrancher derrière le silence ou une réponse trop imprécise de son sous-traitant pour se décharger de ses obligations légales. Plus encore, la Cour de cassation décide que si besoin, l'employeur devra fournir aux syndicats les « *éléments dont il dispose* » ou « *dont il peut demander judiciairement la production* ».

¹¹⁰³ Cass. Soc., 26 mai 2010, préc.

Cette dernière phrase risque d'entraîner des difficultés pratiques pour les entreprises. En effet, une entreprise utilisatrice ne doit avoir aucun lien de subordination avec ses sous-traitants; elle n'est donc pas supposée savoir précisément quels sous-traitants, individuellement et nominativement, sont présents dans ses locaux. De quels éléments est-elle alors censée disposer en-dehors des plans de prévention et des cahiers des charges ? Certaines entreprises peuvent parvenir à une identification nominative via les badges lorsque ceux-ci sont nécessaires pour pénétrer sur les sites de la société, mais toutes les entreprises ne disposent pas d'un tel système.

Par ailleurs, s'il manque des informations à l'entreprise utilisatrice et qu'elle ne parvient pas à les obtenir de ses prestataires, la Cour de cassation l'invite visiblement à saisir les juridictions. Comme le souligne le Professeur Petit¹¹⁰⁴, cette solution peut surprendre mais se justifie juridiquement au regard d'une part de la responsabilité qui pèse sur l'employeur, à qui incombe la charge d'organiser les élections. Et d'autre part, au regard du dispositif judiciaire de contrôle de la sincérité et de la régularité des élections qui existe déjà¹¹⁰⁵. En pratique en revanche, cette obligation se révèle difficile à mettre en œuvre car elle risque de nuire aux bonnes relations entre les entreprises utilisatrices et leurs sous-traitants qui sont, avant tout, des partenaires commerciaux.

La question des moyens à mettre en œuvre par l'entreprise utilisatrice pour obtenir la production des documents requis par les entreprises extérieures met en exergue un des nombreux paradoxes juridiques qui entourent la sous-traitance.

En effet, on observe que l'exigence légale de l'absence de lien de subordination entre l'entreprise cliente et les salariés sous-traitants, sous peine de commettre l'infraction de travail illégal, complique la reconnaissance de la communauté de travail. Pourtant, en pratique, il existe un lien de subordination indirect, c'est d'une certaine façon le fondement même de la sous-traitance, qui demeure malgré tout classée dans la catégorie des contrats commerciaux. Les dispositions légales et jurisprudentielles qui régissent la sous-traitance génèrent donc un paradoxe, au détriment des salariés de ces entreprises.

Plutôt que de chercher à protéger les intérêts des salariés mis à disposition en leur garantissant une représentation dans l'entreprise utilisatrice, laquelle se révèle très difficile à mettre en œuvre, ne faudrait-il pas veiller à leur assurer une véritable protection en les sortant de la

¹¹⁰⁴ (F.) PETIT, « L'option de vote des salariés mis à disposition », art. préc., p. 829.

¹¹⁰⁵ Art. L. 2314-14 et L. 2324-9 CT.

typologie du contrat commercial ou bien en imposant l'insertion de clauses sociales dans les contrats commerciaux ?

La loi du 20 août 2008, s'inspirant de la jurisprudence, interfère sur la délimitation du corps électoral de l'entreprise : de nouveaux droits sont conférés aux salariés mis à disposition par une entreprise extérieure qui peuvent désormais être électeurs aux élections des délégués du personnel et membres du comité d'entreprise, voire éligibles aux fonctions de délégués du personnel, sous certaines conditions¹¹⁰⁶.

Les salariés mis à disposition qui satisfont à ces critères doivent choisir s'ils souhaitent voter dans leur entreprise d'origine ou dans l'entreprise d'accueil. De même, les salariés mis à disposition doivent choisir dans quelle entreprise ils souhaitent se présenter comme candidats.

Cette nouvelle disposition implique que les entreprises utilisatrices qui s'appêtent à organiser des élections professionnelles demandent à leurs sous-traitants de leur communiquer le choix des salariés visés, ce qui pose quelques difficultés pratiques, dans la mesure où le législateur n'a prévu aucune procédure en la matière.

Logiquement, il incombe donc aux entreprises employant des sous-traitants qui s'appêtent à organiser des élections professionnelles, d'écrire à leurs prestataires pour leur signaler l'organisation prochaine des élections, leur demander lesquels de leurs salariés ont été employés dans l'entreprise au cours des douze derniers mois, et quelle option retiennent ces salariés : vont-ils voter dans leur entreprise d'origine ou leur entreprise d'accueil ?

Pour permettre l'organisation des élections en temps voulu, il est judicieux d'envoyer ces courriers au moment où l'on calcule l'effectif de l'entreprise, ces données étant de toute évidence nécessaires pour répartir le personnel de l'entreprise entre les collèges. De plus, le fait de demander suffisamment à l'avance aux salariés mis à disposition d'indiquer leur lieu de vote facilite l'organisation des élections.

Cependant, en pratique on rencontre certaines difficultés tenant au fait que les entreprises, qui ne doivent avoir aucun lien de subordination avec leurs sous-traitants, ne tiennent pas de registres précis quant aux salariés mis à disposition qui travaillent dans leurs locaux : elles n'ont de contact qu'avec les responsables sur site de ces derniers. Le respect de ces nouvelles

¹¹⁰⁶ Cf. *Supra* I A.

règles est donc totalement subordonné à la bonne volonté des sociétés sous-traitantes dans la transmission des informations et le recensement de leurs salariés.

Cette problématique est d'autant plus importante que la jurisprudence décide qu'en cas de contestation, il appartient à l'employeur qui établit les listes électorales de fournir les éléments nécessaires au contrôle de sa régularité¹¹⁰⁷.

Par ailleurs, comme le relève Maître Jarry¹¹⁰⁸, un problème pourrait se poser dans la mesure où les conditions d'électorat et d'éligibilité s'apprécient à la date du premier tour de scrutin¹¹⁰⁹. Dès lors, un salarié mis à disposition qui n'aurait pas manifesté son intention de voter ou de se présenter aux élections serait réputé y avoir renoncé. Ce problème risque également de se poser si l'entreprise qui met à disposition des salariés ne communique pas les informations à ses salariés ou ne répond pas à l'entreprise utilisatrice.

C'est pourquoi, bien que la loi ne l'impose pas, il peut être judicieux pour l'entreprise utilisatrice d'inscrire le droit d'option dont disposent les salariés mis à disposition susceptibles de l'exercer dans le protocole d'accord préélectoral et de rappeler ensuite ce droit par voie d'affichage au moment de l'appel à candidatures pour le premier tour des élections professionnelles¹¹¹⁰. Cette simple mesure permet en outre à l'entreprise utilisatrice de se prémunir d'éventuels contentieux relatifs à l'information des salariés mis à disposition.

Cette idée d'affichage ne constitue toutefois qu'un palliatif à un vide législatif, la loi du 20 août 2008 imposant la prise en compte des salariés mis à disposition mais ne prévoyant aucune sanction si les entreprises sous-traitantes refusent de transmettre ou ne transmettent pas dans les temps les données requises. Les droits des salariés mis à disposition ne sont alors pas totalement garantis et la sécurité juridique des entreprises utilisatrices est compromise. Ce vide juridique a conduit la Cour de cassation à trancher la question dans l'arrêt du 26 mai 2010 en décidant qu'il appartient à l'entreprise utilisatrice de mettre en œuvre tous les moyens possibles pour obtenir ces informations. Cette décision soulève toutefois de nombreuses interrogations juridiques encore non résolues. Une intervention législative ou réglementaire destinée à clarifier le concept de la sous-traitance voire plus spécialement de la sous-traitance sur site et les applications qui en découlent serait donc souhaitable.

¹¹⁰⁷ Cass. Soc., 13 novembre 2008, n° 07-60.434, *Bull. 2008 V*, n° 219.

¹¹⁰⁸ (J.J) JARRY, art. préc., p. 7.

¹¹⁰⁹ Cass. Soc., 30 octobre 2001, n°00-60.341, inédit ; Cass. Soc., 26 novembre 2003, n° 03-60.036, *Bull. 2003 V*, n° 99, p. 303.

¹¹¹⁰ (J.J) JARRY, art. préc. p. 7.

2. La vraie problématique de la représentation des salariés mis à disposition éludée

La notion d'intégration à la communauté de travail développée par la jurisprudence puis reprise par le législateur de 2008 a suscité et suscite encore de vives controverses (a).

Malgré l'intervention législative de 2008, on constate que la question de l'intégration des salariés mis à disposition au sein de la communauté de travail des entreprises utilisatrice est toujours sujette à controverse. Ce constat s'explique par le fait qu'on passe à côté de la véritable problématique de fond qui est, non pas l'intégration des salariés mis à disposition à la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice, mais le choix du lieu le plus adéquat où doit être assurée cette représentation (b). Selon nous, la véritable question réside davantage dans la détermination du lieu où doit s'exprimer la communauté de travail que dans la définition du degré d'intégration des salariés à cette dernière. La délimitation de la communauté de travail peut permettre d'avancer vers une solution mais ne saurait suffire à résoudre un problème beaucoup plus vaste en réalité.

a. La notion controversée d'intégration à la communauté de travail - La prise en compte des salariés mis à disposition dans l'effectif électoral de l'entreprise est désormais obligatoire, sous réserve de remplir les conditions légales¹¹¹¹. Cette question renvoie à celle, plus large, de la représentativité des syndicats : les syndicats représentent leurs adhérents mais peuvent-ils représenter l'ensemble des salariés ? En d'autres termes, faut-il ou non considérer que les salariés mis à disposition sont intégrés à la communauté de travail ? Si oui, dans quelle mesure ?

En 2001, la Cour de cassation a décidé que les salariés mis à disposition sont ceux qui participent aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise d'accueil¹¹¹² et que cette participation n'est pas limitée au seul métier de l'entreprise ou à sa seule activité principale¹¹¹³.

¹¹¹¹ Cf. *Supra* I.

¹¹¹² Cass. Soc., 27 novembre 2001, préc.

¹¹¹³ Cass. Soc., 26 mai 2004, préc.

Dans son rapport de 2004, la Haute juridiction a précisé qu' « une telle définition est évidemment, et à dessein, très large car tous les salariés participent à la réalité et à la vérité de la communauté de travail qui doit s'exprimer dans sa plénitude¹¹¹⁴ ».

Cette affirmation a fait l'objet de nombreuses controverses et suscite encore de nombreuses interrogations.

Poursuivant son travail de détermination des notions de « communauté de travail » et d' « intégration », la Cour de cassation est allée plus loin dans un arrêt rendu le 28 février 2007, en affirmant que « sauf dispositions législatives contraires, les travailleurs mis à disposition d'une entreprise, intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, inclus à ce titre dans le calcul des effectifs en application de l'article L. 620-10 du Code du travail¹¹¹⁵, sont, à ce même titre, électeurs aux élections des membres du comité d'entreprise ou d'établissement et des délégués du personnel dès lors qu'ils remplissent les conditions prévues par les textes susvisés¹¹¹⁶ ».

Par l'adoption de la loi du 20 août 2008, le législateur a souhaité préciser la notion d'intégration étroite et permanente à la communauté de travail jusque là utilisée par la jurisprudence pour inclure les salariés mis à disposition dans les effectifs et l'électorat des entreprises utilisatrices en fixant des critères plus précis de la durée de présence requise dans l'entreprise utilisatrice pour que le salarié mis à disposition puisse être considéré comme intégré à la communauté de travail.

Avec la réforme de 2008, cette notion a également été simplifiée puisqu'elle se limite désormais à deux critères : la présence dans les locaux de l'entreprise d'accueil et l'ancienneté d'au moins douze mois. Comme nous l'avons vu¹¹¹⁷, dans le cadre d'une société récemment créée comme Aerolia, l'application de ces critères a priori simples, se révèle toutefois plus complexe et montre que le dispositif légal devrait encore subir quelques aménagements ou que la jurisprudence comblera prochainement les vides juridiques subsistant.

¹¹¹⁴ Rapport de la Cour de cassation, Ed. La Documentation française, p. 240 ; voir aussi *SSL* n° 1375, 18 novembre 2008, p. 3.

¹¹¹⁵ Art. L. 1111-2 du Nouveau Code du Travail.

¹¹¹⁶ Cass. Soc., 28 février 2007, préc. ; la même solution a été appliquée pour les élections des représentants du personnel (Cass. Soc., 1^{er} avril 2008, n°07-60.287) et pour la désignation des représentants syndicaux au comité d'entreprise (Cass. Soc., 12 mars 2008, n° 07-60.326).

¹¹¹⁷ Cf. *Supra* B.

Cependant, les solutions jurisprudentielles antérieures ne correspondaient pas exactement, à notre sens, à la réalité des situations, le seul fait de participer au processus de travail ne caractérisant pas selon nous une réelle intégration à l'entreprise.

En effet, au sens strict, l'intégration d'un salarié dans une entreprise passe en principe par son installation dans les lieux et sa présentation au personnel, à ses collègues par exemple.

Or, les entreprises utilisatrices ne doivent pas exercer de contrôle ou effectuer d'actes qui pourraient caractériser un lien de subordination entre elles et leurs sous-traitants et par conséquent, l'infraction de prêt de main-d'œuvre illicite.

Ainsi, les entreprises d'accueil ne doivent pas fournir de matériel aux sous-traitants, ni leur imposer d'horaires, ni surveiller directement les salariés sous-traitants. En pratique, les sous-traitants sont donc fréquemment isolés du reste du personnel de l'entreprise utilisatrice. Peut-on alors parler d'une réelle intégration à la communauté de travail ? Ou bien si l'on constate une intégration à la communauté de travail ne tombe-t-on pas alors dans l'illégalité ?

b. La véritable question du lieu d'expression de la communauté de travail - La communauté de travail n'est pas une notion clairement définie¹¹¹⁸. Elle est essentiellement utilisée comme référentiel pour délimiter le cadre de l'entreprise.

Ainsi, les juges ont cherché la réalité de la communauté de travail pour définir le périmètre de l'unité économique et sociale ou encore l'existence d'un établissement distinct¹¹¹⁹.

L'arrêt rendu le 29 janvier 2003 par la Cour de cassation apporte quelques précisions sur les éléments permettant d'identifier la communauté de travail : « l'établissement distinct permettant l'élection de délégués du personnel se caractérise par le regroupement d'au moins onze salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptible de générer des réclamations communes et spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur, peu important que celui-ci ait le pouvoir de se prononcer sur ces réclamations¹¹²⁰ ».

Dans son rapport annuel de 2003, la Cour de cassation affirme ainsi confirmer l'abandon de la recherche des pouvoirs de l'employeur au profit du critère de la communauté de travail. Elle explique ensuite qu'« un groupe, isolé ou non, de salariés peut constituer une communauté de travail dans la mesure où il existe en tant que collectivité ayant des intérêts propres,

¹¹¹⁸ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 2, Chapitre 2, Section 2.

¹¹¹⁹ (P.) SARGOS, « La recherche de la vérité de la communauté de travail », préc. , p. 1-3.

¹¹²⁰ Cass. Soc., 29 janvier 2003, *Bull. Civ. V*, n° 30, p. 27 ; Cass. Soc., 15 décembre 2004, n° 03-60.461 ; Cass. Soc., 24 avril 2003, *Bull. Civ. V*, n°141, p. 139.

*distincts de la somme des intérêts particuliers des salariés qui la composent, et d'autre part, des intérêts d'autres collectivités existant dans l'entreprise, dont la spécificité [...] rend nécessaire la prise en compte des réclamations qui en résultent. Dès lors que la structure sociale de l'entreprise ne peut pas coïncider avec l'organisation hiérarchique, celle-ci lui est indifférente et elle ne peut pas faire obstacle à la mise en place des institutions représentatives que la réalité sociale rend obligatoires*¹¹²¹ ».

Ainsi, comme le souligne Monsieur Sargos¹¹²², selon la Cour de cassation, tous les salariés qui participent au processus de travail de l'entreprise utilisatrice doivent pouvoir participer à l'expression collective de leur communauté de travail.

On peut donc parler, au sens de la jurisprudence, d'une communauté de travail spécifique pour les sous-traitants d'entreprises extérieures travaillant au sein d'une entreprise utilisatrice, dans la mesure où ils sont soumis à des conditions de travail spécifiques, ont des intérêts communs et peuvent donc générer des réclamations communes.

La véritable question n'est donc pas celle de l'intégration à la communauté de travail, mais bien celle du lieu où doit s'exprimer cette communauté. En effet, l'absence de lien de subordination entre le donneur d'ordre et les salariés de son sous-traitant entretient l'ambiguïté. Si des salariés présentent des réclamations à un employeur qui n'a aucune autorité sur eux, comment ce dernier peut-il y répondre ?

La question est encore plus aberrante concernant des revendications syndicales. En pratique ces dernières portent fréquemment sur les salaires et le temps de travail. Mais le donneur d'ordres ne paye pas directement les salariés sous-traitants et n'a pas le droit de leur imposer d'horaires. En tout état de cause, c'est donc auprès de leur employeur direct que ces salariés porteront leurs demandes s'ils souhaitent obtenir gain de cause.

En outre, les représentants du personnel sont censés défendre l'intérêt collectif des salariés de l'entreprise dans laquelle ils sont élus. Peut-on considérer qu'un salarié sous-traitant élu comme représentant du personnel dans l'entreprise d'accueil représente l'intérêt collectif des salariés de cette dernière lorsque celle-ci emploie une minorité de sous-traitants ?

¹¹²¹ (P.) SARGOS, préc., p. 4.

¹¹²² Ibid, p. 5.

Au vu de ces différents éléments, on constate que la problématique de l'intégration et de l'expression des salariés mis à disposition se révèle extrêmement complexe et des difficultés subsistent après l'intervention législative de 2008. D'après nous, il reste encore actuellement un rééquilibrage à effectuer. Car si auparavant les salariés mis à disposition ne voyaient pas leur droit de participation et d'expression collective totalement assuré, aujourd'hui, le déséquilibre inverse risque de se produire dans certaines entreprises.

D'après nous, deux solutions sont envisageables concernant la sous-traitance sur site.

La première, plus radicale, consiste à réformer le régime de la sous-traitance lui-même en encadrant la sous-traitance sur site par des dispositions légales et/ou réglementaires.

Une seconde solution, quoiqu'un peu plus complexe, mais plus souple, pourrait également être mise en œuvre.

A l'heure où l'audience est retenue comme critère de représentativité, il serait peut-être bienvenu de retenir également un critère de filtrage qui corresponde davantage aux réalités du terrain pour la prise en compte des salariés mis à disposition dans les entreprises utilisatrices ; par exemple, en n'autorisant la participation aux élections des salariés mis à disposition que si l'effectif de l'entreprise utilisatrice, décompté suivant les règles légales, est composé à plus de 30% de sous-traitants. On pourrait alors conférer le droit de vote à tous les sous-traitants sur site au moment des élections, moyennant le fait que ces personnes fassent elles-mêmes la démarche d'aller s'inscrire sur les listes électorales, la Direction devant évidemment procéder à un affichage pour les informer de ce droit, ce qui simplifierait grandement les démarches incombant à l'entreprise utilisatrice.

Selon nous, l'interdiction du double vote devrait ensuite être supprimée car elle perturbe le dialogue social dans les entreprises, ce qui peut les conduire à montrer des réticences à informer leurs salariés et nuit à l'efficacité de la réforme. En revanche, la possibilité de présenter des candidats dans l'entreprise utilisatrice ne devrait pas être ouverte aux salariés mis à disposition car cela peut nuire non seulement au dialogue social mais aussi aux salariés de l'entreprise utilisatrice, les représentants sous-traitants prenant la place de personnes qui seraient plus à même de représenter les salariés habituellement employés par l'entreprise qui organise ses élections.

Une telle solution ne résout pas le paradoxe qui entoure la sous-traitance mais aurait le mérite de protéger les salariés mis à disposition et de responsabiliser les entreprises qui ont recours à

la sous-traitance sur site tout en leur laissant une certaine souplesse en la matière. Un bon compromis somme toute.

Section 2 – Les incidences attendues et les incidences effectives de la réforme

La mise en œuvre de la loi du 20 août 2008 modifie la fonction des élections professionnelles : le vote des salariés va déterminer pour une large part la représentativité des syndicats. Cette nouveauté laissait présager certains changements : d'une part, concernant le paysage syndical français, avec notamment l'ouverture du premier tour des élections aux syndicats non représentatifs¹¹²³. D'autre part, les enjeux de la campagne électorale étant accrus, les syndicats allaient logiquement être amenés à adopter de nouvelles stratégies. Plusieurs années s'étant écoulée depuis l'entrée en vigueur de la réforme, on peut aujourd'hui mesurer pleinement si elle a réellement eu des incidences importantes sur ces points ou bien si le bilan de sa mise en œuvre se révèle en définitive plus nuancé qu'on le pensait (§1).

Par ailleurs, la réforme de 2008 a des impacts non seulement sur la fonction des élections professionnelles mais aussi sur leurs conséquences, ce qui a donné lieu à de nouveaux contentieux au sujet desquels les juridictions se sont prononcées. Mais surtout, la multiplication des contentieux en matière électorale met en évidence le risque de « judiciarisation » des élections induit par la réforme de 2008 (§2).

§1. Les changements attendus

La loi du 20 août 2008 modifie les enjeux des élections professionnelles et amène les syndicats à adopter de nouvelles stratégies, laissant entrevoir une recomposition du paysage syndical français dans les années à venir. Il convient alors de se demander en quoi consiste ce changement et si l'on peut réellement parler d'un « renouveau » du paysage syndical français. Selon nous, au vu des premiers résultats obtenus, on peut répondre à cette question par la négative (I).

¹¹²³ Cf. *Infra* Chapitre 2, Section 2.

La réforme de 2008 a néanmoins suscité la crainte d'une véritable recomposition du paysage syndical français. Les organisations syndicales ont alors recouru à de nouvelles stratégies pour se maintenir (II).

I. Le « renouveau » apparent du paysage syndical français

La réforme de 2008 opère un rapprochement visible entre les institutions élues et les institutions désignées (A).

Ce phénomène, combiné aux autres dispositions de la nouvelle loi, laissait présager l'avènement d'un nouveau paysage syndical France, dans lequel se démarqueraient plus fortement certains syndicats déjà émergents. En réalité, les premiers résultats démontrent qu'il ne s'agit que d'un renouveau « de façade » (B).

A. Le rapprochement entre institutions élues et institutions désignées

On constate que la loi du 20 août 2008 opère un rapprochement entre les représentants élus et les représentants désignés¹¹²⁴.

En effet, la réforme de 2008, en subordonnant l'accession à la représentativité à l'audience électorale a une influence indirecte sur les représentants désignés. On pense notamment au délégué syndical qui ne peut être désigné que par un syndicat représentatif. Or, la représentativité ne sera accordée au syndicat que s'il obtient 10% des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles. Ce faisant, le législateur tend à gommer les distinctions qui peuvent exister entre institutions élues et institutions désignées.

Par ailleurs, les nouvelles dispositions prévoient que dans les entreprises de cinquante salariés et plus, les syndicats non représentatifs peuvent désormais, sous certaines conditions, désigner un représentant de section syndicale¹¹²⁵. L'existence même de ce représentant est conditionnée par les résultats des prochaines élections : en effet, si le syndicat n'obtient pas 10% des suffrages, le représentant de section perd son mandat.

En outre, la possibilité de désigner ce représentant est réservée aux seuls syndicats non représentatifs. Elle est donc conditionnée par le résultat des dernières élections

¹¹²⁴ (S.) NERON, art. préc., p. 429.

¹¹²⁵ Cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 1, Chapitre 1, Section 2.

professionnelles, excepté dans l'hypothèse où un nouveau syndicat essaie de s'implanter dans l'entreprise entre deux élections.

Au vu de ces différents éléments, on s'aperçoit que les dispositions issues de la loi du 20 août 2008 conduisent à un rapprochement entre institutions élues et institutions désignées au détriment des syndicats représentatifs.

En effet, si ces derniers perdent leur représentativité au moment des élections professionnelles, ils risquent de perdre certaines de leurs prérogatives, comme la possibilité de participer aux négociations ou de désigner un délégué syndical.

En revanche, les syndicats non représentatifs n'ont rien à perdre et tout à gagner : ils pourront quoi qu'il arrive au moins désigner un représentant de section qui peut même être amené, dans certaines hypothèses, à négocier des accords collectifs¹¹²⁶.

Sur ce point, on peut donc dire que la loi du 20 août 2008 institue clairement un privilège au seul profit des syndicats non représentatifs qui contribuera probablement au changement du paysage syndical actuel. Ce constat est conforté par le fait que lorsque des syndicats représentatifs qui perdent leur représentativité désignent un représentant de section, ce dernier se révèle être un point d'appui trop faible pour permettre le maintien d'une activité syndicale ses attributions restant moindres que celles du délégué syndical, sans compter les tensions que peuvent susciter la démarche au sein de la section¹¹²⁷. En pratique, il semble donc que la désignation d'un RSS n'ait de réel intérêt que pour les syndicats non encore représentatifs.

B. Un renouveau de façade

La loi du 20 août 2008 emporte des conséquences importantes pour les syndicats qui existaient avant son entrée en vigueur et ouvre de nouvelles perspectives aux organisations qui vont établir leur représentativité, gagnant ainsi de nombreuses prérogatives qui leurs étaient jusque-là refusées. On pouvait raisonnablement s'attendre à une recomposition du paysage français avec l'émergence de nouveaux syndicats et des alliances du côté des « anciens » syndicats. Toutefois, la pratique révèle une réalité différente.

La loi du 20 août 2008 favorise l'émergence de nouveaux syndicats ou de syndicats qui jusque là, restaient minoritaires car la représentativité ne leur était pas reconnue. Ainsi, suite

¹¹²⁶ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 1, Chapitre 2, Section 2.

¹¹²⁷ Etude DARES, septembre 2011

aux élections professionnelles organisées à la SNCF, l'UNSA et Sud Rail sont devenus représentatifs le 26 mars 2009¹¹²⁸ tandis que les syndicats FO, CFE-CGC et CFTC n'ont pas réussi à obtenir le seuil d'audience de 10%. Il convient toutefois de noter que cette émergence ne s'observe qu'au niveau de certaines entreprises, seules les cinq grandes centrales représentatives avant 2008 recueillent les 8% pour être représentatives au niveau national et interprofessionnel¹¹²⁹.

Certaines entreprises semblent toutefois décidées à ne pas exclure du club de la représentativité les syndicats évincés.

Ainsi, l'entreprise Nexter a signé un accord à la fin de l'année 2008 envisageant de donner une représentation centrale aux syndicats n'ayant pas obtenu 10% aux prochaines élections. Car si le législateur a changé les critères de la représentativité, tous les employeurs ne souhaitent pas nécessairement changer d'interlocuteurs dans le cadre des négociations collectives et plus largement, du dialogue social dans l'entreprise, ce afin d'éviter des blocages de la politique contractuelle. On notera toutefois que ce type d'accord, s'il est contesté, ne sera probablement pas valable, la Cour de cassation ayant précisé à plusieurs reprises que les règles relatives à la représentativité posées par la loi du 20 août 2008 sont d'ordre public¹¹³⁰. Un accord collectif ne peut donc pas y déroger.

Globalement, au niveau des entreprises, les résultats obtenus montrent que la mise en œuvre de la réforme aboutit à l'émergence d'une représentativité à géométrie variable : dans les entreprises qui comptent plusieurs établissements, on constate une accentuation des différences internes tenant à la spécialisation des différents sites (administration, production, recherche) et des catégories socioprofessionnelles¹¹³¹.

Au niveau national et interprofessionnel, il y avait fort à parier au vu des premiers résultats obtenus dans les entreprises, qu'au final, les anciens syndicats seraient encore les seuls représentatifs. Les résultats parus en mars 2013 confirment cette prédiction : au niveau national et interprofessionnel, les cinq grandes centrales représentatives, CFDT, CFTC, CGT-

¹¹²⁸ L'UNSA est devenue le second syndicat de la SNCF avec 18,05% des voix, derrière la CGT qui a recueilli 39% des voix et devant la CFDT, alliée à la Fgaac qui a obtenu 11,59% des voix. Le syndicat Sud lui a recueilli 17,67% des voix (source : *Entreprise et Carrières* n° 952/953 du 28 avril au 11 mai 2009, p. 23-24 ; <http://www.wk-ce.fr>).

¹¹²⁹ Communiqué du Ministère du travail du 29 mars 2013, *JCP S* n°14, 2 avril 2013, act. 162.

¹¹³⁰ Voir par exemple : Cass. Soc., 10 mai 2012, n° 11-21.144, Publié au bulletin.

¹¹³¹ « La réforme de la représentativité n'a pas simplifié le paysage syndical », *Liaisons sociales Quotidien*, 6 octobre 2011, n° 15950, p. 1 ; Etude DARES septembre 2011.

FO, CFDT et CFE-CGC, restent représentatives, toutes ayant obtenu plus de 8% des voix. L'UNSA et Solidaires en revanche, n'obtiennent pas la représentativité à ce niveau ayant respectivement recueilli 4,26% et 3,47% des suffrages¹¹³².

Au niveau des branches, il en va différemment : la CFTC et la CFE-CGC n'ont pas obtenu 8% des voix dans une branche de 5000 salariés sur deux, voire trois pour la CGC. Ainsi, dans la branche de la métallurgie, la CFTC n'obtient qu'un score de 7,27%¹¹³³. Toutefois, par le jeu des mesures transitoires, elle demeure encore représentative jusqu'en 2017¹¹³⁴. A terme, les grands syndicats seront peut-être moins nombreux, trois ou quatre au lieu de cinq, mais domineront encore le paysage syndical français. Si la réforme visait à renouveler le paysage syndical en permettant l'implantation de syndicats non représentatifs on peut donc considérer qu'elle a échoué.

II. Les nouvelles stratégies syndicales

L'intervention législative de 2008 conduit les organisations syndicales à effectuer certains rapprochements. Ces mouvements étaient prévisibles (A). Elle conduit par ailleurs les syndicats à adopter de nouvelles stratégies en jouant notamment sur l'affiliation syndicale, ce qui a suscité des contentieux. La Cour de cassation est intervenue pour encadrer ces pratiques (B).

A. Les rapprochements syndicaux attendus

La restructuration syndicale qui suit l'adoption de la loi du 20 août 2008 a déjà été annoncée par de nombreux auteurs. En effet, certains syndicats n'ayant aucun espoir d'atteindre la barre des 10% des suffrages exprimés vont être amenés à faire liste commune « *pour sauver les meubles du local syndical, mais aussi leur propre mandat et la protection qui va avec*¹¹³⁵ ». Cette prédiction s'est révélée juste et n'a pas manqué de donner lieu à des contentieux. Ainsi, par exemple, lors de l'élection des membres du comité d'établissement de la société Carrefour, la CFDT et la CFTC avaient formé une liste commune. Ayant obtenu deux élus, les syndicats ont désigné en commun un représentant syndical au comité

¹¹³² Communiqué du ministère du travail du 29 mars 2013, préc.

¹¹³³ *Les Echos*, 4 mars 2013.

¹¹³⁴ Cf. *Supra* Première partie.

¹¹³⁵ (J.E.) RAY, « L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. Soc.* Septembre-octobre 2009, p. 890.

d'établissement. La société Carrefour a saisi le tribunal d'instance d'une demande d'annulation de cette désignation, au motif que pour pouvoir procéder à une telle désignation, chaque syndicat doit avoir des élus au CE et qu'accessoirement, le représentant de section ne peut représenter que le syndicat auquel il adhère. Le tribunal d'instance a validé la désignation litigieuse. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation a indiqué « *qu'en cas de liste commune, un représentant syndical peut être désigné d'un commun accord entre les syndicats ayant présenté cette liste, dès lors que le nombre d'élus de cette liste est au moins égal à deux*¹¹³⁶ », ce qui était le cas en l'espèce.

En outre, dès 2009, certains observateurs¹¹³⁷ annonçaient qu'au niveau du groupe Airbus, sauf regroupement ou stratégies syndicales à venir, plusieurs confédérations risquaient de voir leur représentativité remise en question, notamment la CFTC et la CFDT. Les élections organisées à Aerolia en novembre 2009 semblent confirmer ce pronostic pour la CFTC et celui-ci pourrait se révéler juste au niveau d'Airbus, voire du secteur aéronautique en général. Il en va différemment pour la CFDT qui tend plutôt à se maintenir, voire à accroître son influence.

Outre la disparition, ou du moins la perte de représentativité, de certaines organisations syndicales dans quelques entreprises et l'émergence de nouveaux syndicats, des rapprochements sont à envisager au niveau des cinq confédérations qui bénéficiaient auparavant de la présomption irréfragable de représentativité. La loi du 20 août 2008 semble d'ailleurs faciliter ce type de regroupement puisqu'elle a fixé expressément des règles de répartition¹¹³⁸.

Ainsi, dès le mois d'avril 2008, l'UNSA et la CFE-CGC évoquaient la possibilité d'un rapprochement. Ce dernier semble être finalement resté lettre morte mais d'autres mouvements syndicaux sont envisageables.

En effet, à l'heure où certains syndicats jusque là minoritaires, comme SUD, issu d'une scission de la CFDT semblent prendre de l'importance, les grands syndicats pourraient bien

¹¹³⁶ Cass. Soc., 31 janvier 2012, n° 11-11.856, *Bull.* 2012, V, n° 41 ; (F.) PETIT, « Pleins feux sur les désignations syndicales », art. préc., p. 378.

¹¹³⁷ (F.) FAVENNEC-HERY, « La représentativité syndicale » art. préc., p. 630.

¹¹³⁸ Art. L. 2122-3 du Code du travail : « *Lorsqu'une liste commune a été établie par des organisations syndicales, la répartition entre elles des suffrages exprimés se fait sur la base indiquée par les organisations syndicales concernées lors du dépôt de leur liste. A défaut d'indication, la répartition des suffrages se fait à part égale entre les organisations concernées* » ; voir aussi (L.) PECAUT-RIVOLIER, (F.) PETIT, « Le redéploiement des forces syndicales », art. préc., p. 1172.

revenir à leurs alliances historiques pour parer aux conséquences de la réforme. On ne serait pas étonné, par exemple, d'un rapprochement entre le CFTC et la CFDT, cette dernière étant issue de la scission historique de la CFTC qui s'est produite en 1946¹¹³⁹.

B. Les stratégies prohibées

La question des conséquences du changement d'affiliation des syndicats a suscité un contentieux abondant. S'est notamment posée la question de savoir si un syndicat qui change d'affiliation peut continuer à se prévaloir des voix, de l'audience, qu'il avait obtenu sous son ancienne étiquette syndicale. Peut-on dans ce cas admettre la portabilité des suffrages¹¹⁴⁰ ? Ce problème a notamment été réglé par une série d'arrêts importants rendus par la Chambre sociale le 18 mai 2011.

Il résulte de ces décisions que si les alliances sont permises, d'autres stratégies syndicales en revanche sont prohibées. Ainsi, un syndicat qui se désaffilie d'une confédération représentative au niveau national et interprofessionnel pour s'affilier à un autre syndicat perd le bénéfice de la présomption de représentativité¹¹⁴¹.

En effet, la Cour de cassation juge que l'affiliation sous laquelle un syndicat a présenté des candidats au premier tour des élections constitue un élément essentiel du vote des électeurs. En cas de désaffiliation après ces élections le syndicat ne peut donc pas continuer à se prévaloir des suffrages précédemment recueillis pour se prétendre représentatif¹¹⁴², quand bien même la décision de désaffiliation émane de la confédération¹¹⁴³. Ces décisions se justifient d'autant plus que le changement d'affiliation emporte parfois un changement radical d'orientation syndicale. Ainsi, le STAAAP, syndicat affilié à la CFTC s'était désaffilié de la confédération peu avant les élections pour s'affilier à l'UNSA¹¹⁴⁴. Comme l'avaient relevé les juges du fond, le passage d'un syndicat à vocation chrétienne à un syndicat laïc emporte un changement de valeurs auquel n'adhèreront pas nécessairement tous les salariés qui avaient

¹¹³⁹ (H.) LANDIER, (D.) LABBE, *Les organisations syndicales en France*, 2^{ème} édition, Ed. Liaisons, 2004, p. 27.

¹¹⁴⁰ (J.-M.) PERNOT, art. préc., p. 427.

¹¹⁴¹ Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.264, *Bull.* 2011 V, n° 126.

¹¹⁴² Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.069, *Bull.* 2011 V, n° 125 et n° 10-21.705, préc. ; note (B.) GAURIAU, *JCP S* n° 30, 26 juillet 2011, p. 26-27.

¹¹⁴³ Cass. Soc., 28 novembre 2012, n° 12-14.528, Publié au bulletin ; *JCP S* n°6, 5 février 2013, p.31, note (Y.) PAGNERRE.

¹¹⁴⁴ Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.264, préc.

voté pour ce syndicat¹¹⁴⁵. On ne peut donc pas considérer que le vote des salariés reste acquis au syndicat qui change d'affiliation sous peine de dénaturer leur vote¹¹⁴⁶.

En outre, la Cour de cassation impose que pendant les élections, les salariés soient informés en temps et en heure de l'affiliation des syndicats pour lesquels ils vont voter ainsi que de la répartition des voix dont ils peuvent convenir entre eux¹¹⁴⁷. Or, lorsqu'un syndicat change d'affiliation après les élections, cette exigence n'est plus respectée. Il est donc logique que la Haute juridiction n'autorise pas les syndicats dans ce cas à se prévaloir des suffrages obtenus sous leur ancienne affiliation.

La Cour de cassation « *dénie [donc] aux élus syndicaux un droit à la portabilité de leurs suffrages*¹¹⁴⁸ ». Accessoirement, en retenant cette solution¹¹⁴⁹, elle indique clairement qu'un changement d'affiliation interdit au syndicat de se prévaloir de la représentativité présumée dont il bénéficiait antérieurement, « *sans possibilité de retour en vertu d'une nouvelle affiliation auprès d'une autre fédération ou confédération*¹¹⁵⁰ ». Ce faisant, la Haute juridiction contribue à mettre un terme à la représentativité présumée, s'inscrivant ainsi dans la logique de la loi du 20 août 2008 qui annonce, à terme, la mort de la présomption irréfragable de représentativité¹¹⁵¹.

Du fait que l'affiliation confédérale constitue un élément essentiel du vote des électeurs, il résulte par ailleurs que pour apprécier les conditions d'ouverture du droit pour un syndicat de désigner un représentant syndical au comité d'entreprise ou au comité d'établissement¹¹⁵², ne peuvent être considérés comme ses élus les salariés qui n'ont pas été candidats sur les listes présentées par ce syndicat lors des dernières élections¹¹⁵³. Ainsi, au sein de la société Renault Trucks, les représentants du personnel qui s'étaient désaffiliés du syndicat FO pour créer une section syndicale sous l'étiquette Sud industrie Rhône Alpes ne pouvaient pas désigner de représentants syndicaux au comité d'établissement en se prévalant des résultats obtenus sous

¹¹⁴⁵ TI Aulnay-sous-bois, 26 juin 2009, n° 11-09-000697 ; (P.) DANESI, « La « désaffiliation-réaffiliation » à l'aune de la loi du 20 août 2008, *SSL*, n°1408, 13 juillet 2009, p. 14.

¹¹⁴⁶ Cf. *Supra* Première partie, Titre 1, Sous-titre 1, « La consécration du syndicalisme de tendance ».

¹¹⁴⁷ Cf. *Infra* §2, I.

¹¹⁴⁸ (J.-M.) PERNOT, art. préc., p. 427.

¹¹⁴⁹ Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.264, préc.

¹¹⁵⁰ (F.) PETIT, « L'affiliation confédérale, élément déterminant du vote des salariés », *Dr. Soc.* novembre 2011, p. 1066.

¹¹⁵¹ Cf. *Supra* Première partie, Titre 1.

¹¹⁵² Art. L. 2324-2 du Code du travail.

¹¹⁵³ Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.273, *Bull.* 2011 V, n°123 ; note (B.) GAURIAU, *JCP S* n° 30, 26 juillet 2011, p. 26.

leur ancienne affiliation FO. Pour ce faire, il aurait fallu que ce soit le syndicat Sud qui obtienne au moins deux élus aux dernières élections.

Au travers des décisions relatives à l'affiliation ou à la désaffiliation d'un syndicat, la Cour de cassation consacre le principe de l'unicité syndicale¹¹⁵⁴ : les unions et les syndicats qui leurs sont affiliés forment un ensemble global¹¹⁵⁵. Implicitement, en votant pour un syndicat, les salariés votent pour les valeurs qu'il représente mais aussi celles que représente l'union, la fédération ou la confédération à laquelle il est affilié. Par conséquent, la désaffiliation brise l'unité syndicale créée et peut constituer une forme de « trahison » vis-à-vis des électeurs qui avaient accordé leur voix à un syndicat affilié. Ou plus simplement, dans l'hypothèse du syndicat auquel l'union aurait imposé la désaffiliation, la volonté des électeurs qui avaient voté pour le syndicat sous son ancienne affiliation est en quelque sorte faussée.

Compte tenu de l'importance des conséquences d'une désaffiliation, la Cour de cassation a été amenée à encadrer cette dernière. Elle précise ainsi que la désaffiliation doit être décidée dans les conditions prévues par les statuts pour la dissolution de l'organisation syndicale, à défaut de disposition statutaire spécifique. Dans le silence des statuts, cette décision doit être prise à l'unanimité des syndicats adhérents¹¹⁵⁶. Ainsi, la Fédération des cheminots et activités complémentaires avait adopté à une majorité de 50,16% des suffrages exprimés une résolution en faveur de sa désaffiliation de la CFDT. Celle-ci a été annulée par le TGI de Paris, décision confirmée par la Cour d'appel de Paris. Le pourvoi effectué par le syndicat a été rejeté par la Cour de cassation qui relève que les statuts du syndicat ne prévoyaient rien de particulier concernant la désaffiliation. En revanche, ils fixaient les modalités de dissolution de l'union fédérale : celle-ci ne pouvait être prononcée que par une assemblée générale réunie sur convocation du conseil national en session extraordinaire et à la majorité des trois quarts des mandats. La désaffiliation ayant été adoptée à la majorité relative de 50,16% des voix ne remplissait donc pas ces conditions statutaires, ce qui rendait la résolution nulle¹¹⁵⁷. On retient de cet arrêt que les syndicats devront donc veiller à l'avenir à prévoir dans leurs statuts des modalités adéquates pour changer d'affiliation sans trop de difficultés. A ce propos, à l'instar du Professeur Gauriau, on note que « *la règle de*

¹¹⁵⁴ Cf. *Infra* Première partie, Titre 1, Sous-titre 1.

¹¹⁵⁵ (Y.) PAGNERRE, note préc.

¹¹⁵⁶ Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-17.159, *Bull.* 2011 V, n° 136 ; note (B.) GAURIAU, *JCP S* n° 30, 26 juillet 2011, p. 25-26.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*

l'unanimité est reléguée au troisième rang, [ce qui] est heureux, sinon le système serait paralysé, [l'unanimité n'étant] pas un instrument démocratique des plus souples ¹¹⁵⁸».

La stratégie qui consistait pour un syndicat à ne présenter aucun candidat au premier tour, afin de prolonger la période transitoire, a également été écartée par la Haute Juridiction qui décide que dès lors que des élus ont été proclamés au second tour, la période transitoire prend fin¹¹⁵⁹.

On le voit, la réforme de 2008 n'a pas fini de susciter des changements de stratégies syndicales et les nouveaux contentieux qui les accompagnent.

§2. Le risque de « judicialisation » des élections

Au début de l'année 2010, la Cour de cassation, saisie de pourvois relatifs aux élections professionnelles, a rendu quelques décisions qui méritent que l'on s'y attarde, compte tenu de leurs liens évidents avec la réforme du 20 août 2008.

La Haute juridiction identifie de nouveaux cas d'annulation des élections et apporte des précisions importantes, notamment sur l'information qu'il convient de donner aux électeurs dans l'hypothèse où des syndicats présenteraient une liste commune (I). Cette dernière indication est essentielle car avec l'intervention de la réforme les alliances syndicales peuvent soit se raréfier soit au contraire se multiplier. Il est donc essentiel pour les entreprises d'anticiper cette question dans leurs protocoles d'accords préélectorales pour éviter des contentieux éventuels.

Cependant, la multiplication des contentieux électoraux confirme le risque de « judicialisation » des élections que laissait présager la réforme de 2008, nous conduisant à penser qu'une révision législative s'impose (II).

¹¹⁵⁸ (B.) GAURIAU, note sous arrêts du 18 mai 2011, préc., p. 27.

¹¹⁵⁹ Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.258 et 10-60.259, *Bull.* 2011 V, n° 122 ; note (Y.) PAGNERRE, *JCP S* n° 29, 19 juillet 2011, p. 32-34.

I. Les nouveaux contentieux électoraux

Par un arrêt rendu le 13 janvier 2010¹¹⁶⁰, la Cour de cassation a apporté quelques précisions relatives au contentieux électoral qui méritent d'être soulignées.

Ces dernières ont trait d'une part aux cas dans lesquels des irrégularités sont susceptibles d'affecter les opérations électorales et d'entraîner leur annulation. Suite à l'intervention de la loi du 20 août 2008, la Haute juridiction est amenée à préciser les éléments à prendre en compte pour déterminer si des irrégularités peuvent entraîner l'annulation des élections. Elle se réfère alors aux incidences de ces irrégularités sur le résultat des élections, la représentativité des syndicats, la possibilité de désigner un délégué syndical et enfin, la violation de l'ordre public (A).

Par ailleurs, pour régler les litiges relatifs au calcul des suffrages obtenus par les syndicats ayant formé des alliances ou des listes communes, la Cour de cassation conditionne la « validité » de ces accords entre syndicats à l'information donnée en temps et en heure aux électeurs répondant ainsi aux questions qui ont pu se poser dans les entreprises (B).

Cependant, selon nous, il ressort de l'analyse du dispositif de la loi du 20 août 2008 que celui-ci laissait présager une multiplication des contentieux, l'approche retenue par le législateur ne prenant pas en compte notamment la politisation des élections professionnelles qu'elle induit (C).

A. De nouveaux cas d'annulation

La Haute juridiction effectue un ajustement juridique en ajoutant une cause d'annulation des opérations électorales (1).

D'autre part, les magistrats se prononcent sur les conséquences de la violation d'une règle d'ordre public au cours des opérations électorales (2).

¹¹⁶⁰ Cass. Soc., 13 janvier 2010, n° 09-60.203, *Bull. 2010 V*, n° 7.

1. Les irrégularités affectant les opérations électorales, cause d'annulation, sous conditions

La Cour de cassation a décidé que les irrégularités qui affectent les opérations électorales ne peuvent constituer une cause d'annulation que si elles ont exercé une influence de nature à fausser le résultat des élections. A moins que ces irrégularités ne soient contraires aux principes généraux du droit électoral auquel cas elles justifient en toute hypothèse une annulation¹¹⁶¹.

Cette solution n'est pas nouvelle¹¹⁶² mais la Haute juridiction a profité de l'occasion qui lui était donnée pour apporter une précision supplémentaire qui découle directement de l'intervention du 20 août 2008. Elle ajoute que les irrégularités commises dans l'organisation et le déroulement du scrutin ne peuvent constituer une cause d'annulation que si elles ont exercé une influence de nature à fausser les résultats *« ou, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, si, s'agissant du premier tour, elles ont été **déterminantes de la qualité représentative des organisations syndicales dans l'entreprise, ou du droit, pour un candidat d'être désigné délégué syndical** »*. Ainsi, par exemple, dans la mesure où les irrégularités alléguées par un syndicat *« qui ne concernaient que trois votes n'étaient pas déterminantes, au niveau de l'établissement, de la qualité représentative de la fédération »*, c'est à bon droit que le tribunal d'instance a décidé *« qu'il n'avait pas à en mesurer les incidences éventuelles sur le calcul de la représentativité de la fédération au niveau de l'UES¹¹⁶³ »*.

La Cour de cassation réalise ainsi un ajustement juridique en ajoutant un cas d'annulation des élections : l'irrégularité des opérations électorales qui aurait pu priver un syndicat de la reconnaissance de sa représentativité ou empêcher un candidat d'être désigné délégué syndical. Cette décision n'est guère surprenante dans la mesure où une telle irrégularité s'apparenterait à une entrave au droit syndical mais elle a le mérite de clarifier un point important qui aurait pu occasionner de nombreux autres contentieux si personne n'avait pris le soin de le préciser.

¹¹⁶¹ Cass. Soc., 13 janvier 2010, préc. ; voir aussi Cass. Soc., 31 mai 2011, n° 10-60.228, inédit.

¹¹⁶² Voir par exemple : Cass. Soc., 25 octobre 2006, n° 05-60.396, inédit ; (F.) PETIT, « L'émergence d'un droit électoral professionnel », *Dr. Soc.* juin 2013, p. 485.

¹¹⁶³ Cass. Soc., 2 mars 2011, n° 10-60.101, *Bull.* 2011 V, n° 61.

2. *La violation d'une règle d'ordre public, cause d'annulation de plein droit*

La Cour de cassation a par ailleurs eu à statuer au cours de la même période sur la question d'un candidat au premier tour qui n'est pas membre d'un syndicat : elle a décidé à ce sujet que la participation d'une personne morale n'ayant pas la qualité de syndicat au premier tour constitue une cause de nullité de l'élection, peu important cette fois que l'irrégularité en question ait eu une influence sur le résultat des élections¹¹⁶⁴. On peut en déduire qu'une telle irrégularité est contraire aux principes généraux du droit électoral. Sachant que la Cour de cassation sanctionne nécessairement de telles irrégularités par la nullité¹¹⁶⁵, la solution n'est guère surprenante.

La Cour de cassation va toutefois plus loin dans cet arrêt en indiquant que la règle selon laquelle seules des organisations syndicales peuvent présenter des candidats au premier tour des élections professionnelles est d'ordre public. La violation d'une telle règle est, selon la Cour de cassation, de nature à entraîner l'annulation de plein droit des élections, sans qu'il soit besoin de démontrer que son non respect a eu une influence sur le résultat des élections. Cette solution doit vraisemblablement être étendue à toutes les violations de règles qualifiées d'ordre public au cours des élections professionnelles. La Cour de cassation a notamment précisé à plusieurs reprises que les règles relatives à la détermination de la représentativité posées par la loi du 20 août 2008 sont d'ordre public absolu et ne souffrent par conséquent aucune dérogation conventionnelle¹¹⁶⁶.

On notera toutefois qu'au début de l'année 2013, la Haute juridiction a apparemment choisi de « sortir » du domaine de l'ordre public le principe selon lequel on ne peut recourir au vote par correspondance que dans des circonstances exceptionnelles¹¹⁶⁷. Elle décide en effet que le recours à ce type de vote « n'est contraire à aucune règle d'ordre public ». Précisons toutefois que le recours à ce type de vote doit toutefois être prévu dans des textes conventionnels répondant aux conditions légales de validité : tel avait été le cas en l'espèce du protocole d'accord préélectoral signé à la double majorité, suivant les règles issues de la loi du 20 août 2008.

¹¹⁶⁴ Cass. Soc., 27 janvier 2010, n° 09-60.103, *Bull.* 2010, V, n° 21.

¹¹⁶⁵ Voir par exemple le cas d'un retrait tardif de candidature portant atteinte à la liberté du vote : Cass. Soc., 13 octobre 2010, n° 09-60.233, *Bull.* 2010 V, n° 224 ; (F.) PETIT, art. préc., p. 485.

¹¹⁶⁶ Voir par exemple Cass. Soc., 10 mai 2012, n° 11-21.144, préc.

¹¹⁶⁷ Cass. Soc., 13 février 2013, n° 11-25.696, Publié au bulletin ; (F.) PETIT, art. préc., p. 485.

B. Stratégies syndicales : la nécessité d'informer les électeurs

La question s'est posée à Aerolia de savoir ce que l'on ferait si des syndicats présentaient une liste commune : comment s'effectue dans ce cas la répartition des sièges, et surtout des voix qui va permettre de déterminer leur représentativité ?

La question mérite que l'on s'y attarde car avec l'intervention de la loi du 20 août 2008 qui conditionne l'accès à la représentativité à l'obtention de 10% des suffrages aux élections professionnelles, la constitution de listes communes risque de se banaliser¹¹⁶⁸.

Le Code du travail prévoit à ce sujet que la répartition des suffrages exprimés se fait en principe sur la base indiquée par les syndicats au moment du dépôt de leur liste ou, à défaut d'indication, à parts égales entre les syndicats concernés¹¹⁶⁹.

La Cour de cassation apporte à la lueur de la loi du 20 août 2008 un éclairage complémentaire intéressant sur la question de la répartition des suffrages opérée par les syndicats lorsqu'ils présentent une liste commune, plus spécialement sur la teneur de l'information qui doit être fournie aux salariés de l'entreprise à ce sujet.

En l'espèce, les syndicats FO et CFE-CGC avaient présenté une liste commune, prévoyant une répartition des voix à hauteur de 55% pour FO et 45% pour la CFE-CGC. La liste commune ayant obtenu 19,65% des voix, FO a désigné un délégué syndical.

Un syndicat a sollicité l'annulation de cette désignation au motif que le syndicat FO n'est pas représentatif.

Les juges ont rejeté la demande, estimant que FO, qui avait obtenu 10,81% des suffrages exprimés selon la répartition annoncée lors du dépôt de la liste, était représentatif, peu important que cette répartition inégalitaire des voix n'ait pas été affichée ou diffusée dans l'entreprise.

La Cour de cassation voit les choses différemment. Elle casse le jugement entrepris, décidant que le choix des syndicats qui procèdent à une répartition inégalitaire des suffrages doit être porté à la connaissance des électeurs avant le déroulement du scrutin¹¹⁷⁰. Il ressort de cet arrêt que l'information des autres syndicats n'est pas primordiale mais qu'en revanche, les

¹¹⁶⁸ (A.) ARSEGUEL, in *Panorama droit du travail*, dir. (J.) PELISSIER, *Dalloz*, 16 septembre 2010, études et commentaires, p. 2035 ; cf. *Supra* I.

¹¹⁶⁹ Art. L. 2122-3 CT.

¹¹⁷⁰ Cass. Soc., 13 janvier 2010, n° 09-60.208, *Bull.* 2010, V, n° 6 ; *Social pratique* n°540, 10 février 2010, p. 6.

électeurs doivent savoir de manière précise pour qui ils vont voter ce qui nous paraît cohérent. Il appartiendra alors aux qui forment une liste commune d'indiquer la répartition des voix, lorsque celle-ci n'est pas égale, par affichage ou sur les bulletins de vote par exemple.

Concernant ensuite le calcul des voix obtenues par les syndicats pour l'appréciation de leur représentativité, la Cour de cassation décide que dans le cadre d'une UES, les suffrages obtenus par les syndicats affiliés à une même confédération doivent être additionnés pour le calcul de leur audience lorsque la représentativité au niveau de l'entreprise est déterminée par le cumul des résultats obtenus dans les différents établissements¹¹⁷¹ ; à condition toutefois que les électeurs aient été informés de l'affiliation des syndicats en question¹¹⁷². Cette solution est logique au regard de la position adoptée par la Cour de cassation qui a consacré le syndicalisme dit « de tendance »¹¹⁷³ : l'affiliation est un élément essentiel du vote des électeurs. Il est donc cohérent qu'ils doivent être informés correctement de l'affiliation des syndicats pour lesquels ils vont voter. Suivant la même logique, plusieurs syndicats d'une même tendance ne peuvent pas former une liste commune afin d'obtenir chacun la représentativité¹¹⁷⁴. En cas de conflit entre plusieurs organisations syndicales concernant la désignation d'un délégué syndical supplémentaire, il appartient à celles-ci de justifier de dispositions statutaires déterminant le syndicat ayant qualité pour procéder à la désignation¹¹⁷⁵. Sinon, il convient de valider la première désignation réalisée, chronologiquement¹¹⁷⁶.

Sur ce point, il convient néanmoins d'apporter une précision : en effet, dans une affaire soumise aux juges du fond, deux syndicats affiliés à la CGT avaient présenté chacun une liste au premier tour des élections organisées dans l'entreprise. Individuellement, aucun des deux syndicats n'avait obtenu 10% des suffrages exprimés. Le tribunal d'instance a toutefois jugé qu'en additionnant les suffrages des deux organisations, ces dernières dépassaient le seuil de 10% imposé par la loi du 20 août 2008 et pouvaient donc toutes deux procéder à la désignation de délégués syndicaux et de représentants syndicaux au sein de l'établissement.

¹¹⁷¹ A propos d'une UES : Cass. Soc., 22 septembre 2010, n° 09-60.435, *Bull.* 2010 V, n° 188 ; (M.) GREVY, art. préc., p. 312.

¹¹⁷² Cass. Soc., 12 avril 2012, n° 11-22.290 et 11-22.291, *Bull.* 2012 V, n° 127 et 126.

¹¹⁷³ Cf. *Supra* Première partie, Sous-titre 1, Chapitre 2 et *Supra* I.

¹¹⁷⁴ Cass. Soc., 10 mai 2012, n° 11-21.356, Publié au bulletin ; obs. (L.) PECAUT-RIVOLIER, *Dr. Soc.* juillet-août 2012, p. 750-751.

¹¹⁷⁵ Cass. Soc., 16 décembre 2009, n° 09-60.118, *Bull.* 2009 V, n° 288.

¹¹⁷⁶ Cass. Soc., 29 octobre 2010, n° 09-67.969 et 09-68.207, *Bull.* 2010 V, n° 250 ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.* janvier 2011, p. 118.

Mais, se référant à la jurisprudence relative aux délégués syndicaux surnuméraires¹¹⁷⁷, le tribunal d'instance n'a validé que les premières désignations réalisées chronologiquement. Dans ce cas, contrairement à la solution rendue à propos des délégués syndicaux supplémentaires dans le cadre d'une UES, la Cour de cassation relève qu'aucun des deux syndicats en cause n'ayant obtenu 10% des voix, aucun ne pouvait procéder aux désignations litigieuses¹¹⁷⁸.

Cette solution peut paraître surprenante au regard de celle rendue à propos des délégués syndicaux surnuméraires. Toutefois, elle s'explique logiquement : la possibilité pour une confédération et ses syndicats affiliés de désigner des délégués syndicaux supplémentaires ne peut être prévue que par un accord collectif. En revanche, pour ce qui est des délégués syndicaux d'établissement non surnuméraires, seuls les syndicats ayant obtenu 10% des suffrages exprimés sont habilités à les désigner. La loi du 20 août 2008 offrant dans ce cas la possibilité aux syndicats de même tendance de former une liste commune¹¹⁷⁹. En l'espèce, les syndicats ayant refusé de s'associer il était logique que la Cour de cassation refuse l'addition de leurs suffrages. Il n'appartenait qu'aux syndicats en cause d'opter pour une stratégie électorale appropriée.

C. L'augmentation des contentieux liée à la politisation des élections

La période transitoire a suscité de nombreux contentieux. Les élections professionnelles risquent d'en susciter davantage encore dans la mesure où les syndicats représentatifs qui n'obtiendront pas 10% des suffrages aux élections professionnelles n'hésiteront probablement pas à jouer leur dernière carte en saisissant les juridictions pour obtenir l'annulation des élections et retenter leur chance.

Par ailleurs, la loi du 20 août 2008 réforme la représentativité mais ne semble pas tenir compte des difficultés que peut susciter sa mise en œuvre dans l'entreprise, eu égard notamment à l'aspect politique qui entoure le syndicalisme et le dialogue social dans l'entreprise. Ce qui risque à la fois d'augmenter les tensions au sein de l'entreprise et de multiplier les contentieux.

¹¹⁷⁷ Cass. Soc., 29 octobre 2010, préc.

¹¹⁷⁸ Cass. Soc., 26 octobre 2011, n° 11-10.290 et n° 11-60.003, *Bull.* 2011 V, n° 245.

¹¹⁷⁹ Cass. Soc., 26 octobre 2011, préc. ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.* janvier 2012, p. 101.

En effet, la réforme de 2008 pousse les syndicats à se lancer dans une véritable course à la représentativité qui se traduira en pratique par des politiques et des actions syndicales plus âpres, notamment à l'approche des élections, mais aussi lorsque des négociations devront être menées sur des sujets sensibles, comme les salaires ou le temps de travail.

Cette course risque soit d'inciter les syndicats à s'allier pour espérer atteindre le seuil de 10% aux élections, soit, au contraire à se diviser pour atteindre cet objectif. On peut également s'attendre à des tracts incisifs à l'encontre des directions d'entreprise de la part des syndicats montants qui souhaitent gagner les voix des salariés, ou de ceux qui auraient perdu leur représentativité et voudraient la regagner, donc un climat social plus tendu qu'auparavant.

On notera également que la réforme peut avoir des répercussions jusqu'à l'élection des membres du comité central d'entreprise lorsqu'il y en a un car ce sont les membres des comités d'établissement qui élisent les membres du comité central¹¹⁸⁰. Certaines organisations syndicales, en fonction des résultats des élections au comité d'établissement, auront tendance à conclure des accords politiques pour parvenir à un résultat qui peut déplaire aux organisations qui n'auraient pas été mises dans la confiance. Ces dernières seront donc tentées de saisir les juridictions pour refaire les élections des membres du comité central d'entreprise.

II. Une révision nécessaire

L'émergence de nouveaux contentieux¹¹⁸¹ et la multiplication des décisions relatives à la mise en œuvre de la loi du 20 août 2008 met en évidence le risque de « judiciarisation » des élections professionnelles induit par la réforme.

C'est d'ailleurs le constat effectué par l'Institut Montaigne qui relève que si la loi du 20 août 2008 « a apporté une plus grande légitimité aux syndicats et donné un nouveau souffle à la démocratie sociale, elle induit des risques, dont la « judiciarisation » des élections et comporte des lacunes¹¹⁸² ».

¹¹⁸⁰ Art. L. 2327-3 CT.

¹¹⁸¹ Cf. *Supra* I.

¹¹⁸² *Liaisons Sociales Quotidien*, n° 15779, 24 janvier 2011, p. 1 ; (E.) BARBARA, « Représentativité des syndicats : les premiers effets de la réforme de 2008 », Institut Montaigne, Document de travail du 17 janvier 2011, p. 8 à 10.

En effet, les élections professionnelles revêtent désormais une dimension nettement plus politique¹¹⁸³. Les organisations syndicales qui perdent leur représentativité n'hésitent donc pas à saisir les juridictions. Autrement dit, la saisine des juridictions risque d'être utilisée à des fins purement politiques ou stratégiques, d'où la multiplication des contentieux relatifs aux élections professionnelles.

A ces litiges d'ordre stratégique il faut ajouter les contentieux qui tiennent aux lacunes de la loi du 20 août 2008 : de nombreux points relatifs à la mise en œuvre de la réforme ont dû être éclaircis par les magistrats et d'autres restent encore à préciser.

Le bilan dressé par l'Institut Montaigne qui évoque la judiciarisation des élections est donc confirmé, ce qui nous conforte dans notre affirmation selon laquelle la loi du 20 août 2008 mériterait d'être révisée.

¹¹⁸³ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 2.

Chapitre 2 : Nouvelles fonctions, nouvelles problématiques : approche pratique

La loi du 20 août 2008 apporte de nombreux changements dans la préparation des élections professionnelles. Les répercussions de la réforme se font plus spécialement ressentir lorsqu'il s'agit de négocier les protocoles d'accord préélectoraux, de nouvelles difficultés pratiques surgissant pour les entreprises (Section 1).

En effet, la loi du 20 août 2008 favorise l'implantation des syndicats dans les PME. Elle favorise donc le dialogue social, mais produit parfois l'effet inverse dans les grandes entreprises : les syndicats s'opposent et se divisent, ce qui ne favorise ni l'organisation des élections professionnelles, ni la conclusion d'accords.

Ainsi, par exemple, Aerolia mène une politique dans laquelle le dialogue social occupe une place primordiale, à l'instar de la politique menée au sein du groupe EADS NV.

La conclusion d'un protocole d'accord préélectoral avec ses syndicats était donc souhaitée par la Direction, désireuse de promouvoir la négociation dans l'entreprise Aerolia.

Cependant, lorsqu'il a fallu organiser les premières élections professionnelles de cette filiale créée le 1er janvier 2009, les cinq grands syndicats présents au sein de la société (CFDT, CFTC, CGC-CFE, CGT et FO) ont émis quelques réticences, compte tenu des risques qu'emporte la réforme du 20 août 2008 pour eux, notamment le risque de perdre leur représentativité.

Cet exemple prouve qu'en un sens, la loi du 20 août 2008, ne favorise pas vraiment le dialogue social dans l'entreprise car elle crée des tensions qui n'existaient pas auparavant, surtout avec les cinq centrales syndicales qui bénéficiaient de la présomption irréfragable de représentativité et craignent de la perdre.

En même temps, la loi du 20 août 2008 modifie les enjeux de ces élections puisque désormais, les résultats du premier tour permettront de mesurer l'audience et l'influence des syndicats afin de déterminer leur représentativité. Cette nouveauté confère au premier tour des élections une importance accrue ce qui soulève également de nouvelles questions juridiques (Section 2).

Section 1 - Les difficultés tenant à la négociation des protocoles préélectorales

La loi du 20 août 2008 apporte certains changements dans l'organisation des élections professionnelles. Ces changements suscitent de nouvelles interrogations juridiques et des difficultés de mise en œuvre pratiques qui n'ont pas nécessairement été anticipées par le législateur.

Ainsi, la loi du 20 août 2008 ouvre l'accès au premier tour des élections aux syndicats non représentatifs et modifie les conditions de conclusion et de validité du protocole d'accord préélectoral, préalable nécessaire à la réalisation des élections. Ces changements auront nécessairement des impacts sur la négociation des protocoles d'accord préélectorales en entreprise (§1).

L'exemple d'Aerolia témoigne des difficultés qu'on pu susciter ces nouveautés dans l'élaboration et la négociation du protocole d'accord préélectoral et de la façon dont elles peuvent être résolues (§2).

§1. La négociation des protocoles d'accord préélectorales après 2008

La réforme de 2008 impose que de nouveaux participants soient invités à la négociation du protocole d'accord préélectoral (I).

En outre, elle modifie les conditions de validité des accords collectifs et donc, du protocole d'accord préélectoral en généralisant la condition de la double majorité (II).

I. Les nouveaux invités à la négociation du protocole d'accord préélectoral

La loi du 20 août 2008 vise à mettre en œuvre pleinement la démocratie sociale qu'elle rénove en y intégrant, sous certaines conditions, les syndicats non représentatifs. Pour ce faire, le législateur modifie la notion d'organisations syndicales « intéressées », permettant ainsi aux organisations syndicales non représentatives dans l'entreprise de participer aux élections dès l'ouverture des négociations relatives au protocole d'accord préélectoral (A).

Le législateur précise également les modalités selon lesquelles doivent être effectuées les convocations à ces négociations. L'étude de ces modalités révèle que les conditions dans lesquelles doivent être faites ces convocations diffèrent selon la qualité, représentative ou non, de l'organisation syndicale considérée (B).

A. Les organisations syndicales « intéressées » dans la démocratie sociale rénovée

La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 a porté à quatre ans la durée des mandats des représentants élus du personnel. Cette loi offre par ailleurs aux entreprises la possibilité de déroger à la durée légale de quatre ans pour les mandats par convention collective ou accord d'entreprise, la durée ainsi fixée devant être comprise entre deux et quatre ans¹¹⁸⁴.

Le groupe EADS NV, dans son accord de groupe relatif au dialogue social et au droit syndical signé le 13 février 2009, a décidé que la durée des mandats des représentants serait fixée à quatre ans. Cette disposition a caractère impératif et ne souffre aucune dérogation.

Ainsi, tous les quatre ans au plus, l'employeur est tenu d'informer le personnel, par voie d'affichage, de la date prévue pour le premier tour des prochaines élections professionnelles et d'inviter les organisations syndicales intéressées à venir négocier le protocole d'accord préélectoral.

Afin de mettre pleinement en œuvre la démocratie sociale rénovée, qui suppose la participation des organisations syndicales non représentatives, la loi du 20 août 2008 permet à ces dernières de participer au processus des élections professionnelles dès les premières réunions de négociation des protocoles préélectoraux. Pour ce faire, le législateur a modifié la notion d'organisations syndicales « intéressées » mettant ainsi fin au monopole des organisations syndicales représentatives (1).

La coexistence des mesures transitoires et de ces nouvelles dispositions n'a toutefois pas manqué de susciter quelques contentieux qui ont conduit la Cour de cassation à préciser, voire à modifier sa jurisprudence antérieure concernant notamment les moyens d'action des syndicats (2).

¹¹⁸⁴ Art. L. 2314-27 CT et L. 2324-25 du Code du travail.

1. La fin d'un monopole

L'accès au premier tour des élections professionnelles était auparavant réservé aux seuls syndicats représentatifs. Ce monopole syndical constitue l'une des caractéristiques emblématiques du système de représentativité antérieur à la réforme de 2008 (a).

Poursuivant l'objectif de rénovation de la démocratie sociale qu'elle affiche, incluant la participation des syndicats représentatifs en application des nouveaux critères qu'elle instaure, la loi du 20 août 2008 ouvre à ces derniers l'accès au premier tour des élections professionnelles, procédant ainsi à un aménagement important du monopole syndical, sans toutefois y mettre fin (b).

a. Le monopole révolu des syndicats représentatifs - Auparavant, devaient être conviées à la négociation du protocole d'accord préélectoral les organisations syndicales « intéressées »¹¹⁸⁵, c'est-à-dire les organisations syndicales habilitées à présenter des candidats au premier tour. Initialement, le premier tour des élections n'était ouvert qu'aux syndicats représentatifs. Etaient alors visées les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, celles qui sont affiliées à une organisation syndicale représentative au plan national¹¹⁸⁶ et les syndicats reconnus représentatifs au niveau de la structure dans laquelle se déroulent les élections, en appliquant les anciens critères légaux de la représentativité.

La jurisprudence, soucieuse d'assurer l'égalité entre les syndicats, interprétait ces dispositions de manière assez extensive.

Ainsi, elle exigeait que soient impérativement conviées toutes les organisations susvisées, un syndicat ne pouvant être écarté au motif que le juge n'avait pas encore statué sur sa représentativité¹¹⁸⁷.

Elle précisait par ailleurs qu'un syndicat ayant désigné un délégué central était nécessairement représentatif au niveau de l'établissement quand bien même il n'y aurait pas désigné de

¹¹⁸⁵ Art. L. 2314-3 et L. 2324-4 du Code du travail dans leur rédaction antérieure à la loi du 20 août 2008.

¹¹⁸⁶ Dans la limite d'une seule liste pour tous les syndicats affiliés à une même organisation syndicale représentative au plan national : Cass. Soc., 16 octobre 2001, n° 00-60.203, *Bull. Civ. V*, n° 322.

¹¹⁸⁷ Cass. Soc., 9 février 2000, *Bull. Civ. V*, n° 60 ; Cass. Soc., 16 octobre 2001, préc. ; (P.Y.) VERKINDT, « Les élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. Soc.* juin 2009, p. 653.

délégué¹¹⁸⁸ et qu'en l'absence de délégué syndical, l'invitation à négocier le protocole d'accord préélectoral était valide si elle était adressée au syndicat¹¹⁸⁹.

La réforme de 2008 met fin au monopole des syndicats représentatifs au premier tour des élections, mais pas au monopole syndical.

b. Un monopole syndical aménagé pour l'exercice de la démocratie sociale renouvelée -

La loi du 20 août 2008, si elle ne met pas un terme au monopole syndical, l'aménage grandement.

L'accès au premier tour des élections professionnelles est désormais ouvert à « toute organisation syndicale légalement constituée depuis au moins deux ans » remplissant les critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance¹¹⁹⁰. La condition de représentativité n'est donc plus exigée pour qu'un syndicat puisse participer aux élections professionnelles. Toutes les organisations syndicales susceptibles d'être invitées à négocier les protocoles d'accords préélectoraux peuvent présenter des candidats au premier tour des élections. Une organisation syndicale peut présenter comme candidats aux élections ses adhérents ou bien des salariés non syndiqués, ou encore des adhérents à une autre organisation¹¹⁹¹, à condition qu'elles aient au préalable précisé au moment du dépôt de leur liste comment la répartition des suffrages s'opèrera entre elles¹¹⁹².

On note que la loi du 20 août 2008¹¹⁹³ offre la possibilité à l'employeur de mettre en place une délégation unique après consultation des représentants du personnel. Toutefois, le fait que les syndicats s'opposent à la mise en place de cette délégation ne dispense pas l'employeur de respecter ses obligations en matière de négociation du protocole d'accord préélectoral et notamment d'inviter toutes les organisations syndicales intéressées à venir négocier ce protocole¹¹⁹⁴. Ce faisant, la Cour de cassation détache « la question du choix de ce mode de représentation du personnel de l'objet même de la négociation préélectorale¹¹⁹⁵».

¹¹⁸⁸ Cass. Soc., 15 février 2006, *Bull. Civ. V*, n° 70.

¹¹⁸⁹ A charge pour ce dernier de transmettre l'invitation aux négociateurs pressentis : Ass. Plén., 5 juillet 2002, n° 00-60.275, *Bull. Ass. n° 2* ; (P.Y.) VERKINDT, art. préc. p. 653.

¹¹⁹⁰ Art. L. 2314-3 et L. 2324-4 du Code du travail.

¹¹⁹¹ Cass. Soc., 28 mars 2012, n° 11-61.180, *Bull. 2012 V*, n° 112.

¹¹⁹² Cf. *Supra* Chapitre 1, Section 2, §2.

¹¹⁹³ Art. L. 2326-1 et s. du Code du travail.

¹¹⁹⁴ Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-21.752, *Bull. 2011 V*, n° 200 ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.* décembre 2011, p. 1314-1315.

¹¹⁹⁵ (F.) PETIT, obs. sous Cass. Soc., 28 septembre 2011, préc.

Implicitement, on remarque que cette décision privilégie la loyauté dans les négociations préélectorales.

La réforme de 2008 ouvre donc la porte des négociations du protocole préélectoral aux organisations syndicales non représentatives qui satisfont aux critères des valeurs républicaines, de l'indépendance et sont légalement constituées depuis au moins deux ans. Le monopole qui existait au profit des seuls syndicats représentatifs prend ainsi fin. En revanche, le monopole syndical subsiste. Le non respect de cette règle constitue d'ailleurs une cause d'annulation des élections, « peu important son influence sur les résultats », comme l'a récemment rappelé la Cour de cassation¹¹⁹⁶, cette règle étant d'ordre public. Le monopole syndical de présentation des candidats au premier tour des élections professionnelles n'est donc pas près de disparaître. La réforme de 2008 l'aménage toutefois grandement en ne le réservant plus aux seuls syndicats représentatifs, qui eux, peuvent disparaître.

Toutefois, la société Aerolia ayant été créée le 1er janvier 2009, les mesures transitoires¹¹⁹⁷ de la loi du 20 août 2008 ont du être appliquées, en attendant les résultats des premières élections professionnelles.

Demeuraient donc représentatifs au sein de l'entreprise les syndicats représentatifs au niveau national et interprofessionnel, ainsi que les syndicats affiliés à ces organisations et, le cas échéant, les groupements de syndicats dont l'un au moins est affilié à l'une des confédérations représentatives au niveau national et interprofessionnel. Autrement dit, restaient représentatifs au sein d'Aerolia la CFDT, la CFTC, la CFE-CGC, la CGT et FO.

Seuls ces syndicats pouvaient donc encore procéder à la désignation de délégués syndicaux¹¹⁹⁸ avant l'organisation des prochaines élections professionnelles, si l'on s'en tient aux jurisprudences rendues en 2009 par les tribunaux d'instance, qui ont décidé que les syndicats non représentatifs à la date du 21 août 2008 désireux de procéder à des désignations en application des nouvelles règles devaient attendre les résultats des prochaines élections¹¹⁹⁹.

De même, seuls ces syndicats sont venus négocier les protocoles d'accord préélectoraux, aucune autre organisation syndicale ne s'étant manifestée.

¹¹⁹⁶ Cass. Soc., 27 janvier 2010, n°09-60.103 : *RDT* avril 2010, p. 244, note (I.) ODOUL-ASOREY.

¹¹⁹⁷ Art. 11 de la loi du 20 août 2008.

¹¹⁹⁸ Art. 13 de la loi du 20 août 2008.

¹¹⁹⁹ TI Puteaux, 13 février 2009 ; voir aussi TI Douai, 19 décembre 2008 ; TI Lyon, 17 février 2009, préc. ; TI Bordeaux, 19 mars 2009 ; *SSL* 25 mai 2009, n° 1401, p. 13.

Par conséquent, seuls ces syndicats ont présenté des candidats au premier tour. L'implantation de nouveaux syndicats que la réforme de 2008 vise à faciliter ne semble pas encore d'actualité dans les entreprises à forte empreinte syndicale comme Aerolia.

2. Les adaptations jurisprudentielles suscitées par l'application des mesures transitoires

La participation des organisations syndicales « intéressées » à la négociation du protocole préélectoral a suscité des contentieux qui ont donné lieu à des décisions jurisprudentielles édifiantes. On pense notamment à l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 23 septembre 2009¹²⁰⁰. Suite à l'intervention de la loi du 20 août 2008, qui subordonne notamment l'accession à la représentativité et donc aux prérogatives syndicales au résultat des élections professionnelles, la Cour de cassation, consciente des nouveaux enjeux des élections et de l'importance de régler au plus vite les contentieux qui porteraient sur ces élections, a choisi d'adapter sa jurisprudence en conséquence.

En l'espèce, le Syndicat Sud RATP avait saisi le tribunal d'instance au motif qu'il n'avait pas été convié à la négociation du protocole préélectoral, contrairement aux règles posées par la loi du 20 août 2008.

La RATP estimait que les négociations avaient commencé en juin 2008, avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 août, tandis que le syndicat soutenait que les négociations avaient eu lieu après la publication de cette loi, en septembre 2008.

Cette affaire a conduit la Cour de cassation à rectifier sa jurisprudence en tenant compte des nouveautés introduites par la réforme de 2008. Elle opère ainsi un revirement jurisprudentiel d'opportunité, qui résulte en réalité directement de l'intervention de la loi du 20 août 2008, en admettant que les pourvois en cassation sont désormais possibles avant que le scrutin n'ait eu lieu (a).

La Haute juridiction précise ensuite que l'intérêt à agir des syndicats est fondé sur l'intérêt collectif de la profession, élargissant ainsi le champ des syndicats habilités à saisir les juridictions (b).

L'arrêt du 23 septembre 2009 soulève également une question intéressante à laquelle la Cour de cassation n'apporte toutefois pas de réponse : lorsque plusieurs syndicats sont affiliés

¹²⁰⁰ Cass. Soc., 23 septembre 2009, n° 08-60535, obs. (L.) PERRIN, *Dalloz*, n° 35, 15 octobre 2009, p. 2339-2340.

à une même organisation syndicale représentative au niveau national, doivent-ils tous être conviés à la négociation du protocole préélectoral ?(c).

a. L'admission des pourvois en cassation avant le scrutin - L'affaire RATP¹²⁰¹ a d'abord conduit la Cour de cassation à se prononcer sur la possibilité de former un pourvoi en cassation avant que le scrutin n'ait eu lieu. En effet, auparavant, la Haute juridiction décidait qu'on ne pouvait former un pourvoi contre la décision d'un tribunal d'instance rendue avant le scrutin¹²⁰². La Cour de cassation estimait alors que dans la mesure où le juge d'instance pouvait encore être saisi d'un contentieux après les élections, un pourvoi préélectoral était inutile¹²⁰³.

Dans l'arrêt du 23 septembre 2009, la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence en énonçant que « *le pourvoi en cassation contre une décision rendue en dernier ressort est une voie de recours qui constitue pour les justiciables une garantie fondamentale* ».

La Cour de cassation ajoute dans son communiqué de presse¹²⁰⁴ que cette décision est en réalité davantage liée aux « *nouveaux enjeux attachés aux élections professionnelles par la loi du 20 août 2008* » et à « *la nécessité de permettre le pourvoi immédiat en matière préélectorale pour s'assurer, dans les meilleurs délais, de la régularité du processus électoral* ».

Aujourd'hui, à l'aune de la réforme de 2008, les magistrats préfèrent donc opter pour l'allongement des procédures contentieuses plutôt que risquer une hausse d'annulation des élections professionnelles, avec toutes les conséquences qu'emportent de telles annulations : remise en cause de la représentativité des syndicats, de la validité des accords collectifs signés par ces syndicats, organisation de nouvelles élections... autant d'éléments qui ne contribuent pas à la stabilité du climat social dans l'entreprise.

b. Le fondement de l'intérêt à agir des syndicats : l'intérêt collectif de la profession - La Cour de cassation juge ensuite que le syndicat SUD RATP avait bien intérêt à agir, au nom de l'intérêt collectif de la profession, peu important qu'il ait été invité ou non.

¹²⁰¹ Cass. Soc., 23 septembre 2009, préc.

¹²⁰² Cass. Soc., 7 mai 2002, n° 01-60040 et 01-60041, *Bull. Civ. V*, n° 148, *RJS* 11/2002, n° 261.

¹²⁰³ (F.) PETIT, « Le contentieux préélectoral sorti de l'impasse », *Dr. Soc.*, février 2010, p. 162.

¹²⁰⁴ Communiqué de presse de la Chambre sociale de la Cour de Cassation relatif à l'arrêt n° 1953 du 23 septembre 2009 ; (L.) PERRIN, obs. sous Cass. Soc., 23 septembre 2009, préc.

La Haute juridiction opère ici un changement important dans la mesure où auparavant, elle ne reconnaissait d'intérêt à agir qu'aux syndicats qui n'ont pas été invités à négocier¹²⁰⁵, ou bien aux syndicats non signataires qui n'avaient pas présenté de candidats aux élections. En outre, elle exigeait que les syndicats qui exerçaient l'action en justice n'aient pas refusé de participer aux négociations auxquelles ils avaient été conviés¹²⁰⁶.

Désormais, la Cour de cassation reconnaît l'intérêt à agir des syndicats, qu'ils aient été invités ou non, dès lors que l'intérêt collectif de la profession est en jeu. Elle adapte ainsi sa jurisprudence au contexte issu de la loi du 20 août 2008.

c. Une question en suspens - L'affaire SUD RATP de 2009¹²⁰⁷ présente l'intérêt de soulever une autre question intéressante, bien que la Cour de cassation n'y apporte pas de réponse : lorsque plusieurs syndicats sont affiliés à une même organisation syndicale représentative au niveau national, doivent-ils tous être conviés à la négociation du protocole préélectoral ?

Comme le souligne le Professeur Petit, dans la mesure où les syndicats affiliés à une confédération nationale ne peuvent présenter qu'une liste de candidats au nom de cette confédération, « *on devrait, en vertu d'un parallélisme des formes, adopter la même solution pour la négociation du protocole préélectoral*¹²⁰⁸ ». Selon nous, dans la même optique, dans la mesure où la convocation à la négociation du protocole adressée au seul délégué syndical central est valable¹²⁰⁹, celui-ci devant répercuter l'information à son syndicat, on peut estimer qu'il incombe au syndicat destinataire de la convocation de transmettre l'information à sa confédération.

Ce dernier aspect de l'affaire de 2009 nous amène à développer davantage la question de la convocation des organisations syndicales à la négociation des protocoles d'accord préélectoraux après 2008, celle-ci n'ayant pas manqué de soulever quelques interrogations en entreprise.

¹²⁰⁵ Cass. Soc., 1^{er} avril 1998, n° 96-60.433, *Bull. Civ. V*, n° 195 ; Cass. Soc., 4 février 1997, n° 95-60983 et 96-60112, *Bull. Civ. V*, n° 49 ; (F.) PETIT, art. préc., p. 164-165.

¹²⁰⁶ Cass. Soc., 17 juillet 1990, n° 89-61.165, inédit ; Cass. Soc., 30 octobre 2001, n° 00-60.250, inédit.

¹²⁰⁷ Cass. Soc., 23 septembre 2009, préc.

¹²⁰⁸ (F.) PETIT, art. préc., p. 166.

¹²⁰⁹ Cf. *Infra*, 2 ; Cass. Soc., 12 mars 2008, n° 07-60.394, inédit.

B. Les modalités variables de convocation des organisations syndicales

Avec l'intervention de la loi du 20 août 2008, les destinataires de la convocation à la négociation du protocole préélectoral sont potentiellement plus nombreux et peuvent être représentatifs ou non. Ils peuvent également être inconnus de l'employeur, ce qui pose certains problèmes pratiques. En effet, comment contacter une organisation syndicale dont on ignore l'existence ?

Pour parer à cette difficulté, la loi du 20 août 2008 a apporté quelques changements. Ainsi, la forme selon laquelle doit être réalisée la convocation diffère selon l'organisation considérée (1).

A Aerolia s'est également posé un autre problème pratique au moment de l'envoi de ces convocations qui mérite une brève analyse compte tenu du contexte particulier qui entourait la société au moment des premières élections professionnelles (2).

1. Des formes de convocation différentes

Auparavant, les textes ne précisaient pas si les invitations devaient se faire individuellement ou non. La jurisprudence semblait proscrire la simple invitation par voie d'affichage, à moins que l'employeur ne prouve que tous les syndicats concernés en aient eu connaissance¹²¹⁰. Il était donc souhaitable de procéder aux invitations par courrier.

La loi du 20 août 2008 indique expressément que doivent être invitées par courrier « les organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou dans l'établissement, celles ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement, ainsi que les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel¹²¹¹ ». Concernant les organisations représentatives au sens du nouveau texte, la question de la forme que doit revêtir l'invitation à venir négocier le protocole d'accord préélectoral est donc réglée.

Cependant, les nouveaux articles L. 2314-3 et L. 2324-4 du Code du travail précisent que les organisations syndicales dont la représentativité n'est pas encore établie, mais qui satisfont aux critères des valeurs républicaines, de l'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans, dont le champ géographique et professionnel couvre l'entreprise ou

¹²¹⁰ Cass. Soc., 17 mai 1994, n° 93-60.322, inédit ; Cass. Soc., 7 décembre 1995, n° 95-60.124, inédit.

¹²¹¹ Art. L. 2314-3 al. 2 et L. 2324-4 al. 2 du Code du travail.

l'établissement concerné, doivent être informées par voie d'affichage. L'absence d'affichage régulier ou de convocation par courrier des organisations syndicales intéressées peut entraîner l'annulation des élections¹²¹², la jurisprudence considérant que « les conditions d'invitation à la négociation du protocole d'accord préélectoral déterminent la validité du processus électoral lui-même¹²¹³ ». « Toutefois, cette cause d'annulation ne peut pas être invoquée par le syndicat qui aurait participé normalement à la négociation ou présenté sans réserve des candidats aux élections¹²¹⁴ ».

Ainsi, dans le système issu de la loi du 20 août 2008, toutes les organisations syndicales ne sont pas convoquées selon les mêmes modalités.

Notons toutefois, que lorsque l'employeur connaît les organisations non représentatives qui satisfont aux critères pour être invitées à négocier le protocole d'accord préélectoral, rien ne l'empêche de les inviter par courrier, l'affichage visant surtout les syndicats qui pourraient être « intéressés » au sens de la loi mais qui ne se seraient pas encore manifestés auprès de l'employeur.

2. *L'identité du destinataire de la convocation*

Certaines interrogations subsistent quant à l'identité du destinataire de la convocation, notamment en l'absence de délégués syndicaux au niveau des établissements.

Ainsi, lorsque la société Aerolia a été créée, les délégués syndicaux ont perdu leur mandat. L'entreprise comptant plus de 2000 salariés, des délégués syndicaux centraux ont toutefois été désignés par les cinq organisations syndicales représentatives au sein d'Aerolia. Nous nous sommes alors demandé si le fait d'adresser l'invitation à négocier le protocole préélectoral aux délégués syndicaux centraux pouvait suffire à satisfaire à l'obligation de convocation de l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, ou bien s'il était indispensable d'adresser un courrier aux unions départementales.

¹²¹² Cass. Soc., 2 mars 2011, n° 10-60.201, Bull. 2011, V, n° 62 ; (C.) LANDAIS, (L.) PECAUT-RIVOLIER, (D.) PIVETEAU, (Y.) STRUILLLOU, « Le nouveau protocole préélectoral », *Dr. Soc.* novembre-décembre 2012, p. 1052.

¹²¹³ *Ibid.*

¹²¹⁴ *Ibid.*

Dans un arrêt du 15 février 2006¹²¹⁵, la Cour de cassation indique que lorsqu'un syndicat représentatif a désigné un délégué syndical central dans l'entreprise, il doit être convié à la négociation.

En l'espèce, la CGT Cegelec Nord Est avait désigné un délégué syndical central mais ne disposait pas de délégué syndical dans l'établissement concerné par les élections. L'employeur avait donc adressé la convocation à l'union locale CGT. La Cour de cassation a décidé que l'employeur n'avait pas satisfait à son obligation de convocation de l'ensemble des syndicats représentatifs.

Si cet arrêt ne répond pas à toutes nos questions, il apporte tout de même une précision : tous les syndicats représentatifs ayant désigné un délégué syndical central à Aerolia devaient être convoqués à la négociation du protocole d'accord préélectoral.

Dans un arrêt rendu en mars 2008, la Haute juridiction précise qu'« *en l'absence de délégué syndical d'établissement, l'invitation à la négociation du protocole préélectoral doit être adressée au syndicat représentatif présent dans l'entreprise ou au délégué syndical central qu'il a désigné*¹²¹⁶ ». Il semblerait donc que lorsqu'aucun délégué syndical d'établissement n'a été désigné, comme c'était le cas à Aerolia, l'invitation à négocier le protocole préélectoral puisse simplement être adressée au délégué syndical central, à qui incombe alors le soin de relayer l'information à l'échelon adéquat.

En revanche, en l'absence totale de délégué syndical, l'invitation à négocier le protocole d'accord préélectoral n'est valide que si elle est adressée au syndicat¹²¹⁷. A charge pour l'employeur de prouver qu'il a bien rempli cette obligation.

II. La « double majorité » en pratique

La réforme de 2008 innove en subordonnant la validité des accords collectifs à leur signature à la « double majorité » (A). Cette nouveauté risque de susciter quelques problèmes d'application qu'il convient d'analyser.

Cette condition n'est toutefois pas requise pour l'ensemble des dispositions qui composent le protocole d'accord préélectoral ; on observe en effet l'existence de conditions

¹²¹⁵ Cass. Soc., 15 février 2006, n° 04-60.525, *Bull. Civ. V*, n° 70, p. 63.

¹²¹⁶ Cass. Soc., 12 mars 2008, n° 07-60.394, inédit.

¹²¹⁷ A charge pour ce dernier de transmettre l'invitation aux négociateurs pressentis : Ass. Plén., 5 juillet 2002, n° 00-60.275, *Bull. Ass.* n°2 ; (P.Y.) VERKINDT, art. préc. P. 653.

de validité échelonnées, selon la disposition considérée, ce qui ne contribue pas nécessairement à la lisibilité du système juridique (B).

A. La « double majorité », nouvelle condition de validité du protocole d'accord préélectoral

Les dispositions relatives au contenu et à l'objet du protocole d'accord préélectoral restent sensiblement identiques après 2008. Les partenaires sociaux disposent d'une certaine liberté, tant qu'ils respectent les principes généraux du droit électoral¹²¹⁸ et, le cas échéant, les dispositions conventionnelles.

L'innovation majeure de la loi du 20 août 2008 réside dans le fait que la validité du protocole d'accord préélectoral n'est plus soumise à l'exigence de l'unanimité.

En effet, désormais, le protocole d'accord préélectoral, comme tout accord collectif, doit simplement avoir été signé par « la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation, dont les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la moitié des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise », aussi bien pour les élections des délégués du personnel¹²¹⁹ que pour les élections des membres du comité d'entreprise¹²²⁰.

Si le protocole d'accord préélectoral n'a pas été signé « à la double majorité », un syndicat non signataire ne peut plus le contester, à moins d'avoir émis des réserves au plus tard au moment du dépôt de sa liste de candidats¹²²¹. En revanche, dès lors que le protocole a été signé « à la double majorité », il ne peut plus être contesté, sauf s'il contient des dispositions contraires à l'ordre public électoral¹²²². Tel semble être le cas d'une disposition qui exclut de l'éligibilité au comité d'entreprise des salariés qui remplissent les conditions légales pour en être membres¹²²³.

¹²¹⁸ Art. L. 2314-23 du Code du travail.

¹²¹⁹ Art. L. 2314-3-1 du Code du travail.

¹²²⁰ Art. L. 2324-4-1 du Code du travail.

¹²²¹ Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-60.245, inédit.

¹²²² Cass. Soc., 6 octobre 2011, n° n° 11-60.035, *Bull.* 2011, V, n° 228 ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.* décembre 2011, p. 1314-1315.

¹²²³ Cass. Soc., 20 mars 2013, n° 12-11.702, Publié au bulletin.

Ces nouvelles règles ont toutefois soulevé quelques interrogations relatives au déroulement des négociations préélectorales. On pouvait notamment se demander ce qu'il adviendrait si un syndicat invité à négocier venait à quitter la table des négociations avant la conclusion du protocole d'accord préélectoral.

Comme le souligne Monsieur Brice, il faudrait alors probablement considérer que le syndicat a bien participé aux négociations au sens de la loi du 20 août 2008 et il serait alors difficile d'obtenir la majorité requise, sauf à démontrer que ledit syndicat a participé aux négociations sans intention de parvenir à un accord, commettant un abus de droit¹²²⁴. Peut-être serait-il également possible d'invoquer le manquement à l'obligation de loyauté du syndicat dans la négociation.

La difficulté est accrue si le syndicat qui quitte la table des négociations était le seul syndicat majoritaire dans l'entreprise. Dans ce cas, il serait impossible de parvenir à un accord conclu à la « double majorité ».

La Cour de cassation a réglé cette question, décidant que « *doivent être considérées comme ayant participé à la négociation [du protocole d'accord préélectoral] les organisations syndicales qui, invitées à celle-ci, s'y sont présentées, même si elles ont ensuite décidé de s'en retirer* ¹²²⁵ ». Autrement dit, les organisations syndicales ayant participé à au moins une réunion de négociation du ou des protocoles préélectorales sont comptées comme participantes, même si elles n'y sont pas restées ou n'ont rien signé par la suite¹²²⁶. Cette précision nous paraît logique et a le mérite de la simplicité. On peut en effet supposer qu'un syndicat qui s'est présenté lors d'une réunion de négociation a eu l'intention d'y participer et, a minima, est au courant de l'organisation des élections. Ce qui implique que l'employeur a rempli ses obligations en matière de convocation. Dès lors, il serait absurde de bloquer les négociations avec les autres syndicats et d'entraver l'organisation des élections, ce qui pénalise tant les salariés que l'entreprise, parce qu'un syndicat choisi de se retirer des négociations préélectorales. La solution de la Cour de cassation n'est donc pas étonnante. En revanche, cette précision était importante et aurait mérité d'être intégrée dans le dispositif de la loi.

¹²²⁴ (A.) BRICE, « Les opérations électorales après la loi du 20 août 2008 », *JCP S*, 16 décembre 2008, p. 21-23.

¹²²⁵ Cass. Soc., 26 septembre 2012, n° 11-60.231, Publié au bulletin ; *Rapport* (L.) PECAUT-RIVOLIER, *JCP S* n° 41, 9 octobre 2012, p. 25-28.

¹²²⁶ (C.) LANDAIS, (L.) PECAUT-RIVOLIER, (D.) PIVETEAU, (Y.) STRUILLLOU, art. préc., p. 1054.

B. Une validité « à échelons »

« *S'inspirant du principe du parallélisme des formes*¹²²⁷ », la Cour de cassation a été amenée à préciser que pour modifier un protocole d'accord préélectoral, l'employeur doit conclure un avenant répondant aux conditions de majorité posées pour le protocole lui-même¹²²⁸. Autrement dit, pour réviser un élément du protocole, il convient de « *bien identifier le mode de conclusion qui a prévalu au moment de l'adoption de l'élément*¹²²⁹ » en question. Toutefois, en pratique, des problèmes risquent de se présenter bien avant, au moment même de la signature des protocoles : la détermination de ces conditions de majorité issues de la loi du 20 août 2008 n'est pas aisée pour les partenaires sociaux et les employeurs. En effet, au lieu d'uniformiser les conditions de validité des dispositions du protocole d'accord préélectoral, la réforme de 2008 les échelonne¹²³⁰, obscurcissant davantage les contours du dispositif¹²³¹, ce qui risque, en pratique, de ne pas faciliter la négociation des protocoles préélectoraux dans l'entreprise. En effet, toutes les clauses ne sont pas soumises aux mêmes conditions de validité. Les nouvelles conditions de validité posées par la loi du 20 août 2008, prises isolément, nous paraissent toutefois cohérentes et justifiées.

La condition de double majorité est devenue le droit commun du protocole préélectoral¹²³². Cependant, elle ne concerne que les matières expressément visées par le Code du travail à savoir : la mise en place de délégués de site¹²³³, la détermination ou la perte de la qualité d'établissement distinct¹²³⁴, l'augmentation du nombre de membres au comité d'entreprise¹²³⁵ et la répartition du personnel et des sièges entre les collègues¹²³⁶. A défaut d'accord sur la répartition du personnel et des sièges entre les collègues ou sur la détermination

¹²²⁷ (F.) PETIT, obs. sous Cass. Soc., 26 octobre 2011, n° 10-27.134, *Dr. Soc.* janvier 2012, p. 100.

¹²²⁸ Cass. Soc., 26 octobre 2011, n° 10-27.134, *Bull.* 2011, V, n° 242 ; *Liaisons sociales Quotidien*, 15 novembre 2011, n° 222/2011, Jurisprudence p. 1.

¹²²⁹ (F.) PETIT, obs. sous Cass. Soc., 26 octobre 2011, préc.

¹²³⁰ (C.) LANDAIS, (L.) PECAUT-RIVOLIER, (D.) PIVETEAU, (Y.) STRUILLLOU, art. préc., p. 1051.

¹²³¹ (P.Y.) VERKINDT, « Les élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. Soc.* juin 2009, p. 654.

¹²³² Cass. Soc., 6 octobre 2011, n° 11-60.035, *Bull.* 2011, V, n° 228 ; *Liaisons sociales Quotidien*, 12 octobre 2011, n° 15954, p. 1 ; (C.) LANDAIS, (L.) PECAULT-RIVOLIER, (D.) PIVETEAU, (Y.) STRUILLLOU, art. préc., p. 1054.

¹²³³ Art. L. 2312-5 du Code du travail.

¹²³⁴ Art. L. 2314-31 et L. 2322-5 du Code du travail.

¹²³⁵ Art. L. 2324-1 du Code du travail.

¹²³⁶ Art. L. 2314-11 et L. 2324-13 du Code du travail.

des établissements distincts, l'employeur doit saisir le DIRECCTE, à peine de nullité des élections¹²³⁷.

Certains auteurs ne voient pas l'utilité d'exiger la double majorité pour décider d'augmenter le nombre des mandats au comité d'entreprise, cette mesure ne remettant pas en cause l'égalité de traitement entre organisations syndicales concurrentes puisque c'est le nombre global des mandats qui est augmenté¹²³⁸. Nous ne partageons pas cette opinion car elle ne tient pas compte du jeu politique qui peut être mené par les organisations syndicales dans les entreprises. En effet, certaines organisations pourraient avoir un intérêt purement politique à ce que le nombre de mandats au comité d'entreprise soit augmenté, par exemple si elles sont sûres d'obtenir une majorité de votes, ce qui pourrait renforcer le poids politique du syndicat considéré dans l'entreprise au détriment d'un autre. En revanche, on peut effectivement s'étonner que cette règle ne soit imposée que pour les élections des membres du comité d'entreprise et non pour celle des délégués du personnel¹²³⁹.

De même, la répartition du personnel et des sièges entre les collèges revêt des enjeux essentiels au moment des élections. L'exigence d'une signature de ce type de clause à la double majorité est donc justifiée. Elle s'inscrit par ailleurs dans la lignée de la jurisprudence antérieure qui décidait que la répartition des sièges entre les catégories n'avait pas à être soumise à l'accord de toutes les organisations syndicales représentatives participant à la négociation préélectorale¹²⁴⁰. Le législateur, en soumettant ce type de clause à la double majorité tient donc compte à la fois des enjeux que revêt cette clause et de la jurisprudence existante, trouvant ainsi un compromis adéquat.

Pour d'autres dispositions du protocole d'accord préélectoral, comme la modification du nombre et de la composition des collèges¹²⁴¹, la suppression du comité d'entreprise¹²⁴² ou l'organisation des élections en dehors du temps de travail¹²⁴³, l'unanimité avec l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise reste requise. Compte tenu de l'importance de ces décisions, la nécessité de l'unanimité nous paraît justifiée.

¹²³⁷ Cass. Soc., 9 novembre 2011, n° 11-60.029, *Bull.* 2011 V, n° 255 ; (P.) MORVAN, "La liturgie nouvelle du droit des élections professionnelles", *JCP S* n° 22, 29 mai 2012, p. 41.

¹²³⁸ (G.) BELIER, (H-J.) LEGRAND, *La négociation collective en entreprise*, Ed. Liaisons, 2010, p. 175.

¹²³⁹ *Ibid.*

¹²⁴⁰ Cass. Soc., 12 juin 2002, n° 01-60.617, *Bull. Civ.* V, n° 203, p. 197.

¹²⁴¹ Art. L. 2314-10 et L. 2324-12 CT.

¹²⁴² Art. L. 2322-7 CT.

¹²⁴³ Art. L. 2314-22 et L. 2324-20 CT.

La jurisprudence antérieure qui précisait que l'absence d'unanimité ne rendait pas le protocole irrégulier¹²⁴⁴ mais permettait à une organisation non signataire de saisir le juge d'instance pour qu'il en fixe les modalités¹²⁴⁵ a été réaffirmée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 6 octobre 2011¹²⁴⁶. Cette décision n'est guère surprenante : si la Haute juridiction était revenue sur sa jurisprudence antérieure, les juges auraient systématiquement dû être saisis si un protocole n'était pas signé dans les conditions légales. Ce qui aurait conduit à une judiciarisation des élections non souhaitable¹²⁴⁷.

Reste la question du type de signature requis lorsque les syndicats et l'employeur désirent aménager les collèges : imaginons une entreprise qui compte trop peu d'ouvriers et d'employés pour former un premier collège selon la composition légale. Les syndicats et l'employeur envisagent donc d'aménager un premier collège qui serait composé des ouvriers, employés jusqu'à l'échelon 3 inclus et un deuxième collège composé des employés des échelons 4 à 5 et des techniciens. Faut-il alors considérer qu'on modifie la répartition du personnel entre les collèges et qu'une signature à la double majorité peut suffire ?

La réponse est négative selon nous. En effet, dès lors qu'on modifie la composition légale des collèges, l'unanimité a vocation à s'appliquer. Si l'employeur et les syndicats ne sont pas unanimes sur l'aménagement des collèges, ils devront se contenter d'appliquer les règles légales de composition. Par ailleurs, lorsque des règles de signature sont en conflit, les juges auront plus souvent tendance à se référer aux règles applicables antérieurement, donc à l'unanimité. La sécurité juridique commande donc d'obtenir l'unanimité pour ce type d'aménagement.

Pour d'autres dispositions, comme l'organisation matérielle des élections ou les modalités d'organisation et du déroulement des opérations électorales¹²⁴⁸, le principe d'un accord entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées, sous réserve de respecter les principes généraux du droit électoral, semble avoir été maintenu¹²⁴⁹, la loi du 20 août 2008 n'ayant pas modifié ces dispositions. Il en va de même pour les dispositions visant à faciliter la

¹²⁴⁴ Cass. Soc., 28 octobre 1997, *TPS* 1998, comm. 13.

¹²⁴⁵ Cass. Soc., 10 mai 2000, *TPS* 2000, comm. 272 ; (P.Y.) VERKINDT, préc. p. 655 ; Cass. Soc., 21 mars 2001, n° 99-60.489 : *JurisData* n° 2001-008942.

¹²⁴⁶ Cass. Soc., 6 octobre 2011, n° 11-60.035, préc.

¹²⁴⁷ (L.) PECAUT-RIVOLIER, « Les élections professionnelles depuis la loi du 20 août 2008 : révolution ou statu quo ? », *Dr. Soc.* Janvier 2011, p. 84.

¹²⁴⁸ Art. L. 2314-23 et L. 2324-21 du Code du travail.

¹²⁴⁹ Circ. DGT n°20 du 13 novembre 2008, fiche n°6.

représentation des salariés travaillant en équipes successives ou dans des conditions qui les isolent des autres salariés¹²⁵⁰ et les clauses dont l'objectif est d'assurer une représentation équilibrée des hommes et des femmes¹²⁵¹. Ces différentes clauses revêtant une importance secondaire au regard des enjeux des élections, on comprend qu'elles ne soient pas soumises à des conditions de validité particulières.

Enfin, le principe de la négociation par accord collectif de droit commun reste maintenu pour certaines dispositions susceptibles de figurer dans le protocole préélectoral, notamment la possibilité de fixer une durée de mandat comprise entre deux et quatre ans¹²⁵², la mise en place du vote électronique dans l'entreprise¹²⁵³ ou encore la répartition des compétences entre le comité d'entreprise et le comité central d'entreprise en matière d'œuvres sociales¹²⁵⁴. S'agissant de décisions propres à l'entreprise, qui varient selon sa structure, sa taille ou encore sa politique sociale, le maintien du principe de la négociation par accord collectif sur ces points spécifiques nous paraît approprié.

On note concernant le vote électronique, l'existence d'un double encadrement : l'accord collectif permettant d'y recourir doit être complété par des dispositions particulières figurant dans le protocole d'accord préélectoral¹²⁵⁵.

La loi du 20 août 2008, en soumettant les diverses dispositions du protocole d'accord préélectoral à des conditions de validité différentes, procède donc indirectement à un échelonnage de ces dispositions en fonction de leur importance. Cela risque d'entraîner des difficultés pratiques pour les entreprises qui devront désormais soit présenter un document unique aux syndicats mais dans lequel toutes les dispositions ne doivent pas recueillir le même nombre de signatures ; soit présenter plusieurs documents distincts, ce qui risque d'attirer l'attention sur des points spécifiques et de multiplier les discussions, y compris sur des clauses peu importantes. Cet échelonnage se justifie d'un point de vue juridique mais la négociation préélectorale ne s'en trouve guère simplifiée.

¹²⁵⁰ Art. L. 2314-12 du Code du travail.

¹²⁵¹ Art. L. 2324-6 du Code du travail.

¹²⁵² Art. L. 2324-25 du Code du travail.

¹²⁵³ Art. L. 2314-21 et L. 2324-19 du Code du travail.

¹²⁵⁴ Art. L. 2327-16 du Code du travail.

¹²⁵⁵ Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-27.370, *Bull.* 2011 V, n° 202.

§2. Les conséquences pratiques de la réforme au sein d'Aerolia

Lorsqu'il a fallu procéder à l'organisation des élections professionnelles au sein d'Aerolia, un décryptage de la nouvelle loi et des modalités de sa mise en œuvre s'est imposé.

La loi du 20 août 2008 a eu des répercussions pratiques à de nombreux niveaux, du découpage de l'entreprise en établissements distincts (I) jusqu'à la négociation des clauses du protocole d'accord préélectoral et plus spécialement la manière dont il convient de les présenter aux partenaires sociaux (II).

La société Aerolia a également dû faire face à une autre difficulté au moment de la rédaction du protocole d'accord préélectoral, tenant notamment aux conditions dans lesquelles on peut déroger à la condition d'ancienneté requise pour être électeur et éligible. Cette difficulté pratique, qui n'a pas été prévue par les textes et a dû être résolue directement sur le terrain, mérite d'être examinée dans la mesure où d'autres entreprises risquent de la rencontrer (III).

I. L'accord de reconnaissance des établissements distincts soumis à la double majorité

L'entreprise a d'abord dû procéder à son découpage en établissements distincts. Ce découpage passe par la conclusion d'un accord collectif soumis aux règles du droit électoral, donc depuis la réforme du 20 août 2008, à la double majorité.

C'est d'ailleurs ce que précise le Code du travail pour la mise en place du comité d'entreprise¹²⁵⁶. A défaut d'accord, il appartient au directeur régional du Travail et de l'Emploi du siège de l'entreprise de trancher la question.

Concernant les délégués du personnel, l'article L. 2314-31 du Code du travail dans sa nouvelle rédaction soumet la conclusion de l'accord reconnaissant le caractère d'établissement distinct aux mêmes conditions.

La soumission de cet accord aux règles du droit électoral peut susciter quelques confusions. Ainsi, il ne faut pas confondre l'accord de reconnaissance de la qualité d'établissement distinct avec les dispositions relatives au découpage électoral de l'entreprise qui peuvent être contenues dans le protocole d'accord préélectoral.

¹²⁵⁶ Art. L. 2322-5 du Code du travail.

Dans le cadre des élections des membres du comité d'entreprise et du comité central d'entreprise, le nombre d'établissements distincts et la répartition des sièges entre les différents établissements doivent être approuvés à la double majorité¹²⁵⁷. A défaut d'accord, l'autorité administrative compétente tranchera. S'il ne lui appartient pas de procéder au découpage de l'entreprise en établissements distincts, le tribunal d'instance reste en revanche compétent pour statuer sur la validité de cet accord¹²⁵⁸.

Il résulte de l'ensemble de ces dispositifs que d'une part, la reconnaissance des établissements distincts dans une entreprise se fait par un accord d'entreprise, conclu à la double majorité¹²⁵⁹. D'autre part, dans le protocole d'accord préélectoral, les dispositions relatives au découpage de l'entreprise en établissements distincts dans le cadre des élections envisagées ou de la mise en place de l'institution concernée, doivent être signées à la double majorité. Notons que conformément à l'esprit des textes concernant l'intervention administrative en matière de négociation préélectorale, cette intervention demeure subsidiaire : ce n'est qu'en l'absence matérielle d'accord ou lorsqu'il n'existe aucun doute sur l'invalidité de ce dernier que l'autorité administrative est compétente pour intervenir¹²⁶⁰. Le Conseil d'Etat a en outre précisé que l'intervention administrative est sans objet dès lors qu'elle intervient postérieurement aux élections¹²⁶¹. En effet, la saisine régulière de l'autorité administrative suspend le processus électoral et entraîne la prorogation des mandats en cours jusqu'à la tenue des élections. La décision administrative, une fois l'élection passée perd son sens puisqu'elle a été sollicitée en vue de cette élection¹²⁶².

Pour Aerolia il a donc fallu conclure un accord d'entreprise déterminant les établissements distincts de l'entreprise, conclu à la double majorité, avant de fixer dans le protocole d'accord préélectoral le nombre de ces établissements en vue des élections professionnelles, ce qui nécessitait de recueillir à nouveau la signature de la majorité des organisations syndicales intéressées.

¹²⁵⁷ Art. L. 2327-7 du Code du travail.

¹²⁵⁸ Cass. Soc., 2 mars 2011, n° 09-60.483, *Bull.* 2011 V, n° 67.

¹²⁵⁹ Cf. *Supra* §1.

¹²⁶⁰ CE, 31 mai 2012, n° 354186, Avis (Société), *AJDA* 2012, p. 1759 ; (C.) LANDAIS, (L.) PECAUT-RIVOLIER, (D.) PIVETEAU, (Y.) STRUILLLOU, art. préc., p. 1055.

¹²⁶¹ CE, 31 mai 2012, arrêt préc.

¹²⁶² (C.) LANDAIS, (L.) PECAUT-RIVOLIER, (D.) PIVETEAU, (Y.) STRUILLLOU, art. préc., p. 1056-1057.

Notons que la Cour de cassation a récemment réglé une question en précisant qu'en l'absence de protocole d'accord préélectoral conclu selon les règles issues de la loi du 20 août 2008 et si personne n'a saisi l'autorité administrative, « *les élections professionnelles doivent se dérouler dans le périmètre de l'établissement distinct déterminé à l'occasion de l'élection précédente*¹²⁶³ ».

II. La présentation délicate du protocole d'accord préélectoral

La question s'est ensuite posée de savoir comment il conviendrait de présenter le protocole d'accord préélectoral aux organisations syndicales : le fait que toutes les dispositions du protocole ne soient pas soumises aux mêmes conditions de validité ne contribue pas à la lisibilité de ce document, ce qui peut freiner les négociations. La Direction a été amenée à se demander comment elle pourrait mener à bien une négociation, en cas de réticence de la part de certains syndicats, si elle devait leur expliquer que pour certaines clauses, leur accord était indispensable, mais pas pour d'autres : comment présenter les protocoles lors des négociations préélectorales ? Par ailleurs, certains syndicats essaient de tirer avantage des règles parfois peu claires en arguant par exemple qu'une double majorité suffit alors qu'en réalité la signature à l'unanimité reste requise... Concrètement, les nouvelles dispositions peuvent donc faire obstacle au bon déroulement des négociations.

Chez Aerolia, pour respecter les nouvelles règles de validité des accords posées par la loi du 20 août 2008, il fallait obtenir la signature du protocole à la double majorité, c'est-à-dire par la majorité des organisations syndicales invitées à négocier parmi lesquelles devaient figurer la signature de la majorité des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise¹²⁶⁴, soit au moins 3 signatures sur 5.

Toutefois, au sein de l'établissement de Toulouse, dont l'effectif est composé aux trois quarts de cadres, il était impossible de constituer un premier collège pour les délégués du personnel selon la composition légale, c'est-à-dire un collège « *ouvriers-employés*¹²⁶⁵ ». Le même problème se posait pour l'élection des membres au comité d'établissement¹²⁶⁶. Il était donc

¹²⁶³(C.) LANDAIS, (L.) PECAUT-RIVOLIER, (D.) PIVETEAU, (Y.) STRUILLOU, art. préc., p. 1053 ; Cass. Soc., 26 septembre 2012, n° 11-26.659, Publié au bulletin.

¹²⁶⁴ CFTC, CFDT, CFE-CGC, CGT et FO.

¹²⁶⁵ Art. L. 2314-8 du Code du travail.

¹²⁶⁶ Art. L. 2324-11 du Code du travail.

impératif, dans le protocole préélectoral, de prévoir une modification du nombre et de la composition des collèges pour cet établissement. Or, une telle modification requiert une signature à l'unanimité, conformément aux nouvelles règles posées par la loi du 20 août 2008, et non la double majorité. S'il avait simplement fallu par exemple répartir les « ETAM » (employés, techniciens et agents de maîtrise) entre les deux premiers collèges, la signature à la double majorité aurait suffi, cette répartition ne modifiant pas la composition légale des collèges¹²⁶⁷. Mais dans le cas d'Aerolia il était purement et simplement impossible de constituer un premier collège et par conséquent, la composition et le nombre légal allaient nécessairement être modifiés. D'où la nécessité d'obtenir la signature du protocole à l'unanimité.

La question s'est alors posée de savoir s'il convenait de grouper dans un même paragraphe du protocole toutes les dispositions soumises à l'exigence d'unanimité puis dans un second paragraphe toutes celles soumises à la double majorité et celles restantes dans un troisième paragraphe. Ou bien pouvait-on tout présenter comme à l'accoutumée et contrôler à la fin si le nombre de signatures requis pour chaque disposition est obtenu ?

La première solution a le mérite d'améliorer la lisibilité du protocole mais se révèle délicate en pratique car elle conduit à une dissociation des clauses qui ont l'air plus importantes que d'autres et risquent de susciter davantage de discussions, ce qui n'est pas forcément utile.

La deuxième solution quant à elle peut se révéler gênante lorsque par exemple un syndicat refuse de valider une clause qui requiert l'unanimité et refuse de signer l'accord ce qui peut également priver l'accord d'une signature à la double majorité si le syndicat en désaccord fait partie des organisations influentes dans l'entreprise. Il serait dommage de remettre en cause la validité de tout le protocole lorsque le désaccord ne porte que sur une clause. La séparation des paragraphes du protocole en fonction de leurs conditions de validité semble alors plus judicieuse.

En définitive, la société Aerolia a choisi d'opter pour une présentation classique du protocole, en un document unique et ce dernier a été signé à l'unanimité par les organisations syndicales, ce qui a réglé les problèmes qui auraient pu se poser.

¹²⁶⁷ Cass. Soc., 13 février 2013, n° 11-25.458, Publié au bulletin.

Cependant, si une organisation avait refusé de le signer ou avait refusé de valider une disposition pour laquelle l'unanimité est requise, il aurait fallu saisir le directeur départemental du travail et de l'emploi, ce qui aurait ralenti l'organisation des élections et la mise en place des institutions représentatives dans l'entreprise. En instituant des conditions de validité échelonnées, la loi du 20 août 2008 risque de ne pas faciliter la préparation des élections professionnelles.

Si le contenu des protocoles d'accord préélectorales risque de poser des difficultés pratiques, notons toutefois qu'il en va différemment concernant la valeur juridique de ces textes une fois qu'ils satisfont aux conditions de validité posées par la loi ou du moins, tant qu'ils ne sont pas contestés : la Cour de cassation précise en effet clairement que dans ce cas, les modalités d'organisation du scrutin, fixées par le protocole préélectoral s'imposent à l'employeur et aux organisations syndicales¹²⁶⁸. Ainsi, ne commet aucune irrégularité l'employeur qui refuse de prendre les candidatures d'un syndicat qui les dépose avec cinq heures de retard par rapport à l'horaire fixé dans le protocole d'accord préélectoral, dès lors que ce syndicat n'a pas contesté la régularité du protocole en question. Cette règle vaut a priori aussi bien pour les syndicats signataires que les syndicats non signataires du protocole¹²⁶⁹.

III. Le problème de la dérogation aux conditions d'ancienneté pour être électeur et éligible

La société Aerolia a été créée le 1er janvier 2009. Conformément aux lois en vigueur, elle devait donc organiser des élections professionnelles pour la mise en place des représentants du personnel dans les douze mois suivant sa création, c'est-à-dire avant le 31 décembre 2009.

Or, les dispositions du Code du travail imposent une ancienneté de trois mois dans l'entreprise pour être électeur¹²⁷⁰ et d'un an pour être éligible¹²⁷¹. L'ancienneté s'apprécie à la date du premier tour des élections¹²⁷².

¹²⁶⁸ Cass. Soc., 9 novembre 2011, n° 10-28.838, *Bull.* 2011 V, n° 256.

¹²⁶⁹ (F.) PETIT, obs. sous Cass. Soc., 9 novembre 2011, *Dr. Soc.* janvier 2012, p. 102.

¹²⁷⁰ Art. L. 2314-15 et L. 2324-14 du Code du travail.

¹²⁷¹ Art. L. 2314-16 et L. 2324-15 du Code du travail.

Cette exigence ne posait pas de problèmes particuliers pour les salariés transférés d'Airbus, autre filiale du groupe EADS NV, à Aerolia. En effet, lorsque l'entreprise appartient à un groupe, la jurisprudence impose que soit prise en compte l'ancienneté du salarié acquise dans les autres filiales du groupe¹²⁷³.

De même, les juges ont récemment rappelé que l'ancienneté acquise par les salariés dans tous les établissements d'une même entreprise doit être retenue pour le calcul de celle requise pour être éligible dans l'un de ses établissements¹²⁷⁴.

En outre, l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail conduit à prendre en compte l'ancienneté antérieure au transfert du salarié considéré pour apprécier son ancienneté chez le nouvel employeur¹²⁷⁵.

Cependant, la société Aerolia a réalisé de nombreuses embauches entre avril et juillet 2009. L'application de la condition légale d'ancienneté aurait conduit à évincer de nombreux électeurs potentiels. On s'est alors demandé comment procéder pour faire en sorte que les nouveaux embauchés puissent également participer aux élections à venir.

Les articles L. 2314-20 et L. 2324-18 du Code du travail prévoient une seule possibilité de dérogation aux conditions d'ancienneté pour être électeur : en obtenant une autorisation de l'inspecteur du travail. Cette autorisation n'est toutefois accordée que si l'application des conditions d'ancienneté a pour conséquence de réduire des deux tiers de l'effectif le nombre de salariés pouvant voter. De plus, ces dispositions ne règlent pas le problème de l'éligibilité et aucun délai n'est imposé à l'inspecteur du travail pour se prononcer. Cette solution conduit donc à un résultat incertain et risque de retarder les élections.

La Cour de cassation quant à elle a jugé que des conventions ou accords collectifs peuvent déroger aux conditions légales d'électorat et d'éligibilité s'ils sont à la fois plus favorables aux salariés et à l'exercice de la mission des élus¹²⁷⁶.

La société Aerolia a retenu une solution légèrement différente. Elle a choisi de déroger aux conditions d'ancienneté légales pour être électeur et éligible en intégrant une disposition particulière dans le protocole d'accord préélectoral, signé à l'unanimité par les syndicats

¹²⁷² Cass. Soc., 6 juillet 1983, n° 82-60.613, *Bull. Civ. V*, p. 284 ; Cass. Soc., 30 octobre 2001, n° 00-60.341, préc.

¹²⁷³ Cass. Soc., 8 juillet 1997, n° 96-60.295, *Bull. Civ. V*, n° 253.

¹²⁷⁴ Cass. Soc., 30 janvier 2008, n° 07-60.121, inédit.

¹²⁷⁵ Cass. Soc., 20 décembre 1988, n° 87-60.276, *Bull. Civ. V*, p. 432.

¹²⁷⁶ Cass. Soc., 20 janvier 1977, *Bull. Civ. V*, n° 44.

intéressés. S'il ne s'agit pas à proprement parler d'un accord collectif, la disposition se révèle toutefois plus favorable aux salariés, plus particulièrement pour les nouveaux embauchés.

De plus, cette solution est cohérente dans la mesure où les règles de conclusion du protocole tendent à s'aligner sur celles des accords collectifs et que comme pour la négociation des accords collectifs, les syndicats représentatifs participent nécessairement à la négociation du protocole d'accord préélectoral. Ainsi, si l'intégration d'une disposition dérogatoire dans le protocole n'est pas expressément prévue par les textes, celle-ci permet de garantir les droits des salariés, sans entraver ceux des syndicats.

Section 2 - Les nouveaux enjeux du premier tour des élections

On pourrait penser à l'aune de la réforme de 2008, que le rôle du quorum est désormais limité. Ce serait sans compter sur sa fonction régulatrice qui fait de lui un atout indéniable dans la mise en œuvre de la démocratie sociale (§1).

Par ailleurs, l'audience électorale doit désormais être mesurée à l'issue du cycle électoral de l'entreprise. Cette nouveauté entraîne quelques changements pratiques, au moment du dépouillement des votes notamment (§2).

§1. Le quorum, un atout de la démocratie sociale

La loi du 20 août 2008, en érigeant le critère de l'audience recueillie au premier tour des élections professionnelles au rang de critère déterminant de la représentativité des syndicats, oblige au dépouillement à l'issue de ce premier tour, que le quorum ait été atteint ou non. Ce faisant, elle modifie la notion même de « carence », remettant en cause la jurisprudence antérieure sur ce sujet (I).

L'examen de cette jurisprudence conduit à s'interroger sur la fonction du quorum après l'intervention législative de 2008. On constate que celui-ci constitue un atout indéniable dans la mise en œuvre de la démocratie sociale car il assure une fonction régulatrice nécessaire au bon exercice de cette dernière (II).

I. La notion de « carence » après 2008

La loi du 20 août 2008 apporte son lot de changements en matière d'élections professionnelles, notamment en mettant fin à la jurisprudence Adecco¹²⁷⁷ qui excluait le décompte des suffrages du premier tour des élections lorsque le quorum n'avait pas été atteint. La jurisprudence Adecco allait plus loin, précisant qu'en l'absence de quorum au premier tour des élections, il n'y a pas lieu de procéder au décompte des suffrages exprimés en faveur des listes syndicales, « de sorte qu'il y a carence au sens de l'article L. 132-2-2 III du Code du travail¹²⁷⁸ ». En l'absence de quorum, un deuxième tour devait donc automatiquement être organisé.

Le quorum, c'est-à-dire le vote d'au moins la moitié des électeurs inscrits, avait alors deux fonctions. En raison du principe majoritaire introduit par la loi du 4 mai 2004, il permettait d'une part d'élire tout ou partie des membres du comité d'entreprise ; d'autre part, il permettait de vérifier à partir du nombre de suffrages exprimés en faveur de chaque liste, si la condition de majorité requise pour la signature ou l'opposition à un accord d'entreprise était atteinte.

La solution retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt Adecco trouve son origine dans le mécanisme même des élections professionnelles à la proportionnelle. En effet, comme l'explique la Haute juridiction dans son rapport annuel de 2006, « *lorsque le quorum n'est pas atteint, il n'y a lieu de décompter que le nombre global de suffrages exprimés et non le nombre de suffrages exprimés en faveur de chaque liste. Il n'y a donc pas de résultat de ce chef. Ce n'est que si le quorum est atteint, que le nombre global de suffrages exprimés divisé par le nombre de sièges à pourvoir détermine le quotient électoral, et ensuite seulement qu'il est procédé à l'attribution des sièges à la proportionnelle, en fonction du nombre de suffrages exprimés en faveur de chaque liste, dont la détermination n'intervient donc qu'à ce stade*¹²⁷⁹ ». ».

¹²⁷⁷ Cass. Soc., 20 décembre 2006, n° 05-60.345, *Bull. 2006 V*, n° 399, p. 386.

¹²⁷⁸ Articles L. 2232-12 à 15 du Code du travail ; (P.Y.) VERKINDT, « Une étrange équation : l'absence de quorum au premier tour des élections professionnelles = carence : à propos de l'arrêt CGT Adecco », *Dr. Soc.* avril 2007, p. 453.

¹²⁷⁹ Cass. Rapport annuel 2006, quatrième partie : jurisprudence de la Cour, disponible sur le site de la cour de cassation : <http://www.courdecassation.fr>.

Désormais, que le quorum soit atteint ou non au premier tour, il faut procéder au dépouillement des votes afin de déterminer si les syndicats ont obtenu les seuils d'audience requis pour acquérir ou conserver la qualité représentative.

Par ailleurs, avant la réforme du 20 août 2008, en cas de carence, l'article L. 2232-14 du Code du travail prévoyait que lorsqu'un délégué syndical avait été désigné dans l'entreprise ou l'établissement, la validité de l'accord considéré était subordonnée à l'approbation de la majorité des salariés (à la majorité des suffrages exprimés). La loi du 20 août 2008 a modifié cet article.

Désormais, en cas de carence au premier tour des élections professionnelles, la validité de l'accord d'entreprise ou d'établissement n'est subordonnée à l'approbation des salariés à la majorité des suffrages exprimés que s'il a été négocié par un représentant de section syndicale en application de l'article L. 2143-23 du Code du travail.

Ces modifications appellent plusieurs réflexions.

On reprochait à la jurisprudence Adecco d'avoir mal interprété la notion de carence, la loi n'exigeant visiblement l'établissement d'un procès-verbal de carence qu'à l'issue du second tour des élections professionnelles. Selon de nombreux auteurs, l'absence de quorum n'avait pour seule conséquence que l'organisation d'un second tour, en application des articles L. 423-18 et L. 433-13 du Code du travail¹²⁸⁰.

Sous l'empire de l'article L. 132-2-2 III du Code du travail, la notion de carence aux élections professionnelles pouvait donc recouvrir plusieurs hypothèses : on pouvait parler de carence quand aucune organisation syndicale n'avait présenté de liste au premier tour. Dans ce cas, il fallait organiser un second tour. Si aucune liste n'était présentée à ce second tour, alors l'employeur devait établir un procès-verbal de carence.

On pouvait également parler de carence lorsqu'il n'y avait eu aucun votant ou que les deux tours avaient eu lieu sans qu'aucun candidat n'ait été élu.

Les nouveaux articles du Code du travail vont dans le sens de la jurisprudence Adecco, indiquant qu'un procès-verbal de carence doit être établi « lorsque l'institution n'a pas été

¹²⁸⁰ (P.Y) VERKINDT, *Dr. Soc.* avril 2007, art. préc., p. 455 ; (S.) BEAL, (A.L.) DODET, "Les impasses de la jurisprudence Adecco", *JSL* 4 septembre 2007, n° 217, p. 4.

mise en place ou renouvelée¹²⁸¹ ». L'organisation d'un second tour est obligatoire dès lors que le quorum n'a pas été atteint au premier tour¹²⁸².

Ce n'est donc en principe qu'à l'issue des deux tours que l'employeur peut dresser un procès-verbal de carence.

Reste toutefois l'hypothèse dans laquelle aucun des salariés de l'entreprise n'a voulu se présenter aux élections professionnelles. Si l'organisation de l'élection dans l'entreprise ou l'établissement se révèle impossible, l'employeur peut dresser un procès-verbal de carence¹²⁸³. Mais dans ce cas de figure, l'organisation du premier tour n'a pas pu avoir lieu. Exit donc la notion de carence en l'absence de quorum au premier tour des élections. La jurisprudence Adecco est ainsi balayée par la loi du 20 août 2008. Comme le relève Monsieur Béal¹²⁸⁴, « à compter du 22 août 2008, la « carence » s'entend donc, y compris pour les élections antérieures à la loi, uniquement comme l'absence de candidats au premier tour ».

Cette dernière lecture est d'ailleurs confirmée par un arrêt rendu le 16 novembre 2011¹²⁸⁵ par la Cour de cassation : en l'espèce, un accord avait été conclu avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008. Faute de résultats électoraux, celui-ci n'avait pas pu faire l'objet d'une opposition selon les règles issues de la loi du 4 mai 2004 et aucune demande de consultation n'avait été réalisée. Constatant un défaut de quorum, donc une carence, la Cour d'appel a estimé que cet accord aurait dû faire l'objet d'un référendum et qu'il était par conséquent réputé non écrit. La Cour de cassation casse cet arrêt, invitant les juges du fond et les parties à vérifier si le scrutin n'aurait pas permis, « dans l'hypothèse d'un dépouillement, de produire les suffrages suffisants pour rendre l'accord valide¹²⁸⁶ ». La Haute juridiction privilégie donc l'application des mesures issues de la loi du 20 août 2008, notamment la recherche de l'audience, restreignant la notion de carence qui avait été dégagée par la jurisprudence Adecco. Un choix qui s'explique logiquement par la volonté de favoriser l'application des nouvelles règles de représentativité et de validité des accords collectifs.

¹²⁸¹ Art. L. 2314-5 et L. 2324-8 du Code du travail.

¹²⁸² Art. L. 2314-24 et L. 2324-22 du Code du travail.

¹²⁸³ Art. L. 2314-5 et L. 2324-8 du Code du travail.

¹²⁸⁴ SSL, « Une loi qui rend difficile la conclusion des accords : entretien avec Stéphane Béal », *SSL* n° 1370, 2008, p. 22.

¹²⁸⁵ Cass. Soc., 16 novembre 2011, n° 09-68.427, *Bull.* 2011 V, n° 269.

¹²⁸⁶ (F.) PETIT, obs. sous Cass. Soc. 16 novembre 2011, *Dr. Soc.* janvier 2012, p. 109.

II. La fonction régulatrice du quorum au service de la démocratie sociale

Avec l'intervention de la loi du 20 août 2008, qui subordonne la reconnaissance de la représentativité à l'obtention d'un pourcentage de voix au premier tour des élections professionnelles, que le quorum soit atteint ou non, le dépouillement des voix doit être effectué à l'issue de ce premier tour. On pourrait alors penser que le quorum n'a plus pour seule fonction que la détermination de l'organisation ou non d'un second tour. En réalité, ce dernier peut se révéler fort utile dans le jeu de la démocratie sociale renouvelée.

L'absence de quorum au premier tour dépasse le cadre des élections professionnelles pour atteindre celui de la négociation collective. L'article L. 132-2-2 III a d'ailleurs été retranscrit aux articles L. 2232-12 à 15 du Nouveau Code du travail, dans la partie relative à la négociation collective.

En application de l'article L. 2232-12 dudit code, « la validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est soumise à la signature d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés ayant recueilli au moins 30% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise, ou de la délégation unique du personnel, ou, à défaut, des délégués du personnel... ».

La représentativité des syndicats, établie à partir de l'audience mesurée au premier tour des élections professionnelles, conditionne donc leur capacité à signer des accords collectifs au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, ce qui explique la nécessité de procéder au dépouillement à l'issue du premier tour des élections, que le quorum soit atteint ou non.

La vérification du quorum revêt tout de même une importance. En effet, l'atteinte ou non du quorum conditionne toujours l'organisation d'un second tour. Il peut donc permettre de contrebalancer les effets d'un fort taux d'abstention par exemple, qui fausserait les seuils d'audience obtenus par les syndicats. Or, ce seuil d'audience constitue une donnée cruciale pour les organisations syndicales car il va permettre de déterminer leur représentativité, et donc de leur conférer la capacité ou non de négocier des accords collectifs. Le quorum trouve donc sa place dans le jeu de la démocratie sociale renouvelée par la loi du 20 août 2008.

§2. Les conséquences pratiques de la réforme sur les opérations de dépouillement

Le fait que l'audience électorale conditionne l'accession à la représentativité oblige les entreprises à procéder au dépouillement des votes à l'issue du premier tour (I).

Toutefois la question des bulletins blancs et nuls reste en suspens : ces derniers ne sont pas pris en compte au moment du dépouillement, plus précisément, ne sont pas considérés comme des suffrages exprimés. Ils constituent pourtant une forme d'expression. Devrait-on alors parler d'une démocratie « partielle » (II)?

I. Le dépouillement obligatoire à l'issue du premier tour

La position commune du 9 avril 2008 énonce que « l'audience s'évalue à partir du résultat des élections du comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel¹²⁸⁷ ».

Le législateur du 20 août 2008 a finalement décidé que dans l'entreprise ou l'établissement, la représentativité est reconnue aux syndicats ayant recueilli 10% des suffrages exprimés au premier tour des élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel, ou, à défaut des délégués du personnel¹²⁸⁸.

La loi du 20 août 2008 précise que le seuil d'audience électorale doit être apprécié à l'issue du premier tour des élections et ce, « quel que soit le nombre de votants ».

Ce faisant, le législateur met fin à la jurisprudence Adecco de 2006¹²⁸⁹. En effet, dans le système antérieur à la réforme, l'absence de quorum au premier tour entraînait systématiquement l'organisation d'un deuxième tour, de sorte que les résultats du premier tour n'étaient pas pris en compte. En rendant l'arrêt Adecco, les magistrats essayaient de trouver une solution à ce problème.

Comme l'explique Madame Morin¹²⁹⁰, deux solutions étaient envisageables : soit retenir l'audience mesurée au premier tour, même en l'absence de quorum, soit distinguer les

¹²⁸⁷ Art. 2-1.

¹²⁸⁸ Art. L. 2122-1 du Code du travail.

¹²⁸⁹ Voir *Supra* §1.

¹²⁹⁰ (M.L.) MORIN, art. préc., *Dr. Soc.* Janvier 2008, p. 28.

élections professionnelles des élections de représentativité, bien qu'elles soient organisées ensemble.

Le législateur a finalement résolu le problème, retenant la première solution et en partie la seconde. Désormais, le dépouillement doit obligatoirement être effectué à l'issue du premier tour. Seuls les résultats obtenus à ce tour permettent à un syndicat d'obtenir la qualité représentative. Ainsi, les élections professionnelles et les « élections de représentativité » sont organisées ensemble, lors du premier tour. Le deuxième tour quant à lui reste un simple tour électoral pour la mise en place des représentants, comme par le passé.

On peut toutefois se demander si le fait de retenir un seuil d'audience précis pour déterminer la représentativité des syndicats est un choix opportun dans la mesure où il contribue à augmenter la compétitivité entre les organisations syndicales et réduit le poids de l'acte d'adhésion au syndicat¹²⁹¹.

Cependant, les syndicats connaissent depuis plusieurs années une baisse importante de leur nombre d'adhérents. Baser le syndicalisme sur les effectifs n'aurait donc pas été judicieux. Si le choix du critère de l'audience comme critère dominant présente certains inconvénients, il participe néanmoins à l'idée selon laquelle la représentativité des syndicats doit résulter du choix des salariés, dans la mesure où ce sont leurs intérêts qui vont être représentés par le syndicat. En outre, cette décision s'inscrit clairement dans l'objectif d'instauration d'une « démocratie sociale » dans l'entreprise.

Pour le reste, la loi du 20 août 2008 n'affecte que très sensiblement le système antérieur. Ainsi, comme par le passé, le scrutin demeure un scrutin de liste et la répartition des sièges se fait à la proportionnelle et à la plus forte moyenne. L'impact de la réforme risque toutefois de se faire sentir au niveau du nombre de listes présentées au premier tour, ce dernier étant désormais ouvert aux syndicats libres.

Par ailleurs, comme auparavant, pour la répartition des sièges entre les candidats, les ratures ne sont prises en compte que si elles représentent au moins 10% des suffrages exprimés en faveur de la liste sur laquelle figure le candidat. En revanche, elles n'influent pas sur la mesure de la représentativité, chaque bulletin exprimé, raturé ou non comptant pour une

¹²⁹¹ (G.) BORENFREUND, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *Revue de droit du Travail*, décembre 2008, p. 716-717.

unité¹²⁹². Suivant la même logique, on note que les ratures sont également ignorées lorsqu'il s'agit d'apprécier les conditions de majorité conditionnant la validité des accords collectifs ou des protocoles d'accord préélectorales¹²⁹³. En revanche, si les règles applicables à la prise en compte des bulletins raturés sont relativement simples, leur mise en œuvre en pratique peut se révéler difficile dans certains cas. En effet, comme le souligne Patrick Morvan¹²⁹⁴, « *un dépouillement suffit mais, selon l'enjeu, il donne lieu à deux [voire] trois décomptes différents : 1/ en vue de déterminer l'ordre d'élection et d'attribuer les sièges (la loi prévoyant que les ratures sont prises en compte [...] si leur nombre est égal ou supérieur à 10% des suffrages exprimés en faveur de la liste concernée) ; 2/ en vue d'apprécier la représentativité d'un syndicat (cette fois les ratures sont ignorées [...])¹²⁹⁵ ; 3/ en vue d'apprécier la capacité d'un candidat à [être] désigné délégué syndical : [dans ce cas], il faut tenir compte des ratures apposées sur son nom, même si elles représentent moins de 10% des suffrages exprimés en faveur de la liste sur laquelle il figure* ».

En outre, une question pratique particulière a été réglée par la Cour de cassation. Cette affaire, par son originalité, mérite en effet qu'on s'y attarde brièvement.

En l'espèce, des salariés avaient été élus en qualité de suppléants au premier tour des élections alors que le quorum n'avait pas été atteint pour l'élection des titulaires. Un second tour a donc été organisé, à l'issue duquel les mêmes salariés ont été élus titulaires. Un cas de figure assez rare en pratique. Se posait alors à la Cour de cassation la question de savoir quelle candidature prévalait. Les magistrats avaient déjà jugé à plusieurs reprises que la fonction de titulaire prévaut sur celle de suppléant¹²⁹⁶. Sans surprise donc la Cour de cassation décide que la candidature de suppléant présente un caractère subsidiaire : le candidat élu en qualité de suppléant peut donc se présenter au second tour pour l'élection des titulaires mais en cas de succès perdra la qualité de suppléant¹²⁹⁷.

La proclamation des résultats ou la publication, le cas échéant, du procès-verbal de carence, constitue le point de départ du délai de 15 jours pour saisir le tribunal d'instance pour

¹²⁹² Cass. Soc., 6 janvier 2011, n° 10-60.168, *Bull.* 2011, V, n° 11.

¹²⁹³ Cass. Soc., 6 janvier 2011, n° 10-17.653, *Bull.* 2011 V, n° 10 ; (P.) MORVAN, art. préc., p. 43.

¹²⁹⁴ (P.) MORVAN, art. préc., p. 43.

¹²⁹⁵ Cass. Soc., 6 janvier 2011, arrêts préc.

¹²⁹⁶ Cass. Soc., 12 mars 2008, n° 07-60.335, inédit ; Cass. Soc., 17 décembre 1986, n° 86-60.278, *Bull. Civ.* V, n° 608 ; Cass. Soc., 5 janvier 1978, n° 77-60.610, *Bull. Civ.* V, n° 17 ; Cass. Soc., 29 mai 1975, n° 75-60.010, *Bull. Civ.* V, n° 295.

¹²⁹⁷ Cass. Soc., 10 mai 2012, n° 11-18.912, Publié au bulletin ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.*, juillet-août 2012, p. 752.

toute contestation concernant la détermination des suffrages recueillis par les organisations syndicales¹²⁹⁸. A noter qu'un jugement déniait la qualité représentative à un syndicat à l'occasion de la contestation de la désignation de délégués syndicaux centraux ne constitue pas un élément nouveau de nature à remettre en cause la désignation d'un autre salarié en tant que représentant syndical au comité d'entreprise¹²⁹⁹. Autrement dit, une telle décision n'ouvre pas un nouveau délai de contestation au profit de l'employeur, s'agissant d'un autre type de désignation.

Il ressort de l'ensemble du dispositif et des jurisprudences qui l'ont complété que l'enjeu majeur des élections pour les syndicats se jouera lors du dépouillement du premier tour.

Notons que les procès-verbaux doivent être envoyés en double exemplaire à l'inspection du travail dans les quinze jours suivant le dépouillement¹³⁰⁰. De plus, un exemplaire de chaque procès-verbal doit désormais être envoyé au prestataire choisi par le ministre du travail dans les quinze jours¹³⁰¹ suivant le dépouillement, afin que le ministère puisse, à terme, établir les listes des organisations syndicales représentatives dans la branche, conformément aux dispositions de la loi du 20 août 2008.

II. Une démocratie partielle ?

Concernant la prise en compte des bulletins nuls et des bulletins blancs, la Cour de cassation se réfère aux principes généraux du droit électoral, plus particulièrement à l'article L. 66 du Code électoral¹³⁰². Ce qui ne résout toutefois pas toutes les questions relatives à la prise en compte de ces bulletins après l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008.

En effet, le terme « valablement » a été retiré des articles L. 2314-24 et L. 2324-22 du Code du travail dans leur rédaction issue de la loi du 20 août 2008¹³⁰³. Seuls doivent être

¹²⁹⁸ Cass. Soc., 31 janvier 2012, n° 11-60.139, *Bull.* 2012 V, n° 38.

¹²⁹⁹ Cass. Soc., 26 juin 2013, n° 11-25.456, Publié au bulletin.

¹³⁰⁰ Art. R. 2314-25 et R. 2324-21 du Code du travail.

¹³⁰¹ Art. D. 2122-7 du Code du travail.

¹³⁰² Voir par exemple Cass. Soc., 31 mars 2009, n° 08-60.494, préc. ; (F.) PETIT, « L'émergence d'un droit électoral professionnel », art. préc., p. 482.

¹³⁰³ « Lorsque le nom d'un candidat a été raturé, les ratures ne sont pas prises en compte si leur nombre est inférieur à 10 % des suffrages exprimés en faveur de la liste sur laquelle figure ce candidat. Dans ce cas, les candidats sont proclamés élus dans l'ordre de présentation. »

comptés les suffrages « exprimés », ce qui exclut les votes nuls et blancs, interprétation confirmée par le gouvernement lors des débats à l'Assemblée Nationale¹³⁰⁴.

Comme le soulignent certains auteurs¹³⁰⁵, on peut s'étonner que pour la mise en œuvre de la démocratie sociale, le législateur n'ait pas estimé nécessaire de prendre en compte ces bulletins qui reflètent malgré tout l'expression des personnes qui les ont déposés dans l'urne, dans la mesure où elles se sont déplacées pour voter. Prendre le temps d'effectuer une telle démarche dénote un certain intérêt pour les élections, une volonté de participation. Ne pas prendre en compte ne serait-ce que les bulletins blancs, revient quelque part à ignorer l'existence de certains acteurs de la démocratie sociale.

Ne pas décompter ces bulletins fausse par ailleurs le jeu de la représentativité, désormais basée sur l'audience.

Il convient toutefois de nuancer le propos : la prise en compte de ces bulletins en tant que bulletins « exprimés » risquerait de rendre le seuil de 10% plus difficile à atteindre, ce qui n'est pas nécessairement favorable aux syndicats qui peinent déjà à recueillir ce pourcentage de voix dans certaines entreprises. Par conséquent, une telle solution n'est pas forcément favorable à la mise en œuvre de la démocratie sociale.

¹³⁰⁴ “La suppression de “valablement” exclut les bulletins blancs et nuls”, (X.) BERTRAND, Ministre des relations sociales, de la famille et de la solidarité, Assemblée Nationale, session extraordinaire de 2007-2008, 1^{ère} séance du mercredi 2 juillet 2008).

¹³⁰⁵ (J.J.) JARRY, art. préc., p. 9.

CONCLUSION DU TITRE 1

La mise en œuvre de la légitimité renouvelée par la loi du 20 août 2008 risque de se révéler difficile dans les entreprises. Ces difficultés tiennent à la fois à l'ambivalence de la loi sur certains points et au fait que le climat social de l'entreprise risque d'être perturbé par l'intervention de cette réforme. La préparation des élections professionnelles est rendue plus difficile par l'apparition de nouvelles problématiques. Pour remédier à ces problèmes, une révision de la loi du 20 août 2008 nous paraît nécessaire.

La mise en place du représentant de la section syndicale¹³⁰⁶ se révèle, conformément à l'objectif affiché, plutôt favorable à l'implantation des syndicats dans les entreprises, quelle que soit leur taille.

Le représentant de la section syndicale n'a pas vocation à venir concurrencer les délégués syndicaux. Cependant, en offrant une possibilité de négociation, même restreinte, à un nouvel acteur dans l'entreprise, le législateur introduit en même temps un risque d'éclatement supplémentaire des syndicats et de leurs actions.

Compte tenu de l'orientation juridique actuelle en droit du travail qui consiste de plus en plus à valoriser la négociation collective et le dialogue social, le fait de modifier un point relatif à la négociation dans l'entreprise ne saurait être ignoré et les conséquences juridiques qui en découlent doivent toujours être prudemment mesurées. A première vue, on peut dire que les risques sont minimes pour le moment, mais il convient de rester vigilant et d'évaluer les dispositifs qui pourraient affecter ultérieurement le périmètre des fonctions de ce nouvel acteur qu'est le représentant de section syndicale.

On observe par ailleurs que les effets de la représentativité se font sentir bien au-delà de l'entreprise¹³⁰⁷, au niveau institutionnel par exemple, voire au niveau européen. Si cet aspect ne conditionne pas nécessairement la mise en œuvre d'une réforme efficace de la représentativité en France, il mérite d'être pris en compte.

¹³⁰⁶ Cf. *Supra* Sous-titre 1, Chapitre 1.

¹³⁰⁷ Cf. *Supra* Sous-titre 1, Chapitre 2.

En outre, afin de favoriser la mise en œuvre de la démocratie sociale, la loi du 20 août 2008 modifie la fonction des élections professionnelles¹³⁰⁸. Elle fait de ces dernières un outil privilégié de mesure de la représentativité des syndicats et en même temps, un filtre incontournable pour la désignation des délégués syndicaux et l'accès à la négociation collective.

Dans cette optique, la réforme de 2008 permet l'accès aux élections professionnelles à de nouveaux participants : les syndicats non représentatifs et les salariés mis à disposition, sous certaines conditions. Ces nouveautés suscitent naturellement des interrogations pratiques, concernant notamment l'information et la prise en compte des syndicats non représentatifs dans le processus électoral. Mais aussi des interrogations plus théoriques : les salariés mis à disposition visés par la loi du 20 août 2008, autrement dit, pour l'essentiel, les sous-traitants sur site, ont-ils réellement leur place dans une réforme de la représentativité¹³⁰⁹ ?

Ces nouveautés entraînent une politisation des élections professionnelles¹³¹⁰ et conduisent les syndicats à adopter de nouvelles stratégies à l'approche des élections¹³¹¹. Ce qui laissait présager une augmentation des contentieux relatifs aux élections professionnelles. Plus particulièrement une « judiciarisation » des élections¹³¹², les syndicats n'hésitant pas à recourir aux juges à des fins stratégiques et politiques. La loi du 20 août 2008 a ainsi donné lieu à plus de 500 décisions de la Cour de cassation depuis son entrée en vigueur.

Pourtant, concrètement, cette réforme n'a pas fondamentalement modifié le paysage syndical. Elle n'a que partiellement atteint son objectif consistant à favoriser l'implantation des syndicats ne bénéficiant pas de la présomption de représentativité. Selon nous, une réforme efficace de la représentativité impliquerait également nécessairement un changement du syndicalisme en France qui aurait dû être davantage anticipé et pris en compte. Des mesures complémentaires devraient être prises, pour assurer une représentation propice à la négociation collective et donc la mise en œuvre effective de la démocratie sociale dans les entreprises. Ces mesures pourraient être intégrées à la loi du 20 août 2008 moyennant une révision de cette dernière, ou faire l'objet d'une loi à part.

¹³⁰⁸ Cf. *Supra* Sous-titre 2.

¹³⁰⁹ Cf. *Supra* Sous-titre 2, Chapitre 1, Section 1.

¹³¹⁰ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 2.

¹³¹¹ Cf. *Supra* Sous-titre 2, Chapitre 1, Section 2.

¹³¹² Cf. *Supra* Sous-titre 2, Chapitre 1, Section 2.

TITRE 2. FAVORISER LA DEMOCRATIE SOCIALE :

LES VRAIES QUESTIONS ET LES SOLUTIONS

ENVISAGEABLES

« Avec l'article L.1 de la loi du 31 janvier 2007, le droit conventionnel français prend son essor en s'inscrivant dans le sillage communautaire. S'inspirant de sa subsidiarité sociale officiellement initiée par le Traité de Maastricht repris par le traité de Lisbonne aujourd'hui en vigueur, il nous rapproche de pratiques courantes à l'étranger et s'inscrit dans un mouvement qualifié en France de « rénovation de la démocratie sociale »¹³¹³ ».

La loi du 20 août 2008 est la résultante, en droit interne, du processus de développement du dialogue social initié au niveau européen.

Les évolutions juridiques et orientations européennes influencent énormément le droit français lorsqu'il ne s'y soumet pas directement dans le cadre des Traités et règlements européens. C'est pourquoi certaines problématiques européennes se retrouvent en droit français. Les questions liées à la représentativité et la légitimité des partenaires sociaux n'y font pas exception.

Des problématiques similaires à celles que l'on rencontre en droit français ressortent donc de l'étude du droit européen, plus particulièrement ici du dialogue social européen. Elles se doublent toutefois des difficultés propres à la construction communautaire, comme la répartition des compétences entre les Etats et la Communauté ou l'articulation des différents droits, nationaux et communautaire, entre eux.

L'analyse des questions liées à la mise en œuvre du dialogue social européen présente un double intérêt : elle permet d'une part de mieux comprendre les problématiques qui se posent en droit français dans la mesure où ce dernier est largement inspiré du droit européen et, d'autre part offrent des pistes de réflexion, voire de solutions transposables en droit interne.

¹³¹³ (J.E.) RAY, « Les sources de la loi du 31 janvier 2007 », *Dr. Soc.*, mai 2010, p. 496.

Les Etats ont besoin des partenaires sociaux pour assurer la cohésion sociale. Ils s'appuient sur eux pour l'élaboration et la mise en œuvre des politiques de l'emploi.

L'Acte Unique Européen de 1986 a consacré le dialogue social, énonçant que « *la Commission s'efforce de développer le dialogue entre les partenaires sociaux au niveau européen, pouvant déboucher, si ces derniers l'estiment souhaitable, sur des relations conventionnelles* ¹³¹⁴ ».

Les partenaires sociaux ont par la suite définitivement été associés au processus décisionnel lorsque l'accord sur la politique sociale a été intégré au Traité d'Amsterdam.

Le 16 décembre 2003, le Parlement européen, le Conseil et la Commission européenne ont signé un accord interinstitutionnel intitulé « Mieux légiférer ¹³¹⁵ », par lequel ils ont rappelé les principes qui gouvernent l'Union européenne, à savoir la légitimité démocratique, la subsidiarité ¹³¹⁶, la proportionnalité et la sécurité juridique ¹³¹⁷.

Le législateur communautaire a donc choisi le dialogue social et la négociation collective comme modes privilégiés de construction de l'Europe sociale, manifestant en même temps la volonté de garantir une légitimité démocratique aux normes européennes.

Ces différents éléments mettent clairement en évidence les liens qui existent entre le droit européen et la réforme du 20 août 2008.

C'est pourquoi il est essentiel de comprendre les objectifs du dialogue social et de chercher les éventuelles solutions que les droits européen et communautaire peuvent offrir pour résoudre les problématiques afférentes à la mise en œuvre du dialogue social.

Pour ce faire, il convient d'abord d'examiner l'inscription proprement dite de la loi du 20 août 2008 dans le processus du dialogue social français. Cette analyse préalable nous permet d'identifier les problématiques soulevées par la réforme au regard cette fois non pas de la légitimité mais de la mise en œuvre du dialogue social et de la démocratie sociale en France. La loi du 20 août 2008 rénove la démocratie sociale en rénovant la représentativité. Mais quels sont ses impacts au regard du dialogue social ? Favorise-t-elle la mise en œuvre de ce dernier dans les entreprises ou au contraire, ne risque-t-elle pas de le ralentir ? L'idée de

¹³¹⁴ Repris dans l'article 118B du Traité sur l'Union européenne et l'article 12 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux du 9 décembre 1989.

¹³¹⁵ Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » - Parlement européen, Conseil, Commission - JOCE, C 321/1, 31 décembre 2003.

¹³¹⁶ Cf. *Infra* Sous-titre 2.

¹³¹⁷ (C.) VIGNEAU, « Partenaires sociaux européens et nouveaux modes de régulation : la fin des privilèges ? », *Dr. Soc.* septembre-octobre 2004, p. 883 et 884.

démocratisation portée par la réforme s'étend-t-elle effectivement à la négociation collective ? Est-ce une solution réellement adaptée à l'entreprise lorsqu'on l'examine à l'aune du dialogue social (Sous-titre 1) ?

Plus largement, la France fait partie de l'Union européenne et, à ce titre, est influencée par le droit européen. On peut donc s'interroger sur la façon dont s'articule le concept de démocratie sociale contenu dans la loi du 20 août 2008 avec les principes du droit européen et essayer de dégager des solutions à partir des expériences européennes (Sous-titre 2).

Sous-titre 1. Dialogue social et démocratie sociale en entreprise : les questions de fond

Après avoir déterminé si les solutions portées par la loi du 20 août 2008 permettent une réforme efficace de la représentativité en France, il convient de se demander si ces solutions sont les seules envisageables. On peut en effet s'interroger sur la notion même de « démocratie sociale » portée par la loi du 20 août 2008 : cette dernière est-elle réellement adaptée à l'entreprise ? Est-ce la solution idéale pour avancer vers un système de représentation efficace des salariés, y compris dans le cadre de la négociation collective (Chapitre 1) ?

Par ailleurs, nous souhaitons mesurer les apports et les résultats de la loi du 20 août 2008 concernant l'objectif de « rénovation de la démocratie sociale » qu'elle affiche et déterminer si cette réforme apporte des solutions appropriées aux problématiques actuelles de la représentativité. Une telle analyse s'effectue nécessairement à l'aune du dialogue social, dont le développement a été largement encouragé par le législateur au cours des années 2000. Il s'agit donc de déterminer comment la loi du 20 août 2008 s'inscrit dans le processus du dialogue social : œuvre-t-elle en faveur d'une démocratisation du dialogue social permettant l'essor de ce dernier ou au contraire ne risque-t-elle pas de freiner son développement ? Il ressort de cette analyse que l'objectif de légitimation affiché par la réforme de 2008 n'est que partiellement atteint. Cette semi-réussite s'explique notamment par le fait que la légitimité des syndicats doit être envisagée différemment selon qu'on l'apprécie à l'aune de leur capacité à participer aux négociations collectives ou à participer à l'élaboration des lois (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'avancée de la démocratie sociale dans l'entreprise : mythe ou réalité ?

L'analyse de la réforme de 2008 nous amène à nous demander si elle œuvre en faveur d'une réelle avancée de la démocratie sociale dans l'entreprise ou bien au contraire, si elle ne risque pas plutôt de freiner le développement de cette dernière : autrement dit, la démocratie sociale est-elle un régime adapté à l'entreprise au regard du dialogue social ? La rénovation opérée par la loi du 20 août 2008 est-elle réussie ou ne comporte-t-elle pas des risques si l'on se place sous l'angle de la négociation collective ? (Section 1).

Plus encore, il convient de se demander si la rénovation de la démocratie sociale telle qu'elle est opérée par la loi du 20 août 2008 constitue une solution idéale aux problèmes auxquels peut se heurter la démocratie sociale ou s'il ne serait pas préférable d'explorer d'autres pistes de réflexion pour réformer efficacement la représentativité en France (Section 2).

Section 1 - La démocratie sociale, un régime adapté à l'entreprise ?

La loi du 20 août 2008 porte « rénovation de la démocratie sociale ». L'analyse de ce texte conduit à s'interroger sur ce qu'il convient exactement d'entendre par « démocratie sociale » (§1) avant de déterminer si la réforme de 2008 favorise réellement la mise en œuvre de la démocratie sociale dans l'entreprise, autrement dit si elle permet d'atteindre les objectifs affichés par le législateur (§2).

§1. La notion de « démocratie sociale » au sens de la loi du 20 août 2008

Pour comprendre les enjeux et les incidences de la réforme du 20 août 2008 dans l'entreprise, il convient de cerner clairement la notion de « démocratie sociale ». Pour cela, nous allons examiner cette notion dans un premier temps au regard de la notion de démocratie, plus précisément de la démocratie dans le cadre des relations collectives de travail (I).

Si l'on examine ensuite la notion de démocratie sociale au regard de la notion de représentation, on constate que la loi du 20 août 2008 réformant la représentativité œuvre bien en faveur de la démocratie sociale, du moins telle qu'elle conçoit cette notion¹³¹⁸ (II).

I. La démocratie dans les relations collectives de travail

D'après Emmanuel Dockès, « *la liberté et l'égalité sont les valeurs de la démocratie*¹³¹⁹ ». On constate en effet que ces principes sont des composantes majeures du droit des relations collectives : le droit de la représentation repose sur les principes de la liberté et de l'égalité syndicale qui sont consacrés par de nombreux textes¹³²⁰.

Emmanuel Dockès ajoute que le droit est « *le seul système qui pose l'égalité et la liberté et donc le principe démocratique lui-même comme valeur première. En outre, dans un nombre croissant de pays, le droit ne s'arrête pas à cette seule affirmation, il l'applique, au moins dans une certaine mesure. La division des pouvoirs, l'élection, le droit à un procès équitable et notamment le respect du contradictoire, la liberté d'expression, l'exigence d'une motivation des actes de pouvoir, la protection du pluralisme et bien d'autres applications du principe démocratique, caractérisent un nombre croissant de droits nationaux*¹³²¹ ».

On observe que ces « applications du principe démocratique » existent en droit du travail. Ainsi, la liberté d'expression est un des corollaires naturels de la liberté syndicale. Le pluralisme est également un des principes de base du droit syndical etc.

Ces constats nous permettent d'affirmer que la démocratie existe dans les relations collectives de travail, que ces dernières sont même fondées sur des principes démocratiques. Il existe toutefois différentes variantes de la démocratie, dont la démocratie sociale.

¹³¹⁸ Cf. *Supra* Introduction.

¹³¹⁹ (E.) DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, 2004, p. 1.

¹³²⁰ Cf. *Supra* Première partie.

¹³²¹ (E.) DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, 2004, p. 127-128.

II. Démocratie sociale et représentation

On entend par démocratie sociale¹³²², la démocratie exercée par les partenaires sociaux, laquelle se distingue de la démocratie représentative dans la mesure où la légitimité des partenaires sociaux repose sur leur fonction, leur capacité à représenter les salariés et les employeurs.

La représentation est, au sens strict, « *un mécanisme par lequel une personne peut créer des obligations à la charge d'une autre personne sans son consentement*¹³²³ ».

La représentation est toutefois assurée en droit du travail comme en droit civil, par le biais d'un mandat.

Le Code civil définit le mandat¹³²⁴ comme « un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». Le représenté donne donc son consentement, habilite le représentant à le représenter via le mandat.

Le représentant a pour rôle, au sens littéral, de « rendre présent » la personne qui lui a donné mandat. Autrement, il agit théoriquement comme aurait agi celui qui est représenté s'il n'avait pas été empêché.

Comme le relève le Professeur Dockès, « *Le mot représentation n'est pas neutre il est une justification, une légitimation du pouvoir reconnu au représentant [...]. Alors l'enjeu de la controverse qui entoure l'idée de représentation apparaît clairement. Cet enjeu est la légitimité des représentants, la justification du pouvoir qui leur est accordé*¹³²⁵ ».

Il s'agit alors d'essayer par tous les moyens de « rapprocher le représentant du représenté¹³²⁶ » pour légitimer au maximum l'action du représentant vis-à-vis du représenté. Tel est l'objectif de la loi du 20 août 2008 et des réformes qui l'ont précédée en matière de représentativité.

Pour atteindre cet objectif, la loi du 20 août 2008 réforme en profondeur le système de représentativité qui permet d'apprécier la légitimité des syndicats. En introduisant le critère de l'audience électorale elle accroît la légitimité des syndicats car celle-ci découle davantage du vote des salariés. Elle rapproche les représentés de leurs représentants.

¹³²² Cf. *Supra* Introduction.

¹³²³ (E.) DOCKES, ouvrage préc. p. 167.

¹³²⁴ Art. 1984 C. Civ.

¹³²⁵ (E.) DOCKES, ouvrage préc., p. 168.

¹³²⁶ (E.) DOCKES, ouvrage préc., p. 169.

L'accession à la qualité représentative ouvre au syndicat l'accès à toutes les prérogatives syndicales, plus spécialement à la négociation collective. La reconnaissance de la qualité représentative confère aux syndicats la pleine capacité à exercer leurs prérogatives.

En réformant le système de représentativité légale, la loi du 20 août 2008 poursuit donc bien l'objectif de mise en œuvre de la démocratie sociale dans l'entreprise.

Cependant, comme le souligne Marie-Laure Morin, « *pour comprendre le rôle des syndicats dans la réalisation du droit à la négociation collective et les liens qui s'établissent entre les salariés et leurs représentants, il est [...] nécessaire de préciser la nature du monopole syndical et de l'exigence de représentativité*¹³²⁷ ». Le monopole syndical étant entendu comme l'expression d'un pouvoir d'origine légal dont bénéficient les syndicats qui leur permet de conclure des accords. Un pouvoir de réglementation donc, indissociable de la notion de représentativité puisque cette dernière conditionne l'accès des organisations syndicales à l'exercice de ce pouvoir. La loi du 20 août 2008 prend-t-elle suffisamment en compte cet aspect ?

§2. Une rénovation réussie ?

La loi du 20 août 2008 œuvre bien en faveur de la démocratie sociale dans l'entreprise. Il s'agit maintenant de déterminer si elle atteint bien l'objectif de rénovation de la démocratie sociale qu'elle affiche.

La notion de démocratie sociale telle qu'entendue par le législateur de 2008 englobe la notion de représentativité. En modifiant les critères de représentativité, la réforme de 2008 rénove bien la démocratie sociale¹³²⁸. La question qui se pose à présent est donc de déterminer quels seront les incidences prévisibles de cette réforme au regard de la négociation collective, celle-ci étant nécessairement affectée par les changements touchant à la représentativité¹³²⁹.

Pour mesurer les impacts de cette rénovation et plus spécialement identifier les risques qu'elle peut induire (II), encore faut-il un élément de comparaison. Ce qui nous amène à déterminer si la démocratie sociale existait bien dans l'entreprise avant 2008 et si oui, sous quelle forme elle s'exerçait (I).

¹³²⁷ (M.L.) MORIN, thèse préc., p. 330.

¹³²⁸ Cf. *Supra* Première partie.

¹³²⁹ Cf. *Supra* Première partie, Propos liminaires.

I. La « démocratie sociale » dans l'entreprise avant 2008

Avant 2008, on observe l'existence d'une forme de démocratie sociale dans l'entreprise (A).

On constate dans un premier temps que la loi du 20 août 2008 opère un rapprochement entre cette démocratie sociale et la démocratie représentative telle qu'elle est conçue dans notre système politique (B).

A. La démocratie sociale dans l'entreprise avant 2008

On entend par démocratie sociale¹³³⁰, la démocratie exercée par les partenaires sociaux. La démocratie sociale existe donc depuis que les partenaires sociaux se sont vus reconnaître la capacité de représenter les différents acteurs de l'entreprise, suivant les principes démocratiques français, la France reposant sur un système de démocratie représentative¹³³¹ : les citoyens français élisent les membres du Parlement au suffrage universel direct, ainsi que le Président de la République. En votant, les citoyens donnent un mandat représentatif à ces personnes. L'acte de vote est donc essentiel dans la mesure où il permet de choisir à qui l'on confie le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif puisque c'est le Parlement qui vote les lois.

Avant la réforme du 20 août 2008, les syndicats se sont vus reconnaître la capacité à représenter les salariés. Cette capacité résultait soit de la présomption irréfutable de représentativité, soit de l'affiliation à une des organisations syndicales bénéficiant de cette présomption, soit de la démonstration de la représentativité fondée sur différents critères légaux¹³³² à savoir l'indépendance, les effectifs, les cotisations, l'ancienneté, l'expérience et l'attitude patriotique pendant l'Occupation.

La liberté syndicale et ses corollaires ont quant à eux été reconnus et consacrés par de nombreux textes, depuis la loi Waldeck Rousseau du 21 mars 1884 et plus spécialement après la Seconde Guerre mondiale¹³³³.

La négociation avec les syndicats a été mise en place dès les années 30¹³³⁴.

Une forme de démocratie sociale existait donc bel et bien avant 2008.

¹³³⁰ Cf. *Supra* Introduction et *Supra* §1.

¹³³¹ Art. 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants ... » ; cf. *Supra* Introduction.

¹³³² Cf. *Supra* Première partie, Titre 1.

¹³³³ Cf. *Supra* Première partie, Propos liminaires.

¹³³⁴ Cf. *Supra* Première partie, Propos liminaires.

B. Le rapprochement avec la démocratie représentative

La réforme de 2008 annonce, à terme, la mort de la présomption irréfutable de représentativité et privilégie l'audience comme critère déterminant de la représentativité¹³³⁵.

L'audience des syndicats est mesurée au vu des résultats obtenus lors des élections professionnelles qui ont lieu dans l'entreprise.

Avec l'intervention de la loi du 20 août 2008, l'acte de vote des salariés dans le cadre des élections professionnelles a des impacts juridiques nettement plus conséquents car il va conditionner l'accès à la représentativité des syndicats et la reconnaissance de leur légitimité.

En effet, c'est par l'acte de vote que les salariés vont choisir à qui ils décident de confier le mandat représentatif qui permet aux syndicats d'exercer leurs prérogatives et surtout, leur ouvre l'accès aux négociations. Ce faisant, la légitimité des syndicats tend à devenir plus politique que juridique¹³³⁶.

Les négociations donnent lieu à la conclusion d'accords collectifs, qui ont une valeur normative importante dans les entreprises dans la mesure où les accords d'entreprise peuvent, plus particulièrement depuis l'intervention législative du 4 mai 2004, déroger à la loi, sous certaines conditions¹³³⁷. L'accession à la représentativité revêt une importance accrue à cause des prérogatives qu'elle va conférer aux organisations syndicales qui l'obtiennent. De même que lors des élections politiques c'est le vote des citoyens qui va mener le candidat aux fonctions lui permettant de mettre en œuvre son programme politique.

La réforme de 2008, en subordonnant l'accès à la représentativité aux résultats des élections professionnelles, opère donc un rapprochement de la démocratie sociale dans l'entreprise avec la démocratie représentative telle qu'elle est conçue au niveau national.

¹³³⁵ Cf. *Supra* Première partie, Titre 1, Sous-titre 1.

¹³³⁶ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 2.

¹³³⁷ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 1, Chapitre 2.

II. Les risques induits par la rénovation de 2008

« La rénovation de la démocratie sociale est une priorité du Gouvernement qui en a fait un des piliers de ses réformes en matière de droit du travail. Il s'agit de renforcer la légitimité et la place de la négociation collective, outil indispensable à la modernisation de notre système de relations professionnelles, qui doit permettre d'adapter le code du travail en assurant une complémentarité entre la place de la loi et celle de l'accord collectif¹³³⁸. »

Comme le souligne Madame Fourcade : « Toute rénovation de la démocratie sociale suppose une réforme historique des conditions de la représentativité syndicale [...] et des conditions de validité des accords collectifs¹³³⁹ ». En effet, la question de la représentativité est liée à celle des accords collectifs et plus largement, de la négociation collective¹³⁴⁰.

C'est dans ce sens que va la loi du 20 août 2008, qui réforme en profondeur les critères de la représentativité des syndicats, au risque de dénaturer le système des relations professionnelles (A) et modifie les conditions de validité des accords collectifs (B). La question se pose alors de savoir si ces deux changements constituent bien des rénovations qui contribuent à la mise en œuvre de la démocratie sociale.

A. La rénovation des critères de représentativité : un pari risqué

La réforme du 20 août 2008 modifie les critères de représentativité, désormais fondés sur l'audience électorale du syndicat mesurée lors des élections professionnelles dans l'entreprise et cumulatifs. On peut donc parler d'une réelle rénovation des critères de représentativité bien que certains des critères antérieurs à la réforme aient été maintenus¹³⁴¹.

Un tel changement était nécessaire pour renforcer la légitimité des organisations syndicales dans le cadre de la négociation collective et ainsi favoriser la mise en œuvre de la démocratie sociale dans l'entreprise. Une nécessité renforcée par le développement des accords d'entreprise et l'affaiblissement progressif du principe de faveur : les accords

¹³³⁸ Communiqué de presse du Conseil des ministres du 18 juin 2008 disponible à l'adresse suivante : <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/renovation-de-la-democratie-sociale-et-reforme-du-temps-de-travail>.

¹³³⁹ (C.) FOURCADE, thèse préc., p. 377.

¹³⁴⁰ Cf. *Supra* Première partie, Propos liminaires.

¹³⁴¹ Cf. *Supra* Première partie.

d'entreprise peuvent déroger *in pejus* aux normes de niveau supérieur dans un nombre croissant de domaines¹³⁴².

La loi du 20 août 2008 suit donc une logique indiscutable de réforme de la représentativité en vue de favoriser la négociation collective. Elle renforce la légitimité des acteurs de la négociation collective en asseyant leur représentativité sur l'audience électorale et donc sur le choix des salariés qui vont être représentés.

Toutefois, d'après nous, la loi du 20 août 2008 ne contribue pas à renforcer la démocratie sociale mais opère plutôt un rapprochement des relations collectives avec le système démocratique français tel qu'il est conçu au niveau politique¹³⁴³. Au risque d'entraîner une politisation des relations professionnelles et par conséquent, de dénaturer ces dernières. En effet, les élections professionnelles visent avant tout à assurer la représentation de toutes les catégories socioprofessionnelles présentes dans l'entreprise considérée. Il ne s'agit pas au départ d'élire quelqu'un en vue de réaliser un programme politique, mais simplement d'une représentation en vue d'assurer la défense d'intérêts, qu'il s'agisse de ceux de la profession en général ou des salariés au quotidien dans leur environnement de travail.

Initialement, le dialogue social était une notion inconnue en entreprise. La notion de représentativité est antérieure à celle de dialogue social. C'est l'introduction et le développement des négociations collectives qui accroît la politisation des rapports entre syndicats et patronat, les organisations syndicales étant conviées, par le jeu du dialogue social, à participer à la mise en œuvre des politiques en entreprise. En ce sens, on peut reprocher à la réforme de 2008 de contribuer à la politisation des relations professionnelles. On peut aussi se dire qu'il ne s'agit là que d'une suite logique à un processus déjà entamé depuis plusieurs années.

Par ailleurs, la loi du 20 août 2008 ne résout pas les problèmes de fond qui touchent le syndicalisme français, notamment la baisse constante des effectifs des syndicats qui ne saurait être ignorée dans la mesure où il paraît illusoire d'envisager une réelle recomposition du paysage syndical français « *par une simple redistribution des actuels 8% des salariés*

¹³⁴² Cf. *Supra* Première partie, Propos liminaires et Titre 2, Sous-titre 1.

¹³⁴³ Cf. *Supra* I, B.

*adhérant à des syndicats*¹³⁴⁴ ». Selon le résultat de la réforme, à terme, que cette redistribution s'effectue entre un plus grand nombre de syndicats représentatifs ou entre deux ou trois organisations au lieu des huit (environ) existantes aujourd'hui¹³⁴⁵. La démocratie sociale est donc bien rénovée mais pourrait être davantage favorisée.

B. La rénovation des conditions de validité des accords collectifs

*« Afin que les travailleurs soient liés par les normes à l'élaboration desquelles ils auront pris part et qui résulteront ainsi de leur autonomie, il est indispensable que l'accroissement du rôle normatif des partenaires sociaux soit accompagné d'un renforcement de la légitimité des acteurs de la démocratie sociale et des accords qu'ils concluent »*¹³⁴⁶.

En effet, la règle de l'absence d'opposition des syndicats majoritaires ne suffit pas à garantir la légitimité des accords. D'une part, parce qu'elle réduit le rôle des syndicats à opposer leur refus, ce qui ne favorise pas vraiment le dialogue social et d'autre part, parce qu'elle ne garantit pas la légitimité des accords dans la mesure où un accord signé par une minorité peut toujours entrer en vigueur dès lors que la majorité ne s'y est pas opposée¹³⁴⁷.

La loi du 20 août 2008 contient certaines dispositions qui modifient les conditions de validité des accords collectifs. Elle subordonne notamment la validité des accords à la signature de syndicats ayant obtenu au moins 30% des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles. La légitimité des accords collectifs est ainsi fondée sur l'audience électorale recueillie, à l'instar de la représentativité des syndicats¹³⁴⁸.

On constate que la réforme du 20 août 2008 porte bien les germes d'une véritable rénovation. Néanmoins, une question demeure : la légitimité sociale est-elle suffisante pour permettre aux partenaires sociaux de créer des normes contraignantes ? La représentativité suffit-elle, à elle seule, à garantir la légitimité démocratique d'un accord collectif ?

La question se posait avec plus d'acuité sous l'empire des dispositions antérieures à 2008. En effet, l'existence de la présomption irréfragable de représentativité au profit des cinq grandes centrales syndicales CFDT, CFE-CGC, CFTC, CGT et FO, leur conférait alors un

¹³⁴⁴ (J.-M.) PERNOT, art. préc., p. 431.

¹³⁴⁵ *Ibid.*

¹³⁴⁶ (C.) FOURCADE, thèse préc., p. 384.

¹³⁴⁷ *Ibid.*

¹³⁴⁸ Cf. Supra Première partie, Titre 2, Sous-titre 1, Chapitre 2.

privilège indéniable en la matière. Par ricochet, ce privilège était accordé aux syndicats affiliés à ces cinq confédérations¹³⁴⁹. Si l'exigence de représentativité était justifiée dans son principe dans le cadre des négociations collectives, ce privilège en revanche, a été vivement critiqué par la suite. La représentativité apparaissait alors comme une notion « *périlleuse pour les syndicats et la démocratie*¹³⁵⁰ », dans la mesure où « *l'importance des prérogatives conférées par la représentativité aux organisations syndicales ne [correspondait] plus [à] la confiance et à l'adhésion des travailleurs*¹³⁵¹ ».

En subordonnant la reconnaissance de la représentativité à la condition d'un seuil d'audience obtenu aux élections professionnelles, le législateur a répondu à cette critique, y mettant un terme. Il a également ajouté cette condition d'audience comme condition de validité des accords collectifs. On est toutefois en droit de se demander si la représentativité ainsi définie garantit réellement la légitimité des accords collectifs.

D'un strict point de vue « démocratique » on peut répondre positivement. En effet, quoi de plus légitime qu'un accord signé par des représentants élus démocratiquement ?

Cependant, l'intégration de certains citoyens non permanents dans l'électorat, on pense plus spécialement ici aux salariés sous-traitants, peut fausser cette légitimité¹³⁵².

De même, un fort taux d'abstention peut priver un syndicat de l'obtention de la qualité représentative, ou au contraire, permettre à un syndicat qui ne recueille pas habituellement l'adhésion d'une majorité de salariés, de tirer son épingle du jeu.

La problématique des syndicats catégoriels vient également fausser les règles du jeu¹³⁵³.

Déterminer des conditions de représentativité basées sur l'électorat qui garantiraient l'expression de tous les salariés compris dans le champ des accords collectifs d'une entreprise relève de l'impossible.

La représentativité ne suffit donc pas à elle seule à garantir la légitimité des accords collectifs.

D'autre part, si aucun syndicat n'obtient le seuil requis à l'issue des élections, l'entreprise est alors dépourvue d'institutions représentatives. On doit alors avoir recours aux modes de négociation dits dérogatoires pour conclure des accords. Que penser de la légitimité de ces

¹³⁴⁹ (L.) DAUXERRE, these préc., p. 357.

¹³⁵⁰ (L.) DAUXERRE, these préc., p. 359.

¹³⁵¹ (L.) DAUXERRE, these préc., p. 361.

¹³⁵² Cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 2.

¹³⁵³ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 2, Chapitre 2.

accords ? Si la représentativité est la seule condition officielle de légitimation des accords, pourquoi la légitimité des accords dérogatoires n'est-elle pas discutée ? Ces derniers ont pourtant la même valeur normative que les accords signés par des organisations syndicales représentatives. Repenser la réforme de la représentativité l'axant sur le rôle des acteurs de la négociation collective éviterait que l'on ait à se poser cette question.

En outre, un autre problème vient s'ajouter : le champ des négociations ne coïncide pas nécessairement avec le champ d'action des représentants du personnel. Ainsi, il n'existe pas d'institutions élues par le personnel habilitées à négocier des accords de groupe par exemple. Il conviendrait d'instituer des représentants du personnel habilités à négocier au niveau transnational afin que le droit de participation des salariés soit pleinement assuré. Une réforme centrée sur le rôle des acteurs de la négociation collective pourrait permettre de régler cette problématique également et constitue donc selon nous, l'optique la plus pertinente à retenir pour réformer efficacement la représentativité syndicale tout en favorisant le dialogue social.

Par ailleurs, la réforme de 2008 vise à favoriser l'implantation de nouveaux syndicats. Cependant, à l'issue des premiers cycles électoraux, dans bon nombre d'entreprise, on constate que les syndicats dominants sont toujours les mêmes : comme pour les partis politiques français. On assiste à une rénovation du système de la représentativité mais au final, pas à une rénovation du paysage syndical français¹³⁵⁴. Par conséquent, on peut s'interroger sur l'utilité de la réforme de la représentativité opérée par la loi du 20 août 2008.

Le ministère affirmait que la rénovation de la démocratie sociale vise à « *renforcer la légitimité et la place de la négociation collective*¹³⁵⁵ ». Une approche davantage centrée sur le rôle des acteurs de la négociation collective et non seulement sur leur légitimité aurait permis de prendre en compte leur place dans la négociation. De même, la question de la place des acteurs dans la négociation collective a été éludée au profit de celle de la place de la négociation collective par rapport à la loi. Ce qui n'est pas logique puisque qu'avant de se préoccuper de la place de la négociation collective encore faut-il s'assurer que celle-ci

¹³⁵⁴ Cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 2, Chapitre 1.

¹³⁵⁵ Communiqué de presse du Conseil des ministres du 18 juin 2008 disponible à l'adresse suivante : <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/renovation-de-la-democratie-sociale-et-reforme-du-temps-de-travail>.

fonctionne de manière efficace et conformément aux principes et valeurs de la démocratie sociale¹³⁵⁶ que l'on entend maintenir ou rénover.

Section 2 - La rénovation de la démocratie sociale, une solution idéale ?

Après avoir vérifié si le recours à la notion de démocratie sociale est adapté pour réformer la représentativité en France et si la loi du 20 août 2008 rénove bien la démocratie sociale, il convient de s'interroger sur le fait de savoir si la rénovation de la démocratie sociale constitue la meilleure solution.

A ce propos, on note que la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale contribue à renforcer la contractualisation des relations professionnelles et du dialogue social dans l'entreprise. Il s'agit ici d'analyser en quoi cette réforme porte les germes de la contractualisation et de déterminer si, en tout état de cause, une telle contractualisation serait favorable à la mise en œuvre de la démocratie sociale dans l'entreprise (§1).

Par ailleurs, déterminer si la rénovation de la démocratie sociale par la loi du 20 août 2008 constitue une solution appropriée aux problématiques de la représentativité implique de s'intéresser un peu aux différents systèmes existants en la matière, au moins au niveau européen, la plupart des Etats membres étant proches de la France, au plan culturel et au niveau économique et social. Cette analyse permet de dégager les premières pistes de solution qui pourraient être exploitées pour réformer efficacement la représentativité en France¹³⁵⁷. L'examen du dispositif de la loi du 20 août 2008 et des différents systèmes existant en Europe nous conduit en premier lieu à penser qu'une harmonisation des critères de la représentativité au niveau européen est nécessaire (§2). Reste à déterminer comment cette harmonisation peut être réalisée.

¹³⁵⁶ Liberté et égalité notamment ; Cf. *Supra* §1.

¹³⁵⁷ Cf. *Infra* Sous-titre 2.

§1. Une contractualisation bénéfique ?

Le développement du dialogue social et d'une manière générale, de l'élaboration du droit par consensus, traduit un mouvement vers un droit contractualisé.

Au regard du rapport rendu par le Conseil Economique et social en 2006¹³⁵⁸ qui préconisait le recours au critère électif pour apprécier la légitimité des syndicats, certains auteurs ont annoncé que la réforme de la représentativité ne conduirait pas nécessairement à une transformation du « partenariat social » mais « *aurait pour effet d'ouvrir le champ des scenarii possibles quant aux acteurs et orientations de la contractualisation sociale*¹³⁵⁹ ».

Si la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale a essentiellement pour objet le renforcement de la présence syndicale dans les entreprises et non le mode d'élaboration de la loi¹³⁶⁰, elle constitue une manifestation de la volonté législative de développer le dialogue social. Peut-on pour autant parler d'un mouvement vers la contractualisation du dialogue social lorsque l'on analyse la loi du 20 août 2008 (I) ?

Nous allons voir que l'on peut répondre à cette question par l'affirmative avant d'étudier plus spécialement la contractualisation au regard de la mise en œuvre de la démocratie sociale dans l'entreprise (II).

I. Une réforme fondée sur les « principes démocratiques du contrat » ?

Monsieur Morel souligne que « *René Capitant définissait la démocratie sociale comme « l'application des principes démocratiques du contrat ». La rénovation de la démocratie sociale s'est donc fondée sur ces principes démocratiques*¹³⁶¹ ».

Il convient de déterminer dans quelle mesure la réforme du 20 août 2008 est fondée sur les « principes démocratiques du contrat ».

¹³⁵⁸ Conseil économique et Social, «Consolider le dialogue social», avis adopté le 29 novembre 2006.

¹³⁵⁹ (J.P.) HIGELE, « Représentativité syndicale et accords interprofessionnels nationaux : les enjeux d'une réforme », *Dr. Soc.* mars 2007, p. 308.

¹³⁶⁰ (B.) TEYSSIE, « A propos de la rénovation de la démocratie sociale », *Dr. Soc.* juin 2009, p. 627.

¹³⁶¹ (F.) MOREL, « La rénovation de la démocratie sociale : vers une société de dialogue », *Dr. Soc.* septembre – octobre 2009, p. 885.

Pour ce faire, un bref rappel de la théorie de la contractualisation s'impose, plus spécialement dans le cadre des relations collectives qui nous intéresse ici (A) avant de déterminer si cette théorie peut effectivement contribuer à l'essor de la démocratie sociale dans l'entreprise (B).

A. Théorie de la contractualisation et relations collectives

La théorie de la contractualisation du droit repose sur l'idée selon laquelle la force normative du droit provient de son acceptation par ses destinataires. L'exemple typique en est le contrat synallagmatique qui acquiert force contraignante par la simple acceptation des obligations réciproques qui en découle pour les deux parties. Le contrat nécessite toutefois le consentement des parties. En ce sens, il constitue « *la plus belle manifestation de l'autonomie individuelle et par conséquent, un instrument démocratique par excellence* »¹³⁶².

On observe que la théorie de la contractualisation s'applique aux relations collectives. Le caractère contraignant de la norme provient de son acceptation : les partenaires sociaux ont participé à son élaboration, ils la considèrent raisonnable et juste. Par conséquent, ils vont la respecter. Les salariés, « citoyens de l'entreprise », vont se plier aux règles négociées par leurs représentants.

En matière de relations collectives, le contrat respecte totalement le principe selon lequel « *le consentement doit émaner de l'unanimité de ceux [sont] soumis à la règle* »¹³⁶³. Retenir l'audience des syndicats pour mesurer leur représentativité participe à cette logique : le vote des salariés leur permet de doter les syndicats de la légitimité nécessaire pour négocier les accords collectifs qui s'appliqueront aux salariés. Afin de ne pas bloquer les relations sociales on observe que l'unanimité n'est plus exigée, hormis dans quelques cas¹³⁶⁴ : on se réfère au vote de la majorité des salariés pour l'accession à la représentativité et à l'acceptation de la majorité des syndicats dans le cadre des négociations collectives¹³⁶⁵.

On peut donc affirmer que la loi du 20 août 2008 va dans le sens d'une contractualisation des relations collectives.

¹³⁶² (L.) DAUXERRE, thèse préc., p. 520.

¹³⁶³ *Ibid.*

¹³⁶⁴ Voir les règles de validité du protocole d'accord préélectoral par exemple (la « double majorité ») ; cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 2.

¹³⁶⁵ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 1, Chapitre 2.

B. La démocratie sociale et le contrat

On remarque que le système d'élaboration des lois fonctionne sensiblement de la même façon que le système d'élaboration des normes collectives du travail : le Parlement, représentant des citoyens, propose et valide les lois qui s'appliqueront à ces derniers. La légitimité des lois provient de la légitimité de l'institution dont elles émanent. Elles bénéficient d'une légitimité démocratique certaine.

Cependant, les lois sont décidées au niveau étatique. Elles ne correspondent pas nécessairement aux réalités du terrain, ce qui justifie l'introduction de la « démocratie sociale » dans les entreprises.

Cette décision emporte toutefois des conséquences juridiques discutables.

En effet, le contrat devient alors « l'instrument principal de la régulation sociale¹³⁶⁶ ». L'Etat, autrefois producteur direct de normes, les soumet à la négociation.

Le recours croissant à la loi négociée¹³⁶⁷, par laquelle l'Etat reprend les termes d'un accord négocié par les partenaires sociaux témoigne de cette évolution.

La loi devient donc négociable et négociée, même si le législateur prend toujours la décision finale.

L'introduction et l'incitation au développement de la démocratie sociale a nécessairement des incidences sur les rapports de la loi et du contrat.

II. Démocratie sociale et contractualisation

Les accords collectifs, souvent assimilés aux contrats, constituent de fait, des facteurs importants de régulation sociale. L'essor de la négociation collective conduit donc à un essor de la contractualisation. Mais cette dernière n'a pas pour vocation de remplacer la loi, les deux notions fonctionnent concomitamment (A).

L'analyse de ce mouvement de contractualisation révèle qu'en réalité c'est le régime de la démocratie sociale qui conduit au développement de la contractualisation dans les relations professionnelles et non l'inverse (B).

¹³⁶⁶ (M.) SCHMITT, thèse préc., p. 30.

¹³⁶⁷ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 1.

A. La loi et le contrat, des notions concomitantes

On assiste depuis plusieurs années à un essor important de la négociation collective en entreprise. Donc à un essor de la contractualisation, cette dernière permettant d'y réguler les relations sociales. Toutefois, la contractualisation n'est pas un phénomène extérieur qui va avoir des incidences sur la démocratie sociale. Les deux notions sont en réalité liées.

La loi produite au niveau étatique a un effet obligatoire absolu, elle est réputée connue de tous dès sa publication. Le fameux adage « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*¹³⁶⁸ » est d'ailleurs le premier enseigné aux étudiants en droit. Seuls les Traités et la Constitution ont une force normative supérieure à la loi.

Les conventions et accords collectifs en revanche, suivent un régime juridique plus complexe. Celui-ci s'explique d'abord par la diversité des niveaux de négociation. A chaque niveau de négociation correspond un type d'accord : niveau national interprofessionnel, branche, au niveau du groupe, de l'entreprise, de l'établissement...Il en résulte une hiérarchisation des normes parfois complexe, les niveaux inférieurs pouvant fréquemment déroger aux niveaux supérieurs¹³⁶⁹, sous réserve de respecter les dispositions d'ordre public absolu. Non seulement la hiérarchisation n'est pas toujours évidente mais il faut en plus combiner les accords collectifs avec certaines normes étatiques.

Les possibilités de dérogation ne contribuent pas à la lisibilité des règles mais présentent l'avantage de conférer aux accords une souplesse que n'autorise pas la loi.

Néanmoins, il ne s'agit pas de remplacer la loi par les conventions. Les accords collectifs permettent, dans une certaine mesure, une adaptation de la loi à ses terrains d'application, ce qui est plutôt positif. La souplesse des normes présente toutefois toujours le risque de la dérogation à l'excès ou du contournement des normes protectrices. Un contrôle est donc nécessaire.

La loi et le contrat fonctionnent donc concomitamment. On observe toutefois que d'une façon générale, c'est le législateur qui encourage le développement de la contractualisation.

¹³⁶⁸ « Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude ». Nul n'est censé ignorer la loi.

¹³⁶⁹ Ex : les accords d'entreprise peuvent déroger, sous certaines conditions, aux accords de branche.

B. La contractualisation, partie intégrante de la démocratie sociale

D'après Lydie Dauxerre, la démocratie sociale serait « *un régime où les contrats par lesquels les individus règlent leurs relations, sont conclus en conformité aux principes démocratiques, et notamment au principe d'égalité. Elle englobe donc l'ensemble des relations contractuelles, dès lors qu'elles sont réglées conformément aux principes démocratiques. En d'autres termes, [on entend] par démocratie sociale la démocratie contractuelle c'est-à-dire l'application de la démocratie aux contrats, au contrat de travail, sans doute, mais aussi à tous les autres contrats*¹³⁷⁰ ».

En réalité, ce n'est pas le phénomène de contractualisation qui va influencer la démocratie sociale, mais bien la démocratie sociale qui va intervenir pour réguler les rapports de la loi et du contrat. En développant la démocratie sociale on développe la contractualisation, les deux notions étant liées.

Concrètement, l'introduction de la démocratie sociale oriente le débat vers la clarification du rôle du législateur et des partenaires sociaux. L'introduction de cette notion déplace le curseur vers le contrat puisque dans le cadre de la démocratie sociale, le rôle des partenaires sociaux est plus important.

Théoriquement, la mise en œuvre de cette démocratie devrait s'accompagner d'une reconnaissance de l'autonomie des partenaires sociaux, bien que celle-ci n'ait pas été effectivement reconnue en France¹³⁷¹.

La démocratie sociale pousse donc le dialogue social dans la voie de la contractualisation, et non l'inverse. La contractualisation n'est donc pas favorable ou défavorable à la mise en œuvre de la démocratie sociale, elle en fait partie intégrante.

§2. La nécessité d'une harmonisation des critères de représentativité

En Europe dominent deux systèmes de représentativité : les systèmes dits de représentativité légale et les systèmes de représentativité conventionnelle. Il s'agit de déterminer quel système permet de garantir au mieux la légitimité démocratique des syndicats (I).

¹³⁷⁰ (L.) DAUXERRE, thèse préc., p. 517.

¹³⁷¹ Cf. *Infra* Chapitre 2, Section 2.

On remarque que la loi du 20 août 2008 opère un léger glissement vers le système de représentativité conventionnelle dont l'Allemagne offre un exemple d'application (II).

I. La représentativité garante de la légitimité démocratique...mais quelle représentativité ?

En France, comme dans d'autres Etats européens domine le système de représentativité légale. Ce système se caractérise par l'utilisation de critères légaux pour apprécier la représentativité des syndicats (A).

D'autres Etats, comme l'Allemagne, sont dominés par le système dit de représentativité conventionnelle, qui repose sur des éléments juridiques différents (B).

A. Représentativité légale

On constate qu'en Europe, hormis les cas de l'Irlande et du Royaume-Uni, le pluralisme syndical domine dans les négociations.

Les systèmes de représentativité diffèrent plus nettement, oscillant entre les systèmes dits de représentativité légale, comme en France ou en Espagne, et les systèmes de représentativité conventionnelle.

Ainsi, en Espagne, la représentativité repose sur un seul critère légal, celui de l'audience électorale, appliqué à tous les niveaux de représentation. Sont reconnues les plus représentatives, les organisations syndicales ayant obtenu 10% des suffrages au niveau national et 15% au niveau régional. Aux niveaux professionnels et territoriaux inférieurs, les syndicats ayant recueilli 10% des suffrages bénéficient d'une représentativité simple¹³⁷².

Par ailleurs, la notion de représentativité d'emprunt s'applique, les syndicats affiliés aux organisations syndicales les plus représentatives bénéficiant d'une présomption de représentativité. Le droit de conclure des accords collectifs est accordé à tous les syndicats représentatifs.

En revanche, au Danemark ou aux Pays-Bas par exemple, les accords sont négociés par les partenaires qui se sont reconnus mutuellement représentatifs¹³⁷³.

¹³⁷² (M.) SCHMITT, thèse préc., p. 599.

¹³⁷³ Cf. *Infra* Sous-titre 2, Chapitre 1, Section 2.

On peut alors se demander si le choix d'une représentativité légale est vraiment judicieux au regard des autres systèmes existant en Europe. La question se pose avec plus d'acuité encore lorsqu'on s'interroge sur la représentativité des organisations patronales¹³⁷⁴ : un système de représentation légale semble impossible à mettre en place pour ces dernières et en pratique, on constate qu'elles fonctionnent déjà sur une forme de reconnaissance mutuelle. Pourquoi dans ce cas ne pas appliquer le même système aux organisations syndicales de salariés ?

B. Les systèmes de représentativité conventionnelle : l'exemple allemand

Le système allemand repose également sur la reconnaissance mutuelle des partenaires sociaux. La Fédération allemande des syndicats (DGB) qui regroupe 85% des syndiqués domine largement le paysage syndical allemand. Prenant en compte l'existence de petits syndicats autonomes, la Cour fédérale du travail a toutefois posé des critères de représentativité pour l'exercice du droit de la négociation collective institué par la loi de 1949 sur les conventions collectives¹³⁷⁵.

Ainsi, pour être reconnu représentatif, le syndicat doit être constitué de membres y ayant volontairement adhéré, être doté d'une organisation propre et avoir pour objet la protection et l'amélioration des conditions de travail et des conditions économiques de ses membres. Il doit par ailleurs être indépendant par rapport à l'employeur, à l'Etat et aux Eglises. Enfin, le syndicat doit être capable de conclure des conventions collectives.

En Allemagne, la force des syndicats repose donc uniquement sur l'unité syndicale, la loi ne donnant aucune définition légale de la représentativité¹³⁷⁶.

Lorsque la loi du 20 août 2008 est entrée en vigueur, on pensait qu'elle conduirait à l'éclatement des syndicats et à l'émergence de nombreuses organisations minoritaires qui voudraient devenir représentatives. Il s'avère qu'en réalité, la loi du 20 août 2008 ne modifie pas fondamentalement le paysage syndical : globalement, les anciens syndicats dominent toujours ce paysage¹³⁷⁷. La perte de la représentativité de certains syndicats risque de conduire à un rapprochement de ces derniers avec d'autres organisations. On pense notamment à un regroupement de la CFDT et de la CFTC qui sont historiquement liées. Les adhérents vont donc probablement se rassembler au sein de deux ou trois syndicats dominants, voire peut-être

¹³⁷⁴ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 1, Chapitre 2.

¹³⁷⁵ (M.) SCHMITT, thèse préc., p. 601.

¹³⁷⁶ (L.) DAUXERRE, thèse préc., p. 19.

¹³⁷⁷ Cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 2, Chapitre 1.

quatre. A terme, on pourrait se trouver dans une situation comparable à celle de l'Allemagne avec deux ou trois syndicats dominants au lieu des cinq actuels. A ce moment, il sera peut-être opportun de repenser le système de représentativité français. D'autant plus que la loi du 20 août 2008 opère un glissement sensible vers le système de la reconnaissance mutuelle¹³⁷⁸.

II. Le glissement opéré par la loi du 20 août 2008

La loi du 20 août 2008 opère un glissement vers le système de représentativité conventionnelle sans pour autant opter complètement pour le régime de la reconnaissance mutuelle (A).

L'analyse de ce glissement révèle qu'il présente à la fois des avantages et des inconvénients mais surtout qu'une harmonisation des critères de la représentativité est indispensable au niveau européen (B).

A. Un glissement vers le système de reconnaissance conventionnelle

Le système allemand repose essentiellement sur l'idée de puissance du syndicat considéré. Celui-ci doit en effet être capable d'exercer des pressions sur la partie adverse dans le jeu de la négociation collective. A cet égard, les effectifs et la capacité financière du syndicat constituent des critères déterminants pour l'appréciation de la puissance syndicale. Si cette notion peut paraître étrange au juriste français, elle correspond au droit du travail allemand qui, à la différence du droit français, autorise notamment le lock-out.

Le lock-out est une forme de riposte patronale face à un mouvement de grève, qui consiste à fermer l'usine ou l'entreprise. En France, cette pratique est rarement admise¹³⁷⁹, alors qu'en Allemagne, le lock-out est licite et même reconnu constitutionnellement¹³⁸⁰ en application du principe « d'égalité des armes ». C'est ce même principe qui justifie l'appréciation de la puissance syndicale comme contre pouvoir alors qu'en France, les droits et libertés syndicaux tendent plutôt à être encadrés en étant portés au rang de droits fondamentaux ou constitutionnels.

¹³⁷⁸ Cf. *Infra* II.

¹³⁷⁹ Cass. Soc., 31 octobre 1989, UIMM 1989, n° 522, p. 534 ; Soc., 7 février 1990, *Bull.* 1990, V, n°42, p. 27 ; Soc., 25 février 1988, *Bull.* 1988 V, n°135, p. 89 ; Soc., 7 novembre 1990, *Bull.* 1990 V, n° 518, p. 314.

¹³⁸⁰ Art. 9 alinéa 3 de la Loi Fondamentale allemande : « Le droit de former des associations en vue de sauvegarder et de promouvoir les conditions de travail et les conditions économiques est garanti pour tous et pour toutes les professions ». Le lock-out bénéficie ainsi d'une reconnaissance implicite.

Ainsi, le droit de grève par exemple, est un droit constitutionnel. Alors qu'en Allemagne l'équilibrage des forces s'effectue davantage sur le terrain, en France, cet équilibrage reste pour une large part assuré par les dispositions juridiques, ce qui explique qu'un système de représentativité légale ait été retenu en droit français.

Le système de représentativité conventionnelle semble davantage correspondre aux réalités des forces en présence dans l'entreprise et donc, indirectement, à la légitimité effective des partenaires sociaux dans l'entreprise.

Le système de représentativité légale quant à lui assure une meilleure protection effective des droits des syndicats dans l'entreprise mais présente l'inconvénient de ne pas nécessairement refléter les réalités du terrain.

L'introduction du critère de l'audience électorale semble constituer un remède à ce problème. En même temps, il s'agit d'un indicateur de la force des syndicats dans l'entreprise considérée. La loi du 20 août 2008, par l'introduction du critère de l'audience opère donc un léger glissement vers un système où la représentativité dépend de la puissance du syndicat, sans pour autant opter pour un système de reconnaissance mutuelle des partenaires sociaux.

On observe que le système anglo-saxon, par exemple, conduit à désigner temporairement un seul syndicat pour les négociations¹³⁸¹, alors qu'en France on privilégie la coexistence de plusieurs syndicats représentatifs¹³⁸². Le système anglo-saxon a le mérite d'exclure la question de la légitimité des syndicats dans la mesure où il limite le nombre de prétendants à la négociation et ce, pour chaque négociation. En revanche, il présente l'inconvénient de laisser planer une certaine précarité des syndicats dans les négociations ce qui ne favorise pas nécessairement la conclusion des accords et le développement du dialogue social. Etonnamment, la loi du 20 août 2008 risque de conduire à un résultat similaire : l'existence d'un nombre restreint de syndicats représentatifs habilités à négocier, ou en tout cas pas plus qu'auparavant, soit cinq maximum et une précarisation de la représentativité de ces derniers puisqu'elle doit être réévaluée tous les quatre ans, voire plus fréquemment si des accords collectifs prévoient des cycles électoraux plus courts.

¹³⁸¹ Cf. *Infra* Sous-titre 2.

¹³⁸² (F.) FAVENNEC-HERY, "La représentativité syndicale", *Dr. Soc.* Juin 2009, p. 631.

B. La nécessité d'une harmonisation des critères

Quant au système à retenir, selon nous, il est délicat d'abandonner en France l'appréciation de leur légitimité aux partenaires sociaux par la reconnaissance mutuelle, compte tenu des déséquilibres existants, principalement dus au déclin du syndicalisme.

Néanmoins, cette solution aurait le mérite de forcer les syndicats à envisager des actions plus unies ou les salariés à se grouper sous des bannières communes et pourrait peut-être pallier aux difficultés tenant au déclin du syndicalisme.

Cette solution conduirait probablement à une réduction des contentieux tenant à la reconnaissance de la représentativité puisque l'appréciation de cette dernière serait laissée aux partenaires sociaux eux-mêmes. Les juges n'auraient alors plus de raisons de réajuster en créant des critères ou des indices supplémentaires de représentativité.

Cette option nous paraît d'ailleurs aller de soi pour les syndicats patronaux qui bénéficient déjà d'une forme de reconnaissance implicite, la loi n'encadrant pas vraiment leur représentativité¹³⁸³.

De plus, cette solution correspond mieux à notre avis à l'esprit européen, qui tend à laisser une plus grande autonomie aux partenaires sociaux.

Au niveau européen, comme le relève Mélanie Schmitt¹³⁸⁴, on remarque que « *les critères des effectifs et de l'audience électorale demeurent totalement inconnus, alors qu'ils sont majoritairement retenus dans les ordres juridiques internes* ».

La Commission se borne à exiger pour apprécier la représentativité d'une organisation syndicale qu'elle soit interprofessionnelle, sectorielle ou catégorielle et organisée au niveau européen ; qu'elle soit composée d'organisations auxquelles la qualité de partenaires sociaux est reconnue dans les Etats membres, qu'elle ait la capacité de négocier des accords, et si possible, qu'elle soit représentative dans tous les Etats membres ; et enfin, qu'elle dispose de structures permettant une participation efficace à la consultation¹³⁸⁵. La Commission refuse d'apprécier la représentativité des syndicats au niveau national, renvoyant cette mission aux Etats membres. La question de l'harmonisation des systèmes de représentativité au niveau européen n'est donc pas à l'ordre du jour.

¹³⁸³ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 1, Chapitre 2.

¹³⁸⁴ (M.) SCHMITT, thèse préc., p. 603.

¹³⁸⁵ Cf. *Infra* Sous-titre 2, Chapitre 1, Section 2.

Cette question est pourtant cruciale car l'application de règles différentes pour la reconnaissance de la légitimité des acteurs habilités à négocier risque d'entraîner la production de normes à valeur différente. Il est donc nécessaire qu'une harmonisation des critères nationaux soit préalablement réalisée au niveau européen si l'on veut favoriser la mise en œuvre de la démocratie sociale en Europe et au-delà, tendre vers une véritable uniformisation des normes en Europe.

Chapitre 2 : L'objectif de légitimation des syndicats : une semi-réussite

La loi du 20 août 2008 porte « rénovation de la démocratie sociale ». Cet intitulé soulève une question majeure : cette loi favorise-t-elle réellement la démocratisation et la mise en œuvre du dialogue social ? Renforce-t-elle réellement la légitimité des syndicats et si oui, de quelle légitimité parle-t-on ? En effet, il convient selon nous de dissocier la légitimité des syndicats dans le cadre de la négociation collective et leur légitimité dans le cadre de leur participation à l'élaboration des lois. Ce qui nous conduit dans un premier temps à observer que la réforme de 2008 produit des résultats mitigés concernant la légitimité des syndicats dans la négociation collective, plus spécialement en entreprise (Section 1).

Ensuite, concernant la légitimité des syndicats à participer à l'élaboration des lois, on constate qu'après 2008 des problèmes subsistent, ceci s'expliquant par le fait que cette fonction normative particulière des syndicats est soumise à d'autres contraintes, d'autres facteurs, qui dépassent largement le cadre de l'entreprise. C'est pourquoi cette fonction normative des syndicats devrait selon nous être traitée séparément de celle de la représentativité ou du moins ne peut pas reposer sur une représentativité mesurée uniquement à partir de l'entreprise. Cependant, selon nous, le problème réside davantage en réalité dans la volonté d'accorder ou non une réelle autonomie aux partenaires sociaux. Cette question renvoie nécessairement à l'idée d'une réforme constitutionnelle (Section 2).

Section 1 - L'objectif de légitimation des syndicats dans le cadre de la négociation collective

Avant l'intervention de la loi du 20 août 2008, il existait deux modes d'acquisition de la qualité représentative en droit français. Celle-ci pouvait soit être reconnue par l'Etat, par le jeu des présomptions de représentativité, soit être établie par le juge, sur la base des critères de l'ancien article L. 132-2 du Code du travail.

La loi du 20 août 2008 supprime, à terme, les présomptions de représentativité. En outre, la réforme modifie les critères permettant l'acquisition de la représentativité, l'audience devenant le critère dominant¹³⁸⁶.

Le législateur affirme aller ainsi dans le sens de la « démocratie sociale ». Mais la nouvelle loi contribue-t-elle réellement à la mise en œuvre du dialogue social dans les entreprises ou, au contraire, ne risque-t-elle pas de le rendre plus difficile ?

L'analyse des impacts de la loi du 20 août 2008 au regard de son objectif de légitimation des syndicats conduit à deux constats : d'une part, la réforme restreint la marge de manœuvre laissée au juge dans l'appréciation de la représentativité et précarise la situation des syndicats. On peut s'interroger sur la pertinence d'une loi qui produit de tels effets dans un contexte sociopolitique déjà difficile (§1).

D'autre part, on s'aperçoit que cette réforme ne résout pas le problème de fond, à savoir celui du déclin du syndicalisme en France. Il apparaît pourtant vain de vouloir promouvoir et développer la négociation collective alors que les acteurs du dialogue social sont de plus en plus affaiblis et de moins en moins capables de former un contrepoids efficace dans les discussions (§2).

§1. La pertinence discutable de la réforme au regard du contexte sociopolitique

La loi du 20 août 2008 porte « rénovation de la démocratie sociale » tandis que le législateur affiche depuis plusieurs années la volonté de développer le dialogue social. A certains égards, on peut dire que le dispositif de la réforme de 2008 est propice à la réalisation de ces objectifs.

Cependant, l'examen de certains effets juridiques de la loi du 20 août 2008 révèle qu'au contraire, elle pourrait aller à l'encontre ou du moins ne pas favoriser l'atteinte des buts fixés.

Ainsi, on observe que la loi du 20 août 2008, en rendant obligatoire le cumul des critères, en modifiant le critère de l'influence et en adjoignant le critère de l'audience, restreint le rôle du juge dans l'appréciation de la représentativité. Une telle restriction ne nous paraît pas

¹³⁸⁶ Cf. *Supra* Première partie.

judiciaire, compte tenu du contexte sociopolitique difficile qui entoure le syndicalisme en France. Plus encore, on peut s'interroger sur l'utilité d'une telle mesure, voire de la réforme dans son ensemble quand on constate que les juridictions ont tout de même été amenées à intervenir largement concernant la loi du 20 août 2008 (I).

En outre, la réforme risque de conduire à la précarisation des syndicats dans l'entreprise, ce qui ne favorise pas le développement du dialogue social (II).

I. La restriction apparente du rôle du juge

L'adjonction du critère de l'audience était déjà préconisée en 2006, dans le rapport Hadas-Lebel¹³⁸⁷. Le rapport rendu par la suite par le Conseil Economique et Social¹³⁸⁸ justifiait également ce recours par une exigence de démocratie et allait plus loin, faisant même de l'audience le seul critère de représentativité.

D'après ces rapports, le vote des salariés aux élections professionnelles constitue un élément de mesure objectif, qui prend en compte la réalité des implantations syndicales dans les entreprises.

Mais la prise en compte de la réalité des implantations syndicales favorise-t-elle le dialogue social ? Au vu de la situation actuelle, du déclin du syndicalisme en France, de l'internationalisation des entreprises qui rend la représentation collective plus complexe et plus difficile, nous sommes tentés de répondre par la négative.

De plus, la loi du 20 août 2008, en introduisant le critère de l'audience et en imposant le cumul des critères de représentativité¹³⁸⁹, restreint indirectement le rôle du juge qui ne pourra plus apprécier la représentativité des syndicats sur la base d'indices démontrant l'activité et l'influence du syndicat, mais devra fonder son appréciation sur des éléments écrits, à savoir les procès-verbaux des élections professionnelles qui mentionnent les résultats des élections professionnelles.

¹³⁸⁷ (R.) Hadas-Lebel, *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles syndicales*, mai 2006.

¹³⁸⁸ *Consolider le dialogue social*, Rapport du Conseil économique et social, 2006, éd. La Documentation française ; texte disponible sur le site de la documentation française (www.ladocumentationfrancaise.fr).

¹³⁸⁹ Cf. *Supra* Première partie.

Cette affirmation doit toutefois être tempérée, les juges gardant une certaine liberté dans l'interprétation des textes n'ayant pas hésité, même après 2008, à faire référence à la notion d'influence du syndicat pour résoudre des contentieux¹³⁹⁰. Par ailleurs, concernant le caractère cumulatif des critères, les magistrats ont visiblement préféré opter pour une interprétation qui se rapproche davantage de ce qui avait été décidé par les partenaires sociaux dans la position commune d'avril 2008 plutôt que d'appliquer strictement le texte de la loi du 20 août 2008¹³⁹¹.

On peut se demander s'il est judicieux de restreindre le rôle des juges alors que ces derniers, en créant deux nouveaux critères, l'influence et l'activité, essayaient de rééquilibrer l'appréciation de la représentativité via des critères qui correspondaient mieux aux réalités du terrain. D'ailleurs, on constate qu'au final, les magistrats ont opéré de nombreux réajustements et apporté des précisions importantes concernant la mise en œuvre de la réforme de 2008. On en tire deux conclusions : d'une part, la loi du 20 août 2008, au vu du contentieux abondant qu'elle suscite, mériterait d'être améliorée, voire révisée. D'autre part, la modification des critères de représentativité n'était peut-être pas nécessaire puisque les juges sont encore obligés d'intervenir et recourent toujours au critère de l'influence notamment, à plus forte raison depuis qu'il a été intégré dans le Code du travail. Sans compter le fait que le paysage syndical français, au final, n'a pas fondamentalement changé¹³⁹².

II. La précarisation des syndicats dans l'entreprise

La loi du 20 août 2008 si elle va dans le sens d'une « démocratie sociale » ne va pas vraiment dans le sens d'une stabilisation du syndicalisme mais plutôt vers une précarisation et un éclatement de ce dernier puisque désormais, la représentativité n'est plus acquise pour longtemps, elle peut être remise en question tous les quatre ans, voire tous les deux ans suivant les dispositions conventionnelles applicables aux entreprises considérées¹³⁹³. On se demande alors comment organiser un dialogue social suivi dans les entreprises si les partenaires du dialogue social ne cessent de changer.

¹³⁹⁰ Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-28.545, préc. ; Cf. *Supra* Première partie, Titre 1, Sous-titre 2.

¹³⁹¹ Cass. Soc., 29 février 2012, préc. ; cf. *Supra* Première partie Titre 1, Sous-titre 2.

¹³⁹² Cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 2, Chapitre 1.

¹³⁹³ Cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 1, Chapitre 1.

De plus, désormais, tout syndicat ayant créé une section syndicale peut se présenter aux élections professionnelles¹³⁹⁴, ce qui risque de favoriser la mise en concurrence des organisations syndicales et par conséquent l'éclatement syndical et l'affaiblissement d'organisations déjà déclinantes.

La loi du 20 août 2008 conduit donc indirectement à une précarisation du dialogue social dans l'entreprise, voire à la conclusion de textes à la légitimité discutable. En effet, quelle est la légitimité dans le temps d'un texte conclu par une organisation qui pourrait perdre sa représentativité l'année suivante si l'entreprise doit organiser des élections à cette date¹³⁹⁵ ? Comment construire un édifice conventionnel solide sur des bases instables ?

Cette imperfection de la loi tient au fait que le législateur n'a pas intégré le développement de la négociation collective dans ses objectifs alors que cette dernière est inévitablement affectée par la réforme de la représentativité des syndicats, ces questions étant indissociablement liées¹³⁹⁶. Faute d'appréhender le problème dans sa totalité, en ne traitant que certains aspects de ce dernier, on ne peut pas aboutir à un ensemble juridique sécuritaire. C'est là la faille principale d'un grand nombre de réformes à laquelle la loi du 20 août 2008 n'échappe pas.

§2. Une loi qui ne résout pas le problème du déclin du syndicalisme en France

La loi du 20 août 2008 réforme les conditions d'accès à la représentativité afin de renforcer la légitimité des syndicats. Ce moyen de légitimation est en adéquation avec le raisonnement juridique qui le sous-tend, il procède d'une logique que l'on ne peut qu'approuver (I).

Cependant, l'opportunité de ce choix est discutable quand on l'apprécie au regard des éléments contextuels qui entourent le syndicalisme en France, notamment le problème de fond du déclin du syndicalisme auquel la réforme de 2008 n'apporte aucune solution (II).

¹³⁹⁴ Cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 2.

¹³⁹⁵ Pour plus de développements sur cette question, Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 1, Chapitre 2.

¹³⁹⁶ Cf. *Supra* Première partie, Propos liminaires.

I. Un moyen valable de légitimation

La loi du 20 août 2008, en rénovant la démocratie sociale, affiche un objectif de légitimation des syndicats dans la négociation collective et plus largement, le dialogue social. Pour parvenir à ses fins, elle met en place de nouveaux critères de représentativité, notamment celui de l'audience, qui devient prépondérant¹³⁹⁷.

Le raisonnement repose sur l'idée selon laquelle la démocratie, l'élection par les membres de la communauté de travail, confère aux représentants une légitimité. Ce critère, purement quantitatif, présente l'avantage de n'être soumis à aucune appréciation : le syndicat doit recueillir 10% des suffrages exprimés, cette règle étant d'ordre public, comme l'a rappelé la jurisprudence¹³⁹⁸, donc non susceptible de dérogation par convention. Plus l'audience du syndicat sera élevée, plus sa légitimité sera forte.

Retenir le critère de l'audience pour déterminer la légitimité des syndicats constitue un choix cohérent d'un strict point de vue logique et théorique.

Toutefois, nous pensons que le fait que la représentativité repose sur un critère non modulable comme l'audience et de surcroît obligatoirement cumulatifs avec six autres critères, ne constitue pas nécessairement un avantage. En effet, la réforme de 2008 ignore totalement les données contextuelles qui entourent le syndicalisme en France et notamment le fait que celui-ci est en déclin depuis plusieurs années. Instaurer un critère qui n'est pas réajustable dans ce contexte, sans offrir de solution au problème de fond qui entoure le syndicalisme risque de réduire l'efficacité de la nouvelle loi.

II. Un problème de fond non résolu

Monsieur Morel, conseiller du ministre du Travail, relève que « *Plus de 20 000 accords collectifs sont signés chaque année. Et pourtant, le taux de syndicalisation reste faible, à près de 5% dans le secteur privé. Notre pays se situe sur ce point à la dernière place d'Europe. Il était donc nécessaire de redonner au syndicalisme une légitimité accrue, ce qui doit permettre de donner encore plus de place à la négociation collective [...]. C'est pourquoi le Gouvernement a voulu réformer les règles de détermination de la représentativité des acteurs*

¹³⁹⁷ Cf. *Supra* Première partie.

¹³⁹⁸ Cf. par exemple Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.406, préc.

syndicaux. La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a modifié en profondeur les règles qui régissent notre démocratie sociale, sans précédent depuis l'après-guerre¹³⁹⁹ ».

Si le moyen employé par le législateur pour atteindre l'objectif qu'il affiche nous semble valable, en revanche, son efficacité reste à démontrer.

En effet, la réforme de 2008 refond les critères de la représentativité en privilégiant l'audience électorale mais elle ne contient aucune mesure d'incitation pour les salariés ni à se syndiquer, ni à aller voter. En cas d'abstention massive, même si un syndicat obtenait le pourcentage requis, sa représentativité et sa légitimité resteraient discutables. L'objectif de légitimation reste alors inaccessible, le dispositif juridique demeurant incomplet. En outre, la réforme ne résout pas non plus le problème de l'absence de candidats aux élections dans de nombreuses TPE et PME.

La loi du 20 août 2008 propose donc des critères valables de légitimation des syndicats mais ne résout pas le problème de l'accession à la représentativité car elle n'offre aucune solution au problème du déclin du syndicalisme en France qui constitue pourtant un obstacle majeur au développement du dialogue social et de la démocratie sociale. Ce qui nous fait dire que cette réforme est une « semi-réussite ». Et que la réforme de la représentativité syndicale nécessite une approche plus globale.

Section 2 – La participation des syndicats à l'élaboration des lois ou la question de l'autonomie des partenaires sociaux

La réforme du 20 août 2008 produit des effets mitigés au regard de l'autonomie des partenaires sociaux.

En effet, elle ne résout pas les difficultés résultant du manque d'autonomie laissée aux partenaires sociaux dans l'élaboration des normes (§1).

Elle n'œuvre pas non plus en faveur d'une institutionnalisation pourtant souhaitable du rôle de ces derniers (§2).

¹³⁹⁹ (F.) MOREL, « La rénovation de la démocratie sociale : vers une société de dialogue », *Dr. Soc.* septembre - octobre 2009, p. 885.

Ces questions auraient pu être abordées dans le cadre d'une réforme de la représentativité davantage axée sur le rôle des acteurs de la démocratie sociale dans la négociation collective.

§1. L'autonomie limitée des partenaires sociaux dans l'élaboration des normes

Les limites à l'autonomie des partenaires sociaux français tiennent d'abord à la répartition actuelle des compétences entre le législateur et les partenaires sociaux (I). Elles résultent ensuite de la conception même de la représentativité en France (II).

I. Les limites tenant à la répartition des compétences

Les partenaires sociaux voient leur autonomie limitée par la répartition des domaines de compétence opérée entre eux et le législateur (A). La loi du 20 août 2008 ne résout pas ce problème. Pourtant, des évolutions sont envisageables (B).

A. L'autonomie limitée des partenaires sociaux français

L'autonomie des partenaires sociaux est limitée par l'existence d'un domaine de compétences bien délimité au profit du législateur. On observe toutefois depuis quelques années un accroissement significatif du domaine couvert par les accords collectifs (1) qui arrive parfois à rencontrer celui de la loi, voire à s'y fondre (2).

1. L'accroissement du domaine des accords collectifs

La multiplicité des textes produits par les partenaires sociaux européens reflète l'autonomie collective de ces derniers, c'est-à-dire leur capacité à se doter de leurs propres règles, nettement plus tangible en droit européen qu'en droit français.

Le concept de l'autonomie rencontre toutefois un obstacle majeur.

En effet, cette idée implique « *de démontrer que l'ordre socio professionnel forme un système normatif autonome et autosuffisant, qui se construit et vit en dehors de toute ingérence étatique*¹⁴⁰⁰ ».

La notion d'autonomie est donc étroitement liée à la capacité des partenaires sociaux à produire des normes et au dialogue social. La Commission qualifie d'ailleurs le dialogue social autonome comme la « *capacité de négocier et de conclure des accords qui deviennent des normes de droit*¹⁴⁰¹ ».

Cependant l'autonomie absolue n'existe ni au niveau national, ni au niveau communautaire. Toute la difficulté réside dans le choix de répartition des compétences entre l'Etat membre ou la Communauté et les partenaires sociaux.

On distingue différents degrés d'autonomie des partenaires sociaux.

Ainsi, au niveau européen, les partenaires sociaux disposent d'une certaine autonomie, puisqu'ils participent au processus normatif, par le jeu des articles 138 et 139 du Traité d'Amsterdam notamment, et n'hésitent pas à aller parfois au-delà des prérogatives qui leurs sont conférées par les traités en élaborant de nombreux autres actes, dont la force juridique se révèle toutefois très variable¹⁴⁰².

En France, comme le relevait Monsieur Mazeaud en 2003¹⁴⁰³, « *il n'y a pas constitutionnellement de domaine réservé à la négociation collective* ». Les accords et conventions collectifs demeurent en effet soumis, dans la hiérarchie des normes, à la loi et, sauf dérogation autorisée par la loi, à l'ordre public. La situation n'a pas beaucoup changé depuis, du moins, la hiérarchie des normes est restée la même.

Cependant, la place laissée aux accords collectifs a augmenté de façon importante.

Le champ des accords dérogatoires a été largement étendu par la loi du 4 mai 2004¹⁴⁰⁴. A compter de cette date, les accords d'entreprise ont pu, sous certaines conditions, déroger aux accords de niveau supérieur, mais aussi à la loi, dans certaines matières, comme la durée du travail. Cette possibilité existait avant l'intervention de la loi du 4 mai 2004 mais ne pouvait alors se faire que dans un sens plus favorable que le texte auquel il était dérogé.

¹⁴⁰⁰ (M.) SCHMITT, thèse préc., p. 24.

¹⁴⁰¹ Communication de la Commission du 28 juillet 2002, COM (2002) 341, final, p. 7, point 1.

¹⁴⁰² Cf. *Infra* Sous-titre 2, Chapitre 1, Section 2.

¹⁴⁰³ (A.) MAZEAUD, « Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux depuis la Position commune du 16 juillet 2001 », *Dr. Soc.*, avril 2003, p. 361.

¹⁴⁰⁴ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, préc.

On note toutefois que la loi du 4 mai 2004 n'a pas véritablement bouleversé les rapports de la loi et de la convention collective. Elle a surtout modifié les rapports entre les accords nationaux interprofessionnels, les accords de branche et les accords d'entreprise.

2. La rencontre des domaines de compétence ou la théorie des bulles

La loi confie certaines matières, comme la durée et l'organisation du temps de travail, les rémunérations et l'égalité professionnelle, à la négociation collective. Elle impose aux partenaires sociaux de négocier annuellement dans ces matières¹⁴⁰⁵. Ainsi, si une convention collective prévoit la possibilité de déroger à ses dispositions par accord d'entreprise, dans ces matières, un accord d'entreprise peut finalement déroger à la loi.

Un bémol doit être apporté : ces dérogations sont tempérées par l'ordre public absolu et l'ordre public social¹⁴⁰⁶. L'ordre public social, aussi appelé ordre public « relatif », est susceptible de faire l'objet de dérogations conventionnelles. En revanche, un accord d'entreprise ne saurait par exemple prévoir une rémunération inférieure au SMIC, cette règle étant d'ordre public¹⁴⁰⁷. Lorsqu'on s'intéresse à la question de l'existence ou de la création de domaines de compétences au profit des partenaires sociaux on observe alors qu'il est essentiel de déterminer clairement les matières relevant de l'ordre public absolu et de l'ordre public social, point sur lequel nous reviendrons dans nos développements ultérieurs¹⁴⁰⁸.

On observe par ailleurs que si l'on élaborait une pyramide des normes où chaque type de texte est symbolisé par une bulle, certaines bulles contenant les accords collectifs auraient tendance à remonter à la surface, voire à se fondre avec les bulles contenant les normes légales. On peut donc dire que la place de la négociation collective a connu un accroissement significatif depuis 2004 et que le domaine couvert par les accords collectifs peut parfois empiéter sur le domaine légal en se fondant dans les normes légales par le jeu notamment de la dérogation, voire celui de la supplétivité des normes¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰⁵ Articles L. 2242-5 et suivants du Code du travail.

¹⁴⁰⁶ Pour plus de développements sur ces notions cf. *Infra* Titre 2.

¹⁴⁰⁷ Cf. par exemple CE, 23 avril 1982, req. n° 36851 ; (M.) EMERAS, obs. sous CA Toulouse, 3 juin 2011, *CJAMP* 2011-3, p. 577.

¹⁴⁰⁸ Cf. *Infra* Sous-titre 2.

¹⁴⁰⁹ Cf. *Infra* Sous-titre 2.

B. Des évolutions possibles

En 2007, le législateur a clairement affiché l'objectif de développement du dialogue social. Depuis plusieurs années, on observe un recours croissant aux processus de « compromis » et de « loi-négociée »¹⁴¹⁰.

En revanche, au niveau étatique, le législateur conserve le contrôle de la norme. A la différence des partenaires sociaux européens qui parviennent à élaborer des normes de manière parfois totalement autonome, les syndicats français ne peuvent intervenir que sur demande du législateur, à titre consultatif, et les accords qu'ils produisent pour acquérir une force juridique effective doivent être entérinés par l'adoption de lois, qui certes s'en inspirent parfois fortement, mais modifient également souvent de manière significative l'accord conclu par les partenaires sociaux.

Ainsi, la position commune du 9 avril 2008 prévoyait par exemple que les organisations syndicales légalement constituées depuis deux ans, satisfaisant aux critères d'indépendance et de respect des valeurs républicaines pourraient désigner un représentant de section syndicale remplissant les conditions pour être désigné délégué syndical, mais qui ne pourrait pas exercer les attributions du délégué syndical en matière de négociation collective¹⁴¹¹.

La loi du 20 août 2008 est allée nettement plus loin en introduisant la possibilité de négocier avec le représentant de la section syndicale dans certains cas¹⁴¹².

Nous sommes donc encore loin en France de pouvoir parler d'une véritable autonomie des partenaires sociaux.

On ne peut toutefois qu'approuver l'existence d'un contrôle légal des normes produites par les partenaires sociaux, le législateur restant le gardien des principes, le garde fou des débordements auxquels pourrait donner lieu une négociation collective totalement débridée.

De plus, d'un point de vue démocratique, ce contrôle est nécessaire. N'oublions pas que le Parlement représente les citoyens français et que des représentants du monde professionnel ne sauraient édicter des règles valant pour l'ensemble des citoyens français, à moins que celles-ci ne revêtent un intérêt général.

¹⁴¹⁰ Cf. *Supra* Première partie Titre 2, Sous-titre 1.

¹⁴¹¹ Position commune du 9 avril 2008, art. 10-1 ; cf. *Supra* Titre 1.

¹⁴¹² Art. L. 2143-23 du Code du travail.

En réalité, le problème réside non pas dans le contrôle, a posteriori du législateur, mais dans le manque d'initiative laissé aux partenaires sociaux français dans l'élaboration des normes. Les associer à cette élaboration procède d'une intention louable mais le manque d'autonomie des partenaires sociaux conduit également à un manque d'efficacité de l'action de ces derniers. Nous pensons que des solutions pourraient être trouvées en s'inspirant du droit européen. On pense notamment au principe de subsidiarité, qui mériterait d'être intégré dans le processus normatif français¹⁴¹³.

II. Les limites tenant à la conception française de la représentativité

Les limites à l'autonomie des partenaires sociaux sont liées à la conception même de la représentativité qui prédomine en France.

La représentativité n'est pas clairement définie au niveau européen¹⁴¹⁴. A la différence du syndicalisme français, on reproche souvent au syndicalisme européen de privilégier les aspects institutionnels au détriment des actions collectives.

En effet, alors qu'en droit français la représentativité, même après l'intervention de la loi du 20 août 2008, reste fortement marquée par les notions d'activité et d'influence, qui se traduisent essentiellement par les actions collectives qu'entreprennent les syndicats, les partenaires sociaux européens travaillent davantage à l'élaboration des normes et au processus décisionnel qu'aux actions sur le terrain, hormis dans quelques cas. On pense notamment aux affaires Renault ou Alstom dans lesquelles la Confédération Européenne des Syndicats (CES) avait joué un rôle¹⁴¹⁵.

Toutefois, les partenaires sociaux européens, en l'absence de cadre juridique conventionnel clairement établi, développent des techniques hybrides de production des normes dont la valeur juridique diffère parfois fortement¹⁴¹⁶. Une certaine autonomie leur est laissée en la matière, ce qui explique le succès du consensus à ce niveau.

A la différence du droit français, le droit européen, s'il ne définit pas la représentativité des syndicats, consacre pleinement l'autonomie collective des partenaires sociaux, tant au

¹⁴¹³ Cf. *Infra* Sous-titre 2.

¹⁴¹⁴ Cf. *Infra* Sous-titre 2, Chapitre 1.

¹⁴¹⁵ (M.E.) BLAS LOPEZ, art. préc., p. 547.

¹⁴¹⁶ Cf. *Infra* Sous-titre 2, Chapitre 1, Section 2.

stade de l'élaboration de la norme sociale qu'à celui de sa mise en œuvre¹⁴¹⁷. Comme le souligne Madame Fourcade, le dialogue social communautaire « *repose sur les principes d'autonomie et de reconnaissance mutuelle des parties à la négociation* »¹⁴¹⁸.

Au niveau européen, la tendance dominante est le consensus alors qu'au niveau français subsiste une certaine réticence à conférer des pouvoirs à certaines catégories professionnelles tirée de l'époque révolutionnaire. Par ailleurs, l'idée de lutte sociopolitique, l'antagonisme entre patronat et salariat, reste encore prégnante. Ce constat explique en partie les difficultés liées au développement du dialogue social en France, notamment les limites tenant à l'autonomie des partenaires sociaux. L'initiative de la norme qui produira des effets au niveau étatique appartient toujours au législateur.

Que la validation des normes étatiques incombe au législateur s'inscrit dans une logique normale et sécuritaire. Un geste pourrait toutefois être fait en faveur de l'initiative des partenaires sociaux, ce qui accélérerait considérablement le développement du dialogue social en France.

§2. L'institutionnalisation souhaitable du rôle des partenaires sociaux

Comme le relève Cécile Fourcade, « *l'institutionnalisation du rôle des organisations syndicales et patronales européennes, dans la production des normes sociales, leur a conféré une place « d'architectes à part entière de la dimension sociale communautaire [...]. Notre droit positif, en revanche, n'a pas la même perception du rôle des partenaires sociaux ; il subordonne leur autonomie collective à l'assentiment du législateur* »¹⁴¹⁹ ».

Effectivement, en France, les partenaires sociaux ne bénéficient pas d'un réel droit d'initiative en matière d'élaboration des normes. C'est pourquoi ils réclament depuis plusieurs années un espace conventionnel qui leur soit dédié pour élaborer des normes.

Cette idée nous semble valable moyennant quelques aménagements en amont pour délimiter le domaine de compétences réservé de manière exclusive au législateur, c'est-à-dire selon nous ce qui relève de l'ordre public absolu, non susceptible de dérogation conventionnelle,

¹⁴¹⁷ (C.) FOURCADE, thèse préc., p. 349.

¹⁴¹⁸ (C.) FOURCADE, *ibid.*

¹⁴¹⁹ (C.) FOURCADE, thèse préc., p. 350.

par opposition à ce qui relève de l'ordre public relatif dont pourraient être saisis les partenaires sociaux. Pour plus de clarté, nous reviendrons sur cette idée dans nos développements ultérieurs davantage axés sur les problématiques européennes tenant à la représentativité, certaines d'entre elles se retrouvant en droit français¹⁴²⁰. A l'aide de ces éléments, nous essaierons ensuite de déterminer quelles sont les pistes de solution envisageables pour résoudre les problèmes juridiques rencontrés en droit interne en matière de représentativité¹⁴²¹.

Par ailleurs, une reconnaissance officielle du rôle des partenaires sociaux dans l'élaboration des normes et plus particulièrement de leur autonomie vis-à-vis du législateur nous paraît indispensable.

Cependant, nous ne pensons pas qu'une telle reconnaissance passe nécessairement par une révision constitutionnelle du rôle ou des compétences du législateur. Il suffirait d'intégrer une bonne fois pour toute dans l'ordonnement juridique l'ordre public social absolu, entendu ici comme un ensemble de normes en matière sociales auxquelles nul ne peut déroger par voie conventionnelle, en lui donnant une définition et une délimitation claire, le juge pouvant au besoin apporter des précisions au cas par cas dans l'avenir¹⁴²².

¹⁴²⁰ Cf. *Infra* Sous-titre 2.

¹⁴²¹ Cf. *Infra* Sous-titre 2.

¹⁴²² Cf. *Infra* Sous-titre 2 pour plus de développements sur les solutions envisageables en la matière.

Sous-titre 2 : Des solutions envisageables

Des connexions peuvent être établies entre la loi du 20 août 2008 et le droit européen. L'examen de ces liens et des dispositifs existants en Europe permet de dégager des pistes de solution ou de réflexion pour résoudre la problématique de la légitimité des syndicats, voire de la représentation du personnel.

La négociation collective occupe aujourd'hui « *une place éminente et prééminente*¹⁴²³ » dans la politique sociale communautaire. Elle a donné naissance au concept de « dialogue social », composante principale des relations professionnelles au niveau supranational.

Le dialogue social constitue un nouveau cadre d'intervention pour les partenaires sociaux européens. Plus encore, il s'agit d'une source potentielle de droit¹⁴²⁴. Ainsi, se pose également la question de la légitimité des partenaires sociaux dès lors qu'ils vont participer aux processus décisionnels et à l'élaboration des normes. Or, le dialogue social européen influence énormément le droit français. Le dialogue social a d'ailleurs été promu en France jusqu'à être inscrit en 2007¹⁴²⁵, en tête du Code du travail¹⁴²⁶.

Le dialogue social est une forme d'application de la démocratie sociale. Les questions qui concernent le dialogue social se retrouvent donc généralement dès qu'on aborde le sujet de la démocratie sociale. On constate ainsi que la question de la légitimité des partenaires sociaux revêt un intérêt tout aussi crucial qu'on l'évoque dans le cadre de la démocratie sociale ou de la mise en œuvre du dialogue social.

Les thématiques de la démocratie sociale, du dialogue social et de la légitimité sont donc étroitement liées¹⁴²⁷. C'est pourquoi nous nous intéressons ici à l'étude du dialogue social en Europe, qui nous mènera logiquement à examiner la question de la légitimité des partenaires sociaux à ce niveau. Il ressort de cette analyse que certains principes doivent nécessairement être redéfinis pour réformer efficacement la représentativité en France (Chapitre 1).

¹⁴²³ (J.E.) RAY, « A propos de la subsidiarité horizontale », *Dr. Soc.* 1999, p. 459.

¹⁴²⁴ (M.E.) BLAS LOPEZ, « Le cadre d'action des partenaires sociaux européens : panorama, mutations et enjeux à l'heure de la mondialisation », *Dr. Soc.*, mai 2006, p. 541.

¹⁴²⁵ Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social : JORF n°27 du 1^{er} février 2007, p. 1944.

¹⁴²⁶ Art. L.1 du Code du travail.

¹⁴²⁷ Voir aussi sur ce point *Supra* Première partie, Propos liminaires.

En outre, le dialogue social européen rencontre parfois des difficultés d'articulation avec les autres ordres juridiques, nationaux et internationaux, tenant à la fois à la manière dont le concept est appréhendé par le droit européen et à sa mise en œuvre.

Certaines de ces problématiques se retrouvent en droit français. L'étude de ces différents aspects du dialogue social européen révèle que certains mécanismes propres au droit européen ne sont pas transposables en France. A l'inverse, d'autres dispositions du droit communautaire offrent des pistes de réflexion intéressantes et potentiellement, des solutions qui pourraient être adaptées en France en vue de favoriser la mise en œuvre de la démocratie sociale (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La redéfinition nécessaire de certains principes

L'examen du système issu de la réforme de 2008 conduit à constater que la redéfinition de certains principes est nécessaire en matière de représentativité et dans le cadre des négociations collectives, les deux thématiques étant étroitement liées.

Des solutions sont envisageables au niveau interne (Section 1). Le droit européen pourrait par ailleurs servir de source d'inspiration pour remédier à bon nombre de problèmes (Section 2).

Section 1 – Les solutions envisageables au niveau interne

Au niveau interne, deux pistes pourraient d'ores et déjà être explorées pour tenter d'assurer la mise en œuvre de la démocratie sociale dans des conditions qui garantissent à la fois l'efficacité de la représentation et le bon déroulement du dialogue social dans les entreprises.

La première piste réside dans les obligations de loyauté et de bonne foi dans les négociations qui peuvent constituer un garde-fou efficace contre les abus à l'heure où on observe un développement du champ contractuel par rapport au champ légal. Ces notions gagneraient toutefois à être précisées (§1).

A contrario, on peut s'interroger sur l'utilité de recourir à des seuils minimaux pour la mise en place des institutions représentatives dans les entreprises : ces derniers conditionnent le développement de la représentation et de la démocratie sociale mais ont-ils à l'heure actuelle une réelle utilité d'un point de vue pratique et juridique (§2) ?

§1. L'obligation de loyauté et de bonne foi dans les négociations : des notions à développer

La loi du 20 août 2008 s'inscrit dans une mouvance favorable au développement des négociations dérogatoires¹⁴²⁸. En même temps, elle va dans le sens d'une contractualisation

¹⁴²⁸ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 2, Chapitre 2.

des relations collectives¹⁴²⁹. Et en renforçant la légitimité des syndicats, la réforme de 2008 accroît également leurs responsabilités vis-à-vis des électeurs : les organisations syndicales devront à plus forte raison assumer les responsabilités qu'elles ont prises en signant ou en refusant de signer un accord¹⁴³⁰.

Ces nouveautés soulèvent avec plus d'acuité la question de l'éthique dans les négociations.

En effet, à l'heure actuelle, le seul régulateur efficace qui existe dans les relations de travail contractualisées est la notion, fondamentale en droit des contrats, de bonne foi, qui rejoint celle de loyauté dans les négociations. Comme le relève un auteur, « *La fonction régulatrice de la bonne foi se rattache à l'idée que les rapports de personnes vivant en société ne doivent pas être de purs rapports de force. Elle discipline les volontés et tempère les moyens de lutte*¹⁴³¹ ».

Le droit du travail étant d'une façon générale, soumis aux dispositions du droit commun, l'obligation de bonne foi dans la conclusion des contrats comme dans leur exécution a été fréquemment rappelée par la Cour de cassation¹⁴³².

L'intervention législative de 2008 soulève toutefois plus spécialement la question de l'éthique dans le cadre de la négociation collective. Nous avons vu à ce propos que la loi du 20 août 2008 instaure une forme « d'éthique »¹⁴³³ dans les négociations dérogatoires réalisées avec des élus ou des salariés mandatés¹⁴³⁴. Il ne s'agit toutefois pas d'un renvoi clair à l'obligation de loyauté.

L'obligation de bonne foi suppose en premier lieu que les parties bénéficient d'une information suffisante pour leur permettre de contracter en toute connaissance de cause, autrement dit, de donner un consentement libre et éclairé, non vicié.

Les dispositions de la loi du 20 août 2008 imposent que les projets d'accords soient élaborés conjointement par les négociateurs, que les syndicats qui participent aux négociations soient indépendants vis-à-vis de l'employeur, qu'il y ait une concertation avec les salariés, qu'il soit permis de prendre attache avec les organisations syndicales représentatives au niveau de la

¹⁴²⁹ Cf. *Supra* Sous-titre 1.

¹⁴³⁰ (G.) BELLIER, (H-J.) LEGRAND, La négociation collective en entreprise, ouvrage préc., p. 258.

¹⁴³¹ (A.) CORMIER, *La bonne foi dans les rapports collectifs de travail*, Mémoire de DEA, Nanterre, 1998.

¹⁴³² Exemple : Cass. Soc., 7 mai 2008, n° 06-43.989, Bull. 2008, n° 99.

¹⁴³³ Cf. *Supra* Première partie, Titre 1, Sous-titre 2.

¹⁴³⁴ Loi n°2008-789 du 20 août 2008, préc., art. 9.

branche et enfin, que l'employeur détermine par accord avec les élus titulaires et les salariés mandatés, les informations qui leur seront transmises au cours de la négociation¹⁴³⁵. La bonne foi et la sécurité juridique semblent donc garanties dans les négociations en dépit de la question de l'indépendance des salariés élus qui reste difficile à garantir¹⁴³⁶.

La question de l'éthique dans les relations collectives dépasse toutefois largement le seul cadre de la négociation dérogatoire. Elle englobe également les négociations collectives d'une façon générale et la négociation transnationale.

L'obligation de bonne foi dans les négociations collectives implique donc une information correcte des parties en cause pour leur permettre de négocier. On se heurte ici à un double problème.

En effet, d'une part, encore faut-il que l'institution habilitée à négocier existe.

Ensuite, il faut garantir à cette dernière un droit d'information suffisant pour lui permettre de négocier.

On se heurte ici à la fois aux problèmes de l'absence de représentation du personnel dans certaines entreprises (I) et à celui du droit à l'information garanti aux institutions représentatives lorsqu'elles existent (II) dont nous ferons un bref tour d'horizon ici.

L'analyse de ces questions nous amène à constater que les problématiques relatives à la bonne foi et donc, indirectement, au bon déroulement de la négociation collective, ont été abordées voire partiellement résolues au niveau national. En revanche, elles demeurent prégnantes et plus complexes dès qu'elles dépassent le cadre national.

I. La bonne foi en l'absence de représentants du personnel

S'intéresser au concept de bonne foi dans les négociations renvoie nécessairement à la question, plus vaste, de la représentation du personnel dans les entreprises. La problématique de la représentation du personnel existe au niveau interne, notamment dans les TPE et PME, ce qui a d'ailleurs conduit le législateur à développer les modes de négociation dérogatoires. Cette question est encore plus prégnante dans les entreprises de dimension multinationale.

En effet, au niveau interne on constate que différentes solutions ont été développées : les juridictions françaises par exemple, s'appuyant sur la notion d'établissement, ont largement

¹⁴³⁵ Art. L. 2232-27-1 du Code du travail.

¹⁴³⁶ Cf. *Supra* Première partie, Titre 1, Sous-titre 2.

contribué à délimiter des cadres pour la représentation du personnel sur le territoire national, y compris lorsque l'on est en présence d'une société multinationale. Ces décisions méritent d'être rappelées brièvement car elles mettent en exergue la problématique plus vaste qui entoure la question de la mise en œuvre de la démocratie sociale, à savoir celle de la représentation du personnel. En effet, comment parler de démocratie sociale au sens de la loi du 20 août 2008 en l'absence d'acteurs syndicaux ? Ces décisions, si elles ne résolvent pas le problème offrent toutefois des pistes de réflexion intéressantes (A).

Par ailleurs, certaines notions essentielles restent difficile à définir, spécialement lorsqu'elles concernent le champ transnational : on pense par exemple à la notion de groupe. Ce manque de définition juridique ne facilite pas la mise en place des institutions représentatives et augmente la complexité de la problématique de la représentation du personnel dès qu'on dépasse le cadre national (B).

A. L'absence de représentation dans les sociétés de dimension transnationale : quelques solutions jurisprudentielles

Les juridictions françaises ont eu à se prononcer sur des litiges relatifs à la représentation du personnel dans des entreprises de dimension internationale. Plus spécialement, dans un premier temps, les juges ont eu affaire à la division structurelle et géographique de l'entreprise que constitue l'établissement. Cette notion a été précisée en droit français¹⁴³⁷. Cependant, des difficultés supplémentaires se posent lorsqu'il s'agit d'assurer la représentation du personnel dans des établissements localisés en France mais qui appartiennent à une société étrangère.

Les juridictions ont ainsi décidé que l'établissement constituait le siège de la représentation en France notamment lorsqu'il s'agit de mettre en place un comité d'entreprise (1) et que l'absence d'infrastructure matérielle n'excluait pas l'existence d'un établissement et donc, la mise en place d'institutions représentatives du personnel (2).

¹⁴³⁷ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 2.

1. L'établissement, siège de la représentation du personnel en France

Un arrêt de référence a été rendu par le Conseil d'Etat en 1973, concernant la compagnie de droit belge des Wagons-lits. Dans cet arrêt a été posée pour la première fois la définition de l'établissement distinct au sens du droit des comités d'entreprise.

Le Conseil d'Etat décide ainsi que la seule circonstance qu'une personne morale employant plus de cinquante personnes en France ait son siège social à l'étranger ne la dispense pas d'appliquer la législation relative au comité d'entreprise.

Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a précisé qu' « *il appartient à cette personne physique ou morale étrangère d'instituer la participation d'un tel comité à ses activités d'employeur en France dans toute la mesure du possible. En particulier un comité central, réuni au lieu principal des activités en France doit être mis à même d'exercer l'ensemble des attributions définies par l'ordonnance du 22 février 1945 à la seule exception de celles qui seraient incompatibles avec la présence à l'étranger du siège social*¹⁴³⁸ ».

Le Conseil d'Etat impose donc la création d'un comité central, qui ressemble beaucoup au comité central d'entreprise tel qu'il est défini par le droit français, dès lors que la société possède des établissements en France.

La Cour de cassation a rejoint cette position en 1988, avec l'arrêt Thoressen, rendu à propos des agences françaises d'une société britannique de car-ferries dans laquelle la Chambre sociale reprend la formulation impliquant le déclenchement des droits collectifs de représentation du droit français au profit des salariés présents dans ces agences, bien que la société ait son siège social en Grande-Bretagne¹⁴³⁹.

2. La représentation non conditionnée par l'infrastructure matérielle de l'établissement

Par la suite, en 2001¹⁴⁴⁰, la Haute juridiction a rendu un arrêt qui apporte une nouvelle pierre à l'édifice juridique dont les premières bases avaient été posées.

En l'espèce, une société de droit néerlandais employait sur le territoire français une trentaine d'auxiliaires salariés pour réaliser des prospections commerciales. Ces derniers avaient été

¹⁴³⁸ CE, 29 juin 1973, *Dr. Soc.* 1974, concl. (N.) QUESTIAUX, note (J.) SAVATIER ; (A.) COEURET, préc., p. 492.

¹⁴³⁹ Cass. Soc., 3 mars 1988, *Bull. Civ.* V n° 164 ; (A.) COEURET, « Frontières de l'entreprise et institutions représentatives du personnel », *Dr. Soc.* 2001, p. 492.

¹⁴⁴⁰ Cass. Soc., 14 février 2001, n° 682, *Campana c./ Société Agio Sigaren fabrieken*.

recrutés localement et étaient rattachés à une antenne commune. L'organisation de l'élection de délégués du personnel avait été refusée par l'employeur, auquel le tribunal d'instance saisi de l'affaire avait donné raison, au motif que cette société ne disposait en France d'aucun établissement.

La Chambre sociale de la Cour de cassation a cassé ce jugement, reprenant le principe énoncé dans les arrêts précédents¹⁴⁴¹ selon lequel toute personne juridique ayant son siège à l'étranger, qui emploie des personnes sur le territoire français, exerce les responsabilités de l'employeur selon la loi française et doit appliquer la législation relative à la représentation des salariés dans l'entreprise. La Cour de cassation ajoute ensuite dans cet arrêt que l'antenne sur le territoire français d'une société étrangère constitue nécessairement un établissement.

L'absence d'une infrastructure matérielle et/ou d'un représentant de l'employeur en France ne paraît donc pas être un élément de nature à faire obstacle à la mise en place des institutions représentatives du personnel, le seul fait d'employer des salariés en France suffisant à déclencher l'application des droits collectifs si les conditions requises par le droit français sont réunies. L'existence d'un cadre d'implantation des institutions représentatives du personnel est indépendante de l'existence des infrastructures nécessaires à la mise en œuvre de ces droits qui devront donc, logiquement, être constituées après. On suppose notamment qu'un représentant de l'employeur devra être délégué sur place pour organiser les élections professionnelles.

Cependant, comme le relève le Professeur Blanc-Jouvan, ces solutions ne sont applicables qu'« *aux entreprises étrangères ayant en France de simples établissements dépourvus de personnalité juridique. [Elles] ne jouent donc pas lorsque l'on se trouve en présence de groupes internationaux qui ont, en France, des filiales constituées sous la forme de sociétés distinctes*¹⁴⁴² ». De plus, la mise en œuvre des prérogatives de ce comité risque de se révéler délicate, aucune règle n'étant précisée sur ses modalités d'information et de consultation. L'idée portée par les juridictions semble bonne mais revêt alors une portée limitée.

¹⁴⁴¹ Cass. Soc., 29 juin 1973 et 3 mars 1988, préc.

¹⁴⁴² (X.) BLANC-JOUVAN, « L'internationalisation des rapports de travail », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 79.

Par ailleurs, on peut regretter que ces décisions n'aient pas créé l'obligation de créer un comité équivalent au comité de groupe qui transcende les frontières de l'entreprise multinationale lorsque cette dernière possède des établissements, des agences ou des antennes en France. Ce constat s'explique toutefois vraisemblablement par les divergences existantes entre les droits nationaux en matière d'information et de consultation des instances représentatives¹⁴⁴³.

En effet, à la différence du droit français ou du droit allemand, le droit anglo-saxon manifeste une certaine réticence à l'égard des organismes comme le comité d'entreprise. Ces divergences augmentent la difficulté à mettre en place une institution représentative transfrontalière.

En outre, ces différentes décisions, si elles contribuent à garantir l'exercice des droits à la représentation collective des salariés en définissant le périmètre de mise en place de ceux-ci, ne résolvent pas le problème du périmètre d'expression de ces droits.

B. Des notions transnationales non définies : l'exemple du groupe

Lorsqu'on s'intéresse aux sociétés multinationales, on est nécessairement amenés à prendre en considération le groupe de sociétés. On évoque souvent, dans les médias, « les grands groupes ». Ces derniers jouent un rôle important, particulièrement à l'heure de la mondialisation. Aerolia par exemple, fait partie du groupe EADS NV.

Pourtant, la notion de groupe n'est toujours pas clairement définie.

Ainsi, le groupe de sociétés ou groupe d'entreprises, est appréhendé différemment par les économistes et par les juristes. Les approches juridiques diffèrent également : le droit fiscal, le droit du travail et le droit des sociétés n'appréhendent pas le groupe de la même façon¹⁴⁴⁴.

Le droit européen lui, appréhende différemment le groupe selon qu'il s'agit de déterminer les périmètres des institutions représentatives du personnel ou ceux de la négociation collective. A l'échelle mondiale, le groupe est défini par un rapport entre dominé(s) et dominant¹⁴⁴⁵.

¹⁴⁴³ (X.) BLANC-JOUVAN, art. préc., p. 80.

¹⁴⁴⁴ (P.Y.) VERKINDT, « La représentation du personnel dans les groupes de société », *Dr. Soc.*, juillet-août 2010, p. 772.

¹⁴⁴⁵ (A.) MARTINON, « Les relations collectives de travail dans les groupes de sociétés à caractère transnational », *Dr. Soc.*, juillet-août 2010, p. 790.

Au sens du droit du travail français, plus spécialement du droit de la représentation du personnel, le groupe rassemble les entreprises sur lesquelles une entreprise a le contrôle direct ou exerce une « influence dominante ».

Une société a le contrôle d'une autre lorsqu'elle possède plus de la moitié du capital de cette dernière¹⁴⁴⁶, lorsqu'elle détient une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société¹⁴⁴⁷, lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord passé avec les actionnaires ou associés¹⁴⁴⁸, lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société¹⁴⁴⁹ ou lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société¹⁴⁵⁰.

Une société est également présumée avoir le contrôle d'une autre lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne¹⁴⁵¹.

Le contrôle exclusif par une société peut par ailleurs être établi suite à la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise¹⁴⁵² ; ou encore du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet¹⁴⁵³.

Pour la constitution du comité de groupe, le Code du travail précise qu'est considérée comme entreprise dominante, en plus des hypothèses prévues par le code de commerce, une entreprise exerçant une influence dominante sur une autre entreprise dont elle détient au moins 10 % du capital, lorsque la permanence et l'importance des relations de ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique¹⁴⁵⁴.

¹⁴⁴⁶ Art. L. 233-1 du Code de commerce.

¹⁴⁴⁷ Art. L. 233-3 1° du Code de commerce.

¹⁴⁴⁸ Art. L. 233-3 2° du Code de commerce.

¹⁴⁴⁹ Art. L. 233-3 3° du Code de commerce.

¹⁴⁵⁰ Art. L. 233-3 4° du Code de commerce.

¹⁴⁵¹ Art. L. 233-3 II du Code de commerce.

¹⁴⁵² Art. L. 233-16 2° du Code de commerce.

¹⁴⁵³ Art. L. 233-16 3° du Code de commerce.

¹⁴⁵⁴ Art. L. 2331-1 du Code du travail.

Le droit du travail prend donc en compte l'appartenance des employeurs à un même ensemble économique pour identifier le groupe lorsqu'il s'agit de mettre en place un comité de groupe.

En 1982, le législateur a exclu la possibilité de désigner des représentants syndicaux au niveau du groupe¹⁴⁵⁵, sauf par voie conventionnelle. Entre-temps, les accords de groupe ont été légalisés et on pourrait tout à fait adopter une solution similaire pour la mise en place des autres représentants du personnel. Cette solution suppose que la représentativité soit reconnue au niveau du groupe, ce qui est prévu par la loi du 20 août 2008 : pour déterminer cette représentativité, on agrège l'ensemble des suffrages obtenus au niveau des entreprises ou établissements concernés¹⁴⁵⁶. Dans ce cas, pourquoi ne pas prévoir un dispositif légal pour la désignation de délégués ou représentants syndicaux au niveau du groupe par les organisations syndicales reconnues représentatives à ce niveau ?

II. La bonne foi garantie par le droit à l'information : l'exemple du CEE

Le droit à l'information est un corollaire de l'obligation de bonne foi : en effet, pour que les négociations soient mises en œuvre de bonne foi, il faut que les représentants du personnel qui y participent aient été suffisamment informés, c'est-à-dire qu'ils disposent des éléments qui leur permettront de mener les négociations en toute connaissance de cause.

En droit interne, ce droit est globalement assuré et garanti par de nombreux textes : l'employeur doit notamment communiquer un certain nombre de documents au comité d'entreprise, en matière économique¹⁴⁵⁷, ou encore concernant l'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise¹⁴⁵⁸ par exemple. Plus récemment, l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 prévoit la mise en place d'une base de données unique regroupant l'ensemble des informations économiques et sociales habituellement transmises aux représentants du personnel¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵⁵ Sous la forme par exemple d'un délégué syndical de groupe ; (P.Y.) VERKINDT, art. préc., p. 776.

¹⁴⁵⁶ Loi du 20 août 2008, art. 2 ; art. L. 2122-4 du Code du travail.

¹⁴⁵⁷ Art. L. 2323-7 et suivants du Code du travail.

¹⁴⁵⁸ Art. L. 2323-14 du Code du travail.

¹⁴⁵⁹ ANI du 11 janvier 2013, préc., art. 12.

Au niveau européen en revanche, la question du droit à l'information est plus complexe, comme en témoigne l'exemple du Comité d'entreprise européen (A). Des améliorations sont néanmoins envisageables (B).

A. Le droit d'information du CEE

Dès 1992, la Cour de Justice des Communautés européenne énonçait que le droit d'information suppose l'existence d'une représentation du personnel¹⁴⁶⁰. L'application de ce principe suppose que la représentation des travailleurs soit assurée dans l'entreprise à un niveau pertinent¹⁴⁶¹. Le droit communautaire s'est donc naturellement penché sur la dimension européenne des entreprises.

Ainsi, la directive n° 94/45 du 22 septembre 1994 sur les comités d'entreprise¹⁴⁶² et sa loi de transposition de novembre 1996 prévoient la mise en place de deux dispositifs de négociation : le comité d'entreprise européen ou bien une procédure d'information, d'échange de vues et de dialogue moins contraignante pour les entreprises.

La mise en place de ces structures est posée par l'article L. 2341-4 du Code du travail¹⁴⁶³ qui dispose qu'en vue de garantir le droit des salariés à l'information et à la consultation à l'échelon européen, « un comité d'entreprise européen ou une procédure d'information, et de consultation est institué dans les entreprises ou groupes d'entreprises de dimension communautaire ».

L'entreprise sera réputée avoir une dimension communautaire dès lors qu'elle emploie au moins 1000 salariés dans au moins deux Etats membres de la Communauté européenne participant à l'accord sur la politique sociale annexé au traité de l'Union Européenne ou dans deux Etats membres de l'Espace Economique Européen non membres de la Communauté européenne¹⁴⁶⁴.

Toutefois, dans la directive 94/45/CE, la notion d' « information » n'est pas directement définie mais figure simplement dans les prescriptions subsidiaires. La « consultation » quant à

¹⁴⁶⁰ CJCE, aff. C382/92, Commission des Communautés européennes c. Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, Rec. 1994, p. I-2435.

¹⁴⁶¹ (M.L.) MORIN, « Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises », *Revue internationale du travail*, vol. 144 (2005), n°1, p. 17.

¹⁴⁶² Révisée en 2009 ; cf. (S.) LAULOM, « La révision manquée de la directive sur les comités d'entreprise européens », *SSL* n° 1339, 12 mai 2009, p. 5.

¹⁴⁶³ Art. L. 2341-4 du Code du travail, alinéa 1.

¹⁴⁶⁴ Art. L. 2341-1 du Code du travail.

elle n'est définie que de manière générale comme « l'échange de vues et l'établissement d'un dialogue entre les représentants des travailleurs et la direction centrale ou tout autre niveau de direction plus approprié¹⁴⁶⁵ ».

Heureusement, la Commission européenne s'est préoccupée de cette question. Elle a invité les partenaires sociaux à venir débattre de ce sujet le 20 février 2008 et de nouvelles propositions ont été faites¹⁴⁶⁶. Le 2 juillet 2008, la Commission a présenté une proposition de directive en ce sens, en vue de modifier la directive 94/45/CE¹⁴⁶⁷. Celle-ci a été adoptée quelques mois plus tard.

La Commission a annoncé vouloir apporter des précisions aux notions d' « information » et de « consultation » du comité d'entreprise européen. Elle souhaite également définir plus clairement les compétences de ces comités et améliorer l'articulation des niveaux d'information et de consultation européens et nationaux.

B. Une notion à préciser

La détermination des procédures d'information et de consultation du comité d'entreprise européen en matière de négociation reste floue, ambiguë¹⁴⁶⁸. Quand l'employeur doit-il déclencher la procédure de consultation du comité ? Tout au plus les prescriptions subsidiaires de la directive indiquent-elles que la compétence du comité est limitée aux questions « qui concernent l'ensemble de l'entreprise de dimension communautaire ou du groupe de dimension communautaire ou au moins deux établissements ou entreprises du groupe situés dans des Etats membres différents¹⁴⁶⁹ ».

Notons toutefois que la Commission a annoncé vouloir « *adapter les prescriptions subsidiaires utilisées comme référentiels pour définir une réglementation négociée et adaptée à l'échelle de l'entreprise*¹⁴⁷⁰ ». La proposition de révision de la directive réalisée le 2 juillet 2008 en ce sens a été adoptée¹⁴⁷¹.

¹⁴⁶⁵ Art. 2 § 1, f de la directive 94/45 ; (J.P.) LHERNOULD, « La nouvelle directive CE européen : une victoire française...quelle victoire ? », *RJS/2009*, p. 102.

¹⁴⁶⁶ Propositions de révision de la législation relative aux comités d'entreprise européens, MEMO/08/468, disponible sur le site europa.eu.

¹⁴⁶⁷ (COM) 2008 419 final.

¹⁴⁶⁸ (S.) LAULOM, art. préc., p. 8.

¹⁴⁶⁹ Annexe de la directive 94/45/CE, art. 1 § a ; (J.P.) LHERNOULD, « La nouvelle directive CE européen : une victoire...quelle victoire ? », *RJS/ 2009*, p. 102.

¹⁴⁷⁰ (COM) 2008 419 final.

¹⁴⁷¹ Directive n°2009/38 du 6 mai 2009 : JOUE 16 mai 2009 n°L.122, p.18.

Néanmoins, la nouvelle définition des « questions transnationales » relevant de la compétence des comités d'entreprise européens n'est pas exempte de critiques.

Le préambule de la directive 94/45 a été enrichi. Il indique que le comité européen doit couvrir « des thèmes qui, indépendamment du nombre d'Etats membres concernés, revêtent de l'importance pour les travailleurs européens, s'agissant de l'ampleur de leur impact potentiel, ou qui impliquent des transferts d'activité entre Etats membres¹⁴⁷² ». L'expression employée est toutefois susceptible d'interprétations diverses : quels événements revêtent précisément de l'importance pour les travailleurs européens compte tenu de l'ampleur de leur impact potentiel ? Il appartiendra aux entreprises et aux comités d'apprécier cela, puis aux tribunaux lorsque les contentieux apparaîtront à ce sujet.

La proposition de directive présentée par la Commission européenne en 2008 a pour objectif « d'assurer une meilleure effectivité des droits d'information et de consultation transnationale des travailleurs¹⁴⁷³ », notamment parce que les comités d'entreprise européens ne seraient pas en mesure « de jouer pleinement leur rôle dans l'anticipation et l'accompagnement du changement et de développer un véritable dialogue social transnational¹⁴⁷⁴ ».

Comme le souligne Alain Supiot, « *on ne peut s'empêcher de penser que là où il sera efficace, le fonctionnement [du comité d'entreprise européen] (information et consultation) donnera lieu à des pratiques de négociation*¹⁴⁷⁵ ».

Cependant, si une révision de la directive était nécessaire et si l'objectif affiché est louable, on devine déjà que la problématique principale, à savoir l'attribution d'une réelle faculté de négociation au profit des comités d'entreprise européens, n'est pas abordée et que des précisions doivent encore être apportées au rôle du comité d'entreprise européen.

La Commission a annoncé vouloir apporter des précisions aux notions d'« information » et de « consultation » du comité d'entreprise européen. Ainsi, la nouvelle directive présentée par la Commission en juillet 2008 a pour ambition de contribuer à « remédier à l'insécurité juridique qui découle de certaines de ses dispositions et de leur absence et d'assurer une meilleure articulation des instruments législatifs communautaires en matière d'information et de consultation des travailleurs ».

¹⁴⁷² Considérant n° 16, directive, refonte.

¹⁴⁷³ Proposition de directive présentée par la Commission, COM (2008) 419 final du 2 juillet 2008.

¹⁴⁷⁴ Proposition de directive préc.

¹⁴⁷⁵ (A.) SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, ouvrage préc., p. 155.

Cet objectif a été partiellement atteint par la proposition de refonte de la directive 94/45 adoptée courant 2008, l'information se définissant désormais comme « *la transmission par l'employeur de données aux représentants des travailleurs afin de permettre à ceux-ci de prendre connaissance du sujet traité et de l'examiner ; l'information s'effectue à un moment d'une façon et avec un contenu approprié, qui permettent notamment aux représentants des travailleurs de procéder à une évaluation en profondeur de l'incidence éventuelle et de préparer, le cas échéant, des consultations avec l'organe compétent de l'entreprise de dimension communautaire ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire en question*¹⁴⁷⁶ ».

Si la nouvelle définition n'est pas parfaite, elle a au moins le mérite d'intégrer les textes relatifs au moment où l'information doit être transmise au comité d'entreprise européen. On pense notamment à l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE¹⁴⁷⁷. Reste que le moment en question n'est toujours pas défini par la directive et qu'il appartiendra vraisemblablement aux juridictions d'apporter des précisions sur ce point. En outre, la procédure de transmission de l'information n'est pas indiquée non plus. Tout au plus le considérant n°22 de la refonte précise-t-il que l'information doit s'effectuer « sans ralentir le processus décisionnel au sein des entreprises ». La nécessité de tenir les représentants informés « en temps utile » suggère une information et une consultation préalables à la prise de décision mais à la condition de ne pas ralentir le processus décisionnel. Or, c'est généralement lorsqu'il s'agit de décisions importantes, sur des sujets sensibles, comme les restructurations, que les débats les plus houleux ont lieu et que les consensus sont les plus difficiles à obtenir. Ce type de problème n'est pas nouveau et au final, la proposition de directive ne le résout pas réellement puisqu'un doute subsiste quant à son application : faut-il privilégier l'information et la consultation en temps utile ou la nécessité de ne pas ralentir les processus décisionnels ? Ces deux points étant souvent délicats à concilier on peut craindre encore de nombreux contentieux à venir sur ce sujet malgré l'intervention de la Commission.

La nouvelle directive précise également la notion de consultation. Celle-ci s'entend désormais comme « *l'établissement d'un dialogue et l'échange de vues entre les représentants des travailleurs et la direction centrale ou tout autre niveau de direction plus approprié, à un*

¹⁴⁷⁶ Art. 2, f, directive refonte.

¹⁴⁷⁷ Art. 27 de la charte : « *les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales* ».

*moment, d'une façon et avec un contenu qui permettent aux représentants des travailleurs, d'exprimer, sur la base des informations fournies et dans un délai raisonnable, un avis concernant les mesures proposées qui font l'objet de la consultation, sans préjudice des responsabilités de la direction, lequel pourra être pris en compte au sein de l'entreprise de dimension communautaire ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire*¹⁴⁷⁸ ».

On observe une concordance du texte avec la nécessité d'une information en temps utile. La consultation doit elle aussi s'effectuer au moment approprié, afin de garantir les droits des travailleurs et l'exercice de leurs prérogatives par leurs représentants. L'expression « sans préjudice des responsabilités de la direction », bien qu'étrangement formulée, vise toutefois à rappeler que le comité d'entreprise n'a qu'une fonction consultative, relativisant ainsi le rôle de l'institution représentative. De plus, cet avis « pourra être pris en compte par la direction », ce qui en réduit encore la portée, sa prise en compte n'étant pas obligatoire.

Cependant, comme le relève le Professeur Lhernould, les prescriptions subsidiaires dans la proposition de refonte nuancent ce constat, indiquant que « *la consultation s'effectue de façon à permettre aux représentants des travailleurs de se réunir avec la direction centrale et d'obtenir une réponse motivée à tout avis qu'ils pourraient émettre*¹⁴⁷⁹ ».

§2. Le recours superflu aux seuils de représentativité

« *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* » énonce l'article 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Le droit à la représentation des salariés dans l'entreprise est donc constitutionnellement reconnu.

Dès lors, on peut s'interroger sur la constitutionnalité et plus largement sur le bien-fondé, des mesures qui apportent des restrictions à ce principe. Cette question rejoint celle de la détermination de la collectivité de travail.

Ainsi, qu'est-ce qui justifie que certains salariés soient exclus du décompte des effectifs de l'entreprise ? Tel était l'objet du litige qui opposait un syndicat à une association : l'article L. 1111-3 du Code du travail excluant du décompte des effectifs les salariés embauchés dans le cadre de contrats aidés était-il conforme à l'article 8 du Préambule de 1946 ? La Cour de

¹⁴⁷⁸ Art. 2, g, directive refonte.

¹⁴⁷⁹ Annexe, art. 1, a ; (J.P.) LHERNOULD, « La nouvelle directive CE européen : une victoire française...quelle victoire ? », *RJS/2009*, p. 108.

cassation, saisie de la question, l'a renvoyée devant le Conseil constitutionnel¹⁴⁸⁰. Ce dernier a tranché le 29 avril 2011¹⁴⁸¹ en faveur de la constitutionnalité de l'article L. 1111-3 du Code du travail, relevant notamment que l'exclusion des contrats aidés du décompte des effectifs vise à favoriser l'insertion de personnes fragiles et qu'accessoirement, cela n'empêche pas ces salariés d'adhérer librement au syndicat de leur choix ou de participer aux élections professionnelles. Toutefois, suite à la décision du Conseil constitutionnel, un tribunal d'instance a écarté l'application de l'article L. 1111-3 du Code du travail au motif de sa non-conformité avec le droit communautaire. Saisie de la question, la Cour de cassation a alors introduit un recours préjudiciel devant la Cour de Justice de l'Union Européenne.

Cette affaire montre que d'après le Conseil constitutionnel, la légitimité des mesures restreignant l'application de l'article 8 du Préambule de 1946 dépend généralement de l'objectif qu'elles poursuivent. Ainsi, s'appuyant sur des arguments de politique de l'emploi, le Conseil a déclaré l'article L. 1111-3 du Code du travail conforme à la Constitution. Pourtant, en 2007¹⁴⁸², la CJCE, saisie d'une question similaire décidait que « l'article 3, § 1 [de la directive 2002/14 du 11 mars 2002, relative à l'information et à la consultation] doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale, qui exclut, fût-ce temporairement, une catégorie déterminée de travailleurs du calcul du nombre des travailleurs employés au sens de cette disposition ». Par conséquent, le débat relatif à l'exclusion de certains travailleurs du calcul des effectifs est loin d'être fermé¹⁴⁸³.

Sur le même thème se pose la question des seuils de représentativité : si l'on veut assurer au maximum la représentation des salariés, pourquoi imposer des seuils d'effectif minimum pour la mise en place des institutions représentatives ? D'autant plus que l'obligation de négocier elle, existe dans toutes les entreprises où est constituée une section syndicale, cette création n'étant subordonnée à aucune condition de seuil d'effectif¹⁴⁸⁴. Cependant, la négociation doit être menée prioritairement avec les délégués syndicaux. A défaut avec des élus ou un salarié mandaté, voire avec le représentant de la section syndicale. Souhaite-t-on réellement favoriser la négociation avec les délégués syndicaux ? L'exigence de

¹⁴⁸⁰ Cass. Soc., 16 avril 2011, n° 10-40.062, inédit.

¹⁴⁸¹ Cons. Constit., DC n° 2011-122, JO du 30 avril 2011, p. 7535.

¹⁴⁸² CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-385/05, CGT et autres.

¹⁴⁸³ (S.) LAULOM, « La saga du calcul des seuils d'effectif », *SSL*, n° 1535, texte disponible sur : <http://www.wk-rh.fr/actualites/detail/52744/la-saga-du-calcul-des-seuils-d-effectif.html>.

¹⁴⁸⁴ (M.-L.) MORIN, thèse préc., p. 464.

seuil pour la désignation de ces derniers est-elle pertinente ? Ne faudrait-il pas songer à aligner les règles de la désignation des délégués syndicaux avec celles de la négociation ?

Néanmoins, avant de remettre en cause l'exigence des seuils, il convient de vérifier si l'objectif de cette mesure justifie la restriction apportée au principe de représentation du personnel.

On pourrait arguer que ces seuils visent à éviter une surcharge de représentants dans les petites entreprises : par exemple, il serait peu pertinent que l'employeur d'une petite entreprise de 10 salariés se trouve face à 5 représentants du personnel. Cette hypothèse est toutefois très improbable, la pratique démontrant qu'au contraire dans de nombreuses TPE il n'y a aucun représentant du personnel. Quelle est alors l'utilité pratique de la règle des seuils légaux en matière de représentation du personnel ? D'autant plus qu'il est possible d'abaisser ces seuils par voie conventionnelle dans les entreprises de moins de onze salariés pour la mise en place des délégués du personnel¹⁴⁸⁵ et dans les entreprises de moins de cinquante salariés pour la création des comités d'entreprise¹⁴⁸⁶. La loi prévoit expressément des possibilités de dérogation à la règle des seuils : l'existence même de ces dérogations témoigne du fait que dans certains cas, cette règle n'est pas adaptée aux réalités du terrain et que des adaptations sont nécessaires. Son utilité et sa pertinence sont donc discutables.

La question se pose avec plus d'acuité encore si l'on envisage sérieusement de développer la démocratie sociale dans l'entreprise : dans ce cas, les restrictions aux possibilités de représentation doivent être véritablement justifiées dès le départ. La règle des seuils de représentativité ne nous paraît pas suffisamment justifiée pour être maintenue, sa remise en cause devrait donc être étudiée.

¹⁴⁸⁵ Art. L. 2312-4 du Code du travail.

¹⁴⁸⁶ Art. L. 2322-3 du Code du travail.

Section 2- Les solutions d'origine européenne

Avec le développement du dialogue social, les partenaires sociaux européens et nationaux sont appelés à jouer un rôle de plus en plus important, particulièrement en matière de droit social. La question de leur légitimité revêt donc une importance accrue.

La définition du dialogue social proposée par l'Organisation Internationale du Travail inclut toutes formes de négociation, de consultation ou simplement d'échange d'informations entre représentants des gouvernements, des employeurs et des travailleurs sur des questions d'intérêt commun liées à la politique économique et sociale¹⁴⁸⁷.

Selon l'OIT, le dialogue social peut se présenter sous la forme soit d'un processus tripartite, dans lequel le Gouvernement est officiellement partie au dialogue, soit de relations bipartites impliquant uniquement les salariés et la direction (ou les syndicats et les organisations d'employeurs), avec ou sans la participation indirecte du gouvernement.

La concertation peut être informelle ou institutionnalisée mais le plus souvent elle est les deux à la fois. Elle peut avoir lieu aux plans national ou régional ou au niveau de l'entreprise. Enfin, elle peut être interprofessionnelle, sectorielle, ou une combinaison des deux.

Au niveau européen, le dialogue social bipartite a pris une grande importance dans la seconde moitié des années 90¹⁴⁸⁸. Il a notamment donné lieu à des accords-cadres.

Par la suite, la décision 2003/174/CE¹⁴⁸⁹ du Conseil a créé un sommet social tripartite.

A l'heure actuelle, la concertation tripartite se déploie essentiellement dans quatre domaines : le dialogue macroéconomique, l'emploi, la protection sociale et l'éducation et la formation.

On constate que le développement du dialogue social constitue donc une des préoccupations européennes majeures en droit social. Il est intéressant d'analyser un peu le fonctionnement de ce dialogue social européen et de voir comment s'inscrit la réforme de 2008 par rapport à la logique européenne. D'autant plus que la loi du 20 août 2008 a été soumise aux juridictions européennes comme nous le verrons dans nos développements

¹⁴⁸⁷ Définition figurant sur le site de l'OIT : <http://www.ilo.org/ifpdial/lang--en/index.htm>.

¹⁴⁸⁸ http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/social_dialogue/c10132_fr.htm.

¹⁴⁸⁹ Décision du Conseil 2003/174/CE du 6 mars 2003 : JO L 273 du 17.12.1970, p. 25. Décision modifiée en dernier lieu par la décision 1999/207/CE (JO L 72 du 18.3.1999, p. 33).

ultérieurs. La réforme de 2008 et la question de la représentativité au niveau européen sont donc des thématiques liées.

Les fondements de la représentativité au niveau européen sont très différents de ceux retenus en droit français. Ils pourraient néanmoins constituer une source d'inspiration pour résoudre les problèmes qui se posent en droit interne en matière de représentativité (§1).

Par ailleurs, le droit français se heurte souvent aux principes européens, voire aux règles de droit international. La réforme de 2008 n'échappe pas à ce problème, ce qui nous conduit à nous interroger sur les raisons de ces contradictions et la possibilité d'y remédier, voire de rechercher dans les droits européens des et internationaux des solutions, puisque ces derniers influencent le droit français (§2).

§1. La représentativité européenne, une source d'inspiration pour le droit français ?

On constate qu'au niveau européen, il n'existe pas de définition « officielle » de la représentativité, ni de définition précise (I), ce qui ne facilite pas la mise en œuvre du dialogue social.

Le dialogue social consiste avant tout en une discussion afin d'arriver à un compromis. Plus largement, suivant la définition donnée par l'OIT, il englobe les consultations et échanges d'information entre les représentants des gouvernements, des employeurs et des travailleurs selon des modalités diverses¹⁴⁹⁰. Toutefois, comme le souligne le Conseil Economique et Social dans son rapport paru en 2006¹⁴⁹¹, « *La notion de « dialogue social » est aujourd'hui couramment utilisée mais rarement définie avec précision, les différents acteurs pouvant dès lors lui donner des significations éminemment variables : dans la mesure où elle ne désigne, a priori, ni une forme identifiée, ni un niveau précis (information, consultation, concertation, négociation), chacun peut y mettre le contenu qu'il souhaite, avec*

¹⁴⁹⁰ <http://www.ilo.org/ifpdial/lang--en/index.htm>, préc.

¹⁴⁹¹ *Consolider le dialogue social*, rapport du Conseil Economique et Social préc.

*les questions de méthode et tous les risques de malentendus que cela induit quant au degré d'implication des interlocuteurs dans la décision*¹⁴⁹² ».

En France, le dialogue s'exerce entre les syndicats représentatifs et les organisations patronales. Pour pouvoir participer au dialogue social, ces syndicats doivent donc avoir démontré leur représentativité, selon les critères posés par la loi du 20 août 2008.

De plus, le développement de la négociation collective rend nécessaire l'existence d'institutions représentatives des employeurs et des salariés.

Le phénomène de développement du dialogue social est également observable au niveau européen. Il suit une évolution différente de celle que l'on connaît en France, mais semble promis à un avenir certain, compte tenu de la multiplication d'accords européens.

La question de la représentativité syndicale se pose donc également avec acuité au niveau européen¹⁴⁹³. En 1993, la Commission affirmait d'ailleurs à ce sujet que: « *l'Union européenne ne pourra faire l'économie d'un véritable débat sur la représentativité (...), question d'intérêt général dont les pouvoirs publics ne peuvent se désintéresser. Cette représentativité doit s'apprécier au regard du niveau de représentation concernée : il ne suffit pas qu'une organisation soit jugée représentative au niveau national pour que cela suffise à ce qu'elle se voie conférer ipso facto une représentativité européenne* »¹⁴⁹⁴. Si le législateur français s'est décidé à agir avec la réforme du 20 août 2008, le débat sur la représentativité n'est pas encore véritablement ouvert au niveau européen.

La représentativité constitue pourtant une garantie démocratique indispensable, comme on le constate à la lumière de plusieurs décisions rendues par les juridictions européennes (II).

I. Une notion mal définie

A la lecture des Traités européens, on s'aperçoit qu'au niveau européen, la représentativité constitue une clé d'accès au dialogue social, comme en droit français (A).

Pourtant, il ne ressort du droit communautaire et européen aucune définition juridique officielle qui soit appliquée de manière systématique. La représentativité au niveau européen

¹⁴⁹² *Ibid* ; voir aussi <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/d000059-la-loi-de-janvier-2007-sur-la-modernisation-du-dialogue-social/qu-entend-on-precisement-par-dialogue-social>.

¹⁴⁹³ *Au-delà de l'emploi, Rapport pour la commission européenne*, Dir. (A.) SUPLOT, Flammarion, 1999, p. 177.

¹⁴⁹⁴ Communication du 14 décembre 1993 sur « la mise en œuvre pratique de l'accord sur la politique sociale », COM (93) 600 ; (J.E.) RAY, « A propos de la subsidiarité horizontale », *Dr. Soc.* 1999, p. 463.

se révèle être une notion relative. Différents éléments tirés d'une communication de la Commission européenne permettent toutefois de distinguer les contours d'une conception européenne de la représentativité (B).

A. La représentativité, clé d'accès au dialogue social européen

La loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 a intégré le dialogue social en tête du Code du travail. Cette disposition, qui institue la concertation avec les partenaires sociaux comme préalable nécessaire aux projets de réforme du gouvernement en droit du travail, trouve sa source dans le droit européen¹⁴⁹⁵.

En effet, consultation et négociation constituent les deux axes principaux du dialogue social européen. Il s'agit de deux prérogatives majeures pour les partenaires sociaux, dont font partie les syndicats représentatifs.

Les articles 138 et 139 du traité d'Amsterdam, issus de l'accord sur la politique sociale annexé au traité de Maastricht, portaient déjà cette idée.

Ainsi, l'article 138 prévoit une consultation préalable obligatoire des partenaires sociaux : « la Commission a pour tâche de promouvoir la consultation des partenaires sociaux au niveau communautaire et prend toute mesure utile pour faciliter leur dialogue en veillant à un soutien équilibré des parties. A cet effet, *la Commission, avant de présenter des propositions dans le domaine de la politique sociale, consulte les partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action communautaire. Si la Commission, après cette consultation, estime qu'une action communautaire est souhaitable, elle consulte les partenaires sociaux sur le contenu de la proposition envisagée.* Les partenaires sociaux remettent à la Commission un avis ou, le cas échéant, une recommandation. A l'occasion de cette consultation, les partenaires sociaux peuvent informer la Commission de leur volonté d'engager le processus prévu à l'article 139 [...] ».

L'article 139 énonce ensuite que : « *le dialogue entre partenaires sociaux au niveau communautaire peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords* ».

¹⁴⁹⁵ (J.P) LHERNOULD, « La négociation collective communautaire : petit manuel de la diversité », *Dr. Soc.* Janvier 2008, p. 35.

On constate que la représentativité ne paraît pas constituer une condition d'accès sine qua non au dialogue social européen, les articles du Traité n'y faisant référence à aucun moment.

Néanmoins, le Tribunal de Première Instance de la Communauté Européenne (TPICE) précise que si tous les partenaires sociaux doivent être consultés, ces textes ne leur confèrent en aucun cas un droit général à participer aux négociations entreprises¹⁴⁹⁶. En effet, la négociation ne peut avoir lieu qu'entre des partenaires sociaux dont la représentativité a été mutuellement reconnue. Une large autonomie est laissée à ces derniers en la matière.

En dépit de l'absence de définition officielle, la représentativité pourrait pourtant revêtir un intérêt majeur au niveau européen. L'élaboration d'une véritable définition européenne de la représentativité pourrait en effet contribuer à asseoir la légitimité des partenaires sociaux européens et à conférer une force juridique incontestable aux textes qui émanent d'eux.

B. Un notion relative

Au niveau européen, les partenaires sociaux ne sont pas des personnes physiques, leurs membres sont des personnes morales. La reconnaissance de leur représentativité passe donc par la reconnaissance d'un mandat, qui va être vérifié par la Commission¹⁴⁹⁷. A priori, au niveau européen, il n'est donc pas nécessaire de satisfaire à des critères de représentativité, il suffit d'établir l'existence d'un mandat. Le recours à la notion de représentativité n'est toutefois pas totalement exclu. En effet, dans une de ses communications, la Commission européenne a proposé une définition de la représentativité au niveau européen¹⁴⁹⁸.

L'analyse de cette communication révèle que si les critères posés par la Commission ne sont pas contraignants, ils présentent des avantages juridiques certains qui méritent d'être étudiés de manière plus approfondie (1).

Cependant, si l'on s'en tient à ces critères, on constate que la représentativité demeure, au niveau européen, une notion relative (2).

1. Les avantages de la définition européenne

¹⁴⁹⁶ TPICE, 17 juin 1998, UEAPME, aff. T-135/96 ; (L.) DAUXERRE, thèse préc., p. 332.

¹⁴⁹⁷ (M.) SCHMITT, *L'autonomie collective des partenaires sociaux dans l'ordre juridique communautaire : contribution à l'étude du principe de subsidiarité*, Thèse, 2007, p. 585.

¹⁴⁹⁸ Com (1993) 600 final ; (J.P) LHERNOULD, art. préc., p. 36.

La définition de la représentativité proposée par la Commission européenne appelle deux remarques.

Tout d'abord, il s'agit d'une définition transnationale qui repose sur des critères non contraignants (a).

Cette définition présente ensuite la particularité de s'inspirer de deux méthodes différentes de reconnaissance de la représentativité ; il s'agit donc d'une définition mixte. Cette dernière présente l'avantage de ne pas porter une atteinte trop grande à la souveraineté des Etats membres mais surtout, de prendre en compte le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du dialogue social (b).

a. Des critères non contraignants - D'après la Commission¹⁴⁹⁹, pour être représentative, l'organisation considérée doit remplir quatre critères, à savoir : être interprofessionnelle, sectorielle ou catégorielle et être organisée au niveau européen.

Elle doit être composée d'organisations auxquelles la qualité de partenaires sociaux est reconnue dans les Etats membres.

L'organisation considérée doit aussi avoir la capacité de négocier des accords et si possible, être représentative dans tous les Etats membres.

Enfin, elle doit disposer de structures permettant une participation efficace à la consultation.

Pour être représentative au sens européen du terme, une organisation doit donc d'abord être interprofessionnelle, sectorielle ou catégorielle.

Le droit européen n'apportant pas davantage d'éléments de définition on constate qu'en pratique, le caractère intersectoriel des organisations est souvent assimilé à leur caractère interprofessionnel. Ce qui, en soi, n'est pas une erreur terminologique puisque le droit communautaire ne définit pas la « profession ». Ainsi, un syndicat qui regroupe différents métiers, appartenant à différents secteurs, artisanaux ou industriels, peut être qualifié d'interprofessionnel.

La notion n'ayant pas été clairement déterminée n'inclut pas d'aspect quantitatif : rien n'impose que le syndicat ou l'organisation visée démontre une présence importante dans tel ou tel secteur, puisque aucun seuil n'est fixé en la matière¹⁵⁰⁰.

De la même façon, l'expression « organisée au niveau européen » doit être entendue assez largement. Ainsi, il suffit que l'organisation compte des affiliés dans plusieurs Etats

¹⁴⁹⁹ Com (1993), préc.

¹⁵⁰⁰ (L.) DAUXERRE, thèse préc., p. 326.

européens ou que ses statuts mentionnent l'intention de se constituer au niveau européen pour que cette condition soit remplie.

En outre, les organisations doivent être composées d'organisations elles-mêmes reconnues représentatives au niveau national. On note que la loi du 20 août 2008 aurait donc pu avoir des impacts au niveau européen si ce critère de définition avait été définitivement retenu.

Les organisations concernées doivent par ailleurs disposer de structures permettant une participation efficace à la consultation, le choix de ces structures étant laissé aux Etats membres. Ces structures peuvent donc être constituées par des éléments divers, variables selon la configuration du paysage syndical de chaque Etat membre et les rapports de force que peuvent entretenir ces dernières entre elles ou dans le cadre du dialogue social. L'existence de structures adéquates peut résulter des processus décisionnels des organisations syndicales, des facultés de délégation dont elles disposent, ou encore des processus de représentation de ces dernières.

Enfin, pour être représentatives, les organisations européennes doivent « avoir la capacité de négocier des accords ».

Cette capacité résulte a priori de la capacité respective des membres qui composent l'organisation, et est étroitement liée à la question de la légitimité de ces derniers. Si ce critère devait être retenu dans une définition officielle de la représentativité européenne, on devine que la loi du 20 août 2008 aurait pu avoir des impacts indirects non négligeables sur l'existence des partenaires européens.

b. Une définition pensée pour la négociation collective - La représentativité des partenaires sociaux européens envisagée par la Commission européenne repose d'abord sur une base nationale, mais elle résulte aussi de leur capacité, par leur structure, à participer à la consultation au niveau européen.

Cette définition a le mérite de combiner la reconnaissance des partenaires sociaux au niveau national et au niveau communautaire. Elle s'inspire en effet des deux conceptions de la représentativité identifiées par le Conseil Economique et Social en 1994¹⁵⁰¹.

La première méthode consiste à reconnaître la représentativité au niveau européen aux organisations qui sont reconnues représentatives selon les critères nationaux.

La seconde méthode consiste à reconnaître la représentativité aux organisations au regard « de la procédure et du résultat du dialogue social communautaire ». Cette conception dite fonctionnelle, repose pour une large part sur la capacité organisationnelle des syndicats, autrement dit leur structure.

En exigeant que les organisations soient composées d'organisations reconnues représentatives au niveau national et qu'elles disposent de structures leur permettant de participer efficacement au dialogue social, la Commission européenne retient donc dans sa communication de 1993 une conception mixte de la représentativité¹⁵⁰².

Ce texte ne garantit toutefois pas l'application des critères qu'il définit, puisqu'il n'a pas de valeur contraignante. Le contrôle de la Commission demeure par ailleurs relativement formel puisque la définition de la représentativité, ses modes de reconnaissance et d'acquisition, sont laissés aux Etats membres¹⁵⁰³, comme en témoigne la loi du 20 août 2008. On s'expose alors aux risques d'une inégalité entre les syndicats présents en Europe, compte tenu de la diversité des systèmes nationaux de représentativité.

On note que deux systèmes principaux de représentativité coexistent en Europe : celui de la reconnaissance de la représentativité par l'application de critères légaux, retenu en France par exemple, et celui de la reconnaissance mutuelle des partenaires sociaux, qui résulte de leur fonction de négociation¹⁵⁰⁴, notamment appliqué au Royaume-Uni.

On remarque toutefois que les deux systèmes diffèrent fortement en ce qu'ils ne reposent pas du tout sur la même logique. Ils ne peuvent donc pas aboutir à des résultats similaires. Ainsi, le syndicalisme français diffère fortement du syndicalisme britannique.

¹⁵⁰¹ Avis du Conseil Economique et social sur la communication concernant la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale, pt 2.1.9.

¹⁵⁰² (M.) SCHMITT, thèse préc., p. 586-587.

¹⁵⁰³ (M.) SCHMITT, préc., p. 589.

¹⁵⁰⁴ (M.) SCHMITT, préc., p. 597.

Les critères proposés par la Commission pour la définition de la représentativité s'inspirent des deux systèmes, ils sont donc susceptibles d'être acceptés au niveau européen et pourraient bénéficier de la force contraignante qui leur manque. De plus, cette combinaison a le mérite d'assurer la sécurité juridique en imposant des critères préétablis, comme dans le système français. Mais à la différence du droit français, la Commission a défini les critères afin qu'ils permettent de réaliser l'objectif fixé, à savoir la négociation. On observe que cet objectif n'apparaît pas clairement dans la loi du 20 août 2008 : cette dernière se concentre sur la question de la légitimité des acteurs de la négociation et non sur leur rôle dans les négociations¹⁵⁰⁵ ; elle ne contient pas de mesures destinées à encourager ou développer le dialogue social. D'après nous, pour assurer à la loi du 20 août 2008 une réelle efficacité, le législateur aurait dû opter pour une approche de type « fonctionnelle » au sens européen du terme, au lieu de se cantonner aux critères de la représentativité et à la légitimité des syndicats. Ainsi, suivant le droit européen, le droit français se baserait constamment sur l'idée de développement du dialogue social et de la démocratie sociale et non seulement sur sa rénovation.

2. *L'aspect relatif de la notion*

Même lorsque les critères sont établis, la Commission ne peut délivrer aux syndicats considérés qu'un « brevet de représentativité ». Ce document leur ouvre seulement l'accès à la consultation visée par l'article 138 du traité, comme l'ont décidé les juges du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes¹⁵⁰⁶.

Quels critères va-t-on alors retenir pour reconnaître aux syndicats la capacité à négocier ?

Les juges communautaires décident que la représentativité, considérée en vue de la négociation collective, résulte d'une reconnaissance mutuelle des partenaires sociaux. On déduit de cette décision que la représentativité, au sens européen, est une notion qui diffère selon le cas considéré, consultation ou négociation. Faut-il en déduire qu'il s'agit d'une notion relative ?

Le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes ajoute qu'il incombe à la Commission de vérifier « *si, au regard du contenu de l'accord en cause, les partenaires sociaux signataires de ce dernier ont une représentativité cumulée suffisante. Toute*

¹⁵⁰⁵ Cf. *Supra* Première partie.

¹⁵⁰⁶ TPICE 17 juin 1998, aff. T-135/96, préc.

représentativité cumulée déficiente doit conduire la Commission et le Conseil à refuser de mettre en œuvre l'accord conclu au niveau communautaire ¹⁵⁰⁷».

Il s'agit d'une condition de validité de l'accord européen conclu suivant cette procédure, qui s'appréciera toutefois différemment, comme l'indiquent les juges, en fonction du contenu de l'accord considéré. On remarque que cette dernière exigence n'est pas sans rappeler la condition de double majorité posée par la loi du 20 août 2008 pour la validité des accords collectifs¹⁵⁰⁸ qui impose que l'accord, pour être valable, soit signé par la majorité des syndicats ayant participé à sa négociation.

Le Tribunal précise que les partenaires sociaux doivent remplir l'exigence d'une représentativité cumulée suffisante dans le champ couvert par l'accord, c'est-à-dire qu'ils doivent représenter l'ensemble des salariés et des employeurs compris dans le champ d'application de l'accord¹⁵⁰⁹.

On note que cette exigence a pu inspirer la loi du 20 août 2008, l'article L. 2121-1 du Code du travail imposant désormais que le syndicat justifie d'une ancienneté minimale de deux ans « dans le champ professionnel et géographique couvert par le niveau de négociation » pour être reconnu représentatif¹⁵¹⁰.

La notion de représentativité s'apprécie donc différemment selon que l'on se trouve dans l'hypothèse de consultation des partenaires sociaux ou de négociation avec ces derniers, mais aussi en fonction du contenu de l'accord. Par conséquent, il s'agit bien d'une notion relative.

Pourtant, la représentativité des partenaires sociaux au niveau européen est reconnue comme une garantie démocratique indispensable.

II. Une garantie démocratique indispensable

On observe que les problématiques qui se posent au niveau européen en matière de représentativité sont en réalité sensiblement identiques à celles qui se posent en droit français (A).

¹⁵⁰⁷ TPICE, préc., point 90.

¹⁵⁰⁸ Cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 2.

¹⁵⁰⁹ TPICE, préc., point 94 ; (M.) SCHMITT, préc., p. 591.

¹⁵¹⁰ Cf. *Supra* Première partie, Titre 1, Sous-titre 2, Chapitre 2.

Le fait que la représentativité demeure une notion relative au niveau européen n'est pas favorable à la mise en œuvre de la démocratie sociale dans la mesure où il s'agit d'une véritable garantie démocratique. En effet, pour une sécurité juridique optimale, les systèmes doivent, autant que faire se peut, reposer sur des bases solides et précises, non sur des notions sujettes à variation ou à interprétation en fonction d'éléments contextuels non définis précisément. Selon nous, cette question revêt des intérêts juridiques majeurs dans la mesure où elle ouvre un débat sur l'importance de la notion de représentativité au niveau européen, et pourrait permettre d'asseoir la légitimité des partenaires sociaux européens et par conséquent, la légitimité des accords qu'ils concluent (B).

A. Des problématiques similaires

Le fait que la notion de représentativité au niveau européen ne soit pas exactement déterminée est gênant dans la mesure où il s'agit d'une garantie démocratique indispensable, comme en atteste notamment la décision du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes¹⁵¹¹.

En effet, le Tribunal précise, dans cette décision, que si la représentativité des parties non signataires est nécessaire pour compléter la représentativité cumulée des partenaires sociaux qui ont signé l'accord, ceux-ci disposent du droit d'empêcher la Commission et le Conseil d'assurer sa mise en œuvre au niveau communautaire¹⁵¹².

On entraperçoit ici le spectre du droit d'opposition et de la conclusion majoritaire des accords étendue par la loi du 20 août 2008.

Mais surtout, le Tribunal rappelle que la légitimité démocratique ne peut être garantie que par la représentativité des créateurs de la norme, en l'absence de laquelle la Commission et le Conseil doivent refuser de transformer l'accord en directive¹⁵¹³.

Les juges européens insistent à juste titre sur la nécessité pour la Commission et le Conseil de vérifier la représentativité des partenaires sociaux car la procédure des articles 138 et 139 du traité a pour effet de « *conférer une assise communautaire de nature législative à un accord conclu entre partenaires sociaux, sans recourir aux procédures classiques d'élaboration d'un*

¹⁵¹¹ TPICE 17 juin 1998, préc.

¹⁵¹² TPICE, préc., point 90.

¹⁵¹³ (M.A.) MOREAU, « Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », *Dr. Soc.* Janvier 1999, p. 58.

*texte législatif prévues par le traité, qui impliquent la participation du Parlement européen*¹⁵¹⁴».

Le Tribunal de Première Instance des Communauté Européennes ajoute à propos du Parlement européen que ce dernier « *est le reflet, au niveau de la Communauté, d'un principe démocratique fondamental, selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative*¹⁵¹⁵ ».

La conclusion d'accords dans le cadre des articles 138 et 139 du Traité constitue donc une procédure qui échappe au contrôle du Parlement européen, représentant des citoyens européens au sein du système démocratique de l'Union. Parce qu'il s'agit alors d'une procédure dérogatoire au système démocratique traditionnel, la légitimité démocratique des acteurs et de l'acte ainsi élaboré doit être doublement vérifiée. On retrouve ici le même schéma qu'en droit français : avec le développement de la négociation dérogatoire, la nécessité d'asseoir la légitimité des syndicats se fait ressentir avec plus d'acuité¹⁵¹⁶. C'est ce raisonnement qui a contribué à l'essor d'une réflexion sur le thème de la représentativité, conduisant à l'adoption de la loi du 20 août 2008.

B. La légitimité par la représentativité en Europe

La condition de représentativité apparaît comme une nécessité en Europe eu égard notamment à l'autonomie qui est laissée aux partenaires sociaux (1). Des solutions pourraient être envisagées pour permettre à ces derniers d'être représentatifs au niveau européen (2).

1. La représentativité nécessaire

La représentativité apparaît comme le seul moyen d'assurer la légitimité des partenaires sociaux, y compris au niveau européen, et constitue une garantie démocratique nécessaire dans le cadre d'élaboration des normes ouvert aux partenaires sociaux au niveau européen.

Ce cadre se révèle large compte tenu de la diversité des accords qui existent au niveau européen.

¹⁵¹⁴ TPICE, préc.

¹⁵¹⁵ TPICE, préc., point 88 ; CJCE, 11 juin 1991, Commission c./ Conseil, C-300/89, Rec. P. I-2867, point 20 ; CJCE 29 octobre 1980, Roquettes Frères c./ Conseil, 138-79, Rec. P. 3333, point 33 et Maizena c./ Conseil, 139-79, Rec. P. 3393, point 34.

¹⁵¹⁶ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 1, Chapitre 2.

En effet, en dehors de la procédure instituée par le Traité de Maastricht, les partenaires sociaux produisent de nombreux autres textes qui ne revêtent pas nécessairement de force contraignante. Ainsi, la Commission européenne retient l'existence des « textes basés sur les processus », des avis conjoints et instruments visant à l'échange d'information, des textes dits procéduraux et des accords autonomes mis en œuvre par une décision du Conseil.

Les avis conjoints et instruments visant à l'échange d'informations n'ont aucune force juridique contraignante. Ils sont pour la plupart issus du dialogue social antérieur à Maastricht et ne comportent aucune disposition concernant leur mise en œuvre ou leur suivi. Cette catégorie regroupe sans ordre particulier les « avis conjoints », les « déclarations » et les « instruments »¹⁵¹⁷.

Les « instruments » quant à eux sont généralement adressés aux partenaires sociaux, en guise d'annonce de travaux à venir ou de projets qui vont bientôt être entrepris au niveau européen.

Certains textes ont seulement pour objectif d'établir des règles pour le dialogue social bipartite. Il s'agit des textes procéduraux. L'accord sur la politique sociale annexé au Traité de Maastricht résulte ainsi d'une initiative des partenaires sociaux.

Les textes basés sur les processus permettent aux partenaires sociaux d'adresser des recommandations à leurs membres et de mesurer l'impact de ces recommandations.

Selon la Commission, ces textes se répartissent en trois catégories¹⁵¹⁸ : les cadres d'action, les lignes directrices et les accords de type volontariste.

La première catégorie regroupe les textes destinés à définir des cadres d'action, c'est-à-dire à définir certaines priorités politiques que les partenaires sociaux s'engagent à respecter. Ces accords fixent des cadres d'action au niveau interprofessionnel et prévoient des modalités de suivi par les partenaires sociaux, se traduisant notamment par la remise d'un rapport annuel.

Toutefois, comme le relève Mélanie Schmitt, ces textes ne correspondent pas à la définition de l'accord retenue par la Commission européenne dans la mesure où ils ne prévoient pas de

¹⁵¹⁷ (E.) MAZUYER, « Les instruments juridiques du dialogue social européen : état des lieux et tentative de clarification », *Dr. Soc.* mai 2007, p. 477-478.

¹⁵¹⁸ Communication du 12 août 2004 « Partenariat pour le changement dans une Europe élargie – Renforcer la contribution du dialogue social européen », Com (2004) 557 final, p. 14 ; (J.P.) LHERNOULD, préc., p. 50 ; (E.) MAZUYER, art. préc., p. 478.

date limite précise à leur mise en œuvre¹⁵¹⁹. Aucune échéance n'est clairement déterminée. Il s'agit de textes incitatifs et non impératifs.

Par conséquent, les textes destinés à définir des cadres d'action élaborés par les partenaires sociaux européens s'inscrivent dans la catégorie des textes à valeur de recommandation.

La seconde catégorie recouvre des textes visant à fournir des lignes directrices et des orientations aux affiliés nationaux.

Ces lignes directrices et orientations émanent de la Commission européenne. Elles sont la plupart du temps destinées à servir de normes minimales au niveau national ou au niveau de l'entreprise.

La troisième catégorie de textes composant l'ordre conventionnel communautaire est constituée par des accords de type volontariste dans lesquels les partenaires sociaux prennent position et décident de mettre en œuvre certaines mesures en définissant une orientation politique. On pense notamment ici à l'accord sur la réduction de l'exposition des travailleurs aux troubles musculo-squelettiques d'origine professionnelle dans le secteur de l'agriculture ou encore au code de conduite applicable aux coiffeurs européens¹⁵²⁰.

La catégorie des accords autonomes et accords mis en œuvre par une décision du Conseil vise quant à elle les accords-cadres conclus en application de l'article 138 du traité CE.

On distingue plusieurs types d'accords autonomes à savoir les accords-cadres, qui constituent de véritables instruments d'harmonisation, et les accords de type « recommandatoire ».

Les accords-cadres conclus en application de l'article 138 du traité visent, comme les directives, à harmoniser les droits nationaux par l'application de prescriptions minimales. Ainsi, les partenaires sociaux ont conclu, le 14 décembre 1995, un accord cadre européen sur le congé parental qui a ensuite été mis en œuvre par une directive du Conseil du 3 juin 1996¹⁵²¹.

A côté des accords cadres on note la présence de nombreux autres accords conclus en dehors de la procédure prévue par le Traité d'Amsterdam.

¹⁵¹⁹ (M.) SCHMITT, thèse préc., p. 512.

¹⁵²⁰ Code de conduite et lignes directrices pour les coiffeurs européens, 2001, disponible sur <http://ec.europa.eu>.

¹⁵²¹ Directive 96/34/CE, JOCE L 145 du 19 juin 1995.

Il s'agit généralement d'accords à vocation procédurale, « recommandatoire » ou « déclaratoire¹⁵²²». Leurs objectifs sont sensiblement identiques à ceux des avis conjoints et déclarations communes.

La principale différence réside dans le destinataire des différents textes. En effet, les accords à vocation procédurale que nous évoquons ici s'adressent en général aux partenaires sociaux et institutions sectoriels, et non aux partenaires sociaux nationaux.

Ce phénomène de production de textes en dehors de tout cadre officiel résulte lui-même de l'autonomie laissée aux partenaires sociaux européens qui est nettement plus marquée qu'en France par exemple.

Reconnaître la représentativité des syndicats permettrait peut-être de doter certains de ces textes d'une valeur juridique plus importante et renforcerait l'autonomie qui est reconnue aux partenaires sociaux européens.

Cela nous permet de conclure qu'au niveau national ou au niveau de l'entreprise, les partenaires sociaux, dès lors qu'ils participent au processus d'élaboration de normes, devraient être représentatifs.

2. Les solutions envisageables

A l'heure actuelle, aucune définition légale de la représentativité des partenaires sociaux n'a encore été clairement affirmée au niveau européen. La clé d'accès au dialogue social reste donc entourée d'un certain flou. Pourtant, différentes solutions sont envisageables.

Une solution pourrait consister à permettre aux organisations reconnues représentatives au niveau national de négocier au plan européen si elles ne sont pas représentées par une confédération à ce niveau, dès lors qu'elles démontrent un intérêt à représenter leurs adhérents au niveau européen¹⁵²³.

Une deuxième solution pourrait consister à admettre à la table des négociations tout syndicat reconnu représentatif au niveau national qui justifie d'un mandat de négociation.

Ces deux solutions ont le mérite de la simplicité mais présentent peut-être aussi le risque d'une multiplication des acteurs habilités à négocier si « l'intérêt » à représenter les adhérents n'est pas défini correctement ou si les mandats étaient délivrés trop facilement.

¹⁵²² (E.) MAZUYER, art. préc., p. 479.

¹⁵²³ (M.A.) MOREAU, préc., p. 57.

Il serait également possible de déterminer des critères objectifs de présentation des intérêts européens. Le problème étant, comme en droit français, de s'accorder sur les bases d'appréciation de la représentativité et la valeur des différents critères retenus. Cette dernière solution nous paraît toutefois être la plus pertinente.

§2. L'influence du droit européen en matière de négociation collective

Droit français et droit européen coexistent et interagissent. Ainsi, les orientations au niveau européen influencent le droit français. L'exemple du dialogue social illustre cette interaction des droits. En matière de représentativité, le droit européen et le droit français rencontrent des problématiques similaires¹⁵²⁴, ce qui révèle également que des connexions existent entre ces droits.

La thématique de la négociation collective est toutefois appréhendée plus largement que celle de la représentativité. Il s'agit d'une préoccupation internationale dans la mesure où l'OIT, notamment, a élaboré des conventions sur le sujet. Le droit international influence à la fois le droit européen et le droit français, nous serons donc amenés à l'évoquer au cours des développements suivants bien que ceux-ci soient centrés sur le droit européen pour plus de clarté.

Droit français et droit européen sont donc fréquemment amenés à se rencontrer, mais aussi parfois à se confronter. Ainsi, la loi du 20 août 2008 s'est heurtée à certains principes européens ou du moins la question de sa conformité au droit européen a été soulevée (I).

Des solutions sont envisageables pour remédier à ces problèmes de contradiction entre les droits. Nous essaierons de les étudier en analysant différents instruments et systèmes existants en Europe (II).

I. Les similitudes et contradictions des droits

¹⁵²⁴ Cf. *Supra* §1.

La promotion du dialogue social constitue non seulement une des orientations majeures au niveau national¹⁵²⁵, mais aussi une préoccupation internationale : des garanties, dont il convient de faire un bref rappel pour comprendre les litiges relatifs à la loi du 20 août 2008, existent donc également à ce niveau (A).

C'est d'ailleurs au regard des conventions de l'OIT qu'a été soulevée la question de la conformité de la loi du 20 août 2008 au droit international. Les juges, saisis de cette question, ont rendu des solutions parfois différentes sur le sujet et soulevé dans le même temps, d'autres problématiques encore non résolues (B).

A. Les garanties offertes par le droit international

L'examen des dispositions internationales, notamment celles de l'Organisation Internationale du Travail, révèle que le droit international offre plusieurs garanties en matière de droit d'organisation et de négociation collective (1) et protège la liberté syndicale (2).

1. Le droit d'organisation et de négociation collective

La négociation collective constitue un des fondements de l'OIT, reconnu dès 1919 par la Déclaration de Philadelphie¹⁵²⁶ qui donna naissance à l'Organisation Internationale du Travail (OIT).

Ce droit est notamment garanti par la convention n°98 de l'OIT de 1949 sur le droit d'organisation et de négociation collective qui dispose en son article 4 que : « Des mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d'employeurs d'une part, et les organisations de travailleurs d'autre part, en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi ».

Ce droit est également garanti par la convention n°154 de 1981¹⁵²⁷ et la recommandation n°163¹⁵²⁸ de l'OIT relatives à la promotion de la négociation collective.

¹⁵²⁵ Cf. par exemple loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, préc. ; art. L.1 du Code du travail.

¹⁵²⁶ Déclaration de Philadelphie, 10 mai 1944, OIT.

¹⁵²⁷ (S.) OLNEY, (M.) RUEDA, "Convention n°154, promotion de la négociation collective", BIT, disponible sur : <http://www.ilo.org/public/french/dialogue/ifpdial/downloads/c154.pdf>.

¹⁵²⁸ 1981. Texte disponible sur <http://www.ilo.org>.

Ces textes incitent les Etats non seulement à ne pas apporter de limites injustifiées à l'autonomie des partenaires sociaux, en imposant notamment l'exigence d'une autorisation préalable à l'entrée en vigueur d'un accord, mais plus encore, à favoriser le dialogue social, afin de permettre une négociation à tous les niveaux¹⁵²⁹.

Par ailleurs, la recommandation n° 113 de l'OIT¹⁵³⁰ invite les autorités publiques à solliciter l'avis et le concours des partenaires sociaux pour « la préparation et la mise en œuvre des législations touchant leurs intérêts, la création et le fonctionnement d'organismes nationaux tels que ceux qui s'occupent de l'organisation de l'emploi, de la formation et de la réadaptation professionnelle, de la protection des travailleurs, de l'hygiène et de la sécurité industrielle, de la productivité, de la sécurité sociale et du bien être » ainsi que pour l'élaboration et la mise en œuvre des plans de développement économique et social¹⁵³¹.

D'une manière générale, on constate qu'afin de mettre en œuvre un processus de négociation collective efficace, les recommandations et conventions de l'OIT se fondent sur la promotion du dialogue social, comme en atteste plus récemment la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux du travail de l'OIT¹⁵³² de 1998 qui énonce que tous les Etats membres ont l'obligation de respecter, de promouvoir et de réaliser les principes concernant les droits fondamentaux, qu'ils aient ou non ratifié les conventions reconnues comme fondamentales, parmi lesquels la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective.

On constate donc que l'idée de promouvoir le dialogue social trouve son origine dans le droit international, lequel a influencé le droit européen et le droit français. Ce qui explique que l'on rencontre des problématiques similaires dans ces différents systèmes juridiques. Voire des garanties similaires puisque le droit français protège lui aussi la liberté syndicale par exemple¹⁵³³. Il en va autrement en revanche des solutions aux problématiques posées qui diffèrent fréquemment d'un droit à l'autre. A partir du moment où les orientations, voire la plupart des garanties juridiques sont les mêmes, pourquoi les solutions ne pourraient-elles pas être uniformisées ou, a minima, suivre une logique similaire ?

¹⁵²⁹ (J.M.) SERVAIS, *Normes internationales du travail*, LGDJ, 2004, p. 89.

¹⁵³⁰ 1960. Texte disponible sur <http://www.ilo.org>.

¹⁵³¹ (J.M.) SERVAIS, préc., p. 90.

¹⁵³² Article 2.

¹⁵³³ Cf. *Supra* Première partie, Propos liminaires.

2. La liberté syndicale consacrée

L'OIT a défini et consacré le principe de la liberté syndicale. En effet, la convention n°87 de l'OIT de 1948 relative à la liberté et à la protection syndicales érige en principe la liberté syndicale.

Le droit de constituer des syndicats figure également dans le Pacte des Nations Unies relatif aux droits de l'homme¹⁵³⁴ (civils et politiques) et dans le Pacte des Nations Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁵³⁵ adoptés en 1966.

Ce droit, qui est une composante de la liberté syndicale, bénéficie donc d'une valeur juridique certaine, y compris au niveau international.

Selon l'OIT, la liberté syndicale correspond à la possibilité pour les travailleurs et les employeurs, sans autorisation préalable, de constituer l'organisation de leur choix ou de s'affilier à ces organisations, à la seule condition de respecter les statuts de ces dernières.

L'OIT précise que ce principe s'applique à tous les travailleurs, indistinctement, quel que soit leur secteur d'activité (à la seule exception possible des forces armées et de la police), quel que soit leur sexe, leur nationalité, leur opinion politique etc.¹⁵³⁶

D'après ce texte, les travailleurs doivent également pouvoir choisir librement leur syndicat, quel que soit le niveau considéré, établissement ou niveau supérieur.

L'Etat doit s'abstenir d'intervenir dans la constitution des syndicats pour préserver la liberté syndicale. Il ne doit donc pas exiger d'autorisation administrative particulière. Le syndicat quant à lui est naturellement tenu de respecter les lois nationales (dans la mesure où elles ne portent pas atteinte à la liberté syndicale).

Cependant, l'efficacité juridique relative des conventions de l'OIT est fréquemment soulignée.

En effet, d'une part, la force juridique des conventions de l'OIT est limitée dans la mesure où les Etats qui ne les respectent pas ne peuvent pas faire l'objet de sanctions suffisamment dissuasives.

¹⁵³⁴ Art. 22, §3.

¹⁵³⁵ Art. 8, §3 : « Aucune disposition du présent article ne permet aux Etats parties à la Convention de 1948 de l'Organisation Internationale du Travail concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical de prendre des mesures législatives portant atteinte – ou d'appliquer la loi de façon à porter atteinte - aux garanties prévues dans ladite convention ».

¹⁵³⁶ Convention n°87 de l'OIT, article 2.

Dans ce cas, des rapports sont établis et l'Etat fautif est sommé de se mettre aux normes. Mais il ne fait l'objet d'aucune sanction pécuniaire ou pénale. La seule sanction réelle encourue, rarement appliquée, consiste à exclure l'Etat en cause de l'OIT.

Par ailleurs, pour les pays développés signataires des conventions de l'OIT, les dispositions contenues dans les conventions sont souvent trop sommaires pour entraîner de réels changements. La plupart du temps, ces pays appliquent déjà depuis longtemps les principes évoqués.

Néanmoins, les conventions de l'OIT peuvent, comme tout texte juridique, être invoquées à l'appui de demandes devant les tribunaux. Les juridictions françaises ont ainsi dû se prononcer sur la conformité de la loi du 20 août 2008 aux textes de l'OIT¹⁵³⁷.

B. La remise en cause de la loi du 20 août 2008 sur le fondement de la liberté syndicale

La question s'est posée de savoir si la loi du 20 août 2008 était conforme au droit international et plus spécialement si l'article L. 2122-1 du Code du travail relatif au critère de l'audience ne violait pas le principe de la liberté syndicale. La Cour de cassation s'est prononcée sur la conformité de la loi du 20 août 2008 aux principes internationaux et européens le 14 avril 2010¹⁵³⁸. La disposition litigieuse a ensuite été validée par le Conseil constitutionnel¹⁵³⁹.

Dans l'espèce soumise aux juges du tribunal d'instance de Brest¹⁵⁴⁰, lors des élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise qui se sont déroulées au sein de la société SDMO le 2 avril 2009, le syndicat FO a présenté trois candidats titulaires et trois candidats suppléants au 1er collège.

FO a obtenu 12% des suffrages valablement exprimés dans le 1er collège. Toutefois, n'ayant pas présenté de candidats dans les autres collèges, le syndicat n'a obtenu que 7,01% des voix,

¹⁵³⁷ Cf. *Infra* B.

¹⁵³⁸ Cass. Soc., 14 avril 2010, n° 09-60.426 et n° 09-60.429, préc.; D. 2010, 1150, obs. (J.) PELISSIER, (M.-C.) AMAUGER-LATTES, (A.) ARSEGUEL, (T.) AUBERT-MONPEYSSSEN, (P.) FADEUILHE, (B.) LARDY-PELISSIER et (B.) REYNES ; voir aussi : TI Niort, 14 décembre 2009, n° 11-09-000705, SSL n° 1426-1427, 21 et 28 décembre 2009, p. 2-3 ; TI Annecy, 2 décembre 2009, n° 11-09-000482, SSL n° 1426-1427, 21 et 28 décembre 2009, p. 2-3 ; TI Brest, 27 octobre 2009, n° 11-096000634 et n° 11-09-000635, SAS SDMO Industries et Union départementale CFDT du Finistère c./ Monsieur BEGANTON et l'Union départementale Force Ouvrière du Finistère.

¹⁵³⁹ Cons. Constit., 7 octobre 2010, préc. ; (J.) MOULY, obs. préc., *Dr. Soc.* janvier 2013, p. 78.

¹⁵⁴⁰ TI Brest, 27 octobre 2009, n° 11-096000634 et n° 11-09-000635, préc.

tous collègues confondus. FO a tout de même procédé à la désignation d'un représentant de section syndicale et d'une personne en qualité de délégué syndical et de représentant syndical auprès du comité d'entreprise.

La société SDMO a saisi le Tribunal d'instance d'une demande d'annulation de la désignation en qualité de délégué syndical et de représentant au comité d'entreprise.

Le syndicat FO s'est opposé à ces demandes d'annulation, au motif que la loi du 20 août violerait les dispositions des conventions internationales, des traités, chartes et décisions de la Cour européenne, se référant notamment aux conventions n°87 et 98 de l'OIT relatives à la liberté syndicale et à la promotion de la négociation collective¹⁵⁴¹, ainsi qu'à l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et à la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne¹⁵⁴².

L'organisation syndicale a notamment soutenu que la loi du 20 août incite indirectement les salariés à se désintéresser du syndicat qui ne peut plus participer à la négociation collective parce qu'il n'a pas obtenu 10% des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles.

Le syndicat a par ailleurs soutenu que la loi du 20 août 2008 donne primauté aux représentants élus au détriment des représentants syndicaux, contrairement à l'avis du Conseil constitutionnel du 6 novembre 1996.

Pour résoudre le litige, Tribunal d'instance retient certains des fondements avancés par le syndicat et quelques autres textes.

Les magistrats constatent ainsi une ingérence du législateur dans le fonctionnement syndical. Cet argument ne nous paraît toutefois pas convaincant pour différentes raisons que nous allons expliciter (1).

Le dernier argument soulevé par FO est le plus pertinent selon nous. L'organisation syndicale relève dans cette affaire que la réforme du 20 août 2008 viole le principe d'égalité entre les syndicats dans la mesure où un syndicat intercatégoriel, comme la CFE-CGC, peut obtenir 10% des suffrages exprimés dans le seul collège qu'il représente et acquérir la représentativité, alors qu'un syndicat intercatégoriel, comme FO, qui obtient 12% des voix dans un collège n'est pas reconnu représentatif (2).

¹⁵⁴¹ Cf. *Supra* A.

¹⁵⁴² Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000/C 364/01, JOCE du 18 décembre 2000.

1. L'ingérence du législateur dans le fonctionnement syndical : un argumentaire peu convaincant

Le Tribunal d'Instance de Brest décide que la loi du 20 août 2008 porte atteinte à la fois à la liberté syndicale et au droit de négociation collective (a). Cependant, les arguments avancés par la juridiction ne nous semblent pas suffisamment convaincants pour en conclure à la non conformité de la loi au droit international. La solution rendue par la Cour de cassation dans son arrêt du 14 avril 2010¹⁵⁴³ était donc prévisible (b).

a. Des atteintes à la liberté syndicale et au droit de négociation collective - Les juges brestois relèvent que l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacre la liberté syndicale et n'autorise les restrictions à cette liberté que si celles-ci sont nécessaires à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre, à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Les juges décident que, d'une manière générale, cet article vise à empêcher toute ingérence arbitraire dans l'exercice des droits consacrés par la convention. Le Tribunal d'instance estime que l'obligation de choisir un délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu au moins 10% des suffrages exprimés posée par la loi du 20 août 2008 constitue une ingérence dans le fonctionnement syndical, qui n'est justifiée par aucun des impératifs visés par l'article 11 de la CEDH. Par conséquent, les juges décident que cette disposition n'est pas conforme aux dispositions de la Convention des droits de l'homme.

Les juges du fond relèvent en outre que l'obligation de recueillir au moins 10% des suffrages exprimés, tous collèges confondus, pour acquérir la qualité représentative, a pour effet d'empêcher le syndicat FO de participer à toute négociation dans l'entreprise et d'inciter les électeurs à se détourner d'un syndicat, favorisant ainsi les situations acquises, voire les situations de monopole. D'après les magistrats, la loi du 20 août 2008 porte donc indirectement atteinte au droit de négociation collective et à la liberté syndicale, en ce qu'elle oriente le choix d'affiliation des électeurs.

¹⁵⁴³ Cass. Soc., 14 avril 2010, arrêt préc.

La Cour de cassation a un point de vue différent¹⁵⁴⁴ : elle relève que l'obligation faite aux syndicats de choisir un délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu au moins 10% des suffrages ne constitue qu'une priorité ; à défaut, il est possible de choisir un autre candidat ou même un simple adhérent.

La Haute juridiction ajoute que le fait de permettre aux salariés de participer à la détermination des personnes les plus aptes à les défendre et à les représenter ne saurait constituer une ingérence arbitraire dans le fonctionnement syndical.

Selon nous, d'un point de vue théorique et juridique, la position adoptée par la Cour de cassation est la plus pertinente. Cependant, d'un point de vue pratique, la critique faite par le syndicat, selon laquelle la loi du 20 août 2008 risque de favoriser les situations de monopole syndical nous paraît fondée. En effet, les électeurs accorderont sûrement davantage leur confiance aux syndicats les plus « forts », plus aptes à mener des actions de front et à revendiquer auprès des directions. Le débat sur ce point n'est donc peut-être pas encore définitivement clos.

b. Un argumentaire non convaincant - Comme le relève le Professeur Akandji-Kombe¹⁵⁴⁵, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a jugé que « *les Etats demeurent libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs*¹⁵⁴⁶ ».

La Cour de cassation a tranché en ce sens le 14 avril 2010 en décidant que « *les Etats demeurent libres de réserver [le droit de mener des négociations collectives] aux syndicats représentatifs, ce que ne prohibent ni les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne, ni l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ni les conventions n° 98 et 135 de l'OIT*¹⁵⁴⁷ ».

Cette solution procède d'une logique juridique et jurisprudentielle particulière. Jean-François Akandji-Kombe relève que la Cour Européenne, pour arriver à cette solution s'est notamment basée sur les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne et l'interprétation

¹⁵⁴⁴ Cass. Soc., 14 avril 2010, arrêt préc. ; (L.) PECAUT-RIVOLIER, « La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens : à propos de l'arrêt du 14 avril 2010 », *Dr. Soc.* juin 2010, p. 649.

¹⁵⁴⁵ (J.F.) AKANDJI-KOMBE, « Tonnerre de Brest ou pétard mouillé ? », *SSL* n° 1421, 16 novembre 2009, p. 11.

¹⁵⁴⁶ CEDH, 12 novembre 2008, Demir et Baykara req. n° 34503/97.

¹⁵⁴⁷ Cass. Soc., 14 avril 2010, arrêt préc. ; voir aussi en ce sens Cass. Soc., 5 avril 2011, n° 10-15.341, inédit.

qu'en fait le Comité Européen des Droits Sociaux (CEDS)¹⁵⁴⁸. C'est d'ailleurs l'un des arguments qui avaient été avancés en 2009 par le Tribunal d'instance d'Annecy¹⁵⁴⁹, qui adoptait une position contraire à celle du tribunal brestois.

En effet, le CEDS admet que des Etats peuvent réserver l'accès aux négociations collectives aux seuls syndicats représentatifs, dès lors que les critères de représentativité retenus sont « préétablis, clairs et objectifs¹⁵⁵⁰ », que des voies de recours sont ouvertes en cas de contestation et qu'une telle mesure tend « effectivement à assurer l'efficacité et la cohérence du système de négociation collective, objectif ainsi hissé au rang de but légitime¹⁵⁵¹ ».

La loi du 20 août 2008 définit les critères de représentativité de manière claire et objective ; elle rénove les critères de représentativité pour renforcer la légitimité des syndicats et donc celle des accords qu'ils concluent. L'argument avancé par le Tribunal d'instance de Brest n'est pas pertinent.

En outre, le Professeur Akandji-Kombe relève que le Comité Européen des Droits Sociaux a décidé, dans une décision rendue 21 mai 2002¹⁵⁵², que « le seuil de représentativité fixé par la loi était conforme aux exigences de la l'article 5 de la Charte¹⁵⁵³ ».

L'article 5 de la Charte prévoit qu'afin de garantir ou de promouvoir la liberté des travailleurs et des employeurs de constituer des syndicats ou d'y adhérer, les législations nationales des Etats signataires ne doivent pas porter atteinte à ces libertés.

D'après le CEDS, la fixation d'un seuil de représentativité à hauteur de 10% ne porte donc pas atteinte au principe de la liberté syndicale.

Dès lors que les critères de la représentativité sont clairement établis et que la conformité du critère de l'audience à l'article 5 de la Charte est admise, on voit mal en quoi le seuil de 10% prévu par la loi du 20 août 2008 irait à l'encontre des dispositions de l'article 6 de la Charte sociale européenne visant à promouvoir le développement de la négociation collective. On peut reprocher à la réforme de 2008 quelques imperfections, de ne pas

¹⁵⁴⁸ Voir aussi TI Annecy, 2 décembre 2009, préc.

¹⁵⁴⁹ TI Annecy, 2 décembre 2009, préc. ; (C.) ANDRE-HESSE, (S.) MOREL, « L'audience électorale au cœur de la tourmente », *JSL* n°270, p. 7.

¹⁵⁵⁰ Procédure des rapports, concl. XV-I, France, article 5, p. 262 ; (J.F) AKANDJI-KOMBE, préc., p. 11 ; voir aussi TI Niort, 14 décembre 2009, préc.

¹⁵⁵¹ (J.F.) AKANDJI-KOMBE, préc., p. 11 ; CEDS, 16 octobre 2007, *Federation of finish enterprises c./Finlande*, réclamation n° 35/2006.

¹⁵⁵² CEDS, décision du 21 mai 2002, réclamation n°11/2000, conclusions XIII-5, p. 182.

¹⁵⁵³ (J.F) AKANDJI-KOMBE, préc., p. 11. En l'espèce, une loi portugaise imposait aux associations professionnelles de justifier de l'appui d'au moins 10% du personnel permanent pour pouvoir exercer les prérogatives syndicales.

suffisamment prendre en compte et valoriser le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du dialogue social, mais pas d'aller à l'encontre de la négociation collective.

L'argument avancé par le Tribunal d'instance de Brest n'est donc pas suffisamment convaincant et il n'est guère surprenant que la Cour de cassation n'ait pas suivi les juges du premier degré sur ce point.

2. La loi du 20 août face au principe d'égalité entre les syndicats

Le Tribunal de Brest décide que le principe de l'égalité entre les syndicats, même s'il n'est pas visé par les textes communautaires et internationaux, est inclus dans les principes fondamentaux protégés par la Cour européenne des droits de l'homme, notamment parce qu'il résulte du principe de la liberté syndicale.

La fixation du seuil de 10% par la loi du 20 août 2008 ne semble pas porter atteinte à la liberté syndicale ou au droit de négociation collective.

En revanche, la question de l'égalité entre syndicats intercatégoriels et syndicats catégoriels au regard des critères de représentativité posés par cette loi et plus particulièrement du critère de l'audience, se révèle pertinente¹⁵⁵⁴ : l'aspect démocratique de la réforme est discutable au regard du principe d'égalité.

Ainsi, les juges relèvent que l'application des dispositions de la loi du 20 août 2008 conduit à ce qu'un syndicat catégoriel qui obtient 10% dans un seul collège est représentatif tandis qu'un syndicat intercatégoriel qui obtient 12% dans un seul collège ne l'est pas. Le Tribunal juge cette mesure discriminatoire.

Nous sommes d'accord avec les magistrats sur ce point dans la mesure où un syndicat catégoriel peut accéder à la représentativité sur la base des résultats qu'il a obtenus en ne présentant qu'une seule liste, dans le collège au sein duquel ses règles statutaires lui donnent vocation à présenter des candidats¹⁵⁵⁵, tandis qu'un syndicat intercatégoriel doit obtenir une moyenne globale de 10% des suffrages exprimés sur l'ensemble des collèges.

¹⁵⁵⁴ Cf. *Supra* Première Partie, Titre 2, Sous-titre 2, Chapitre 2.

¹⁵⁵⁵ (M.L) MORIN, (L.) PECAUT-RIVOLIER, (Y.) STRUILLLOU, *Le guide pratique des élections professionnelles et des désignations des représentants syndicaux dans l'entreprise*, Dalloz, 2009, p. 220.

Or, un tel score est plus facile à obtenir pour la CFE-CGC dans le collège des cadres, où elle dispose d'un électorat en quelque sorte « présélectionné » par le jeu des dispositions légales. D'autres syndicats catégoriels bénéficient de ce type de mesures, comme les syndicats de journalistes, dans certaines entreprises, où encore le personnel navigant, depuis une loi du 3 novembre 2009 qui a créé un collège spécial pour les pilotes dans les entreprises de transport aérien lorsque le nombre de ces personnels atteint 25¹⁵⁵⁶.

On peut s'interroger sur l'existence d'une différence de traitement entre les syndicats. Celle-ci est-elle justifiée par des éléments objectifs ? Est-elle raisonnable et proportionnée au but recherché ?

Le Conseil constitutionnel, saisi de la question, a estimé que la loi du 20 août 2008 ne porte pas atteinte au principe d'égalité entre syndicats au motif que le syndicat catégoriel CFE-CGC ne se trouve pas dans une situation identique à celle des syndicats intercatégoriels¹⁵⁵⁷. L'argument juridique est juste : on ne peut parler d'inégalité que lorsqu'on compare des situations identiques. A ce propos, comme le relève le Professeur Antonmattei, on peut se demander en quoi la situation des syndicats catégoriels est différente de celle des syndicats intercatégoriels dans la mesure où tous peuvent présenter des candidats dans tous les collèges¹⁵⁵⁸.

Toutefois dans ce cas particulier, en admettant que la situation de départ des syndicats n'est pas identique, l'objectif est le même pour tous : obtenir au moins 10% des suffrages valablement exprimés pour être représentatif. En réalité, il s'agit de déterminer si les syndicats bénéficient tous des mêmes conditions d'accession à la représentativité. Sur le plan textuel oui, mais en pratique non puisque leur assiette électorale n'est pas la même.

Le Conseil constitutionnel¹⁵⁵⁹ étaye son argumentaire en soulignant que le législateur a pris soin de préciser que le syndicat catégoriel n'est représentatif qu'à l'égard des personnels que ses règles statutaires lui donnent vocation à représenter. Cette dernière disposition rééquilibre effectivement la situation. Par conséquent, on peut considérer que le principe d'égalité entre syndicats n'est pas remis en cause par la loi du 20 août 2008.

¹⁵⁵⁶ (J.F.) AKANDJI-KOMBE, art. préc., p. 12.

¹⁵⁵⁷ Cons. Constit., 7 octobre 2010, n° 2010-42, QPC préc.

¹⁵⁵⁸ (P.-H.) ANTONMATTEI, « Négociation collective et syndicats catégoriels : le début des ennuis », *Dr. Soc.* Janvier 2011, p. 89.

¹⁵⁵⁹ Cons. Constit., 7 octobre 2010, décision préc.

En réalité, en filigrane se dessine la question de l'existence des syndicats catégoriels et la répartition légale des collèges. Cette question ne nous semble pas opportune dans la mesure où l'existence des syndicats catégoriels est admise depuis longtemps et que sans la disposition particulière de la réforme de 2008, ces syndicats n'auraient aucune chance de survie ou auraient été obligés de fusionner avec un autre syndicat.

Ainsi, chez Aerolia par exemple, l'établissement de Toulouse comptait en 2009 environ 300 salariés. 80% d'entre eux sont des cadres car il s'agit du siège social. Mais à Saint-Nazaire, sur un effectif d'environ 800 salariés, les cadres étaient à peine une trentaine.

Il est donc quasiment impossible pour la CFE-CGC d'obtenir une moyenne de 10% des suffrages exprimés sur l'ensemble des collèges. Sans l'existence de ce « privilège », les syndicats catégoriels ne pourraient probablement plus être représentatifs.

Au-delà de la question de la discrimination entre les syndicats, c'est plutôt la question de la représentation des salariés qui risque de se poser : après 2008, que faire lorsque le seul syndicat représentatif qui est habilité à négocier à l'issue des élections dans l'entreprise est un syndicat catégoriel ? On pense ici notamment à l'hypothèse selon laquelle à l'issue des élections professionnelles, seule la CFE-CGC serait habilitée à négocier au niveau de l'entreprise alors que l'entreprise dans son ensemble ne compte pas une majorité de cadres. Ce syndicat est-il réellement légitime pour représenter l'ensemble des salariés, quelle que soit leur catégorie professionnelle ¹⁵⁶⁰ ? A cette question on peut répondre par l'affirmative car à l'origine, les statuts de la CFE-CGC lui donnent vocation à représenter tous types de salariés, y compris des employés ¹⁵⁶¹. Ce n'est toutefois pas sa vocation première.

II. Les solutions envisageables

Afin de limiter les contradictions entre droit européen et droit français, voire de résoudre les problèmes qui se posent en droit interne en matière de représentation collective, différentes solutions peuvent être envisagées.

D'une façon générale, on constate que la mise en œuvre de systèmes et de réformes juridiques efficaces passe par une meilleure concertation et une meilleure coordination des différents acteurs qui y participent. C'est pourquoi nous pensons que la loi du 20 août 2008,

¹⁵⁶⁰ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 2, Chapitre 2.

¹⁵⁶¹ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 2, Chapitre 2.

au lieu de se centrer sur la notion de légitimité des syndicaux, aurait dû davantage prendre en considération le rôle des partenaires sociaux en général dans la négociation collective pour réformer efficacement le système de représentativité et développer réellement la démocratie sociale dans les entreprises. Prendre en compte cet aspect aurait en outre permis de s'intéresser à la question de la fonction normative des syndicats dans son ensemble, c'est-à-dire dans la négociation collective et dans l'élaboration des lois. Or, cette dernière fonction dépasse le cadre de la représentativité et de l'élection en entreprise. Nous pensons qu'il est alors judicieux de s'orienter vers la recherche d'outils qui permettraient de développer le dialogue social et à terme, plus largement, la démocratie sociale. Ce qui nous amène à nous intéresser ici à certains outils ou institutions qui existent au niveau européen et semblent faire leurs preuves¹⁵⁶².

Suivant cette idée, une concertation renforcée entre les institutions nationales et européennes, mais aussi entre les partenaires sociaux pour déterminer les orientations politiques et juridiques en matière de droit du travail pourrait favoriser l'harmonisation des droits sociaux, leur mise en œuvre et le développement de la démocratie sociale (A).

Par ailleurs, le système de représentativité français lui-même peut encore être amélioré. Une autre piste à exploiter réside selon nous dans le système de reconnaissance mutuelle des partenaires sociaux qui existe dans d'autres Etats européens et fonctionne plutôt bien... Ne serait-il pas possible de songer à développer ce type de représentativité en France ? (B).

A. Une concertation renforcée

Comme le souligne Cécile Fourcade, « *Rendre la consultation des partenaires sociaux obligatoire supposerait une réforme de la Constitution. Il semble toutefois qu'une solution plus souple, n'affectant pas l'autorité du législateur, doive être recherchée*¹⁵⁶³ ». Ce qui nous conduit à nous intéresser à certains instruments communautaires existants qui ne sont pas toujours utilisés autant qu'ils pourraient l'être. Un recours accru à la Méthode Ouverte de Coordination, par exemple, pourrait selon nous favoriser le développement du dialogue social, de la démocratie sociale, voire l'harmonisation des droits sociaux au niveau européen (1).

¹⁵⁶² Cf. *Infra* A.

¹⁵⁶³ (C.) FOURCADE, thèse préc., p. 388-389.

Par ailleurs, des améliorations pourraient être apportées au niveau des institutions qui interviennent dans la mise en œuvre du dialogue social. Ici aussi certains modèles européens pourraient constituer des sources d'inspiration intéressantes (2).

1. Le recours accru à la Méthode Ouverte de Coordination

La MOC constitue un facteur d'harmonisation des droits sociaux en Europe (a) et, potentiellement, un facteur de développement de la démocratie sociale en Europe (b).

a. La MOC, facteur d'harmonisation - Déjà évoquée dans le Traité de Maastricht de 1992, qui énonçait que « les Etats membres considèrent leurs politiques économiques comme une question d'intérêt commun et les coordonnent au sein du Conseil » et prévoyait un système de surveillance multilatérale et d'évaluation d'ensemble¹⁵⁶⁴, la MOC a été définie plus précisément par l'introduction dans le Traité CE d'un nouveau Titre VIII sur l'Emploi¹⁵⁶⁵, couramment dénommé le « processus de Lisbonne », en hommage au Conseil européen de Lisbonne de 2000 qui a officialisé l'expression de « Méthode Ouverte de Coordination ».

La Méthode Ouverte de Coordination consiste en un échange d'information mutuel entre le Conseil européen, les Etats, les institutions et partenaires européens, sous le contrôle en amont de la Commission, qui doit déboucher, à terme, sur une convergence progressive des Etats dans les domaines concernés par l'expérimentation. Les Etats membres de l'Union Européenne, en recourant à la MOC, définissent les orientations à suivre notamment en matière d'emploi, mais aussi concernant l'éducation, l'immigration, la recherche européenne ou encore les politiques d'entreprises.

Le mécanisme de la MOC se caractérise donc par une grande souplesse, sa mise en œuvre ou son défaut de mise en œuvre n'étant assorti d'aucune sanction juridique. Pourtant, malgré l'absence de sanctions, elle produit des résultats plutôt probants.

Ainsi, en Belgique par exemple, les partenaires sociaux consultent le Gouvernement et concluent tous les deux ans un accord national interprofessionnel contenant notamment les

¹⁵⁶⁴ Ancien article 103 CE devenu article 99 CE, §3 : « pour le besoin de cette surveillance multilatérale, les Etats membres transmettent à la Commission des informations sur les mesures importantes qu'ils ont prises dans le domaine de leur politique économique et toute autre information qu'ils jugent nécessaire ». Sous proposition de la Commission, le Conseil peut ensuite adresser des recommandations aux Etats qui ne respecteraient pas les orientations prévues.

¹⁵⁶⁵ Articles 125 à 130.

priorités des partenaires sociaux en matière de formation professionnelle, de temps de travail ou encore concernant les seniors¹⁵⁶⁶.

En Irlande, le Gouvernement et les partenaires sociaux signent régulièrement des « accords de partenariat » facilitant la mise en œuvre des stratégies européennes de l'emploi¹⁵⁶⁷.

Comme le souligne Mélanie Schmitt, la MOC constitue donc indéniablement un facteur de développement du dialogue social en Europe¹⁵⁶⁸.

Un recours accru à ce mécanisme de coopération entre les Etats pourrait permettre, à terme, de compléter les garanties offertes par le droit communautaire dans ce domaine. Il serait bon d'élargir le recours à ce mécanisme à d'autres domaines que l'emploi. C'est d'ailleurs ce qui a été réalisé dans le traité de Nice, qui étend la MOC à l'ensemble des domaines de politique sociale pouvant faire l'objet d'une harmonisation¹⁵⁶⁹.

On pourrait objecter que la MOC est destinée à faciliter la mise en œuvre de politiques européennes et non la mise en œuvre de droits dans les Etats membres.

Cependant, il serait possible d'utiliser cet instrument juridique pour promouvoir ou garantir des droits sociaux.

En effet, la question des droits sociaux fait partie intégrante du dialogue social, en France et en Europe : on négocie des accords sur les conditions de travail des salariés, l'exercice du droit syndical dans les entreprises etc.

La reconnaissance de certains droits pourrait tout à fait faire l'objet d'une politique ou d'une stratégie européenne et la MOC pourrait être utilisée pour assurer la mise en œuvre de ces orientations dans les différents Etats membres. Les questions de la représentation du personnel ou de l'autonomie des partenaires sociaux pourraient être abordées dans le cadre de la Méthode Ouverte de Coordination.

La MOC, utilisée à bon escient, pourrait donc contribuer à une harmonisation des droits nationaux, ce qui permettrait d'inciter les Etats à négocier en interne sur le sujet et de garantir les droits sociaux de manière égalitaire dans chaque Etat membre dans la mesure où la ligne directrice est fixée au niveau européen.

¹⁵⁶⁶ (M.) SCHMITT, thèse préc., p. 348.

¹⁵⁶⁷ (M.) SCHMITT, thèse préc., p. 349.

¹⁵⁶⁸ (M.) SCHMITT, thèse préc., p. 347 et s.

¹⁵⁶⁹ (M.) SCHMITT, « La dimension sociale du traité de Lisbonne », *Dr. Soc.* Juin 2010, p. 691.

b. Un instrument potentiel de développement de la démocratie sociale - Comme l'explique Marie-Ange Moreau, la MOC est en partie issue d'une réflexion relative à la gouvernance européenne. Cette réflexion a donné lieu à plusieurs analyses, certaines mettant l'accent sur « *la nécessité de reconstruire les règles de gouvernance sur des mécanismes de démocratie participative*¹⁵⁷⁰ ».

En effet, au-delà de sa fonction d'harmonisation, la MOC constitue potentiellement un nouveau mode de production des normes, y compris des normes sociales. Plus encore, elle constitue un mode démocratique d'élaboration des normes dans la mesure où elle permet d'associer tous les Etats membres à la production de ces règles. L'idée pourrait être développée de manière à intégrer dans le processus le Parlement européen, assemblée représentative des citoyens européens, ou encore les syndicats européens, à la définition des axes stratégiques ou à la mise en œuvre de la MOC.

La MOC est donc, potentiellement, un instrument qui pourrait contribuer à l'élaboration démocratique des normes européennes, voire au développement de la démocratie sociale en Europe.

2. Des idées de changements institutionnels

Encourager le développement de la démocratie sociale suppose d'assurer la participation effective des acteurs qui y interviennent. En premier lieu, la concertation avec ces derniers et entre ces derniers doit donc être favorisée.

A ce propos, les Pays-Bas offrent des modèles institutionnels intéressants.

Il existe aux Pays-Bas un Conseil Economique et Social (SER), composé de onze représentants des employeurs, onze représentants des salariés et onze représentants de la Couronne¹⁵⁷¹.

Cette institution, que l'on pourrait rapprocher de nos commissions paritaires de branche joue un rôle important aux Pays-Bas dans la mesure où le Gouvernement néerlandais tient souvent compte des avis qu'elle rend en matière économique. Ainsi, ce Conseil a aidé à résoudre

¹⁵⁷⁰ (M.A.) MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Dalloz, 2006, p. 157.

¹⁵⁷¹ Il s'agit d'experts désignés par le Gouvernement.

certaines difficultés concernant par exemple la flexibilité du travail, les retraites ou encore l'allègement des charges des entreprises¹⁵⁷².

De plus, les Pays-Bas disposent depuis 1945 d'une autre institution originale, la Fondation du Travail (STAR). Il s'agit d'une fondation de droit privé composée d'un collège d'employeurs et d'un collège de salariés. Des groupes de travail paritaires étudient les problèmes relatifs aux relations sociales.

Le gouvernement néerlandais consulte la Fondation sur tous les projets de loi sociale.

C'est également au sein de cette Fondation que sont réalisées les ébauches des grands accords. Il s'agit donc d'une institution pivot du dialogue social au Pays-Bas et motrice de la politique sociale.

Le mécanisme semble bien fonctionner compte tenu des résultats de la politique salariale des Pays-Bas, dont le taux de chômage est inférieur à 3% et du fait que la croissance économique du pays a augmenté¹⁵⁷³.

Par ailleurs, alors que le gouvernement néerlandais essayait sans succès de légiférer sur les embauches et le licenciement, le projet étant bloqué au Parlement à cause de divisions politiques, les partenaires sociaux, au sein de la Fondation, ont réussi à conclure un accord sur le sujet et à émettre un avis à l'unanimité¹⁵⁷⁴. Ce système peut donc également contribuer à éviter ou du moins à limiter certains blocages législatifs.

Les Pays-Bas se caractérisent donc par un système de relations collectives souple et avancé, qui privilégie la résolution des problèmes juridiques et sociaux par la mise en œuvre du dialogue social. En pratique, ce système se révèle efficace et produit des résultats économiques et sociaux positifs.

Ce système repose sur des institutions tripartites et paritaires. Les partenaires sociaux disposent d'une certaine autonomie mais le pouvoir législatif conserve le contrôle des opérations. Ainsi, c'est le ministère du travail qui enregistre les conventions collectives et procède à leur extension.

Le modèle néerlandais pourrait donc servir de source d'inspiration à la France, ne serait-ce qu'au niveau institutionnel.

¹⁵⁷² (M.) MILLOT, (J.P.) ROULLEAU, *Les relations sociales en Europe*, éd. Liaisons, 2005, p. 286.

¹⁵⁷³ (M.) MILLOT, (J.P.) ROULLEAU, préc. , p. 287.

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*

B. La reconnaissance mutuelle des partenaires sociaux, une solution adaptable en France ?

A la différence du droit français, le droit européen admet la légitimité des accords conclus par les partenaires sociaux reposant sur leur reconnaissance mutuelle, ce qui explique en partie l'absence de définition légale de la représentativité au niveau européen¹⁵⁷⁵.

Alors que le législateur français s'emploie à accroître la légitimité des partenaires sociaux par la (re)définition de leur représentativité, dont la loi du 20 août 2008 constitue la dernière étape en date, certains pays européens fondent leur système de relations collectives sur le principe de reconnaissance mutuelle (1). Ces différences s'expliquent en premier lieu par des facteurs d'ordre culturel : certains systèmes juridiques sont hostiles à la cohabitation entre acteurs syndicaux et représentants élus (Royaume-Uni), tandis que d'autres prônent la pluralité (Allemagne, France)¹⁵⁷⁶. D'autres Etats ont opté pour un régime intermédiaire : le système italien par exemple, est fondé sur un modèle syndical mais avec des représentants en partie élus¹⁵⁷⁷.

Les systèmes reposant sur la reconnaissance mutuelle des partenaires sociaux diffèrent donc fortement du système de représentativité français. Ils fonctionnent néanmoins. Une étude approfondie de ce principe permettrait donc peut-être de trouver des pistes de solution ou d'évolution autres que celles proposées par la réforme du 20 août 2008. Une transposition de ce principe en droit français serait-elle envisageable ou à tout le moins, ne pourrait-on pas s'en inspirer ? En analysant davantage cette question, on s'aperçoit qu'en réalité, la différence majeure entre le droit français et le droit européen réside dans le fait que les titulaires du droit à négocier ne sont pas les mêmes (2).

1. Le principe de la reconnaissance mutuelle

On distingue en Europe d'une part, les Etats qui appliquent les systèmes dits de représentativité légale, comme la France, lesquels reposent sur l'appréciation de la représentativité des syndicats en fonction de critères définis par la loi.

D'autres Etats basent leurs relations collectives sur la reconnaissance mutuelle des partenaires sociaux. Tel est le cas par exemple des Pays-Bas (a), de l'Allemagne (b) et du

¹⁵⁷⁵ Cf. *Supra* §1.

¹⁵⁷⁶ (A.) MARTINON, « Les relations collectives de travail dans les groupes de sociétés à caractère transnational », *Dr. Soc.* Juillet-août 2010, p. 799.

¹⁵⁷⁷ (A.) MARTINON, art. préc., p. 799.

Royaume-Uni (c). Ces systèmes se caractérisent par l'absence (ou la quasi absence) de critères de représentativité.

a. L'exemple des Pays-Bas - Aux Pays-Bas, les accords collectifs peuvent être signés avec n'importe quelle organisation syndicale pourvu qu'elle dispose de la personnalité morale et soit habilitée à y procéder. La seule condition légale requise réside dans le fait que les statuts du syndicat doivent mentionner la conclusion des conventions collectives parmi les missions du syndicat¹⁵⁷⁸.

Néanmoins, comme le souligne Mélanie Schmitt¹⁵⁷⁹, ce principe de reconnaissance mutuelle est tempéré aux Pays-Bas par le fait que la légitimité d'un syndicat à signer un accord peut être contestée au regard du champ d'application de l'accord. Cette règle résulte d'une jurisprudence néerlandaise qui impose que le syndicat signataire fasse preuve d'une « représentativité suffisante », autrement dit, qu'il compte parmi ses membres au moins un quart des salariés concernés par l'accord.

Par la suite, les juges néerlandais n'ont plus exigé de la part des syndicats qu'ils démontrent une représentativité suffisante, mais simplement une « représentativité évidente », c'est-à-dire que le syndicat doit compter, dans une catégorie particulière de personnel, un nombre d'adhérents plus important que celui des autres organisations syndicales.

On ne peut donc pas considérer qu'aux Pays-Bas, il n'y a aucune exigence de représentativité. Il n'existe toutefois aucun critère légal pour son appréciation, seuls les effectifs semblent être pris en compte par les juges. Il s'agit donc, en tout état de cause, d'un système beaucoup plus souple et probablement plus simple à mettre en œuvre que celui que nous connaissons en France.

b. La reconnaissance mutuelle en Allemagne - En Allemagne, la situation est différente de celle que l'on rencontre aux Pays-Bas. Ainsi, un syndicat, le D.G.B¹⁵⁸⁰. (Fédération allemande des syndicats), qu'on peut qualifier de syndicat dominant¹⁵⁸¹, regroupe près de 85% des syndiqués. On ne peut donc pas réellement parler de pluralisme syndical en Allemagne. Celui-ci existe, mais demeure limité : en principe, les autorités étatiques

¹⁵⁷⁸ (M.) SCHMITT, thèse préc., p. 602.

¹⁵⁷⁹ *Ibid.*

¹⁵⁸⁰ Deutscher Gewerkschaftsbund.

¹⁵⁸¹ (A.) ARSEGUEL, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, Thèse de doctorat Toulouse 1976, p. 53-54.

n'exercent pas de contrôle sur les syndicats respectent le pluralisme syndical¹⁵⁸². Il existe donc en Allemagne d'autres syndicats que le D.G.B. mais force est de constater qu'en pratique ce dernier demeure majoritaire, y compris dans les secteurs professionnels dans lesquels d'autres syndicats se sont formés¹⁵⁸³. Et, contrairement à ce qu'on peut observer en France, cette pluralité n'entraîne pas d'oppositions entre les syndicats en Allemagne : une certaine unité, convergence, demeure au niveau de l'action professionnelle¹⁵⁸⁴.

Par ailleurs, le système de représentativité repose exclusivement sur la reconnaissance mutuelle des partenaires sociaux dans la mesure où, comme en Angleterre, il n'existe aucun critère légal de représentativité.

Comme le souligne le Professeur Arseguel, on constate également que les syndicats allemands sont moins réticents à « supporter les engagements » qui découlent de la négociation ou de leur participation à la mise en œuvre des politiques, alors qu'en France, les négociations ont plus souvent tendance à déboucher sur des constats que sur des contrats¹⁵⁸⁵ dont les clauses lieront et engageront la responsabilité des parties signataires. On note d'ailleurs qu'en pratique, en France, la signature des conventions et protocoles « avec réserves » est assez fréquente.

Toutefois, on remarque que comme aux Pays-Bas¹⁵⁸⁶, le juge a dû intervenir et poser quelques critères de représentativité pour l'exercice du droit de la négociation collective, compte tenu de l'existence de certains petits syndicats.

Ainsi, pour être représentatif un syndicat doit compter un certain nombre d'adhérents, être doté d'une organisation propre et avoir pour objet la protection et l'amélioration des conditions de travail de ses membres¹⁵⁸⁷.

Enfin, l'organisation doit être capable de conclure des conventions collectives, c'est-à-dire en pratique, de former un contrepoids politique suffisant face aux organisations patronales, faire suffisamment pression pour que ces dernières écoutent ses propositions.

¹⁵⁸² (A.) ARSEGUEL, Thèse préc., p. 60.

¹⁵⁸³ (A.) ARSEGUEL, Thèse préc., p. 61.

¹⁵⁸⁴ (A.) ARSEGUEL, Thèse préc., p. 62.

¹⁵⁸⁵ (A.) ARSEGUEL, thèse préc., p. 65.

¹⁵⁸⁶ Cf. *Supra* a.

¹⁵⁸⁷ (M.) SCHMITT, thèse préc., p. 601.

c. La représentativité conventionnelle au Royaume-Uni - Au Royaume-Uni, les négociations se déroulent essentiellement sur le lieu de travail. Ainsi, la plupart du temps, c'est au niveau de l'entreprise que s'effectue la reconnaissance de la représentativité du syndicat.

Les syndicats qui disposent d'un nombre d'adhérents satisfaisant et sont bien implantés dans la ou les entreprises concernées par la négociation, sont en quelque sorte naturellement représentatifs, la loi ne fixant aucun critère en la matière.

La représentativité conventionnelle est consacrée au Royaume-Uni, les syndicats volontairement reconnus par l'employeur peuvent être considérés comme représentatifs¹⁵⁸⁸.

Cette reconnaissance résulte essentiellement de l'effectif de l'organisation syndicale et de son implantation dans l'entreprise. Ce constat résulte en grande partie du fait que traditionnellement, en Angleterre, les syndicats ont plutôt pour objectif l'amélioration du système que son changement. Par conséquent, leur participation à la gestion de l'entreprise repose davantage sur l'idée de cogestion et que sur celle de contestation¹⁵⁸⁹. La cogestion, bien qu'étant une notion très vague, implique des actes de coopération entre syndicats ouvriers et patronaux¹⁵⁹⁰ : ces derniers se reconnaissent alors spontanément comme des interlocuteurs nécessaires. Ces particularités expliquent la tendance naturelle des relations sociales au Royaume-Uni à s'exercer dans le cadre d'un système de reconnaissance conventionnelle, plutôt qu'un système de reconnaissance légale.

Une loi de 1999¹⁵⁹¹ impose toutefois à l'employeur de reconnaître le syndicat dans une unité de négociation¹⁵⁹² dès lors que ce dernier apporte la preuve qu'une majorité de salariés désire être représentée par lui dans le périmètre considéré¹⁵⁹³.

Pour rapporter cette preuve, le syndicat dispose de deux méthodes : soit il établit que plus de la moitié des salariés de l'unité considérée sont adhérents ; soit il obtient la majorité des voix lors d'un scrutin organisé spécialement au sein de l'unité, sous réserve qu'il obtienne au moins 40% des voix des salariés concernés. Ce scrutin ne peut toutefois être organisé que si le syndicat compte parmi ses membres au moins 10% des salariés concernés.

¹⁵⁸⁸ « union recognition » ; (M.) SCHMITT, thèse préc., p. 599.

¹⁵⁸⁹ (A.) ARSEGUEL, thèse préc., p. 69.

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*

¹⁵⁹¹ Employment relations Act.

¹⁵⁹² « bargaining unit » .

¹⁵⁹³ (M.) SCHMITT, préc., p. 600.

Au Royaume-Uni, on peut donc dire que les deux critères dominants sont les effectifs et l'audience électorale du syndicat. Si ces derniers sont remplis, l'employeur a l'obligation de reconnaître la légitimité des syndicats considérés et de négocier avec eux les salaires, les horaires et les congés. On remarque que le système britannique repose sur la représentativité conventionnelle mais prévoit une possibilité pour le syndicat de prouver sa représentativité suivant des modalités qui ressemblent fortement à celles prévues par la loi du 20 août 2008.

2. *Les titulaires du droit à négocier : salariés ou syndicats ?*

Le principe de reconnaissance mutuelle est difficilement transposable, en tant que tel, en France. Ceci s'explique notamment par le fait que le droit français n'appréhende pas le droit à négocier de la même façon que le droit européen. Le principe de reconnaissance mutuelle a malgré tout inspiré le législateur français.

L'analyse des trois exemples de systèmes de représentativité conventionnelle ou de reconnaissance mutuelle¹⁵⁹⁴ (Pays-Bas, Allemagne et Royaume-Uni) montre qu'au final aucun système ne repose exclusivement sur la reconnaissance mutuelle : la jurisprudence et le législateur ont été obligés d'intervenir pour réajuster ou tempérer les mécanismes de reconnaissance mutuelle de la représentativité.

Par ailleurs, l'application de ce type de système peut entraîner certains problèmes.

Ainsi, au Royaume-Uni, la baisse du syndicalisme a des conséquences importantes sur les syndicats dans la mesure où leur représentativité repose en réalité quasi exclusivement sur leurs effectifs. Dès lors, la baisse du taux de syndicalisation constitue un réel problème pour les syndicats britanniques et le bon déroulement des négociations collectives.

En effet, à partir du moment où le syndicat ne parvient plus à rapporter la preuve d'un nombre suffisant d'adhérents ou n'obtient pas une audience électorale suffisante, les employeurs ne sont plus contraints de le considérer comme représentatif et de négocier avec lui¹⁵⁹⁵.

L'idée de reconnaissance mutuelle a toutefois inspiré le rapport de Monsieur Poisson paru en 2009¹⁵⁹⁶. Ce dernier suggère que la reconnaissance des branches passe par une forme

¹⁵⁹⁴ Cf. *Supra* a.

¹⁵⁹⁵ (M.) SCHMITT, thèse préc., p. 600.

de reconnaissance mutuelle des partenaires sociaux ; ces derniers devraient en outre conclure une « convention de reconnaissance réciproque » par laquelle ils affirment « leur intention de réguler par la négociation un secteur professionnel déterminé¹⁵⁹⁷ ». Ce système permettrait, selon le député, de conférer aux organisations patronales une légitimité accrue, une véritable représentativité¹⁵⁹⁸. On discerne dans cette initiative un mouvement en faveur du développement de la subsidiarité¹⁵⁹⁹ et de l'autonomie des partenaires sociaux suivant l'influence du droit européen. Ce qui nous conforte dans l'idée que des solutions pourraient être trouvées en explorant les pistes qu'offre ce droit.

A ce propos, on observe une différence majeure entre le droit français et le droit européen : en droit européen, d'une façon générale, la négociation collective est une composante de la liberté syndicale. Il s'agit d'une prérogative naturelle pour les syndicats. Ainsi, en Allemagne par exemple, la loi reconnaît le droit à négocier aux partenaires sociaux, sans les définir. La jurisprudence quant à elle n'admet « *comme aptes à négocier que les organisations capables d'utiliser leur autonomie normative en accord avec la fonction de réglementation des conditions de travail, qui sont prêtes à mener un conflit du travail et sont organisées à un niveau supérieur de l'établissement*¹⁶⁰⁰ ». Concernant l'Allemagne, cette jurisprudence assure la primauté aux syndicats dominants dont la capacité contractuelle est rarement remise en cause. La question de la représentativité des syndicats dans les Etats européens qui recourent au système de reconnaissance mutuelle ou conventionnelle ne se pose donc que rarement.

On nuancera le propos en relevant qu'en Allemagne, en principe, la convention collective s'applique aux seuls salariés syndiqués. Le syndicat ne représente donc pas l'ensemble des salariés. Différents mécanismes juridiques permettent toutefois l'application des conventions à l'ensemble des salariés concernés, comme la procédure d'extension par exemple.

En France, en revanche, le droit de participer collectivement à la détermination des conditions de travail appartient aux salariés, via leurs représentants comme l'indique l'article 8 du Préambule de 1946. Cet état de fait explique en grande partie pourquoi les questions de

¹⁵⁹⁶ (J.F.) POISSON, *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, La Documentation française, 2009, p. 212.

¹⁵⁹⁷ « Rapport Poisson : quel avenir pour la négociation de branche ? », *SSL* 13 juillet 2009, n° 1408, p. 3.

¹⁵⁹⁸ (S.) NADAL, « La fabrique des branches : à propos du rapport « Poisson » », *RDT* octobre 2009, p. 597.

¹⁵⁹⁹ Cf. *Infra* Chapitre 2.

¹⁶⁰⁰ (M.-L.) MORIN, thèse préc., p. 150.

la représentativité et de la légitimité des syndicats se posent avec autant d'acuité en France et met en évidence le lien qui existe entre représentation et négociation collective. Ces deux thématiques doivent donc être appréhendées ensemble. Ne serait-il pas alors plus simple, comme dans certains Etats européens, de consacrer ce droit à la négociation comme prérogative naturelle des syndicats et non seulement des salariés ?

Chapitre 2 : L'adaptation possible de certains principes

La négociation collective européenne se caractérise, entre autres, par la multiplicité de ses acteurs. Interviennent en effet les organisations patronales nationales, les organisations syndicales nationales, les comités d'entreprise nationaux et plus largement, toutes les institutions représentatives au niveau national, auxquelles se superposent les institutions européennes : les fédérations syndicales européennes interprofessionnelles et sectorielles, les comités d'entreprise européens, les confédérations syndicales mondiales et les organisations patronales européennes.

Les syndicats français représentatifs étant des acteurs au niveau européen, la loi du 20 août 2008 aura naturellement des répercussions à ce niveau aussi. La problématique est toutefois doublement complexe en Europe.

En effet, en France, se pose principalement le problème de la capacité des syndicats à négocier, de leur légitimité en la matière, ce qui justifie en grande partie la réforme de leur représentativité en 2008.

Le même problème tenant à la capacité et plus largement, à la légitimité des partenaires sociaux se pose au niveau européen (Section 1), doublé des difficultés liées à la répartition des compétences de chacun et à l'articulation des institutions entre elles.

Par ailleurs, la compatibilité des normes internationales et européennes avec les normes françaises se révèle parfois discutable lorsqu'il s'agit d'appréhender la notion de démocratie sociale ou ses composantes, comme le dialogue social par exemple.

Ces difficultés de compatibilité tiennent à la fois au fait que le droit français et le droit international ou le droit européen ne conçoivent pas toutes les notions de la même façon, mais aussi au fait que certains concepts européens ou internationaux sont totalement étrangers au droit français. Certaines adaptations destinées à améliorer la compatibilité des systèmes, voire à les harmoniser, nous paraissent toutefois envisageables (Section 2).

Section 1 - La légitimité des partenaires sociaux européens dans le processus normatif

L'examen de la représentativité et du rôle des partenaires sociaux européens dans la mise en œuvre du dialogue social conduit à un double constat.

On s'aperçoit d'une part que la représentation syndicale au niveau européen se caractérise par une grande diversité, qui ne favorise pas nécessairement la mise en œuvre du dialogue social, d'autant plus qu'elle suppose également l'existence d'une représentation au niveau national. Certaines institutions nous paraissent toutefois promises à un avenir certain dans la négociation transnationale (§1).

L'intervention des partenaires sociaux européens dans le processus normatif connaît par ailleurs des limitations d'ordre nationales et européennes (§2).

§1. Des institutions d'avenir

Le paysage syndical européen se caractérise par une grande diversité d'acteurs dont la capacité d'intervention dans le processus normatif connaît, comme en droit français, certaines limites.

Les partenaires sociaux européens participent à la mise en œuvre du dialogue social bipartite et du dialogue social tripartite au niveau européen.

Le dialogue social bipartite, qui s'exerce au sein du comité de dialogue social interprofessionnel et des comités de dialogue sectoriels, implique les syndicats patronaux et salariés européens.

Le dialogue social tripartite s'effectue quant à lui via le sommet social tripartite institué par la décision 2003/174/CE, lequel a pour mission d'assurer de façon permanente, dans le respect du traité et des compétences des institutions et organes de la Communauté, la concertation entre le Conseil, la Commission et les partenaires sociaux.

La Commission européenne pose notamment comme critère d'identification des organisations représentatives le fait qu'elles soient interprofessionnelles, sectorielles ou catégorielles et organisées au niveau européen¹⁶⁰¹.

Il est donc important de connaître les syndicats englobés dans chacun de ces découpages.

La question peut paraître simple mais se révèle en réalité beaucoup plus complexe, eu égard à la diversité des partenaires sociaux européens qui recouvrent les différents niveaux géographiques professionnels visés.

On dénombre ainsi en Europe des confédérations au niveau international, des syndicats interprofessionnels et des organisations sectorielles. Cette superposition et ce recoupement de groupements ne facilitent pas nécessairement la mise en œuvre du dialogue social européen.

On constate que les confédérations internationales jouent un rôle particulier et présentent une dimension transnationale qui devrait, selon nous, être davantage exploitée dans les années à venir (I).

Les autres acteurs européens quant à eux sont aujourd'hui des acteurs incontournables du dialogue social. Leur rôle devrait toutefois continuer à évoluer, spécialement dans le cadre des négociations collectives (II).

I. Les confédérations, des institutions prometteuses

Les confédérations internationales constituent des acteurs incontournables du dialogue social européen (A) et selon nous, une des institutions de représentation les plus prometteuses (B).

A. Les confédérations, acteurs incontournables du dialogue social européen

Les syndicats français sont composés de différents organes, suivant une hiérarchie pyramidale particulière.

A la base de la pyramide, on trouve les sections syndicales. Ces dernières peuvent être créées par tout syndicat disposant de plusieurs adhérents dans l'entreprise, à condition que ce syndicat soit représentatif ou affilié à une organisation syndicale représentative au niveau

¹⁶⁰¹ Cf. *Supra* Chapitre 1, Section 2.

national et interprofessionnel. Depuis l'intervention de la loi du 20 août 2008, les syndicats créés depuis au moins deux ans, qui respectent les valeurs républicaines et dont le champ géographique et professionnel couvre l'entreprise concernée, peuvent également constituer une section syndicale¹⁶⁰². La section syndicale est l'émanation du syndicat au niveau le plus local, c'est-à-dire au niveau des établissements.

Au-dessus de la section se trouve le syndicat à proprement parler. Ce dernier est créé lorsque ses statuts sont déposés à la mairie. Il dispose généralement d'un bureau comportant un secrétaire, ou un secrétaire général, ainsi qu'un trésorier.

Dans ce schéma pyramidal, à l'échelon supérieur se situent ensuite les fédérations professionnelles et les unions interprofessionnelles.

Les fédérations professionnelles ont pour objet la défense des intérêts des salariés d'une même branche d'activité ou d'une administration donnée¹⁶⁰³.

Les unions interprofessionnelles quant à elles ont pour objet la défense des intérêts des salariés d'une même zone géographique, sans considération de leur appartenance professionnelle¹⁶⁰⁴. Ce caractère géographique explique qu'il existe des unions locales, des unions départementales et des unions régionales.

Les unions locales ont essentiellement un rôle d'assistance et d'animation : elles mettent du matériel à disposition de leurs adhérents organisent des campagnes de recrutement et de propagande. Les unions départementales ont « davantage un rôle de représentation¹⁶⁰⁵ » dans la mesure où elles vont disposer de représentants dans certaines institutions comme le conseil d'administration des caisses de sécurité sociale par exemple. La création des régions et des conseils et comités régionaux a ensuite conduit les syndicats à se doter d'unions régionales dont les représentants vont pouvoir siéger dans les comités économiques et sociaux régionaux.

Enfin, au sommet de la pyramide se situe la confédération. Comme son nom l'indique, celle-ci regroupe plusieurs fédérations. C'est la confédération qui donne l'impulsion et l'orientation des actions des syndicats et fédérations qui la composent. Elle assure également un soutien logistique et financier à ses affiliés.

¹⁶⁰² Art. L. 2142-1 CT ; cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 1, Chapitre 1, Section 2.

¹⁶⁰³ (H.) LANDIER, (D.) LABBE, *Les organisations syndicales en France*, éd. Liaisons, 2004, p. 74.

¹⁶⁰⁴ (H.) LANDIER, (D.) LABBE, ouvrage préc., p. 75.

¹⁶⁰⁵ *Ibid*, p. 76.

Ce schéma pyramidal peut être reproduit de façon similaire à l'échelle internationale. On observe ainsi la présence de fédérations syndicales internationales (FSI) qui ont remplacé les anciens Secrétariats professionnels internationaux (SPI)¹⁶⁰⁶. Sont également présentes des confédérations mondiales¹⁶⁰⁷. Selon nous, les confédérations pourraient devenir des acteurs essentiels dans le cadre du dialogue social transnational¹⁶⁰⁸.

Les confédérations internationales sont le fruit de diverses évolutions historiques et politiques. Elles présentent en outre certaines spécificités qui méritent un bref examen compte tenu des perspectives d'évolution qu'elles offrent.

Les confédérations internationales ont commencé à émerger dès les années 1910. En 1913, a été créée la Fédération syndicale internationale¹⁶⁰⁹. Cependant, le syndicalisme international, comme le syndicalisme français, a toujours été marqué par les divisions idéologiques. Ainsi, dès 1913 trois courants s'opposaient déjà : le trade – unioniste, le syndicalisme social et le syndicalisme révolutionnaire¹⁶¹⁰ correspondant aux différentes tendances politiques dominantes, les socialistes s'opposant notamment aux communistes et inversement.

Ces divisions ont donné naissance en 1920 à la Confédération Internationale des Syndicats Chrétiens qui s'opposait au socialisme et au communisme¹⁶¹¹.

Après la seconde guerre mondiale fut créée la Fédération Syndicale Mondiale, qui avait pour ambition de réunir l'internationalisme et le nationalisme. Cette fédération se scinda en 1949 pour donner naissance à la Confédération Internationale des Syndicats Libres¹⁶¹².

Deux partenaires sociaux historiques dominant la négociation européenne au niveau interprofessionnel.

Il s'agit d'une part, de la Confédération Européenne des Syndicats (CES), une des organisations régionales de la CISL (Confédération Internationale des Syndicats Libres). On

¹⁶⁰⁶ (R.) BOURQUE, « Les accords-cadres internationaux (ACI) et la négociation collective internationale à l'ère de la mondialisation », Institut international d'études sociales, OIT, Document de travail, 2005, p. 2 ; document disponible sur : <http://www.oit.org>.

¹⁶⁰⁷ La CISL (Confédération Internationale des Syndicats Libres), la FSM (Fédération Syndicale Mondiale) et la CMT (Confédération Mondiale du Travail).

¹⁶⁰⁸ Cf. *Infra* B.

¹⁶⁰⁹ Puis, en 1921, l'internationale syndicale rouge à Moscou.

¹⁶¹⁰ (L.) DAUXERRE, thèse préc., p. 44.

¹⁶¹¹ Celle-ci est par la suite devenue la Confédération Mondiale du Travail suite à sa déconfessionnalisation.

¹⁶¹² Cette dernière collabore actuellement avec de nombreuses fédérations internationales parmi lesquelles figure notamment la Fédération Internationale des Travailleurs de la Métallurgie (FIOM) fondée en 1893, qui rassemble près de 25 millions de travailleurs dans 200 syndicats et une centaine de pays.

dénote par ailleurs la présence de nombreuses fédérations internationales parmi lesquelles figure notamment la Fédération Internationale des Travailleurs de la Métallurgie (FIOM).

Ces fédérations regroupent au niveau international des fédérations et syndicats nationaux, par secteurs industriels, par professions ou par secteur d'emploi, comme le service public¹⁶¹³.

Les confédérations regroupent des confédérations nationales qui assurent la représentation syndicale interprofessionnelle dans un pays. A la différence des fédérations internationales, elles représentent les travailleurs syndiqués au niveau mondial, sans tenir compte de leur secteur d'activité.

La Confédération Européenne des Syndicats regroupe 81 confédérations nationales syndicales de tous les pays de l'Union, dont la CFDT, la CFTC, la CGT, FO et l'UNSA pour la France, ainsi que 12 fédérations syndicales européennes couvrant les secteurs principaux¹⁶¹⁴. Parmi ces fédérations régionales figure notamment la Fédération Européenne des Métallurgistes pour l'Europe (FEM), qui constitue une branche de la FIOM.

La CES dispose d'un comité exécutif, qui a le pouvoir de décider des positions à soutenir face aux autres organisations et aux institutions européennes, et de déterminer la composition de la délégation qui va négocier avant de la mandater. En résumé, le comité exécutif de la CES peut mener la procédure de négociation quasiment seul, sans passer par les fédérations nationales pour valider ses décisions¹⁶¹⁵.

Côté employeurs, se démarque le syndicat Business Europe, anciennement dénommé UNICE (Union des Industries de la Communauté Européenne) jusqu'en 2007. Cette organisation patronale rassemble 38 affiliés appartenant aux différents pays européens, dont le MEDEF pour la France. Sa structure en revanche est plus complexe que celle de la CES.

En effet, le syndicat Business Europe comprend un conseil des présidents, un bureau exécutif, un comité de délégués permanents qui fait le lien avec les fédérations nationales et cinq

¹⁶¹³ (R.) BOURQUE, art. préc, p. 2.

¹⁶¹⁴ EAEA (Alliance européenne des médias et du spectacle), EUROCOP (Confédération européenne de la Police), EFBWW/FETBB (Fédération européenne des travailleurs du bois et du bâtiment), EFFAT (Fédération européenne des syndicats de l'alimentation, de l'agriculture et du tourisme), EFJ/FEJ (Fédération européenne des journalistes), EMCEF (Fédération européenne des syndicats des mines, de la chimie et de l'énergie), EMF/FEM (Fédération européenne des métallurgistes), EPSU (Fédération syndicale européenne des services publics), ETF (Fédération européenne des travailleurs des transports), ETUCE/CSEE (Comité syndical européen de l'éducation), ETUF –TCL/FSE-THC (Fédération européenne de l'habillement et du cuir), UNIEUROPA (Fédération des services et des communications) ; (J.P.) LHERNOULD, préc., p. 39.

¹⁶¹⁵ (J.P.) LHERNOULD, art. préc., p. 39.

commissions politiques. Le conseil des présidents doit au demeurant statuer à l'unanimité, ce qui ne facilite pas les prises de décisions.

Gravitent ensuite autour de ces deux grandes confédérations divers acteurs européens. On pense notamment à l'UEAPME (Union Européenne des Artisans et des PME), à la Confédération européenne des Cadres (CEC) ou encore au CEEP (Centre Européen des Entreprises à Participation Publique).

En 1993, le protocole social annexé au Traité de Maastricht a conféré à la CES, à l'UNICE et à la CEEP pour le secteur public, une fonction de colégislation par le jeu des procédures instituées aux articles 138 et 139 du Traité¹⁶¹⁶. Ces confédérations sont alors devenues des acteurs incontournables du dialogue social européen.

B. Les confédérations, des structures transnationales d'avenir

Par ailleurs, selon nous, au niveau international, les confédérations constituent l'institution la plus prometteuse et ce, pour différentes raisons.

Les confédérations internationales se caractérisent en premier lieu par un caractère transnational dont ne bénéficient pas la plupart des acteurs « traditionnels » du dialogue social européen.

En effet, les confédérations participent au processus de la démocratie sociale mais ne sont pas uniquement composées d'acteurs appartenant à l'entreprise. Elles transcendent donc le niveau de l'entreprise. Logiquement, avec le développement des échanges internationaux, elles devraient être appelées à jouer un rôle plus important. Dans la perspective d'un dialogue social transnational, leur rôle devrait donc être davantage étudié.

Accessoirement, les confédérations se démarquent des institutions traditionnelles parce qu'elles jouent un rôle plus politique. Leurs origines et l'attention que les pouvoirs leur ont accordée, notamment au travers de ce qu'on a dénommé le « partenariat social ¹⁶¹⁷ », expliquent le rôle plus politique que ces dernières sont amenées à tenir.

¹⁶¹⁶ Cf. *Supra* Chapitre 1.

¹⁶¹⁷ Traditionnellement, l'expression « partenaires sociaux » désigne les syndicats d'employeurs et de salariés. Cependant, l'expression peut être entendue plus largement, dans le cadre de ce que certains auteurs ont nommé le « partenariat social » ; (J.P.) HIGELE, « Représentativité syndicale et accords interprofessionnels nationaux : les enjeux d'une réforme », *Dr. Soc.*, mars 2007, p. 306.

En effet, au niveau européen, progressivement, les confédérations ont été amenées à jouer un rôle de plus en plus important, à la demande des gouvernements. Pierre Mendès France et Edgar Faure ont commencé à initier la pratique des « rendez-vous périodiques » avec les partenaires sociaux. Les confédérations sont alors apparues comme des interlocuteurs du Gouvernement ou de l'Administration¹⁶¹⁸ pour de nombreuses questions touchant aux problèmes sociaux.

Le « partenariat social », auquel participent les confédérations, présente une dimension plus politique que le rôle traditionnellement reconnu aux partenaires sociaux.

De plus, selon la CISL¹⁶¹⁹, « seules les FSI disposent de la légitimité et du mandat mondial leur permettant de négocier [des accords transnationaux]. Les FSI doivent avoir le rôle central dans la mise en œuvre des accords ainsi que dans leur négociation ». Nous partageons cet avis.

Les fédérations et syndicats nationaux présents dans les multinationales gagneraient toutefois à être regroupés sous une direction centrale, autrement dit, une confédération internationale, ce qui garantirait une certaine coordination des actions et des financements. Ainsi, au niveau européen, la plupart des syndicats nationaux de l'union ont rejoint la Confédération Européenne des Syndicats (CES)¹⁶²⁰, principale confédération de dimension européenne, avec Business Europe du côté patronal¹⁶²¹.

Il existe également des confédérations d'envergure internationale, comme la Confédération Internationale des Syndicats Libres (CISL) ou encore la Confédération Mondiale du Travail (CMT)¹⁶²².

Les confédérations internationales constituent déjà des partenaires incontournables du dialogue social bipartite et tripartite. Elles peuvent ainsi mandater des personnes pour aller négocier les accords collectifs européens dans le cadre de l'article 138 du Traité CE. Elles négocient également les accords-cadres internationaux.

Les confédérations jouent également un rôle important dans le développement du dialogue social, y compris au sein des institutions d'envergure internationale. Par exemple, la CISL a

¹⁶¹⁸ (J.P) HIGELE, préc., p. 306.

¹⁶¹⁹ CISL, Guide syndical de la mondialisation, 2ème édition, Bruxelles 2004, p. 102 ; (M.) DESCOLONGES, « Une histoire des accords-cadres internationaux », in *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, dir. (M.) DESCOLONGES, (B.) SAINCY, Ed. La Découverte, 2006, p. 71.

¹⁶²⁰ (M.A.) MOREAU, ouvrage préc., p. 359.

¹⁶²¹ Cf. *Supra* A.

¹⁶²² Cf. *Supra* A.

donné l'impulsion à un mouvement qui a abouti à l'adoption en 1977 par le Conseil d'administration du BIT de la Déclaration de principe tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale¹⁶²³. De même, la CISL a contribué à l'adoption de certains textes au sein de l'OCDE¹⁶²⁴. Elle a également un rôle consultatif auprès du Comité économique et social de l'ONU¹⁶²⁵.

Les confédérations internationales pourraient donc être amenées à jouer un rôle essentiel dans l'essor de la démocratie sociale à l'échelle internationale à condition de leur reconnaître une légitimité officielle.

II. Les organisations syndicales sectorielles, futurs acteurs des négociations professionnelles

Aux niveaux de négociation inférieurs interviennent les acteurs plus traditionnels du dialogue social européen qui se divisent selon les niveaux professionnels. Il s'agit des organisations syndicales sectorielles.

Depuis 1998¹⁶²⁶, la Commission crée des Comités de Dialogue Sectoriel. Il en existe une trentaine aujourd'hui. Lorsqu'une organisation demande la création d'un comité de dialogue sectoriel, la Commission procède à la vérification de sa représentativité.

Ainsi, une quinzaine de fédérations syndicales de salariés ont été reconnues représentatives au niveau européen. Elles couvrent des secteurs importants comme la métallurgie, les transports, l'enseignement, la chimie et l'énergie.

Certaines fédérations appartiennent à des confédérations internationales¹⁶²⁷. Ces regroupements sous la bannière d'une même confédération assurent une certaine homogénéité entre les organisations¹⁶²⁸.

¹⁶²³ Ce texte traite de questions relatives à l'emploi, à la formation, aux conditions de travail et aux relations professionnelles dans les entreprises multinationales. Il impose notamment aux Etats membres et aux organisations syndicales patronales et salariales, de renvoyer tous les quatre ans au BIT un questionnaire rempli, concernant les suites données à la Déclaration ; (R.) BOURQUE, art. préc., p. 3.

¹⁶²⁴ Ex : les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (1976), des recommandations adressées par les Etats membres aux multinationales en matière d'emploi et de relations professionnelles notamment.

¹⁶²⁵ (R.) BOURQUE, art. préc., p. 3.

¹⁶²⁶ Commission, Décision n° 98/500/CE du 20 mai 1998.

¹⁶²⁷ Ainsi, la Fédération de la Métallurgie (FEM), la Fédération de la Chimie-Energie (EMCEF), du bâtiment (FETBB) ou encore celle du textile et de l'habillement (CSETHC) sont membres de la CES.

Ainsi, les partenaires sociaux de la métallurgie peuvent, depuis le 4 janvier 2010, signer des accords au niveau européen grâce au Comité de Dialogue Social Européen qui vient d'être créé dans ce secteur. Des représentants du Conseil des Employeurs Européens du Métal, de l'ingénierie et des Technologies (CEEMET) et de la Fédération Européenne des Métallurgistes (FEM) siègeront à ce comité dont la création a été approuvée par la Commission qui rappelle qu'elle s'est engagée à promouvoir le dialogue social européen, tant au niveau interprofessionnel qu'au niveau sectoriel, conformément à l'article 154 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne¹⁶²⁹.

Par ailleurs, une cinquantaine d'organisations patronales ont obtenu un « brevet de représentativité », dans tous les secteurs ¹⁶³⁰ (hôtellerie, restauration, aviation, secteur bancaire etc.). Les organisations sectorielles patronales font preuve elles aussi d'une grande homogénéité, car elles ont les mêmes préoccupations économiques et sociales au sein de chaque activité.

Les organisations sectorielles apparaissent donc potentiellement comme les futurs acteurs de négociations professionnelles.

§2. Les limites à l'intervention des partenaires sociaux européens

*« Le vrai débat n'est pas dans la définition des champs respectifs entre les acteurs sociaux d'un côté et les pouvoirs publics de l'autre, mais dans le rapport entre loi et contrat [...] »*¹⁶³¹.

La problématique de l'efficacité de l'action des partenaires sociaux ne tient pas uniquement à la question de leur représentativité. La question principale demeure celle du rapport entre la loi et le contrat¹⁶³². Autrement dit, de la place qu'on entend accorder aux partenaires sociaux dans le processus normatif et de l'autonomie qu'on entend leur reconnaître par rapport à l'intervention législative. Cette question suscite encore des débats à

¹⁶²⁸ (M.) MILLOT, (J.P.) ROULLEAU, *Les relations sociales en Europe*, éd. Liaisons, 2005, p. 346.

¹⁶²⁹ <http://www.europolitique.info/social/un-nouveau-comite-de-dialogue-social-pour-la-metallurgie-art259174-22.html>.

¹⁶³⁰ (J.P.) LHERNOULD, art. préc., p. 41.

¹⁶³¹ (M.) DUMAS, « Nier les contradictions ne permet ni les bons compromis, ni la réduction des conflits », *Dr. Soc.*, mai 2010, p. 513.

¹⁶³² (G.) BORENFREUND, (M.-A.) SOURIAC, « Les rapports de la loi et de la convention collective : mise en perspective », *Dr. Soc.* janvier 2003, p. 72.

l'heure actuelle : l'intervention des partenaires sociaux européens dans le processus normatif se heurte à la fois à des obstacles d'ordre nationaux, plus spécialement au principe de la souveraineté nationale (I) mais aussi à des obstacles propres au droit européen (II). Afin d'assurer une meilleure efficacité à l'action des partenaires sociaux, différentes actions juridiques pourraient être menées.

I. La souveraineté nationale, un obstacle majeur mais pas insurmontable

Le principe de subsidiarité régit l'intervention des partenaires sociaux européens dans le processus normatif.

Dans la conception postmoderne du principe de subsidiarité « *l'intervention de l'Etat n'est légitime qu'en cas d'insuffisance ou de défaillance des mécanismes d'autorégulation sociale, étant entendu qu'il convient de privilégier les dispositifs les plus proches des problèmes à résoudre et de faire appel à la collaboration des acteurs sociaux*¹⁶³³ ».

En Europe, ce principe est partiellement appliqué dans la mesure où une orientation très nette en faveur de l'intervention des partenaires sociaux qui sont fréquemment consultés, tant au niveau européen qu'au niveau national, se dessine.

Cependant, un rôle prépondérant reste reconnu aux Etats membres, qui n'interviennent pas uniquement en cas de défaillance ou d'insuffisance des partenaires sociaux. L'autonomie des partenaires sociaux européens et par conséquent leur intervention, se heurte donc fréquemment à la souveraineté nationale des Etats membres qui conservent la direction de nombreuses opérations.

Les limitations apportées au rôle des partenaires sociaux européens s'expliquent en grande partie par l'existence du principe de subsidiarité.

Ce phénomène s'observe dans le cadre de nombreux processus européens, comme par exemple celui de la Méthode Ouverte de Coordination (A).

Toutefois, ce constat n'est pas propre à l'Union Européenne : un problème similaire est observable en France (B).

¹⁶³³ (J.) CHEVALLIER, *L'Etat postmoderne*, Paris, LGDJ, coll. Droit et Société série politique, 2003, p. 49 ; (M.) SCHMITT, thèse préc., p. 61.

A. Les partenaires sociaux face à la souveraineté nationale : l'exemple de la MOC

Dans le cadre de la stratégie européenne pour l'emploi se développe depuis plusieurs années la Méthode Ouverte de Coordination (MOC)¹⁶³⁴. Il s'agit d'une méthode de travail qui tient compte du rôle des acteurs traditionnels du débat démocratique mais surtout d'une véritable technique de participation¹⁶³⁵ qui associe étroitement ces acteurs à l'élaboration des stratégies européennes, notamment en matière d'emploi. La mise en œuvre de la MOC se heurte toutefois à certains obstacles, dont la souveraineté nationale des Etats.

Cette stratégie repose sur différents moyens définis par l'article 128 qui prévoit cinq formes d'action de la stratégie européenne.

Tout d'abord, le Conseil européen établit des conclusions annuelles sur la base d'un rapport annuel conjoint du Conseil et de la Commission sur la situation de l'emploi dans la Communauté. A partir de ces conclusions, des lignes directrices annuelles sont élaborées par le Conseil statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission après consultation du Parlement Européen, du Comité Economique et Social (CES), du Comité des régions et du Comité de l'emploi¹⁶³⁶.

Ces lignes directrices sont ensuite déclinées par chaque Etat membre au travers du Plan National pour l'Emploi (PNAE). Puis, chaque Etat prépare un rapport annuel indiquant les mesures prises à la lumière des lignes directrices.

Le Conseil statue ensuite à la majorité qualifiée sur la base d'un examen de la mise en œuvre de la politique sur l'emploi et adresse des recommandations aux Etats membres.

A partir des résultats de cet examen du Conseil, la Commission adresse un rapport annuel conjoint au Conseil concernant la situation de l'emploi dans la Communauté et la mise en œuvre des lignes directrices. Le Conseil peut à nouveau émettre des conclusions. Cette cinquième phase, qui clôture une année, ouvre la première phase de l'année suivante.

Si le système de la MOC est globalement perçu comme une avancée en termes de démocratie participative, on constate toutefois que dans le cadre de ce processus, les partenaires sociaux voient leur participation limitée. Cela résulte du système même de la

¹⁶³⁴ Cf. *Supra* Chapitre 1, Section 2.

¹⁶³⁵ (A.) DEBRULLE, « Le modèle social européen en balances ? », *SSL* Supplément n° 1266, 19 juin 2006, p. 9.

¹⁶³⁶ Aux termes de l'article 130, un Comité de l'emploi est institué par le Conseil afin de promouvoir la coordination des politiques en matière d'emploi entre les Etats membres.

MOC. En effet, la mise en œuvre de la Méthode Ouverte de Coordination dépend largement du cadre législatif structurant le dialogue social qui existe au niveau interne¹⁶³⁷. En outre, la décision finale est reportée au niveau national, les Etats ne se voyant adresser que des recommandations européennes et non des obligations. L'action des partenaires sociaux est donc limitée parce que les Etats veulent garder le contrôle du processus normatif. Pourtant, dans un certain nombre de domaines¹⁶³⁸, les partenaires sociaux pourraient parfaitement élaborer des normes sans intervention législative dans le cadre de ce processus d'élaboration, pourvu qu'il soit prévu un contrôle a posteriori des normes ainsi édictées autrement dit, un contrôle juridictionnel¹⁶³⁹.

B. Un problème similaire en France

Les partenaires sociaux français réclament depuis plusieurs années la consécration de leur autonomie. Comme au niveau européen se pose alors la question de la délimitation d'un espace conventionnel au profit des partenaires sociaux, avec tous les problèmes qu'elle soulève. Il paraît toutefois évident que sur certaines thématiques, les partenaires sociaux sont les mieux placés pour déterminer les améliorations à apporter aux normes existantes ou la nécessité d'en instaurer de nouvelles. Si davantage d'autonomie était conférée aux partenaires sociaux, cela supposerait évidemment la mise en place d'un contrôle en amont. Contrôle qui selon nous doit être mis en place par l'Etat qui demeure le meilleur garde-fou des excès qui peuvent résulter de la mise en œuvre de la liberté contractuelle. Une fois ce principe général admis, il est possible ensuite de délimiter un espace conventionnel (1).

D'après nous, le véritable problème ne réside pas à proprement parler dans la répartition des compétences entre les partenaires sociaux et le législateur mais plutôt dans la limitation de l'autonomie des partenaires sociaux par la détermination d'un ensemble de normes auxquelles il ne pourrait en aucun cas être dérogé, associée à la mise en place d'un mécanisme de contrôle des accords (2). Si l'on approfondit vraiment la question de l'autonomie des partenaires sociaux on en arrive à devoir déterminer quelles normes sociales doivent être considérées comme des normes fondamentales de notre société auxquelles la liberté contractuelle ne saurait déroger.

¹⁶³⁷ (A.) DEBRULLE, art. préc., p. 10.

¹⁶³⁸ Cf. *Infra* B

¹⁶³⁹ Cf. *Infra* B.

1. La délimitation d'un espace conventionnel : principe général

Afin de garantir la sécurité juridique, plutôt que de chercher à délimiter les espaces de négociation d'un côté et l'espace réservé au législateur de l'autre, mieux vaudrait selon nous élaborer une architecture juridique solide dans laquelle les prérogatives accordées aux partenaires sociaux s'exercent dans le respect des valeurs et des règles qui fondent le système étatique que l'on veut retenir. Selon nous, la question n'est pas celle de la détermination des compétences du législateur ou des partenaires sociaux. En réalité, il faut admettre l'existence d'un domaine de négociation dont il ne s'agit pas de définir le contenu, mais plutôt de fixer les limites juridiques ainsi que le cadre moral et éthique, conformément aux valeurs françaises.

Les partenaires sociaux semblent être les plus à même à régler les rapports entre employeurs et salariés. Ils réclament donc une autonomie plus importante vis-à-vis de l'Etat, et plus spécialement du législateur.

Des avancées ont été réalisées en ce sens avec le développement des négociations sur le temps de travail (39 heures puis 35 heures) à l'initiative du législateur, suivi des partenaires sociaux, avec notamment le programme de « Refondation sociale » lancé en 1999 par le MEDEF qui relève que « *La confusion actuelle entre ce qui relève des partenaires sociaux et ce qui relève de l'Etat tant dans le domaine de la protection sociale que dans celui des relations de travail n'est ni souhaitable, ni durable [...]. Face au choix de l'étatisation, c'est-à-dire de la domination des partenaires sociaux par l'Etat et la loi, le MEDEF propose le choix de la refondation du système social français à l'initiative des partenaires sociaux, reposant sur le dialogue social et les accords librement négociés*¹⁶⁴⁰ ».

Comme le relève le Professeur Supiot, ce projet de « refondation sociale » a « précipité la revendication d'un véritable partage de compétences entre le législateur et les partenaires sociaux¹⁶⁴¹ ».

De là est née l'idée qu'il faudrait peut-être accorder une place plus importante à la démocratie sociale au sein de la démocratie politique, « *en contraignant l'Etat à céder ou rétrocéder du terrain – voire le terrain - à la convention*¹⁶⁴² » des partenaires sociaux.

¹⁶⁴⁰ (J.P.) JACQUIER, *France, l'introuvable dialogue social*, Presses universitaires de Rennes, 2008, p. 49.

¹⁶⁴¹ (A.) SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. Soc.* 2003, p. 64.

¹⁶⁴² (J.) DUPEYROUX, « Avant propos : un nouveau droit social ? », *Dr. Soc.* 2003, p. 6.

Cette idée se heurte toutefois au principe de la souveraineté étatique et des domaines constitutionnellement réservés au législateur ou au pouvoir réglementaire.

Ces éléments expliquent les réticences au niveau national à l'autonomie des partenaires sociaux.

Si l'intervention étatique peut se justifier pour des raisons de sécurité juridique notamment, elle n'est pas nécessairement la plus appropriée.

L'Etat pourrait en effet céder largement l'élaboration des normes sociales aux partenaires sociaux.

La mise en œuvre de la négociation collective implique souvent des négociations au niveau de l'entreprise. En France, ce niveau de négociation tend même à être privilégié.

Cependant, si la négociation collective constitue vraisemblablement une bonne solution dans certains domaines, dans d'autres, en revanche, rien ne semble plus légitime qu'une intervention étatique (législative).

Pour l'étude de certaines matières, qui dépendent largement du cadre dans lequel elles se déploient, comme les conditions matérielles de travail par exemple, l'entreprise paraît effectivement être le lieu le plus approprié.

On pense par exemple aux critères d'individualisation des salaires. Ces derniers dépendent d'une part de la fonction et de la qualification du salarié, mais aussi du type de travail qu'il exerce. Les risques et contraintes de travail sont généralement liés au type d'entreprise et aux politiques menées dans la société considérée. Les conditions de travail dépendent également des moyens dont dispose l'entreprise et de la manière dont elle les répartit. La négociation d'entreprise, pour certaines thématiques paraît préférable à l'édiction d'une norme étatique stricte, dans la mesure où elle permet davantage de souplesse et une meilleure adaptation de la norme aux réalités du terrain.

La « délégation » du pouvoir normatif aux partenaires sociaux semble plutôt bien fonctionner. Il est toutefois essentiel qu'elle reste encadrée par des normes étatiques qui évitent les dérives éventuelles induites par cette liberté, comme c'est le cas pour toutes les autres libertés. La régulation par le droit et par l'Etat est toujours de mise. C'est donc à l'Etat qu'il incombe de rester maître de la situation notamment en posant les grands principes de la négociation collective et en veillant au bon contrôle des accords conclus. Il conviendrait notamment de veiller à ce que les accords ne soient pas déséquilibrés : à l'image des contrats, les obligations devraient être réciproques et proportionnées.

2. La limitation de l'autonomie par la détermination de l'ordre public en droit du travail

A la différence du Parlement, qui représente l'ensemble des citoyens français, les partenaires sociaux ne représentent qu'une fraction de ces citoyens. La légitimité issue de la démocratie sociale est donc moins forte que la légitimité provenant de la démocratie politique. Ce qui ne signifie pas que démocratie sociale et démocratie politique soient incompatibles. Selon nous, le système juridique retenu doit simplement refléter de façon juste chacune des forces en présence : l'Etat doit rester garant de l'intérêt général face aux intérêts particuliers.

Ce rapport doit se retrouver dans la mise en œuvre de la démocratie sociale. La norme étatique doit donc limiter l'espace conventionnel. Cette limitation s'effectue selon nous d'une part, par la détermination d'un espace de droits « indérogeables », c'est-à-dire un cadre qui ne peut pas être dépassé par les partenaires sociaux (a) et d'autre part, par la réalisation de trois actions (b).

a. La détermination d'un espace de droits « indérogeables » - Il appartient à l'Etat de veiller à ce que les accords n'aillent pas à l'encontre de la Constitution, des principes fondateurs de la République ou encore des principes fondamentaux de l'Union Européenne.

Une réflexion pourrait donc être engagée sur la question de savoir quels principes peuvent être classés parmi les principes fondateurs de notre société. Plus exactement, dans quelle société souhaite-t-on évoluer ? Retiendra-t-on les droits fondamentaux par exemple ? Il devient alors nécessaire de déterminer quels droits sociaux peuvent faire partie de ces principes fondateurs auxquels on ne peut en aucun cas déroger.

Dès qu'on aborde le terrain des compromis ou des négociations entre particuliers ou partenaires sociaux, la tentation est grande de créer un autre droit ou de contourner celui qui existe. L'ordre public et les droits fondamentaux constituent les meilleurs garde-fous face à ces risques. Ce qui compte, c'est donc « *que la loi détermine ce qui est d'ordre public et ce qui ne l'est pas*¹⁶⁴³ ». Selon nous, il incombe donc au législateur de déterminer cet espace de droits intangibles, « indérogeables » qui encadrerait la compétence normative des partenaires sociaux.

¹⁶⁴³ (F.) PETIT, « Les problématiques du règlement des différends amiables en France », in *Le règlement amiable des différends sociaux en France*, éd. L'Harmattan, 2007, p. 34.

C'est d'ailleurs ce que souhaitent les partenaires sociaux qui affirment, dans la position commune du 16 juillet 2001 que le législateur, conformément aux dispositions de l'article 34 de la Constitution, doit fixer « *les principes généraux destinés d'une part à garantir le respect des traités internationaux ratifiés par la France et, d'autre part, à déterminer les règles relevant de l'intérêt général de la Nation* ». En réalité, ce sont les principes fondamentaux qui sont visés ici par les partenaires sociaux.

En effet, on remarque que les partenaires sociaux font référence aux principes généraux, notion dégagée par le Conseil d'Etat qui désigne des principes « *de valeur supra-décrétale et infra-législative, applicables même sans texte*¹⁶⁴⁴ », alors que la Constitution évoque expressément les principes fondamentaux, qui servent à délimiter le domaine réservé au pouvoir législatif et celui qui relève du pouvoir réglementaire.

La position commune de 2001 préconise ensuite que le domaine propre des partenaires sociaux soit celui de « *l'amélioration des dispositions d'ordre public social relatif*¹⁶⁴⁵ *et la création de droits nouveaux* »¹⁶⁴⁶.

Ces différentes dispositions se complètent et se combinent. L'Etat doit fixer le cadre normatif indérogable dans lequel s'exerce la prérogative de négociation des partenaires sociaux.

Toutefois, d'après nous, limiter ce cadre aux principes fondamentaux serait trop réducteur.

En effet, le législateur et l'Etat ne peuvent pas, dans une société démocratique comme la nôtre, s'effacer autant devant les partenaires sociaux qui ne bénéficient en aucun cas de la même légitimité que le Parlement dans la mesure où ils ne représentent pas l'ensemble des citoyens français. La démocratie sociale ne doit pas se substituer à la démocratie politique.

b. Trois actions à réaliser - Pour autoriser une plus grande autonomie aux partenaires sociaux, tout en préservant le système démocratique français, nous proposons la réalisation de trois actions.

La construction de l'espace contractuel passe d'abord, selon nous, par la reconnaissance de l'autonomie des partenaires sociaux. Un problème se pose toutefois dans la mesure où le législateur n'est pas habilité à « s'auto dessaisir » du domaine de compétences que lui réserve

¹⁶⁴⁴ (M.A.) SOURIAU, (G.) BORENFREUD, art. préc., p.72 ; (C.) FOURCADE, thèse préc., p. 328.

¹⁶⁴⁵ Entendu ici comme les normes législatives et réglementaires minimales communes à tous les salariés, qui peuvent être améliorées par voie conventionnelle. Cf. art. L. 2251-1 du Code du travail ; voir aussi (G.) BORENFREUD, (M.A) SOURIAU, art. préc., p. 73.

¹⁶⁴⁶ Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective, préc. ; (A.) SUPLOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? » », préc., p. 65.

la Constitution¹⁶⁴⁷. Une révision constitutionnelle semble donc s'imposer. Cependant, plutôt que de conférer des matières déterminées au législateur d'un côté et aux partenaires sociaux de l'autre, il conviendrait simplement de reconnaître une compétence générale de négociation aux partenaires sociaux dans tous les domaines : commencer par l'édiction d'un principe général qu'on restreint ensuite de façon appropriée.

Cette logique paraît beaucoup plus opportune que celle qui consiste actuellement à créer des multitudes de dérogations aux principes généraux : on pense notamment au développement des modes de négociation dérogatoire par exemple. Au lieu d'édicter des principes généraux la tendance actuelle consiste à édicter une règle pour chaque cas particulier, ce qui aboutit à un empilement de normes juridiques difficile à comprendre voire parfois contradictoire.

Il faudrait ensuite délimiter l'espace contractuel non par rapport au domaine législatif mais plutôt par rapport au domaine constitutionnel et aux Traités européens. Il conviendrait alors peut-être d'intégrer certains principes ou libertés dans le bloc de constitutionnalité par exemple. Ou au moins de leur reconnaître une valeur constitutionnelle.

En filigrane se pose alors la question de la détermination de l'ordre public en droit du travail et non celle des principes généraux ou des principes fondamentaux.

L'ordre public « social », encore appelé ordre public « relatif » est, à la différence de l'ordre public dit « absolu », susceptible d'être modifié par voie de convention ou d'accord collectif¹⁶⁴⁸. L'ordre public social entre donc dans le domaine contractuel et c'est bien de la détermination de ce dernier qu'il est question ici.

Les règles d'ordre public absolu sont entendues comme celles « *qui assurent la garantie des libertés ou droits fondamentaux des personnes, ou qui débordent le domaine du droit du travail*¹⁶⁴⁹ ». Il apparaît donc clairement que le droit du travail n'est pas considéré comme une matière dont la composition est d'ordre absolu, hormis les points qui touchent aux libertés ou droits fondamentaux des personnes. Les règles de scrutin relèvent ainsi du droit général électoral tandis que les règles de représentativité, en ce qu'elles ont trait à la liberté syndicale ne peuvent pas rentrer dans le domaine conventionnel. Seul le législateur a le droit de modifier ces principes ou d'autoriser les partenaires sociaux à le faire.

¹⁶⁴⁷ (C.) FOURCADE, thèse préc., p. 338.

¹⁶⁴⁸ (M.L.) MORIN, *Le guide des élections professionnelles*, ouvrage préc., p. 123 ; (G.) BORENFREUND, (M.) SOURIAU, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. Soc.* Janvier 2003, p. 79.

¹⁶⁴⁹ *Ibid*, p. 126.

Enfin, un contrôle a posteriori des accords qui garantirait à la fois l'autonomie des partenaires sociaux et la sécurité juridique devrait être mis en place et ce, par la création d'une juridiction adaptée. La création de juridictions étatiques habilitées à contrôler le contenu des accords et leur mise en œuvre au regard des droits et principes fondateurs de notre société nous paraît en effet être une solution pertinente pour garantir la sécurité juridique d'un système dans lequel l'autonomie des partenaires sociaux serait davantage reconnue. Cette solution vaut également au niveau communautaire.

II. Les obstacles européens

L'une des causes de limitation de l'intervention des partenaires sociaux européens dans le processus normatif réside dans l'application relative qui est faite du principe de subsidiarité au niveau européen (A).

L'application relative du principe de subsidiarité ne constitue toutefois pas le seul facteur de limitation à l'intervention des partenaires sociaux. En effet, le droit européen, par son imprécision, contribue également parfois à réduire le champ d'action de ces derniers (B).

A. L'application relative du principe de subsidiarité

La subsidiarité, principe incontournable du dialogue social européen, suppose une légitimité accrue des partenaires sociaux.

Selon le principe de subsidiarité, dès lors qu'une institution de niveau inférieur peut réaliser les objectifs fixés de manière satisfaisante, l'institution de niveau supérieur n'a pas à intervenir. Ainsi, dans les domaines ne relevant pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient que si les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être atteints de manière satisfaisante par les Etats membres¹⁶⁵⁰.

L'idée de subsidiarité n'est pas nouvelle. Elle a toutefois connu de nombreuses évolutions. En effet, on peut identifier dès l'Antiquité et le Moyen-Age un système reposant sur l'existence de communautés, telles la famille, le village ou les corporations, qui agissent chacune dans des domaines spécifiques. La famille constitue le groupe immédiatement

¹⁶⁵⁰ Art. 5 du Traité de Rome ; (L.) DAUXERRE, *La représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, PUAM, 2005, p. 41.

supérieur à l'individu tandis que le village et la corporation forment des ensembles également supérieurs à l'individu mais plus larges que la famille et répondent à des besoins différents¹⁶⁵¹. En général, le groupe plus large n'intervient que lorsque le groupe plus restreint ne peut plus agir. Autrement dit, lorsque la communauté de niveau « inférieur » trouve ses limites, le groupe de niveau « supérieur » intervient pour pallier la carence¹⁶⁵².

Pendant longtemps, l'Etat a tiré sa légitimité d'un pouvoir divin et incontestable. En France, avec la Révolution de 1789, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, le rôle de l'Etat a été envisagé différemment. A ce moment, l'Etat omniprésent a commencé à céder progressivement la place à un Etat qui doit s'effacer, s'abstenir, au profit des volontés individuelles¹⁶⁵³.

Plus tard, avec l'apparition des courants libéraux et socialistes notamment, naît l'idée de justice sociale, qui va justifier l'ingérence de l'Etat dans les affaires privées. Ainsi, au XIX^{ème} siècle apparaît le concept d'« Etat-Providence ». Ce dernier a pour devoir et pour finalité le bien-être commun, mais surtout, il doit assurer la justice sociale, c'est-à-dire l'égalité entre les individus¹⁶⁵⁴.

A partir de cette date, l'idée de subsidiarité a été abandonnée en France, jusqu'aux années 90 où les législateurs, sous l'impulsion européenne, ont commencé à envisager le développement du droit conventionnel.

C'est donc dans l'impulsion européenne qu'il faut chercher les prémices des règles qui s'appliquent actuellement au dialogue social en France et les origines de la loi du 20 août 2008.

Au niveau européen, le Protocole sur la politique sociale annexé au Traité de Maastricht en 1993 a consacré et légalisé une pratique de la Commission européenne. En effet, celle-ci avait déjà pour coutume de consulter les partenaires sociaux avant l'intégration de ces dispositions au traité¹⁶⁵⁵.

¹⁶⁵¹ (M.) SCHMITT, thèse préc., p. 45.

¹⁶⁵² *Ibid*, p. 46.

¹⁶⁵³ *Ibid*, p. 53.

¹⁶⁵⁴ *Ibid*, p. 55.

¹⁶⁵⁵ (C.) FOURCADE, thèse préc., p. 295-296.

En même temps, la subsidiarité a été consacrée comme principe incontournable du processus d'élaboration des normes par les partenaires sociaux, bien que ces derniers bénéficient d'une certaine autonomie en la matière¹⁶⁵⁶.

La subsidiarité confère une autonomie accrue aux partenaires sociaux européens. La mise en œuvre du principe de subsidiarité devrait donc s'accompagner d'un contrôle renforcé de la légitimité de ces derniers (1). Pourtant, on constate qu'aucun contrôle de la légitimité des partenaires sociaux n'est réalisé au niveau européen. Ce phénomène trouve son explication dans le principe de subsidiarité lui-même et plus spécialement dans ce que l'on nomme la dimension « fonctionnelle » du principe de subsidiarité (2).

1. La subsidiarité suppose un contrôle renforcé de la légitimité

L'application du principe communautaire de subsidiarité a suscité la question de la légitimité des partenaires sociaux.

Comme en droit national français, la légitimité des partenaires sociaux européens résulte notamment de leurs conditions d'accèsion à la représentativité.

Or, cette notion est encore loin d'être clairement établie au niveau communautaire, bien que sa nécessité soit reconnue¹⁶⁵⁷. Le contrôle de la représentativité des partenaires sociaux européens et donc de leur légitimité, n'est pas véritablement effectué. Nous pensons qu'un tel contrôle doit être réalisé si l'on veut garantir la mise en œuvre de la démocratie sociale en Europe.

L'application du principe de subsidiarité en matière sociale confère par ailleurs certaines prérogatives aux partenaires sociaux : ces derniers sont d'abord consultés sur l'orientation de certaines normes communautaires ; ensuite, si le processus se poursuit ils peuvent être consultés sur le contenu des propositions de la Commission européenne¹⁶⁵⁸ ; alors ils pourront engager des négociations sur les thèmes considérés qui s'achèveront, éventuellement, par la conclusion d'accords¹⁶⁵⁹.

Par l'application du principe de subsidiarité, les partenaires sociaux bénéficient donc d'une autonomie plus importante. Leur légitimité devrait donc être assurée et vérifiée.

¹⁶⁵⁶ Voir *Infra* B.

¹⁶⁵⁷ TPICE, 17 juin 1998, préc.

¹⁶⁵⁸ Art. 138 du Traité de Rome.

¹⁶⁵⁹ Art. 139 du Traité de Rome.

Par ailleurs, d'une manière générale, on assiste actuellement à un retrait de l'Etat au niveau national, au passage d'une subsidiarité dite verticale, entre les Etats membres et l'Union Européenne, à une subsidiarité dite horizontale, entre la loi et les conventions collectives, marquée précisément par l'introduction des articles 138 et 139 du traité d'Amsterdam¹⁶⁶⁰.

Dans ce cadre propice au développement des textes conventionnels, la négociation tend de plus en plus à devenir « *un outil de gestion, de flexibilisation, susceptible de se substituer à la norme légale*¹⁶⁶¹ ».

Cependant, seuls les partenaires sociaux représentatifs peuvent exercer les prérogatives afférentes à la négociation collective. Un système de contrôle de leur légitimité devrait donc être mis en place au niveau européen.

2. La dimension « fonctionnelle » du principe de subsidiarité

On observe qu'aucune sanction n'est prévue en cas d'inaction des acteurs soumis au principe de subsidiarité.

Ce constat s'explique par le fait que l'application du principe de subsidiarité repose sur une certaine autonomie des différents acteurs qui participent au processus. En cas d'inaction des acteurs de niveau inférieur, les acteurs du ou des niveaux supérieurs prendront naturellement le relais.

Ainsi, si les partenaires sociaux, consultés par la Commission européenne, n'expriment pas d'avis, la Commission prendra vraisemblablement la décision qui s'impose, en dépit de l'absence de réponse des partenaires sociaux. Il s'agit là de la dimension « fonctionnelle » du principe de subsidiarité qui « *entend seulement affirmer que, dans une société organisée et hiérarchisée – comme le sont les sociétés politiques –, l'autorité la mieux pourvue en prérogatives ou en capacités d'action ne doit pas étendre ses interventions dans des domaines où une autorité de rang ou de capacité inférieure est en mesure de remplir correctement la même fonction*¹⁶⁶² ».

¹⁶⁶⁰ Cf. *Supra* Chapitre 1.

¹⁶⁶¹ (M.) SCHMITT, thèse préc., p. 36.

¹⁶⁶² (F.) MODERNE, « Le principe de subsidiarité fonctionnelle », in (M.) VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles Bruylant, LGDJ, 2002, p. 398 ; (M.) SCHMITT, thèse préc., p. 93.

Le cadre juridique créé par l'application du principe de subsidiarité, s'il n'est pas nécessairement défini par écrit, suit donc un schéma spontané qui repose sur le relais des différents acteurs qui y participent, chacun disposant d'une certaine autonomie.

Toutefois, a contrario, les partenaires sociaux européens voient leur autonomie limitée par l'application du principe de subsidiarité dans la mesure où un rôle prépondérant est toujours reconnu aux Etats membres. Cette application relative du principe de subsidiarité explique le fait que l'intervention des partenaires sociaux se heurte aux souverainetés nationales.

B. L'imprécision du droit européen

Les partenaires sociaux voient fréquemment leur autonomie limitée par la souveraineté nationale¹⁶⁶³. Par ailleurs, l'intervention des partenaires sociaux se heurte à des obstacles tenant à l'état du droit européen lui-même et notamment parfois à l'imprécision de ce droit.

Ainsi, l'accord interinstitutionnel du 16 décembre 2003¹⁶⁶⁴ indique dans son point 17 que les partenaires sociaux ne peuvent pas négocier de leur propre initiative entre eux, « *si les droits fondamentaux ou des choix politiques importants sont en jeu ou dans les situations où les règles doivent être appliquées uniformément dans tous les États membres* ».

On observe que paradoxalement, le législateur européen veut valoriser le dialogue social mais ne prévoit rien pour que ce dernier soit réalisé de manière harmonisée en Europe, se contentant de limiter le domaine de négociation des partenaires sociaux.

D'un autre côté, l'accord interinstitutionnel du 16 décembre 2003, toujours à propos des négociations décidées de manière autonome par les partenaires sociaux désignées sous le nom d' « autorégulation », ajoute en son point 22 que « *ces initiatives volontaires n'impliquent pas de prise de position de la part des institutions, notamment lorsqu'elles interviennent dans des domaines non couverts par les traités ou dans lesquels l'Union n'a pas encore légiféré* ». Cette dernière disposition laisse entendre que les partenaires sociaux disposent d'une totale autonomie dans les domaines non couverts par les traités ou par des normes communautaires. Cette autonomie est toutefois refusée si des droits fondamentaux ou des choix politiques importants sont en jeu ou lorsqu'une application uniforme dans les Etats membres est nécessaire.

¹⁶⁶³ Cf. *Supra* I.

¹⁶⁶⁴ Accord interinstitutionnel du 16 décembre 2003 –« Mieux légiférer » - Parlement européen, Conseil, Commission, préc.

Il subsiste un certain flou car on peut s'interroger sur ce qu'il convient de considérer comme un choix politique « important ». On peut aussi se demander pourquoi des mesures qui doivent être appliquées uniformément dans les Etats membres ne pourraient pas être négociées par les partenaires sociaux au niveau européen avant, sous réserve d'obtenir un accord unanime par exemple. Ou encore pourquoi les partenaires sociaux ne seraient pas aptes à mettre en œuvre de manière uniforme les mesures prises au niveau européen dès lors que celles-ci ont valeur impérative. Le droit européen n'apporte pas de réponse aux questions qu'il suscite en la matière, ce qui peut constituer un frein à la mise en œuvre du dialogue social et de la démocratie sociale en Europe.

Section 2 – La compatibilité discutable de la démocratie sociale à la française

Le droit international et européen offre aux partenaires sociaux une protection conséquente. La compatibilité des normes internationales et européennes avec les normes françaises se révèle cependant parfois discutable lorsqu'il s'agit d'appréhender la notion de démocratie sociale ou ses composantes, comme le dialogue social par exemple.

Ces difficultés de compatibilité tiennent à la fois aux différences qui existent entre le droit français et le droit international ou le droit européen dans la conception de certaines notions, mais aussi au fait que certains concepts européens ou internationaux sont totalement étrangers au droit français (§1).

Des adaptations destinées à améliorer la compatibilité des systèmes, voire à les harmoniser, nous paraissent toutefois envisageables. Selon nous, le droit français pourrait notamment intégrer davantage le principe de subsidiarité, notion très présente dans le droit européen, ce qui permettrait de résoudre certains problèmes tenant notamment à la répartition des compétences entre le législateur et les partenaires sociaux (§2).

§1. Des différences conceptuelles

Il ressort de différentes analyses que le droit français n'appréhende pas la notion de dialogue social de la même façon que le droit international ou le droit européen (I).

Par ailleurs, le concept de présomption irréfragable tel qu'il est envisagé en France pose certains problèmes au regard du droit international et du droit européen (II).

I. La notion de dialogue social

L'examen des définitions proposées par le droit international et le droit européen révèle que la consultation des partenaires sociaux est au cœur de la notion de dialogue social (A).

Cependant, en France, la notion de dialogue social est appréhendée de manière différente (B). Cette première différence explique en partie les divergences qui peuvent exister entre le droit français et le droit européen.

A. La consultation des partenaires sociaux au cœur du dialogue social

La notion de dialogue social telle qu'elle ressort de la définition proposée par l'OIT inclut toutes formes de négociation, de consultation ou simplement d'échange d'informations entre représentants des gouvernements, des employeurs et des travailleurs sur des questions d'intérêt commun liées à la politique économique et sociale. L'OIT attache une importance particulière à ce principe de tripartisme dont la Déclaration de l'OIT de 2008 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable souligne le rôle essentiel¹⁶⁶⁵.

Au niveau européen, le dialogue social repose pour une large part sur les processus prévus aux articles 138 et 139 du Traité et a donné lieu à de nombreux débats concernant principalement la question de l'autonomie des partenaires sociaux. La Commission européenne a toutefois sa propre définition du dialogue social, lequel regroupe l'information, la consultation, le partenariat pour l'emploi et la concertation¹⁶⁶⁶. La Commission européenne met également l'accent sur le fait que « *l'efficacité du dialogue social est liée à la*

¹⁶⁶⁵ Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable adoptée le 10 juin 2008 : http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/WCMS_099767/lang--fr/index.htm.

¹⁶⁶⁶ (COM) 98, 322, *Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire*, 20 mai 1998, p. 2.

*représentativité des partenaires sociaux européens*¹⁶⁶⁷», idée que l'on retrouve en France dans la loi du 20 août 2008.

Que ce soit au niveau international ou européen on constate que la notion de dialogue social est essentiellement centrée sur la consultation des partenaires sociaux, leur participation à la mise en œuvre des politiques de l'emploi et la question de la marge de manœuvre qu'il convient de leur laisser en la matière.

B. La notion de dialogue social appréhendée par la France

En France, le dialogue social est appréhendé de manière légèrement différente. En effet, la notion de dialogue social désigne tantôt la possibilité pour le Gouvernement de consulter les partenaires sociaux, c'est-à-dire de demander leur avis avant de légiférer, comme dans l'exemple de la position commune du 9 avril 2008, autrement dit de la « loi négociée »¹⁶⁶⁸.

Parfois, le dialogue social consiste à ouvrir aux partenaires sociaux un espace d'autonomie, au sein duquel ils pourront définir par voie d'accord des règles de droit du travail.

Et parfois, le dialogue social recouvre simplement l'information des partenaires sociaux, sans que soit nécessairement engagée une quelconque discussion ou consultation.

Le concept de dialogue social retenu en France est donc relativement proche de la définition proposée par l'OIT qui inclut toutes formes de négociation, de consultation ou simplement d'échange d'informations entre représentants des gouvernements, des employeurs et des travailleurs sur des questions d'intérêt commun liées à la politique économique et sociale.

En revanche, la notion de dialogue social appréhendée par la France ne coïncide pas vraiment avec la définition européenne. Du moins, la consultation des partenaires sociaux n'est pas formellement imposée au législateur, à la différence du droit européen qui prévoit dans le Traité de Maastricht une procédure de consultation obligatoire des partenaires sociaux.

¹⁶⁶⁷ (COM) 2002, 341, *Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement*.

¹⁶⁶⁸ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 1, Chapitre 1.

Cela ne signifie pas que les partenaires sociaux français ont un rôle moindre que les partenaires sociaux européens. Il s'agit en réalité d'une différence de logique qui conduit nécessairement à des différences d'application.

On note que ce problème est observable dans d'autres domaines que le droit du travail. L'harmonisation européenne n'est possible que par la convergence des politiques nationales et européennes, ce qui suppose que les Etats membres et l'Europe commencent par adopter les mêmes logiques juridiques au départ.

II. La présomption irréfragable de représentativité confrontée au droit international

Le monopole conféré aux syndicats reconnus représentatifs en France et la présomption irréfragable de représentativité ont souvent été remis en cause au regard du droit international et du droit européen (A). On reproche notamment à la présomption irréfragable de représentativité de constituer un privilège inégalitaire au profit des seuls syndicats qui en bénéficient (B).

A. Le monopole syndical et la présomption irréfragable remis en cause

Le monopole syndical a fait l'objet de nombreuses controverses. Et avec lui, la présomption irréfragable de représentativité, accusée d'être contraire à la convention n°87 de l'OIT. Ces deux concepts sont en effet étroitement liés.

En droit européen, il n'existe pas de définition légale de la représentativité et encore moins de présomption de représentativité¹⁶⁶⁹. Le problème ne se pose donc pas à ce niveau.

En revanche, en France, le monopole syndical se traduisait notamment par la capacité des seuls syndicats représentatifs à présenter des candidats au premier tour des élections professionnelles et la capacité de négocier les accords collectifs qui leur était également réservée, nonobstant la création, relativement récente, de quelques institutions supplétives comme le salarié mandaté¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁶⁹ Cf. *Supra* Chapitre 1, Section 2.

¹⁶⁷⁰ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 1 Chapitre 2.

En pratique, les cinq grandes confédérations bénéficiant de la présomption irréfragable de représentativité profitaient largement de ce monopole, ce qui a vraisemblablement conduit le législateur à supprimer la présomption en 2008 et à mettre un terme au monopole de présentation des organisations syndicales représentatives au premier tour des élections professionnelles¹⁶⁷¹.

B. La présomption irréfragable, un privilège inégalitaire ?

La question de la présomption irréfragable de représentativité renvoie également, au niveau international, à celle de l'établissement par les Etats de degrés de représentativité. Sur ce point, le système français antérieur à la réforme de 2008 était critiqué. On lui reprochait notamment d'instaurer, par le jeu de la présomption irréfragable de représentativité, un monopole au profit de certains syndicats¹⁶⁷².

Il convient toutefois de préciser que la convention n°87 de l'OIT vise essentiellement à protéger la liberté de se syndiquer et de constituer un syndicat en-dehors des structures existantes. Autrement dit, un Etat peut autoriser une unicité du mouvement syndical dès lors qu'il ne l'impose pas et n'empêche pas la libre constitution de syndicats en-dehors du cadre proposé.

Les instances de contrôle de l'OIT ont d'ailleurs accepté les distinctions opérées par des Etats, comme la France, entre plusieurs syndicats, en fonction de leur degré de représentativité. Dès lors que les critères choisis pour apprécier cette représentativité sont objectifs et qu'une protection suffisante est accordée aux organisations syndicales minoritaires pour leur permettre de poursuivre leur activité¹⁶⁷³, l'OIT tolère les distinctions de ce type.

La commission d'experts pour l'application des conventions s'est exprimée en ce sens, précisant qu'il en irait différemment si la représentativité impliquait une distinction entre les syndicats qui conduirait à « *interdire l'existence d'autres syndicats auxquels les travailleurs souhaiteraient s'affilier, ou à l'octroi de privilèges qui influenceraient indûment le choix d'une organisation par les travailleurs* »¹⁶⁷⁴.

¹⁶⁷¹ Cf. *Supra* Première Partie, Titre 1, Sous-titre 1.

¹⁶⁷² Cf. *Supra* A.

¹⁶⁷³ (J.M.) SERVAIS, *Normes internationales du travail*, L.G.D.J. 2004, p. 84.

¹⁶⁷⁴ *Liberté syndicale et négociation collective*, Conférence internationale du Travail, 81^{ème} session, BIT, 1994, §98, p. 46 ; (L.) DAUXERRE, préc., p. 45.

Ce constat nous renvoie à une question abordée précédemment, dans nos développements relatifs à la transparence financière des syndicats¹⁶⁷⁵. La distinction des degrés de représentativité des syndicats ne confère-t-elle pas aux cinq grandes confédérations un avantage susceptible d'influencer le choix des salariés ? En supprimant, à terme, la présomption irréfragable de représentativité la loi du 20 août 2008 résout ce problème, remettant tous les syndicats sur un pied d'égalité.

Cependant, on peut encore s'interroger sur la médiatisation des syndicats et son incidence sur le vote des salariés. Cette médiatisation résulte des actions du syndicat. L'ampleur de ces actions dépend du financement du syndicat. Or, une partie des fonds des syndicats est d'origine privée et la jurisprudence semble parfois tolérer une répartition inégalitaire des fonds entre les syndicats¹⁶⁷⁶. Comme nous l'avons expliqué précédemment, l'introduction par la loi du 20 août 2008 ne résout pas ce problème¹⁶⁷⁷. Cet exemple montre que la question de l'égalité entre syndicats est encore loin d'être réglée.

En outre, le débat sur la détermination de la « protection suffisante » qui doit être accordée aux syndicats minoritaires reste ouvert.

On peut toutefois noter que la loi du 20 août 2008 augmente cette protection en favorisant l'implantation des syndicats, quelle que soit leur renommée, dans les entreprises, par l'institution notamment du représentant de la section syndicale¹⁶⁷⁸.

§2. La subsidiarité, un remède aux problèmes français

Le principe de subsidiarité, qui occupe une place essentielle en droit européen, est une notion totalement étrangère au droit français (I).

Pour s'adapter, le législateur français, lorsqu'il doit aménager les domaines de compétences des partenaires sociaux, procède donc de manière différente, en s'appuyant sur la supplétivité des normes (II).

¹⁶⁷⁵ Cf. *Supra* Première partie, Titre 1, Sous-titre 2, Chapitre 1.

¹⁶⁷⁶ Cass. Soc., 10 octobre 2007, n° 05-45.347, préc.

¹⁶⁷⁷ Cf. *Supra* Première partie, Titre 1, Sous-titre 2, Chapitre 1.

¹⁶⁷⁸ Cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 1, Chapitre 1, Section 2.

I. Le principe de subsidiarité, une notion étrangère au droit français

Le principe de subsidiarité figure à l'article 5 du Traité sur l'UE. Il est renforcé et réaffirmé par le traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (FUE) qui rappelle en son article 152 l'attachement de l'Union au « rôle des partenaires sociaux à son niveau »¹⁶⁷⁹. Le principe de subsidiarité vise à déterminer le niveau d'intervention le plus pertinent dans les domaines de compétences partagées entre l'Union Européenne (UE) et les Etats membres¹⁶⁸⁰. De façon générale, ce principe repose sur l'idée que l'échelon supérieur (l'UE ici) ne doit intervenir que lorsque l'échelon inférieur (Etat, Région) ne peut intervenir de façon plus efficace.

On note qu'au niveau européen, le principe de subsidiarité vise non pas des normes, mais le rôle respectif des institutions qui élaborent les normes. Il est toutefois évident qu'indirectement, c'est la carence normative des institutions qui est visée. C'est donc bien du système normatif qu'il est indirectement question. Ce qui explique en partie l'analyse de la supplétivité à la française¹⁶⁸¹ qui se situe selon nous à proximité de la subsidiarité, avec quelques nuances toutefois. La loi du 20 août 2008 illustre ce phénomène : elle contient une application du principe de subsidiarité. Mais elle ne correspond pas exactement à la notion de subsidiarité telle qu'elle est comprise par le droit européen¹⁶⁸².

La solution française s'explique en partie par le fait que le principe de subsidiarité n'est pas véritablement compatible avec les principes majeurs qui régissent le droit français. On peut même dire que le droit français ne connaît pas le principe de subsidiarité.

En effet, le droit français repose sur le principe de la séparation des pouvoirs, lequel induit une complémentarité de ces derniers mais en aucun cas une idée de subsidiarité entre les institutions.

Il semblerait toutefois que le droit français applique l'idée de subsidiarité par l'intégration progressive d'une supplétivité entre les normes.

La méthode paraît surprenante. Toutefois, l'apparition de cette supplétivité s'explique par le fait que le droit positif français, dans sa conception actuelle, ne permet pas l'application du principe de subsidiarité.

¹⁶⁷⁹ (M.) SCHMITT, « La dimension sociale du traité de Lisbonne », *Dr. Soc.* juin 2010, p. 692.

¹⁶⁸⁰ Source : http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0017_fr.htm.

¹⁶⁸¹ Cf. *Infra* II.

¹⁶⁸² Cf. *Infra* II.

En effet, initialement, la hiérarchie des normes, telle qu'elle résulte de la pyramide de Kelsen, n'envisage à aucun moment une option de subsidiarité ou de supplétivité entre les normes : la loi demeure ainsi au-dessus des conventions collectives. Une norme ne peut pas, selon le schéma traditionnel classique, se substituer à une autre ou s'appliquer lorsqu'une norme de niveau supérieur se révèle inefficace ou inexistante. Par conséquent, une institution qui élabore des normes de niveau inférieur ne peut pas pallier à la carence normative d'une institution de niveau supérieur. En principe, les partenaires sociaux ne pourraient donc pas pallier à d'éventuelles carences du législateur et encore moins produire des normes susceptibles de transcender les normes légales existantes.

L'introduction de la supplétivité permet donc de contourner la règle classique, apparemment sans la renverser complètement.

Des compléments d'explication doivent toutefois être apportés, la supplétivité devant notamment être distinguée de la dérogation, cette dernière technique ayant largement été développée en France ces dernières années.

La loi demeure supérieure à la convention. Le législateur français a donc dû procéder à des aménagements en créant un domaine conventionnel dérogatoire par le biais de lois dites supplétives, permettant la conclusion d'accords dérogatoires, de branche ou d'entreprise¹⁶⁸³, comme la loi du 4 mai 2004 par exemple.

A la différence de la règle légale « dérogeable », la règle supplétive n'a en principe vocation à intervenir que lorsqu'il n'existe aucune autre règle juridique ayant le même objet.

Cependant, comme le relève Monsieur Frossard, « *la dérogation ne peut se concevoir sans une règle de référence sur laquelle elle repose. La règle qui supporte une dérogation reste impérative et, le cas échéant, conserve son caractère d'ordre public. La supplétivité va bien plus loin en ce qu'elle opère une forme de renversement*¹⁶⁸⁴ ». En effet, une règle supplétive peut tout à fait s'appliquer dès lors qu'il n'existe aucune règle ayant le même objet, y compris s'il s'agit d'une règle d'ordre public par exemple. On peut alors imaginer un accord collectif qui contiendrait des dispositions d'ordre public et s'appliquerait comme une loi, alors que l'ordre public relève a priori du domaine exclusif du législateur.

¹⁶⁸³ (A.) SUPIOT, « Un faux dilemme, la loi ou le contrat ? », préc. ; (S.) FROSSARD, « La supplétivité des règles en droit du travail », *Revue de droit du travail*, février 2009, p. 83.

¹⁶⁸⁴ (S.) FROSSARD, art. préc., p. 83.

Cette hypothèse doit bien sûr être tempérée dans la mesure où il existe encore certains garde-fous juridiques délimitant les matières dans lesquelles peuvent intervenir les accords collectifs. Néanmoins, les risques que présente l'application de la supplétivité méritent d'être soulignés.

II. L'intégration souhaitable du principe de subsidiarité en droit français

Le droit français ne connaît pas le principe de subsidiarité à l'européenne¹⁶⁸⁵. Afin de créer des domaines de compétence au profit des partenaires sociaux, le législateur français procède à des aménagements tantôt par le jeu de la dérogation, tantôt par le jeu de la supplétivité. Ces deux notions sont toutefois distinctes de la subsidiarité qui constituerait pourtant selon nous une solution adéquate au problème de répartition des compétences entre le législateur et les partenaires sociaux.

On observe que généralement, une règle à caractère subsidiaire est comprise comme une règle qui vient renforcer, qui vient à l'appui d'une chose plus importante lorsque cela est nécessaire¹⁶⁸⁶.

Par ailleurs, en droit communautaire, comme le souligne Monsieur Frossard, le principe de subsidiarité désigne « *une règle de répartition des compétences entre Union européenne et Etats membres selon laquelle celle-là n'intervient que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les Etats*¹⁶⁸⁷ ».

La subsidiarité, comme la supplétivité, suppose donc une insuffisance ou une carence. C'est le caractère palliatif de ces notions qui les relie.

On pourrait alors imaginer une intervention subsidiaire des partenaires sociaux dans les domaines où l'action législative se révèle insuffisante ou inexistante. Encore faut-il bien sûr qu'une loi prévoit ce type d'action.

Pour l'instant, on dénombre un certain nombre de règles supplétives en droit du travail français. Ainsi, par exemple, l'article L. 3121-11 du Code du travail énonce qu'« à défaut d'accord collectif, un décret détermine [le contingent annuel d'heures supplémentaires], les

¹⁶⁸⁵ Cf. *Supra* I.

¹⁶⁸⁶ (S.) FROSSARD, art. préc., p. 84.

¹⁶⁸⁷ (S.) FROSSARD, art. préc., p. 84 ; art. 3B Traité de Maastricht.

caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire en repos pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel ».

La loi du 20 août 2008, dans sa partie consacrée au temps de travail, va toutefois beaucoup plus loin : l'accord d'entreprise devient de droit commun, la convention de branche ne s'appliquant qu'à défaut. Les dispositions réglementaires quant à elles ne s'appliquent qu'à défaut de règles conventionnelles¹⁶⁸⁸. On assiste ici à un véritable passage de la supplétivité à la subsidiarité : les dispositions réglementaires, supérieures aux normes conventionnelles dans la hiérarchie des normes, ne s'appliquent qu'à défaut d'accords collectifs.

Notons toutefois que cette subsidiarité ne concerne que les textes réglementaires et non les lois.

En effet, le caractère supplétif des normes est tempéré par le Conseil constitutionnel qui a rappelé, à propos de la loi du 20 août 2008, que « s'il est loisible au législateur de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités concrètes d'application des principes fondamentaux du droit du travail et de prévoir qu'en l'absence de convention collective ces modalités d'application sont déterminées par décret, *il lui appartient d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution*¹⁶⁸⁹ ». Comme le souligne Monsieur Frossard, le Conseil rappelle ainsi que le législateur a toujours compétence exclusive pour fixer les principes fondamentaux du droit du travail, ce qui implique « *qu'il définisse les droits et obligations relatives aux conditions et aux relations de travail et cela de manière suffisamment précise et non équivoque*¹⁶⁹⁰ ».

Le principe de supplétivité des normes se trouve donc limité par les domaines de compétences respectifs du législateur et des partenaires sociaux.

Nous pensons qu'il serait plus judicieux d'intégrer en droit français l'application du principe de subsidiarité tel qu'il est compris en droit européen entre les partenaires sociaux et le législateur.

Dans cette hypothèse, le législateur garderait sa compétence exclusive de définition des principes fondamentaux et son domaine de compétences tel qu'il est fixé par la Constitution.

¹⁶⁸⁸ (J.) BARTHELEMY, « Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective », *Dr. Soc.* Sept-oct. 2009, p. 908.

¹⁶⁸⁹ Cons. Constit., DC-2008-568 du 7 août 2008 : JORF n°0194 du 21 août 2008 p. 13079.

¹⁶⁹⁰ (S.) FROSSARD, art. préc., p. 86.

Tandis que les partenaires sociaux pourraient intervenir légitimement lorsqu'ils constatent des carences ou des insuffisances légales.

Il conviendrait dans ce cas pour prévenir tout abus éventuel, de créer une juridiction habilitée à apprécier l'opportunité de l'action des partenaires sociaux, la maîtrise des orientations législatives et politiques devant rester l'apanage du Parlement et du Gouvernement dans la société démocratique française.

Cette solution présente le mérite d'offrir une légitimation et une reconnaissance officielle à l'action des partenaires sociaux et surtout de leur permettre de prendre davantage d'initiatives que ce que leur autorise le droit français dans son état actuel.

CONCLUSION DU TITRE 2

La « démocratie sociale » telle qu'elle est entendue par la loi du 20 août 2008 n'est pas véritablement adaptée aux relations professionnelles dans la mesure où elle emporte nécessairement une certaine politisation de ces dernières¹⁶⁹¹ et risque de fragiliser le dialogue social dans les entreprises, eu égard notamment au risque de précarisation des syndicats représentatifs ou de non représentation de certains salariés¹⁶⁹². Selon nous, ces conséquences non souhaitées auraient pu être évitées si la réforme de la représentativité avait davantage été pensée autour du rôle des acteurs de la négociation collective et non seulement de leur légitimité. Cette question est prégnante au niveau européen également, spécialement depuis que l'Europe a initié un mouvement en faveur du développement du dialogue social¹⁶⁹³. Pour cause, ce dernier ne peut se développer et être efficace que si on assure le plein exercice de la démocratie sociale. L'existence de cette problématique au niveau européen nous incite à chercher des pistes de solution adaptables en France pour résoudre ensemble les questions tenant à la représentativité et à la négociation collective, ces dernières étant indissociablement liées¹⁶⁹⁴.

Or, en France, alors que jusqu'en 2008 la représentativité n'avait jamais été réformée, la négociation collective a évolué, un mouvement en faveur du développement des modes de négociations dérogatoires, autrement appelés modes de négociation alternatifs, s'est clairement dessiné.

D'après nous, la multiplication des possibilités de recours à la dérogation d'une façon générale contribue à rendre les rapports de la loi et des conventions collectives de plus en plus illisibles, flous. En réalité, c'est bien la question de la répartition des compétences entre les partenaires sociaux et le législateur qui pose problème.

Une solution pourrait selon nous être trouvée si on décidait de véritablement changer d'optique. Plutôt que de concéder des terrains aux partenaires sociaux, pourquoi ne pas

¹⁶⁹¹ Cf. *Supra* Sous-titre 1, Chapitre 1.

¹⁶⁹² Cf. *Supra* Sous-titre 1, Chapitre 2.

¹⁶⁹³ Cf. *Supra* Sous-titre 2, Chapitre 1.

¹⁶⁹⁴ Cf. *Supra* Première partie, Propos liminaires.

raisonner a contrario en leur reconnaissant d'office l'existence une compétence générale d'édiction des normes du droit du travail ? Ce qui suppose toutefois au préalable que le législateur, seul acteur légitime pour réaliser une telle opération, établisse clairement l'espace de droits relevant exclusivement de sa compétence, autrement dit l'ordre public absolu en droit du travail¹⁶⁹⁵.

Par ailleurs, pour remédier au problème de la répartition des compétences entre les partenaires sociaux et le législateur, plutôt que de recourir à la dérogation et à la supplétivité, plutôt que d'agir directement sur le domaine de compétences, si cela s'avère trop compliqué, nous pensons qu'il est opportun d'essayer de développer des outils permettant de favoriser l'association des partenaires sociaux au processus normatif. La Méthode Ouverte de Coordination nous paraît ainsi être, par exemple, un instrument intéressant à exploiter davantage, dans la mesure où il semble faire ses preuves au niveau européen. Pourquoi ne pas envisager de recourir à un outil similaire en interne ?

Une autre alternative, peut-être plus simple et plus souple, consisterait à développer l'application du principe de subsidiarité¹⁶⁹⁶ tel qu'il est entendu en droit européen. Ainsi, dans les domaines où l'autorité de niveau supérieur (ici le législateur) ne peut pas intervenir de façon suffisamment efficace (sur des points qui nécessitent la prise en compte de la situation économique ou/et sociale propre à chaque entreprise par exemple), les partenaires sociaux seraient habilités d'office à intervenir. Le contrôle a posteriori étant alors assuré par les juridictions.

¹⁶⁹⁵ Cf. *Supra* Sous-titre 2, Chapitre 2.

¹⁶⁹⁶ Cf. *Supra* Sous-titre 2, Chapitre 2.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

La mise en œuvre de la loi du 20 août 2008, principalement au travers de l'organisation des élections professionnelles, met en évidence les difficultés d'application pratique qu'elle suscite¹⁶⁹⁷ mais aussi les modifications prévisibles du paysage syndical qui en découleront et donc les impacts que cette réforme aura sur le dialogue social en entreprise, mais aussi au-delà de l'entreprise, la représentativité constituant également la clé d'accès à certaines institutions, comme la commission nationale de la négociation collective ou les conseils d'administration de certains organismes de sécurité sociale par exemple¹⁶⁹⁸.

En effet, l'appréciation de la représentativité sur la base de l'audience électorale introduite par la réforme ne contribue pas à la stabilité du dialogue social dans l'entreprise : certaines sociétés risquent par exemple de ne pouvoir conclure des accords collectifs qu'avec un seul syndicat. Il est difficile d'admettre qu'un seul syndicat puisse représenter l'ensemble des salariés. L'introduction des sous-traitants sur site dans le processus électoral ne contribue pas non plus à la stabilité du dialogue social dans la mesure où ces derniers, sous certaines conditions, peuvent voter, ce qui peut perturber l'électorat de l'entreprise d'accueil, voire être élus délégué du personnel en lieu et place des salariés de l'entreprise d'accueil¹⁶⁹⁹.

De plus, dans certaines entreprises, le syndicat CFE-CGC a plus de facilités à obtenir les 10% dans la mesure où sa représentativité n'est mesurée que dans les collèges où ses règles statutaires lui donnent vocation à présenter des candidats. Il est encore moins admissible qu'un syndicat catégoriel puisse représenter l'ensemble des salariés.

La rénovation de la démocratie sociale par la loi du 20 août 2008 ne semble donc pas jouer en faveur d'une représentation des salariés plus conforme à la réalité, bien que ce soit l'une des raisons qui ait conduit à son adoption.

Cet échec provient du fait que le concept de « démocratie sociale » porté par la loi du 20 août 2008 n'est pas véritablement adapté aux relations professionnelles¹⁷⁰⁰ dans la mesure où la réforme emporte nécessairement une certaine politisation de ces dernières ce qui accroît les

¹⁶⁹⁷ Cf. *Supra* Titre 1.

¹⁶⁹⁸ Cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 1, Chapitre 2.

¹⁶⁹⁹ Cf. *Supra* Titre 1, Sous-titre 1, Chapitre 2.

¹⁷⁰⁰ Cf. *Supra* Titre 2, Sous-titre 1, Chapitre 1.

tensions au sein des entreprises, plus particulièrement à l'approche des élections professionnelles. La réforme de 2008 risque en outre de fragiliser le dialogue social dans les entreprises, eu égard notamment au risque de précarisation des syndicats représentatifs ou de non représentation de certains salariés.

Selon nous, ces conséquences non souhaitées étaient prévisibles et auraient pu être évitées si la réforme de la représentativité avait davantage été pensée au regard de la fonction normative des syndicats, qu'il convient de subdiviser en deux « sous-fonctions », à savoir leur participation à la négociation collective et leur participation à l'élaboration de la loi. « L'erreur » législative ayant ici consisté à vouloir légitimer de la même façon l'action des partenaires sociaux dans l'exercice de ces deux « sous-fonctions » aux implications différentes. La notion de représentativité fondée sur le critère de l'audience recueillie aux élections professionnelles, autrement dit un filtrage au niveau de l'entreprise pour légitimer une action au niveau législatif n'est pas approprié.

Cette question est prégnante au niveau européen également, spécialement depuis que l'Europe a initié un mouvement en faveur du développement du dialogue social. Pour cause, ce dernier ne peut se développer et être efficace que si on assure le plein exercice de la démocratie sociale. L'existence de cette problématique au niveau européen nous incite à chercher des pistes de solution adaptables en France pour résoudre ensemble les questions tenant à la représentativité et à la négociation collective, ces dernières étant indissociablement liées¹⁷⁰¹.

Or, en France, avant l'intervention législative de 2008 la représentativité n'avait jamais été réformée en profondeur. En revanche, la négociation collective a beaucoup évolué : un mouvement en faveur du développement des modes de négociations dérogatoires, autrement appelés modes de négociation alternatifs, s'est clairement dessiné.

D'après nous, la multiplication des possibilités de recours à la dérogation d'une façon générale contribue à rendre les rapports de la loi et des conventions collectives de plus en plus illisibles, flous. En réalité, c'est bien la question de la répartition des compétences entre les partenaires sociaux et le législateur qui pose problème¹⁷⁰².

¹⁷⁰¹ Cf. *Supra* Première partie, Propos liminaires.

¹⁷⁰² Cf. *Supra* Titre 2, Sous-titre 1, Chapitre 2.

A défaut de remédier directement à ce problème, nous pensons qu'il est possible, voire souhaitable de travailler au développement d'outils juridiques qui pourraient favoriser la participation des partenaires sociaux à l'élaboration des lois : on songe par exemple ici à la Méthode Ouverte de Coordination, un outil de concertation et d'association au processus décisionnel souple qui pourrait être utilisé à bon escient en France¹⁷⁰³.

Selon nous, une solution à ce problème de fond pourrait toutefois être trouvée si on décidait de véritablement changer d'optique. Par exemple, en travaillant sur la base du principe de subsidiarité tel qu'il est entendu en droit européen¹⁷⁰⁴. Ainsi, plutôt que de concéder quelques terrains normatifs aux partenaires sociaux au gré de textes juridiques successifs, qui s'empilent au point de devenir illisibles, pourquoi ne pas raisonner a contrario en leur reconnaissant d'office l'existence une compétence générale d'édiction des normes du droit du travail ? Cette compétence pourrait être limitée par la définition, en amont, d'un espace de droits relevant exclusivement de la compétence législative, « indérogeable » par voie conventionnelle, autrement dit l'ordre public absolu en droit du travail afin bien sûr d'éviter les abus et débordements que pourrait entraîner un tel changement d'optique. Car il va de soi que « *la démocratie sociale ne saurait être perçue comme une alternative à la démocratie politique*¹⁷⁰⁵ ».

¹⁷⁰³ Cf. *Supra* Titre 2, Sous-titre 2, Chapitre 1.

¹⁷⁰⁴ Cf. *Supra* Titre 2, Sous-titre 2, Chapitre 2.

¹⁷⁰⁵ (G.) BORENFREUND, (M.-A.) SOURSIAC, art. préc., p. 80.

CONCLUSION GENERALE

« *La révision de la Constitution peut permettre, sous diverses formes, de mieux consacrer la place des partenaires sociaux et du dialogue social, dès lors qu'elle s'accompagne de pratiques en adéquation avec ces objectifs et qu'elle n'induit pas de priver le législateur d'une partie de ses pouvoirs ; cette reconnaissance constitutionnelle renforcerait les légitimes exigences à l'égard des partenaires sociaux, en termes de représentativité, de transparence et de responsabilité* ¹⁷⁰⁶ ». De cette phrase extraite de la grande conférence sociale de juillet 2012, on déduit que le Gouvernement souhaite poursuivre le développement de la démocratie sociale telle qu'elle est envisagée par la loi du 20 août 2008. Cette réforme n'est toutefois pas exempte de défauts. Est-il judicieux de poursuivre le développement de la démocratie sociale sur la base de ce texte ou bien ne pourrait-on pas envisager d'autres axes de travail et pistes de réflexion pour aboutir à des solutions permettant d'associer les partenaires sociaux à l'élaboration des normes sans heurter la souveraineté nationale ? Une révision constitutionnelle est-elle nécessaire ?

Historiquement, suivant la dogmatique révolutionnaire, les groupements d'intérêts suscitent la méfiance, la crainte d'un retour au corporatisme. Car « *dans toute association il y a une souveraineté qui commence* ¹⁷⁰⁷ » et par conséquent le spectre d'une atteinte à la souveraineté du peuple garantie par la Constitution française. Pour autant, est-il absolument impossible d'accorder une représentation politique aux groupes sociaux ¹⁷⁰⁸ ? Telle est la question de fond qui se pose lorsque l'on s'interroge sur l'autonomie des partenaires sociaux et surtout, sur la possibilité de leur réserver un domaine de compétences constitutionnel.

Selon certains auteurs appelant à dépasser l'idée d'une démocratie purement individualiste, une telle hypothèse n'est pas inconcevable, voire même souhaitable. Ainsi, Emile Durkeim, réécrit l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen, affirmant qu' « *un pays où la double représentation des individus et des groupes n'est pas*

¹⁷⁰⁶ Feuille de route de la grande conférence sociale des 9 et 10 juillet 2012, Préambule : la démocratie sociale, préc.

¹⁷⁰⁷ (A.) ARSEGUEL, thèse préc., p. 16.

¹⁷⁰⁸ (S.) PINON, « La représentation parlementaire des groupes sociaux et des intérêts professionnels », in *La démocratie entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, (dir.) C. MIGUEL HERRERA et S. PINON, éd. Kimé, 2011, p. 118.

*assurée n'a point de Constitution*¹⁷⁰⁹ ». Prenant acte du développement des mouvements syndicaux, dans les années 1900, Léon Duguit pense que les mouvements sociaux doivent « *au plus vite servir de fondement à une représentation politique des nouvelles forces sociales* » ; « *tout élément social fort et cohérent devient une force politique s'imposant directement ou par représentation*¹⁷¹⁰ ». Le professeur Deslandres quant à lui estime que les groupes font naturellement partie du corps souverain qui sous-tend la démocratie¹⁷¹¹.

De plus en plus, on assiste aujourd'hui à un mouvement vers une démocratie dans laquelle tous les acteurs de la société civile doivent être représentés. Par exemple, les pouvoirs publics, « sous peine d'affaiblir la légitimité du processus décisionnel¹⁷¹² », doivent souvent coopérer avec des acteurs non publics (ONG, experts, grands investisseurs etc.). « *Cette nouvelle contractualisation des politiques publiques répond au besoin grandissant de technicité, d'expertise, et s'adosse à une idéologie moderne dominante [...] vouée à la glorification des compétences de la « société civile »*¹⁷¹³ ».

Les entreprises et les salariés, acteurs de la société civile, sollicitent donc de plus en plus une représentation appropriée. C'est ainsi que la frontière entre le politique et le social tend de plus en plus à s'estomper et que la notion de « démocratie sociale » revient à l'ordre du jour.

Néanmoins, la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale ne porte pas réellement sur le rôle des acteurs concernés, à savoir ici les syndicats, dans la mise en œuvre d'une telle démocratie. Elle se concentre sur la question de leur légitimité. Plus particulièrement celle des syndicats de salariés. La réforme de 2008 prévoit notamment que la mesure de cette légitimité doit s'effectuer sur la base des résultats obtenus aux élections professionnelles organisées dans les entreprises et modifie les conditions de validités des accords collectifs.

Ce faisant, on s'aperçoit tout d'abord que dans l'esprit de la loi du 20 août 2008, la notion de démocratie sociale doit s'entendre essentiellement comme la négociation collective

¹⁷⁰⁹ (E.) DURKEIM, « L'élection des sénateurs », *Revue Politique et parlementaire*, 1895, p. 463 ; (S.) PINON, art. préc., p. 119.

¹⁷¹⁰ (L.) DUGUIT, « La représentation syndicale au Parlement », *Revue politique et parlementaire*, 1911, p. 44.

¹⁷¹¹ (S.) PINON, art. préc., p. 120.

¹⁷¹² *Ibid*, p. 128.

¹⁷¹³ *Ibid*, p. 129.

et, plus largement le dialogue social¹⁷¹⁴. La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale a donc principalement des incidences sur le dialogue social en entreprise.

La réforme de 2008 s'inscrit d'ailleurs clairement dans le processus de développement du dialogue social initié depuis plusieurs années¹⁷¹⁵. Cependant, on s'aperçoit qu'elle s'inscrit plus particulièrement dans le processus de développement de la négociation dérogatoire : en effet, afin de favoriser la mise en œuvre de la démocratie sociale dans les entreprises, la loi du 20 août 2008 institue le représentant de la section syndicale. Ce dispositif vise à aider les syndicats non représentatifs à s'implanter dans l'entreprise en vue des prochaines élections professionnelles qui leur permettront peut-être d'accéder à la représentativité. Toutefois, la réforme de 2008 ouvre à ce nouvel acteur, non représentatif, la possibilité de négocier des accords, sous certaines conditions. Elle institue donc un nouveau mode de négociation alternatif¹⁷¹⁶, ce qui ne manque pas de susciter certaines interrogations, d'autant plus que les conditions de désignation des délégués syndicaux ont changé également¹⁷¹⁷.

Il ressort ensuite de l'analyse pratique de la réforme de 2008 que son dispositif n'est pas parfait : il suscite quelques difficultés d'application en entreprise tenant d'une part aux vides juridiques qui subsistent, le législateur n'ayant pas pu prévoir toutes les hypothèses qui peuvent se présenter en entreprise. On pense par exemple ici au contexte sociétal particulier qui entourait Aerolia (reprise partielle d'activités). D'autre part, la loi du 20 août 2008 contient des mesures relatives à la participation des sous-traitants sur site aux élections professionnelles des entreprises utilisatrices. Il s'agit là à notre avis d'un sujet distinct de celui de la représentativité¹⁷¹⁸ qui n'avait pas réellement sa place dans une réforme de ce type et contribue à susciter des inquiétudes, des tensions sociales et des problèmes de mise en œuvre importants. D'un strict point de vue opérationnel, nous avons en effet pu constater que la mise en œuvre de cette mesure requérait énormément de temps pour un résultat assez faible (peu d'impacts sur les résultats électoraux). En outre, cela suscitait de nombreuses questions juridiques – et pratiques – non réglées par la réforme comme par exemple la question de la répartition des salariés mis à disposition dans les collèges électoraux de l'entreprise

¹⁷¹⁴ Cf. *Supra* Introduction.

¹⁷¹⁵ *Ibid.*

¹⁷¹⁶ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 1 et Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 1.

¹⁷¹⁷ Cf. *Supra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 1.

¹⁷¹⁸ Cf. *Supra* Première partie, Titre 2, Sous-titre 2 et Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 2.

utilisatrice ou encore l'ancienneté des électeurs dans le contexte particulier d'une cession d'activités¹⁷¹⁹.

Le texte lui-même aurait donc besoin d'être corrigé, précisé, voire révisé. Cela n'a toutefois rien de surprenant, quelle réforme n'a jamais été corrigée par la suite ? On ne peut pas jeter la pierre au législateur parce que le texte n'est pas parfait dans sa première version.

D'après nous, le problème principal concernant la loi du 20 août 2008 tient au fait qu'elle modifie la fonction des élections professionnelles¹⁷²⁰ ; d'un point de vue plus théorique, elle opère un rapprochement entre élections professionnelles et élections politiques, ce qui risque de politiser davantage les relations professionnelles d'une façon générale. Ce qui explique également pour une large part, l'abondance des contentieux qui ont suivi l'entrée en vigueur de cette loi. Dès lors, on peut s'interroger sur la pertinence d'une réforme de la représentativité des syndicats centrée sur la question de leur légitimité.

Il ressort de l'analyse approfondie de la loi du 20 août 2008 et de ses incidences juridiques et pratiques, qu'en réalité, les problèmes de fond à l'origine de cette réforme ne portent pas sur la représentativité en dépit des critiques qui ont pu être adressées au système antérieur à 2008 car celui-ci fonctionnait finalement plutôt bien dans l'ensemble. Le problème, qui ressurgit d'ailleurs encore dans les débats politiques récents¹⁷²¹, porte en réalité sur la répartition des compétences entre les partenaires sociaux et le législateur ; sur la question de la fonction normative des syndicats ; de l'autonomie qu'on peut laisser aux syndicats de salariés et d'employeurs par rapport à la loi. Seule cette dernière approche peut d'ailleurs réellement expliquer et justifier le choix de la légitimité fondée sur l'audience syndicale.

Partant de ce constat et des implications pratiques de la loi du 20 août 2008 que nous avons pu expérimenter en entreprise, il convient donc de s'intéresser à la question de l'autonomie des partenaires sociaux. Celle-ci se retrouve en droit européen. Ce dernier inspire d'ailleurs souvent le droit français. Le mouvement en faveur du développement du dialogue social qu'on observe depuis plusieurs années en France a d'ailleurs été initié à l'origine par

¹⁷¹⁹ Cf. *Supra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 2.

¹⁷²⁰ Cf. *Supra* Deuxième partie, Titre 1, Sous-titre 2.

¹⁷²¹ Voir par exemple la feuille de route de la dernière grande conférence sociale des 9 et 10 juillet 2012, préc.

l'OIT, suivie par les institutions communautaires¹⁷²². D'un autre côté, le droit européen recourt à des outils juridiques particuliers ou suit des logiques parfois différentes de celles qu'on rencontre en droit français. C'est ainsi qu'on s'aperçoit notamment que le rôle des institutions qui interviennent en matière de négociation collective pourrait être revu ou corrigé. Qu'on peut par exemple s'intéresser à la Méthode Ouverte de Coordination¹⁷²³, un outil suffisamment souple et efficace, qui pourrait être utilisé au niveau français pour favoriser les échanges entre les partenaires sociaux et le législateur par exemple.

Qu'on observe notamment que le droit français fait actuellement une application relative du principe de subsidiarité. Ce dernier pourrait pourtant être exploité davantage pour régler les problèmes de répartition des compétences et d'articulation des normes¹⁷²⁴.

Ce bref tour d'horizon des outils existants au niveau européen montre que des pistes de solutions existent et peuvent être approfondies pour résoudre les problèmes tenant à la fonction normative des partenaires sociaux dans le cadre de l'élaboration ou de la mise en œuvre des lois.

¹⁷²² Cf. *Supra* Deuxième partie, Titre 2, Sous-titre 2.

¹⁷²³ Cf. *Supra* Deuxième partie, Titre 2, Sous-titre 2, Chapitre 1.

¹⁷²⁴ Cf. *Supra* Deuxième partie, Titre 2, Sous-titre 2, Chapitre 2.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX

CLERGERIE (J.L.), GRUBER (A.), RAMBAUD (P.), *L'Union Européenne*, Précis Dalloz, 7ème édition, 2008.

COHEN (M.), *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 8^{ème} édition, LGDJ., 2005.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, Paris, PUF-Quadrige, 4^{ème} éd., 2003.

DOCKES (E.) , (J.) PELISSIER, (G) AUZERO, *Précis de droit du travail*, 25 ème édition, 2010.

DOCKES (E.), *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, 2004.

KELSEN (H.), *La démocratie : sa nature, sa valeur*, Dalloz, 2010.

Lexique des termes juridiques, 14^{ème} édition, Dalloz, 2003.

Lexique des termes juridiques, 17^{ème} édition, Dalloz, 2009.

LYON-CAEN (A.), *Le nouveau Code du travail*, Dalloz, 2008.

PELISSIER (J.), (A.) SUPIOT, (A.) JEAMMAUD, *Précis de droit du travail*, 22ème édition, Dalloz, 2004.

PELISSIER (J.), (G.) AUZERO, (E.) DOCKES, *Précis de droit du travail*, 27^{ème} édition, Dalloz, 2013.

RAY (J. E.) , *Droit du travail : droit vivant*, éd. Liaisons, 2008-2009, p. 447.

SERVAIS (J.M.), *Normes internationales du travail*, LGDJ, 2004.

SUPIOT (A.), *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Ed. Seuil, 2006.

VERDIER (J.M.), *Syndicats et droit syndical*, Dalloz 1987, vol. 1, n° 173.

II. OUVRAGES SPECIAUX

MELANGES, ETUDES, TRAITES

BURDEAU (G.), *Traité de science politique* : LGDJ, 2ème edition 1973, t. VII, n° 171, p. 462.

CAPITANT (R.) , *Ecrits constitutionnels*, Ed. du CNRS, 1982.

CHEVALLIER (J.), *L'Etat post-moderne*, Paris, LGDJ, coll. Droit et Société série politique, 2003

Etudes offertes à Alfred Jauffret, PUAM, 1974.

JACQUIER (J.P.), *France, l'introuvable dialogue social*, Presses universitaires de Rennes, 2008

JEAMMAUD (A.), « Les polyvalences du contrat de travail », in *Les transformations du droit du travail : Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, D. 1989, p. 299.

Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen, Dalloz, 1989.

LEVINSON (C.), *Le contre-pouvoir multinational : la riposte syndicale*, Paris Seuil 1972.

LYON-CAEN (G.), Défense et illustration du contrat de travail, *Archives de philosophie du droit*, 1968, T. XIII, p. 59

Mélanges dédiés au Président Michel Despax, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002.

RAY (J.E.), « Mutation économique et droit du travail », in *Les transformations du droit du travail : Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 13.

VERDIER (J.M.), Syndicat et droit syndical, Libertés, Structures, Action", *Traité de droit du travail*, T.V, I, Dalloz, 1984.

MONOGRAPHIES

DUPEYROUX (J. J.), *Le régime juridique des organisations professionnelles dans les pays membres de la C.E.C.A.*, Service de publication des communautés européennes, 1966.

MOREAU (M.A.), *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Dalloz, 2006.

REYNAUD (J.D.), *Les règles du jeu et l'action collective, et la régulation sociale*, A. Colin, 1989.

THESES

ARSEGUEL (A.), *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, Thèse de doctorat Toulouse, 1976.

DAUXERRE (L.), *La représentativité syndicale instrument du dialogue social*, Thèse, PUAM, 2005.

FOURCADE (C.), *L'autonomie collective des partenaires sociaux : essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, Thèse, LGDJ., 2006.

MORIN (M.L.), *Le droit des salariés à la négociation collective principe général du droit*, Thèse, LGDJ, 1994.

PETIT (F.), *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Thèse, LGDJ, 2000.

SCHMITT (M.), *L'autonomie collective des partenaires sociaux dans l'ordre juridique communautaire : contribution à l'étude du principe de subsidiarité*, Thèse de doctorat Strasbourg, 2007.

III. OUVRAGES COLLECTIFS

DESCOLONGES (M.), "Une histoire des accords-cadres internationaux", in *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, dir. (M.) DESCOLONGES, (B.) SAINCY, Ed. La Découverte, 2006, p. 70-89.

La négociation collective en entreprise : nouveaux acteurs nouveaux accords, après la loi du 20 août 2008, (G.) BELIER, (H.-J.) LEGRAND, Ed. Liaisons, 2010.

La négociation collective après la loi du 20 août 2008, (G.) BELIER, (H.-J.) LEGRAND, éd. Liaisons, 2009.

LAULOM (S.), « Le cadre communautaire de la représentation des travailleurs dans l'entreprise », in *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2005, p. 45-66.

Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation, dir. (A.) LYON-CAEN et (Q.) URBAN, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2008.

Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, (M.L.) MORIN, (L.) PECAUT-RIVOLIER, (Y.) STRUILLLOU, 2ème édition, Dalloz, 2011.

Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, (M.L.) MORIN, (L.) PECAUT-RIVOLIER, (Y.) STRUILLLOU, 1ère édition, Dalloz, 2009.

Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale, dir. (M.) DESCOLONGES, (B.) SAINCY, Ed. La Découverte, 2006.

Les organisations syndicales en France, (H.) LANDIE, (D.) LABBE, 2ème édition, éd. Liaisons, 2004.

Les relations sociales en Europe, (M.) MILLOT, (J.P.) ROULLEAU, éd. Liaisons, 2005.

Le règlement amiable des différends sociaux en France, (P.) AUVERGNON, (J.) CRUZ VILLALON, (J.-L.) GIL Y GIL, (F.) PETIT, (G.) TRUDEAU, dir. (F.) PETIT, éd. L'Harmattan, 2007, p. 13-39.

LYON-CAEN (A.), « De l'influence des syndicats dans la confection des lois », in *Syndicats et droit du travail*, dir. (G.) BORENFREUD et (M.A.) SOURIAC, Dalloz, 2008, p. 63-71.

MODERNE (F.), « Le principe de subsidiarité fonctionnelle », in (M.) VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles Bruylant, LGDJ, 2002, p. 398.

Syndicats et droit du travail, dir. (G.) BORENFREUND, (M.A.) SOURIAC, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008.

IV. DOCUMENTS DE TRAVAIL, RAPPORTS

ATTALI (J.), *300 décisions pour changer la France*, Rapport de la commission pour la libération de la croissance française, La Documentation française, 2008.

Au-delà de l'emploi, Rapport pour la Commission européenne, Dir. (A.) SUPLOT, Flammarion, 1999.

BARBARA (E.), « Représentativité des syndicats : les premiers effets de la réforme de 2008 », Institut Montaigne, Document de travail du 17 janvier 2011, p. 8 à 10.

CEDS, décision du 21 mai 2002, réclamation n°11/2000, conclusions XIII-5, p. 182.

Consolider le dialogue social, Rapport du Conseil Economique et Social, 2006, éd. La Documentation française ; texte disponible sur le site de la documentation française (www.ladocumentationfrancaise.fr).

Cour de cassation, *Rapport annuel 2006*, quatrième partie : jurisprudence de la Cour, disponible sur le site de la cour de cassation : <http://www.courdecassation.fr>.

Feuille de route de la grande conférence sociale des 9 et 10 juillet 2012, Préambule : la démocratie sociale, Document disponible sur <http://www.gouvernement.fr>.

HADAS-LEBEL (R.), *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles syndicales*, mai 2006.

POISSON (J.F.), *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, La Documentation française, 2009, p. 212.

Pour un dialogue social efficace et légitime : Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales, Rapport au Premier ministre, présenté par Raphaël Hadas-Lebel Président de section au Conseil d'Etat, Mai 2006.

Rapport annuel de la Cour de cassation, 2002, disponible sur : <http://www.courdecassation.fr>.

Rapport Poisson, Doc. Ass. Nat., n° 992, p. 165 ; rapport Gournac, Doc. Sénat, n° 470, examen de l'article 9.

Rapport présenté par R. CAPITANT aux Assises nationales du RPF à Paris les 9, 10 et 11 novembre 1952 in (R.) CAPITANT, 1901-1970, *Espoir*, *Revue de l'institut Charles de Gaulle*, n° 36, Plon, p. 69.

V. ARTICLES

Panorama droit du travail, dir. (J.) PELISSIER, *Dalloz*, 16 septembre 2010, études et commentaires, p. 2029-2037.

"Controverse : doit-on maintenir des règles particulières pour les syndicats catégoriels", *RDT*, octobre 2010, p. 556-563.

"La réforme de la représentativité n'a pas simplifié le paysage syndical", *Liaisons sociales Quotidien*, 6 octobre 2011, n° 15950, p. 1-2,

« 13 questions sur l'application de la loi « Démocratie sociale », *Dictionnaire permanent social*, bulletin spécial n°892-1, décembre 2008.

« La DGT précise les nouvelles règles de représentativité syndicale », *Liaisons sociales quotidien*, 18 novembre 2008, p. 1-2.

« Les nouvelles règles de négociation collective dans la production agricole », *Liaisons sociales quotidien*, n° 15801, 23 février 2011, p. 1.

« Rapport Poisson : quel avenir pour la négociation de branche ? », *SSL* 13 juillet 2009, n° 1408, p. 2-3.

« Un privilège est jugé conforme à la Constitution : entretien avec Paul-Henri Antonmattei », *SSL*, 18 octobre 2010, n° 1463, p. 11.

« Une loi qui rend difficile la conclusion des accords : entretien avec Stéphane Béal », *SSL* n° 1370, 2008, p. 22-24.

AKANDJI-KOMBE (J.F.), « Tonnerre de Brest ou pétard mouillé ? », *SSL* n° 1421, 16 novembre 2009, p. 10-13.

ANDRE-HESSE (C.), MOREL (S.), "L'audience électorale au cœur de la tourmente", *JSL* n°270, p. 4-8.

ANTONMATTEI (P-H.), "Négociation collective et syndicats catégoriels : le début des ennuis", *Dr. Soc.* janvier 2011, p. 89-93.

ANTONMATTEI (P.H.), Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008, *Dr. Soc.* 2008, p. 771-773.

ANTONMATTEI (P-H.), « Unité économique et sociale : un nouvel arrêt...mais le débat continue », *Dr. Soc.* 2002, p. 720-723.

ARSEGUEL (A.), "Représentativité syndicale et élections professionnelles", *Rec. Dalloz*, 2010, p. 2029-2037.

ARSEGUEL (A.), « Controverse : Réformer sans bouleverser », *RDT* novembre 2006, p. 288-291.

AUBERT-MONPEYSSSEN (T.), « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », *Dr. Soc.* Juin 1997, p. 616-625.

BARTHELEMY (J.), « Vers de nouvelles évolutions du droit de la négociation collective », *Dr. Soc.* Sept-oct. 2009, p. 907-909.

BEAL (S.), « Un maintien possible », *RDT* octobre 2010, p. 560-563.

BEAL (S.), « Le représentant de la section syndicale : mode d'emploi », *Les cahiers du DRH*, février 2009, n° 151, p. 11-16.

BEAL (S.), DODET (A.L.), « Les impasses de la jurisprudence Adecco », *JSL* 4 septembre 2007, p. 3-8.

BEAL (S.), DODET (A.L.), « Validité des accords collectifs et détermination des syndicats majoritaires », *JCP S* 13 mars 2007, n° 11, p. 18-21.

BECHAUX (S.), Syndicaliste à vie, c'est fini, *Liaisons sociales magazine*, octobre 2009, p. 27-28,

BELIER (G.), BOURSIER (A.), « Une révolte silencieuse ? », *SSL* n°1400, 18 mai 2009, p. 5-8.

BERAUD (J.-M.), « Représentativité : pondération des critères et transparence financière », Rapport sur Cass. Soc., 29 février 2012, *Dr. Ouv.* Mai 2012, p. 315-321.

BEVORT (A.), « De la position commune sur la représentativité au projet de loi : renouveau et continuité du modèle social français », *Droit Social* juillet-août 2008, p. 823-833

BLANC-JOUVAN (G.), « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *Dr. Soc.* 2005, p. 68-79.

BLANC-JOUVAN (X.), « L'internationalisation des rapports de travail », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p.67-82.

BLAS LOPEZ (M.E.), « Le cadre d'action des partenaires sociaux européens : panorama, mutations et enjeux à l'heure de la mondialisation », *Dr. Soc.* mai 2006, p. 540-561.

BORENFREUND (G.), « Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. Soc.* juin 2013, p. 486-495.

BORENFREUND (G.), « Représentativité syndicale et négociation collective », *Dr. Soc.* avril 2013, p. 300-305.

BORENFREUND (G.), « Le périmètre de désignation des délégués syndicaux : les ressorts d'un changement de cap », *RDT* Juillet/août 2011, p. 419-425.

BORENFREUND (G.), « La possibilité ouverte à des syndicats d'établir leur représentativité pendant la période transitoire », *RDT* mai 2010, p. 308-311.

BORENFREUND (G.), « Le renouveau du droit syndical dans l'entreprise : entre faveur et défiance ? », *Dr. Soc.* juin 2009, p. 700-710.

BORENFREUND (G.), « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT* décembre 2008, p. 712-722.

BORENFREUND (G.), « Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale », *RDT* juin 2008, p. 360-370.

BORENFREUND (G.), « Le financement des syndicats sous l'emprise de l'autonomie collective ? », *Dr. Soc.* janvier 2008, p. 106-112.

BORENFREUND (G.), « La reconnaissance de la représentativité syndicale quelques interrogations autour de trois décisions », *Dr. Soc.* septembre-octobre 2006, p. 869-780.

BORENFREUND (G.), (M.-A.) SOURIAU, « Les rapports de la loi et de la convention collective : mise en perspective », *Dr. Soc.* janvier 2003, p. 72-86.

BOUBLI (B.), « Adieu l'UES », *Dr. Soc.* juin 2009, p. 699.

BOUBLI (B.), "La représentativité syndicale dans l'entreprise", supplément *SSL*, n° 1263, 29 mai 2006, p. 7-9.

BOUBLI (B.), "A propos de la représentativité syndicale, *SSL* n° 916, 11 janvier 1999, p. 8.

BRICE (A.), Le sort des mandats désignatifs liés aux résultats des élections professionnelles, *Dr. Soc.* décembre 2009, p. 1222-1226.

BRICE (A.), « La section syndicale après la loi du 20 août 2008 », *JCP S* n° 15, 7 avril 2009, p. 22-24.

BRICE (A.), « Les opérations électorales après la loi du 20 août 2008 », *JCP S* n° 51, 16 décembre 2008, p. 21-23.

BROCHETON (P.), « Constitution de la section syndicale et désignation du délégué syndical : vers une unicité souhaitable de l'instance en cas de contestation », *SSL* n° 966, 31 janvier 2000, p. 7-9.

- CANIVET (G.), « L'approche économique du droit par la chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. Soc.* novembre 2005, p. 951.
- CEE, « Connaissance de l'emploi », *Le 4 pages du CEE*, n°69, septembre 2009, p. 1-4.
- CESARO (J.F.), « La négociation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux », *Dr. Soc.* juin 2008, p. 658-668.
- CESARO (J.F.), « La représentation des syndicats dans l'entreprise », *JCP S* n° 22, 29 mai 2012, p. 45-54.
- CHAMPEAUX (F.), « Les salariés mis à disposition toujours au cœur du débat », *SSL* n°1400, 18 mai 2009, p. 2-3.
- CHOTARD (Y.), « Le rapport Auroux », *Dr. Soc.* avril 1982, p. 259.
- CLEMENT (P.), « Loi portant rénovation de la démocratie sociale : nouvelles précisions des tribunaux », *JSL* n° 260, 29 juillet 2009, p. 4-6.
- COEURET (A.), « Frontières de l'entreprise et institutions représentatives du personnel », *Dr. Soc.* 2001, p. 487-497.
- COHEN (M.), « Les confusions relatives au périmètre de l'unité économique et sociale », *RJS* 3/01, chron., p. 183-188.
- COLLOMP (E.), "La loi du 20 août 2008 sur la démocratie sociale : bilan des deux premières années d'application", *Dr. Soc.* janvier 2011, p. 60-61.
- COTTEREAU (V.), « La notion d'établissement distinct et le droit de la représentation du personnel en questions », *JCP S* n° 28, 10 juillet 2012, p. 16-20.
- DANESI (P.), « La « désaffiliation-réaffiliation » à l'aune de la loi du 20 août 2008 », *SSL* n°1408, 13 juillet 2009, p. 12-14.
- DAUXERRE (L.), « Réflexions sur la question de la représentativité des organisations patronales », *JCP S* n° 30, juillet 2006, p. 11-15.
- DEBRULLE (A.), « Le modèle social européen en balances ? », *SSL Supplément* n° 1266, 19 juin 2006, p. 5-10.
- DESCOLONGES (M.), "Une histoire des accords-cadres internationaux", in *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, dir. (M.) DESCOLONGES, (B.) SAINCY, Ed. La Découverte, 2006, p. 70-89.
- DUGUIT (L.), « La représentation syndicale au Parlement », *Revue politique et parlementaire*, 1911, p. 44.
- DUMAS (M.), « Nier les contradictions ne permet ni les bons compromis, ni la réduction des conflits », *Dr. Soc.* mai 2010, p. 513-514.
- DUPEYROUX (J.), « Avant propos : un nouveau droit social ? », *Dr. Soc.* 2003, p. 5-9.
- DUPLAT (J.), « La recherche des critères de l'intégration étroite et permanente », *JCP S* n° 1375, 18 novembre 2008, p. 5-8.
- DUPUY (A.M.), SAFAR (P.), « Travailleurs mis à disposition : les apports de la loi du 20 août 2008 », *JCP S* n° 37, 9 septembre 2008, p. 17-19.
- DUQUESNE (F.), « Un délégué syndical en devenir : le nouveau représentant de la section syndicale », *Dr. soc.* novembre 2008, p. 1084-1090.
- DURKEIM (E.), « L'élection des sénateurs », *Revue Politique et parlementaire*, 1895, p. 463.

FAVENNEC-HERY (F.), « L'accès à la représentativité », *JCP S* n° 22, 29 mai 2012, p. 21-28.

FAVENNEC-HERY (F.), « La représentativité syndicale », *Dr. Soc.* juin 2009, p. 630-640.

FLAMENT (L.), « Quelques questions actuelles sur la représentativité des organisations patronales », *RDT* mars 2010, p. 273-275.

FLAMENT (L.), « La représentativité des organisations patronales », *Dr. Soc.* avril 2009, p. 436-444.

FROSSARD (S.), « La supplétabilité des règles en droit du travail », *RDT* février 2009, p. 83-91.

GAURIAU (B.), Les représentants des syndicats dans l'entreprise, *Dr. Soc.* juin 2009, p. 641-647.

GAURIAU (B.), « La rénovation de la démocratie sociale », *JCP S* n°36, 2 septembre 2008, p. 13-22.

GEAS (F.), « Restructurations : l'anticipation de la mise en cause de l'accord collectif », *RDT* décembre 2010, p. 715-718.

GOASGUEN (C.), *Lamy social*, n° 229, novembre 2008, chron. p. 1- 3.

GREVY (M.), « La capacité d'intervention des syndicats face au nouveau régime de la représentativité », *Dr. Soc.* avril 2013, p. 311-315.

GREVY (M.), « De quelques incidences de la désaffiliation sur la représentativité et l'exercice du droit syndical », *RDT* décembre 2011, p. 713-715.

GREVY (M.), « Affiliation syndicale et démocratie sociale : à propos des arrêts du 18 mai 2011 », *RDT* septembre 2011, p. 489-494.

GREVY (M.), "La cessation des mandats syndicaux sur la brèche", *SSL* n° 1464, 25 octobre 2010,, p. 5-9,

GREVY (M.), « Local syndical : l'exercice du droit syndical dans l'entreprise sous la protection de la liberté syndicale garantie par le Préambule de la Constitution », *RDT* mars 2010, p. 178-180.

GREVY (M.), dir. (G.) BORENFREUND, (M.A) SOURIAU, "Droit syndical dans l'entreprise : quand la Cour de Cassation conjugue l'audace et le réalisme. Observations sur l'arrêt Okaidi", *RDT* décembre 2009, p. 729-732.

GREVY (M.), (E.) PESKINE, (S.) NADAL, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008. A propos du devenir (incertain ?) des syndicats dans l'entreprise », *RDT* juillet/août 2008, p. 431-441.

GUILLON (C.), « La désignation des délégués syndicaux pendant la période transitoire », *SSL* 25 mai 2009, n° 1401, p. 13.

GUILLOUET (D.), « La représentation syndicale après la loi du 20 août 2008 : premières difficultés d'application », *JCP S* n°46, 11 novembre 2008, p. 19-22.

(H.) GUYOT, « Elections partielles et représentativité », *JCP S* 2012, p. 1023.

HEAS (F.), "La représentativité des organisations salariées et patronales en droit français", *RDT* février 2011, p. 91-98.

HIGELE (J.P.) , « Représentativité syndicale et accords interprofessionnels nationaux : les enjeux d'une réforme », *Dr. Soc.* mars 2007, p. 301-309.

JARRY (J.J), "Elections professionnelles : nouvelle donne", *Les Cahiers du DRH*, n° 148, novembre 2008, p. 3-11,

JAVILLIER (J.C), "La mondialisation et le droit", Conférence donnée au CHEar à Paris, le 29 janvier 2004.

KERBOUC'H (J.Y.), « Qu'est-ce qu'une mise à disposition de personnel ? », *Dr. Soc.* mai 2009, p. 530-542.

KERBOURC'H (J.-Y), "La communauté de travail, clé du renouveau de la représentation et de la négociation collective ? », Centre d'analyse stratégique, Note de veille, n°123, février 2009, p. 1-10.

LAGESSE (P.), BOUFFIER (N.), « Dispositions transitoires sur la représentativité syndicale : les premières solutions de la Cour de cassation », *Dr. Soc.* janvier 2011, p. 74-81.

LANDAIS (C.), (L.) PECAUT-RIVOLIER, (D.) PIVETEAU, (Y.) STRUILLOU, « Le nouveau protocole préélectoral », *Dr. Soc.* novembre-décembre 2012, p. 1048-1059.

LAULOM (S.), « La saga du calcul des seuils d'effectif », *SSL* n° 1535, texte disponible sur : <http://www.wk-rh.fr/actualites/detail/52744/la-saga-du-calcul-des-seuils-d-effectif.html>.

LAULOM (S.), « La révision manquée de la directive sur les comités d'entreprise européens », *SSL* 12 mai 2009, n° 1399, p. 5-9.

LE GOFF (J.), « Les lois Auroux, 20 ans après », *Dr. Soc.* juillet-août 2003, p. 703-711.

LETOMBE (E.), « La notion d'influence dans le droit de la représentativité syndicale », *JCP S* n°25, juin 2008, p. 3-6.

LHERNOULD (J.P.), « La nouvelle directive CE européen : une victoire française...quelle victoire ? », *RJS/2009*, p. 101-112.

LHERNOULD (J.P.), « La négociation collective communautaire : petit manuel de la diversité », *Dr. Soc.* Janvier 2008, p. 34-51.

Liaisons sociales Quotidien, Bref social n° 15755, 21 décembre 2010, p. 1-3.

LYON-CAEN (A.), "A la recherche des travailleurs mis à disposition : finesse des juges et brutalité de la loi", *SSL* n° 1375, 18 novembre 2008, p. 11- 13.

LYON-CAEN (A.), « L'argent des syndicats », *RDT* 2007, p. 623;

LYON-CAEN (A.), Actualité du contrat de travail, brefs propos, *Dr. Soc.* 1988, p. 540.

LYON-CAEN (G.), "Droit syndical et mouvement syndical", *Dr. Soc.* 1984, p. 10-15.

MAGGI-GERMAIN (N.), « La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs », *Dr. Soc.* novembre 2011, p. 1072-1082.

MARTINON (A.), « La représentativité des syndicats catégoriels », *JCP S* n° 22, 29 mai 2012, p. 29-36.

MARTINON (A.), « Les relations collectives de travail dans les groupes de sociétés à caractère transnational », *Dr. Soc.* juillet-août 2010, p. 789-800.

MASSON (P.), « Vive la communauté de travail », *SSL* n°1400, 18 mai 2009, p. 9-12.

MAZEAUD (A.), « Les élections dans les TPE : l'absence de courant ascendant », *Dr. Soc.* février 2013, p. 152-153.

MAZEAUD (A.), « Un nouveau droit syndical ou un droit syndical rénové ? », *JCP S* n° 22, 29 mai 2012, p.72-76.

MAZEAUD (A.), « La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical », *Dr. Soc.* juin 2009, p. 669-678.

MAZEAUD (A.), « Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux depuis la Position commune du 16 juillet 2001 », *Dr. Soc.* 2003, p. 361.

MAZUYER (E.), « Les instruments juridiques du dialogue social européen : état des lieux et tentative de clarification », *Dr. Soc.* mai 2007, p. 477-485.

MORAND (M.), VERKINDT (P.Y), « La négociation d'un accord d'entreprise avec des élus », *JSL* n° 251, 10 mars 2009, p. 4-8.

MOREAU (M.A.), « Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », *Dr. Soc.* Janvier 1999, p. 53-63.

MOREL (F.), « La rénovation de la démocratie sociale : vers une société de dialogue », *Dr. Soc.* septembre - octobre 2009, p. 885-886.

MORIN (M.L.), « A propos du périmètre de désignation du délégué syndical », *SSL* 2012 n° 1524, p. 4.

MORIN (M.L.), "La loi 2009-789 du 20 août 2008 : premières décisions de la Cour de cassation sur le droit syndical", *Dr. Soc.* septembre-octobre 2009, p. 950-960.

MORIN (M.L.), "La représentativité des syndicats dans l'entreprise pendant la période transitoire de la loi du 20 août 2008", *Dr. Soc.* Mai 2010, p. 548-556,

MORIN (M.L.), « Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises », *Revue internationale du travail*, vol. 144 (2005), n°1, p. 5-27.

MORVAN (P.), « La liturgie nouvelle du droit des élections professionnelles », *JCP S* n° 22, 29 mai 2012, p. 37-44.

NADAL (S.), « La fabrique des branches : à propos du rapport « Poisson » », *RDT* octobre 2009, p. 597

NEAU-LEDUC (C.), « Perte de représentativité et sort de l'accord collectif d'entreprise », *Dr. Soc.* septembre – octobre 2009, p. 910-914.

NERON (S.), « La rénovation de la démocratie sociale : perspectives et prospectives », *RDT* juillet-août 2009, p. 426-435.

OFFERLE (M.), "Représentation, représentabilité, représentativité. Le cas des entreprises et de leurs chefs", *RDT* mars 2010, p. 269-272,

PAGNERRE (Y.), « Le représentant de la section syndicale », *JCP S* n°15, 7 avril 2009, p. 14-21.

PAGNERRE (Y.), Le respect des valeurs républicaines ou « l'éthique syndicale », *JCP S* n°6, 3 février 2009, p. 7-13.

PALLI (B.), « La révision des conventions collectives de travail à l'épreuve de la réforme de la représentativité syndicale », *RDT* mars 2010, p. 155 -161.

PAULIN (J-F.), « La représentativité des organisations patronales : état des lieux et perspective », <http://www.jfpaulin.info/fichiers/DOC/JA-rep-patronale.pdf>.

PECAUT-RIVOLIER (L.), « Différence de traitement entre syndicats représentatifs », Rapport sur Soc. 29 mai 2013, n° 12-26.955, *Dr. Soc.* juillet-août 2013, p. 597-602.

PECAUT-RIVOLIER (L.), "Les élections professionnelles depuis la loi du 20 août 2008 : révolution ou statu quo ?", *Dr. Soc.* Janvier 2011, p. 82-88.

PECAUT-RIVOLIER (L.), PETIT (F.), "Le redéploiement des forces syndicales", *Dr. Soc.* décembre 2010, p. 1168-1175.

PECAUT-RIVOLIER (L.), « La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens : à propos de l'arrêt du 14 avril 2010 », *Dr. Soc.* juin 2010, p. 647- 650.

PECAUT-RIVOLIER (L.), « Les premiers arrêts de la Cour de Cassation relatifs à la loi du 20 août 2008 », *SSL* 13 juillet 2009, n° 1408, p. 6-11.

PECAUT-RIVOLIER (L.), (Y.) STRUILLLOU, "Chronique des jurisprudences sur la représentation du personnel", *SSL* 25 mai 2009, n° 1401, p. 7-11.

PECAUT-RIVOLIER (L.), STRUILLLOU (Y.), « Chronique des jurisprudences sur la représentation du personnel », *SSL* n° 1485, 28 mars 2011, p. 5-11.

PERNOT (J.-M.), « La loi du 20 août 2008 et la portabilité des suffrages », *RDT* juillet-août 2011, p. 427-432.

PETIT (F.), « L'émergence d'un droit électoral professionnel », *Dr. Soc.* juin 2013, p. 480-485.

PETIT (F.), « Désignation du représentant de la section syndicale : un revirement attendu », *Dr. Soc.* avril 2013, p. 376-377.

PETIT (F.), "Les périmètres de l'établissement distinct", *Dr. Soc.* Novembre-décembre 2012, p. 977-986.

PETIT (F.), « Pleins feux sur les désignations syndicales », *Dr. Soc.* avril 2012, p. 373-379.

PETIT (F.), "Les scrutins sur sigle dans les très petites entreprises", *Dr. Soc.* janvier 2012, p. 48-60.

PETIT (F.), "Les syndicats mis à l'épreuve des scrutins", *Dr. Soc.* décembre 2011, p. 1241-1253.

PETIT (F.), "Le périmètre de désignation des délégués syndicaux", *Dr. Soc.*, avril 2011, p. 414-419.

PETIT (F.), « L'affiliation confédérale, élément déterminant du vote des salariés », *Dr. Soc.* novembre 2011, p. 1063-1068.

PETIT (F.), "L'option de vote des salariés mis à disposition", *Dr. Soc.* Juillet-août 2010, p. 826-831,

PETIT (F.), "Les périmètres de l'entreprise en matière syndicale et électorale", *Dr. Soc.* juin 2010, p. 634-641,

PETIT (F.), Le contentieux préélectoral sorti de l'impasse, *Dr. Soc.* février 2010, p. 161- 167.

PETIT (F.), "Droit électoral dans l'entreprise : le tourbillon législatif et jurisprudentiel de l'année 2008", *RJS* 6/09, p. 419-437.

PETIT (F.), « La campagne électorale dans l'entreprise », *JCP S* n° 21-22, 19 mai 2009, p. 17-22.

PETIT (F.), « Les problématiques du règlement des différends amiables en France », in *Le règlement amiable des différends sociaux en France*, éd. L'Harmattan, 2007, p. 13-39.

PINON (S.), « La représentation parlementaire des groupes sociaux et des intérêts professionnels », in *La démocratie entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, (dir.) C. MIGUEL HERRERA et S. PINON, éd. Kimé, 2011, p. 118.

RABIER (M.), La représentation patronale en France, *Bulletin social Lefebvre*, avril 2008, p. 219-238.

RADE (C.), « Différence de traitement entre syndicats représentatifs », *Dr. Soc.* juillet-août 2013, p. 604-607.

RADE (C.), « L'exercice du droit syndical après la loi du 20 août 2008 : liberté, égalité, représentativité, ou la nouvelle devise de la démocratie sociale », *Dr. Soc.* décembre 2011, p. 1234-1240.

RADE (C.), « Les syndicats catégoriels et la réforme de la démocratie sociale », *Dr. Soc.* juillet-août 2010, p. 821-825.

RAY (J-E.), « Les sources de la loi du 31 janvier 2007 », *Dr. Soc.* mai 2010, p. 496 - 503.

RAY (J.E.), « L'accord d'entreprise majoritaire », *Dr. Soc.* Septembre-octobre 2009, p. 887-895.

RAY (J.E.), « Quel droit pour la négociation collective de demain ? », *Dr. Soc.* Janvier 2008, p. 1-15.

RAY (J.E.), « A propos de la subsidiarité horizontale », *Dr. Soc.* mai 1999, p. 459-466.

RENARD (T.), « Le syndicalisme de tendance conforté par la Cour de cassation », *SSL* n° 1463, 18 octobre 2010, p. 12.

RODIERE (P.), « Du dialogue social à la démocratie sociale », *SSL* 13 octobre 2008, n° 1370, p. 7-15.

SARGOS (P.), « La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise », 2005, <http://www.courdecassation.fr>.

SAVATIER (J.), « Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs de travail », *Dr. Soc.* 2004, p. 944-951.

SAVATIER (J.), « Etablissement ou entreprise : quel cadre pour les relations de travail ? », in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 61- 73.

SAVATIER (J.), « Problèmes posés par la reconnaissance d'une unité économique et sociale : à propos des arrêts Michelin du 21 janvier 1997 », *Dr. Soc.* 1997, p. 347-351.

SCHMITT (M.), "La dimension sociale du traité de Lisbonne", *Dr. Soc.* Juin 2010, p. 682-695.

SSL, n°1456, 30 août 2010, Actualités, p. 2-3.

SUPIOT (A.), « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Dr. Soc.* mai 2010, p. 525-532.

SUPIOT (A.), « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. Soc.* 2003, p. 59-71.

TEYSSIE (B.) , « 2008-2012 : les syndicats le législateur et le juge », *JCP S* n° 22, 29 mai 2012, p. 13-16.

TEYSSIE (B.), « A propos de la rénovation de la démocratie sociale », *Dr. Soc.* juin 2009, p. 627-629.

TISSANDIER (H.), « De l'importance des statuts du syndicat depuis la loi du 20 août 2008 », *RDT* décembre 2010, p. 728-730.

VERDIER (J.-M.), « Controverse : des propositions de grand intérêt », *RDT* novembre 2006, p. 284-287.

VERDIER (J.-M.), Critères de la représentativité syndicale : recomposition et contrôle du juge de cassation ? (Cass. Soc. 3 décembre 2002, Syndicat SUD Caisses d'Épargne), *Dr. Soc.* mars 2003, p. 298-304.

VERKINDT (P.-Y.), « La collectivité de travail ou la belle inconnue », *Dr. Soc.* novembre-décembre 2012, p. 1006-1013.

VERKINDT (P.-Y.), « Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale », *JCP S* n° 22, 29 mai 2012, p. 17-20.

VERKINDT (P.-Y.), "La représentation du personnel dans les groupes de sociétés", *Dr. Soc.* juillet-août 2010, p. 771-779.

VERKINDT (P.-Y.), « Les élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. Soc.* juin 2009, p. 648-657.

VERKINDT (P.-Y.), « Une étrange équation : absence de quorum au premier tour des élections professionnelles = carence », *Dr. Soc.* avril 2007, p. 453-458.

VIGNEAU (C.), « Partenaires sociaux européens et nouveaux modes de régulation : la fin des privilèges ? », *Dr. Soc.* septembre-octobre 2004, p. 883-889.

VI. JURISPRUDENCE, NOTES, OBSERVATIONS

Cass. Soc., 26 juin 2013, n° 12-26.308, Publié au bulletin ; Rapport commun (S.) LAMBREMON ; (Y.) STRUILLLOU, Rapport paru au *bulletin d'information de la Cour de cassation*, n° 769, 15 octobre 2012.

Cass. Soc., 26 juin 2013, n° 11-25.456, Publié au bulletin.

Cass. Soc., 29 mai 2013, n° 12-26.955, Publié au bulletin ; (L.) PECAUT-RIVOLIER, « Différence de traitement entre syndicats représentatifs », *Rapport sur Soc.* 29 mai 2013, n° 12-26.955, *Dr. Soc.* juillet-août 2013, p. 597-602.

Cass. Soc., 27 mars 2013, n° 12-22.733, Publié au bulletin ; note (F.) PETIT, *Actualités, Dr. Soc.* mai 2013, p. 463-464.

Cass. Soc., 20 mars 2013, n° 12-11.702, Publié au bulletin.

Cass. Soc., 27 février 2013, n° 12-18.828, Publié au bulletin.

Cass. Soc., 27 février 2013, n° 12-15.807, Publié au bulletin.

Cass. Soc., 27 février 2013, n° 12-17.221, Publié au bulletin.

Cass. Soc., 27 février 2013, n° 12-14.415, Publié au bulletin. (vote électronique - confidentialité)

Cass. Soc., 27 février 2013, n° 11-23.331, Publié au bulletin ; *Rapport* (J.-G.) HUGLO. (principe de concordance - territoires d'outre-mer)

Cass. Soc., 13 février 2013, n° 12-19.662, Publié au bulletin ; (F.) PETIT, « Désignation du représentant de la section syndicale : un revirement attendu », *Dr. Soc.* avril 2013, p. 376-377.

Cass. Soc., 13 février 2013, n° 12-18.098, Publié au bulletin.

Cass. Soc., 13 février 2013, n° 11-61.201, inédit.

Cass. Soc., 13 février 2013, n° 11-25.696, Publié au bulletin ; (F.) PETIT, « L'émergence d'un droit électoral professionnel », *Dr. Soc.* juin 2013, p. 485.

Cass. Soc., 13 février 2013, n° 11-25.458, Publié au bulletin. (collèges - composition - double majorité)

Cass. Soc., 28 novembre 2012, n° 12-14.528, Publié au bulletin ; *JCP S* n°6, 5 février 2013, p.31-33, note (Y.) PAGNERRE.

Cass. Soc., 28 novembre 2012, n° 12-13.628, Publié au bulletin ; *Rapport* (J.-M.) BERAUD ; (E.) JEANSEN, note sous Cass. Soc. 28 novembre 2012, *JCP S* n° 5, 29 janvier 2013, p. 36.

Cass. Soc., 14 novembre 2012, n° 12-14.780, Publié au bulletin ; note (B.) GAURIAU, *JCP S* n° 5, 29 janvier 2013, p. 37-40.

Cass. Soc., 14 novembre 2012, n° 11-20.391, Publié au bulletin ; note (B.) GAURIAU, *JCP S* n° 5, 29 janvier 2013, p. 37-40.

Cass. Soc., 24 octobre 2012, n° 11-25.530, *Bull.* 2012 V, n° 280. ; obs. (F.) PETIT et (J.) MOULY, *Dr. Soc.* janvier 2013, p. 76-80.

Cass. Soc., 24 octobre 2012, n° 11-20.346, Publié au bulletin ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.*, janvier 2013, p. 81.

Cass. Soc., 24 octobre 2012, n° 11-16.071 et 11-22.087, Publiés au bulletin ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.* janvier 2013, p. 77. (désignation d'un représentant syndical au CE - accord collectif - ordre public absolu)

Cass. Soc., 26 septembre 2012, n° 11-60.231, Publié au bulletin ; *Rapport* (L.) PECAUT-RIVOLIER, *JCP S* n° 41, 9 octobre 2012, p. 25-28. (Négociation des protocoles préélectorales, organisations syndicales participantes)

Cass. Soc., 26 septembre 2012, n° 11-26.659, Publié au bulletin ; (C.) LANDAIS, (L.) PECAUT-RIVOLIER, (D.) PIVETEAU, (Y.) STRUILLLOU, « Le nouveau protocole préélectoral », *Dr. Soc.* novembre-décembre 2012, p. 1053.

Cass. Soc., 26 septembre 2012, n° 11-22.598, Publié au bulletin.

Cass. Soc., 20 juin 2012, n° 11-19847, inédit.

Cass. Soc., 20 juin 2012, n° 11-19.643 et 11-19.658, Publié au bulletin ; (C.) LANDAIS, (L.) PECAUT-RIVOLIER, (D.) PIVETEAU, (Y.) STRUILLLOU, « Le nouveau protocole préélectoral », *Dr. Soc.* novembre-décembre 2012, p. 1053.

CE, 31 mai 2012, n° 354186, Avis (Société), *AJDA* 2012, p. 1759 ; (C.) LANDAIS, (L.) PECAUT-RIVOLIER, (D.) PIVETEAU, (Y.) STRUILLLOU, « Le nouveau protocole préélectoral », *Dr. Soc.* novembre-décembre 2012, p. 1055.

Cass. Soc., 10 mai 2012, n° 11-25.029, Publié au bulletin.

Cass. Soc., 10 mai 2012, n° 11-21.356, Publié au bulletin ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.* juillet-août 2012, p. 750-751.

Cass. Soc., 10 mai 2012, n° 11-21.144, Publié au bulletin ; obs, (L.) PECAUT-RIVOLIER, *Dr. Soc.* juillet-août 2012, p. 754-755.

Cass. Soc., 10 mai 2012, n° 11-18.912, Publié au bulletin ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.*, juillet-août 2012, p. 752.

Cass. Soc., 12 avril 2012, n° 11-60.218 et 11-60.219, *Bull.* 2012 V, n° 124.

Cass. Soc., 12 avril 2012, n° 11-22.290 et 11-22.291, *Bull.* 2012 V, n° 127 et 126.

Cass. Soc., 28 mars 2012, n° 11-61.180, *Bull.* 2012 V, n° 112.

Cass. Soc., 29 février 2012, n° 11-13.748, *Bull.* 2012 V, n° 83 ; (B.) GAURIAU, « Critères de représentativité : entre appréciation disjointe et appréciation conjointe », note sous Cass. Soc., 29 février 2012, *JCP S* n° 15, 10 avril 2012, p. 37-40 ; (J.-M.) BERAUD, « Représentativité : pondération des critères et transparence financière », Rapport sur Cass. Soc., 29 février 2012, *Dr. Ouv.* Mai 2012, p. 315.

Cass. Soc., 29 février 2012, n° 11-10.904, *Bull.* 2012 V, n° 84.

Cass. Soc., 31 janvier 2012, n° 11-60.139, *Bull.* 2012 V, n° 38.

Cass. Soc., 31 janvier 2012, n° 11-60.135, *Bull.* 2012, V, n° 42 ; note (D.) EVERAERT-DUMONT, *JCP S* n° 19, 8 mai 2012, p. 33.

Cass. Soc., 31 janvier 2012, n° 11-11.856, *Bull.* 2012, V, n° 41 ; (F.) PETIT, « Pleins feux sur les désignations syndicales », *Dr. Soc.* avril 2012, p. 378.

Cass. Soc., 14 décembre 2011, n° 11-14.642, *Bull.* 2011 V, n° 302 ; (J.-F.) CESARO, « La représentation des syndicats dans l'entreprise », *JCP S* n° 22, 29 mai 2012, p. 49.

Cass. Soc., 14 décembre 2011, n° 10-26.081, inédit.

Cass. Soc., 14 décembre 2011, n° 10-18.699, *Bull.* 2011, V, n° 301.

Cass. Soc., 30 novembre 2011, n° 11-40.072, *Bull.* 2011 V, n° 278 ; note (B.) GAURIAU, *JCP S* n° 8, 21 février 2012, p. 39-40. (exigence d'ancienneté)

Cass. Soc., 16 novembre 2011, n° 10-28.201, *Bull.* 2011, V, n° 270 ; *Liaisons sociales Quotidien*, 23 novembre 2011, n° 15981, p. 1 ; obs. (F.) PETIT, obs. *Dr. Soc.* janvier 2012, p. 107.

Cass. Soc., 16 novembre 2011, n° 09-68.427, *Bull.* 2011 V, n° 269 ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.* janvier 2012, p. 109.

Cass. Soc., 9 novembre 2011, n° 11-60.029, *Bull.* 2011 V, n° 255.

Cass. Soc., 9 novembre 2011, n° 11-11.007 et 11-60.074, inédit ; note (E.) JEANSEN, *JCP S* n° 7, 14 février 2012, p. 35-37.

Cass. Soc., 9 novembre 2011, n° 10-28.838, *Bull.* 2011 V, n° 256 ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.* janvier 2012, p. 102-103.

Cass. Soc., 26 octobre 2011, n° 11-10.290 et n° 11-60.003, *Bull.* 2011 V, n° 245 ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.* janvier 2012, p. 101.

Cass. Soc., 26 octobre 2011, n° 10-27.134, *Bull.* 2011, V, n° 242 ; *Liaisons sociales Quotidien*, 15 novembre 2011, n° 222/2011, Jurisprudence p. 1 ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.* janvier 2012, p. 100.

Cass. Soc., 20 octobre 2011, n° 11-60.203, *Bull.* 2011 V, n° 238 ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.* décembre 2011, p. 1310-1311.

Cass. Soc., 6 octobre 2011, n° 11-60.035, *Bull.* 2011, V, n° 228 ; *Liaisons sociales Quotidien*, 12 octobre 2011, n° 15954, p. 1 ; ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.* décembre 2011, p. 1314-1315.

Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-60.245, inédit.

Cass. Soc. 28 septembre 2011, n° 10-27.374, *Bull.* 2011 V, n° 201.

Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-27.370, *Bull.* 2011 V, n° 202. (vote électronique)

Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-26.762, *Bull.* 2011 V, n° 212 ; note (B.) GAURIAU, *JCP S* n° 8, 21 février 2012, p. 40-42.

Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-26.693, *Bull.* 2011, V, n° 215 (syndicats catégoriels)

Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-25.279, *Bull.* 2011, V, n° 214.

Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-26.762, *Bull.* 2011, V, n° 212 ; (M.) GREVY, « De quelques incidences de la désaffiliation sur la représentativité et l'exercice du droit syndical », *RDT* décembre 2011, p. 713-715.

Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-26.545, *Bull.* 2011, V, n° 213 ; (M.) GREVY, « De quelques incidences de la désaffiliation sur la représentativité et l'exercice du droit syndical », *RDT* décembre 2011, p. 713.

Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-23.992, inédit.

Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-21.752, *Bull.* 2011 V, n° 200 ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.* décembre 2011, p. 1314-1315.

Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-19.017 et 10-23.247, *Bull.* 2011 V, n° 193 ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.* décembre 2011, p. 1315.

Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 10-19.113, *Bull.* 2011 V, n° 216.

Cass. Soc., 21 septembre 2011, n° 10-19.017 et n° 10-23.247, *Bull.* 2011, V, n° 193 ; *Liaisons sociales Quotidien*, 27 septembre 2011, n° 15943, p. 1 ; voir aussi le Rapport commun de la Cour de cassation.

Cass. Soc., 29 juin 2011, n° 10-60.394, *Bull.* 2011, V, n° 180.

Cass. Soc., 29 juin 2011, n° 10-19.921, *Bull.* 2011 V, n° 179 ; (G.) BORENFREUND, « Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. Soc.* juin 2013, p. 489.

Cass. Soc., 15 juin 2011, n° 10-20.761, *Bull.* 2011 V, n° 158.

Cass. Soc., 31 mai 2011, n° 10-60.228, inédit.

Cass. Soc., 31 mai 2011, n° 10-25.929, inédit.

Cass. Soc., 31 mai 2011, n° 10-26-915, inédit.

Cass. Soc., 31 mai 2011, n° 10-25.688, *Bull.* 2011, V, n° 135 ; note (Y.) PAGNERRE, *JCP S* n° 29, 19 juillet 2011, p. 31-32.

Cass. Soc., 31 mai 2011, n° 10-14.391, *Bull.* 2011 V, n° 134 ; *Liaisons sociales Quotidien*, 8 juin 2011, n° 15873, p. 1 et 2 ; (F.) PETIT, obs., *Dr. Soc.* novembre 2011, p. 1132-1133.

Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-21.705, *Bull.* 2011, V, n° 124 ; (M.) GREVY, « Affiliation syndicale et démocratie sociale : à propos des arrêts du 18 mai 2011 », *RDT* septembre 2011, p. 489-494.

Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.406, *Bull.* 2011 V, n° 116 ; *Liaisons sociales Quotidien*, n° 15865, 25 mai 2011, p. 1.

Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.383, *Bull.* 2011, V, n° 120. (Etablissement distinct et périmètre de désignation des délégués syndicaux)

Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.300, *Bull.* 2011, V, n° 121.

Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.273, *Bull.* 2011 V, n° 123 ; note (B.) GAURIAU, *JCP S* n° 30, 26 juillet 2011, p. 26.

Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.264, *Bull.* 2011 V, n° 126.

Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.258 et 10-60.259, *Bull.* 2011 V, n° 122 ; note (Y.) PAGNERRE, *JCP S* n° 29, 19 juillet 2011, p. 32-34.

Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.069, *Bull.* 2011 V, n° 125 ; note (B.) GAURIAU, *JCP S* n° 30, 26 juillet 2011, p. 26.

Cass. Soc., 18 mai 2011, n° 10-17.159, *Bull.* 2011 V, n° 136 ; note (B.) GAURIAU, *JCP S* n° 30, 26 juillet 2011, p. 25-29.

Cass. Soc., 16 avril 2011, n° 10-40.062, inédit.

Cass. Soc., 5 avril 2011, n° 10-60.290, inédit. (constitution de la section syndicale - preuve)

Cass. Soc., 5 avril 2011, n° 10-18.523, *Bull.* 2011 V, n° 89 (période transitoire - fin - UES).

Cass. Soc., 5 avril 2011, n° 10-15.341, inédit.

Cass. Soc., 2 mars 2011, n° 10-60.214, inédit ; (A.) MARTINON, « La représentativité des syndicats catégoriels », *JCP S* n° 22, 29 mai 2012, p. 30.

Cass. Soc., 2 mars 2011, n° 10-60.201, *Bull.* 2011, V, n° 62 ; (C.) LANDAIS, (L.) PECAUT-RIVOLIER, (D.) PIVETEAU, (Y.) STRUILLLOU, "Le nouveau protocole préélectoral", *Dr. Soc.* novembre-décembre 2012., p. 1052.

Cass. Soc., 2 mars 2011, n° 10-60.101, *Bull.* 2011 V, n° 61.

Cass. Soc., 2 mars 2011, n° 09-60.483, *Bull.* 2011 V, n° 67. (compétence du tribunal d'instance)

CE, 2 mars 2011, n°313189, obs. (S.) NADAL, *RDT* octobre 2011, p. 583.

Cass. Soc., 19 janvier 2011, n° 10-60.277, inédit.

Cass. Soc., 6 janvier 2011, n° 10-60.224, inédit.

Cass. Soc., 6 janvier 2011, n° 10-60.169, *Bull.* 2011 V, n° 8. (élections partielles)

Cass. Soc., 6 janvier 2011, n° 10-60.168, *Bull.* 2011, V, n° 11. (prise en compte des bulletins raturés)

Cass. Soc., 6 janvier 2011, n° 10-18.205, *Bull.* 2011, V, n° 9 ; *Liaisons sociales Quotidien*, n° 15770, 11 janvier 2011, p. 1 ; (F.) PETIT, « Le périmètre de désignation des délégués syndicaux », *Dr. Soc.* avril 2011, p. 415.

Cass. Soc., 6 janvier 2011, n° 10-17.653, *Bull.* 2011 V, n° 10 ; (P.) MORVAN, "La liturgie nouvelle du droit des élections professionnelles", *JCP S* n° 22, mai 2012, p. 43.

Cass. Soc., 14 décembre 2010, n°10-60.263, *Bull.* 2010, V, n° 293.

Cass. Soc., 14 décembre 2010, n° 10-60.221, *Bull.* 2010, V, n° 292.

Cass. Soc., 14 décembre 2010, n° 10-60.137, *Bull.* 2010, V, n° 290.

Cass. Soc., 1er décembre 2010, n° 10-60.196, inédit. (désignation d'un représentant syndical au CE - accord collectif)

Cass. Soc., 1er décembre 2010, n° 10-60.004, inédit. (désignation du RSS - pluralité d'adhérents)

Cons. Constit., 12 novembre 2010, n° 2010-63 : JO du 13 novembre 2010, p. 20238 (syndicats catégoriels - principe d'égalité).

Cass. Soc., 10 novembre 2010, n° 09-60.451, *Bull.* 2010 V, n° 256.

Cass. Soc., 29 octobre 2010, n° 09-67.969 et 09-68,207, *Bull.* 2010 V, n° 250 ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.* janvier 2011, p. 117-118. (Délégué syndical surnuméraire)

Cass. Soc., 29 octobre 2010, n° 09-60.484, *Bull.* 2010, V, n° 251.

Cass. Soc., 26 octobre 2010, n° 09-60.484, *Bull.* 2010, V, n° 251.

Cass. Soc., 13 octobre 2010, n° 09-60.233, *Bull.* 2010 V, n° 224 ; (F.) PETIT, « L'émergence d'un droit électoral professionnel », *Dr. Soc.* juin 2013, p. 485.

Cass. Soc., 13 octobre 2010, n° 09-60.206, *Bull.* 2010 V, n° 225 ; Rapport de la Cour de cassation sous Cass. Soc., 13 février 2013, n° 12-18.098., p. 9.

Cass. Soc., 13 octobre 2010, n° 10-60.130, *Bull.* 2010, V, n° 135. (respect des valeurs républicaines) ; (H.) TISSANDIER, « De l'importance des statuts du syndicat depuis la loi du 20 août 2008 », *RDT* décembre 2010, p. 728-730.

Cass. Soc., 13 octobre 2010, n° 09-13.109, *Bull.* 2010, V, n° 230 ; (F.) GEAS, "Restructurations : l'anticipation de la mise en cause de l'accord collectif", *RDT* décembre 2010, p. 715-718.

Cons. Constit., 7 octobre 2010, n° 2010-42 QPC (syndicats catégoriels - principe d'égalité).

Cass. Soc., 22 septembre 2010, n° 10-60.135 et 10-60.136, *Bull.* 2010, V, n° 184.

Cass. Soc., 22 septembre 2010, n° 09-60.480, Association l'Oeuvre du Bon Pasteur c./Garcia et autres, *Bull.* 2010 V, n° 185.

Cass. Soc., 22 septembre 2010, n° 09-60.435, *Bull.* 2010 V, n° 188.

Cass. Soc., 22 septembre 2010, n° 09-60.410, *Bull.* 2010 V, n° 194.

Cass. Soc., 13 juillet 2010, n° 10-60.148, *Bull.* 2010 V, n° 176 ; (F.) PETIT, "Les syndicats mis à l'épreuve des scrutins", *Dr. Soc.* décembre 2011, p. 1247.

Cass. Soc., 23 juin 2010, n° 09-60.438, *Bull.* 2010 V, n° 150.

Cass. Ass. Plén., 18 juin 2010, n° 10-14.749, Publié au bulletin. QPC art. L. 2324-2 CT.

Cass. Soc., 26 mai 2010, n° 09-60.400, *Bull.* 2010 V, n°114.

Cass. Soc., 14 avril 2010, n° 09-60.426 et n° 09-60.429, *Bull.* 2010, V, n° 100 ; (L.) PECAUT-RIVOLIER, « La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens : à propos de l'arrêt du 14 avril 2010», *Dr. Soc.* juin 2010, p. 649 ; *D.* 2010, 1150, obs. (J.) PELISSIER, (M.-C.) AMAUGER-LATTES, (A.) ARSEGUEL, (T.) AUBERT-MONPEYSSSEN, (P.) FADEUILHE, (B.) LARDY-PELISSIER et (B.) REYNES.

Cass. Soc., 14 avril 2010, n° 09-60.367, *Bull.* 2010, V, n° 99.

Cass. Soc., 10 mars 2010, n° 09-60.347, *Bull.* 2010 V, n°58.

Cass. Soc., 10 mars 2010, n° 10-19.017 et 10-23.247, *Bull.* 2011 V, n° 193 ; obs. (F.) PETIT, *Dr. Soc.* mai 2010, p. 603-604.

Cass. Soc., 10 mars 2010, n° 09-60.065 et 09-60.246, *Bull.* 2010 V, n°61 ; (G.) BORENFREUND, La possibilité ouverte à des syndicats d'établir leur représentativité pendant la période transitoire, *RDT* mai 2010, p. 308-311 ; (B.) GAURIAU, note sous arrêts, *JCP S* 25 mai 2010, n° 21, p. 34-35.

Cass. Soc., 3 mars 2010, n° 09-60.246, *Bull.* 2010 V, n° 62.

Cass. Soc., 3 mars 2010, n° 09-60.283, STAAP UNSA c./SPASAF et autres, *Bull.* 2010 V, n° 54.

Cass. Soc., 10 février 2010, n° 09-60.159, inédit. (désignation du RSS - pluralité d'adhérents)

Cass. Soc., 10 février 2010, n° 09-60.244 et 09-60.245, *Bull.* 2010, V, n°39.

Cass. Soc., 27 janvier 2010, n° 09-60.224, inédit.

Cass. Soc., 27 janvier 2010, n° 09-60.103, *Bull.* 2010, V, n° 21 : *RDT* avril 2010, p. 244, note (I.) ODOUL-ASOREY.

Cass. Soc., 13 janvier 2010, n° 09-60.208, *Bull.* 2010, V, n° 6 ; *Social pratique* n°540, 10 février 2010, p. 6.

Cass. Soc., 13 janvier 2010, n° 09-60.203, *Bull.* 2010 V, n° 7.

Cass. Soc., 13 janvier 2010, n° 09-60.155, *Bull.* 2010, V, n° 13.

Cass. Soc., 13 janvier 2010, n° 08-19.917, *Bull.* 2010 V, n° 11 ; (M.) GREVY, «Local syndical : l'exercice du droit syndical dans l'entreprise sous la protection de la liberté syndicale garantie par le Préambule de la Constitution», *RDT* mars 2010, p. 178-180,

Cass. Soc., 6 janvier 2010, n° 10-60.168, Publié au bulletin.

Cass. Soc., 16 décembre 2009, n° 09-60.118, *Bull.* 2009 V, n° 288.

TI Niort, 14 décembre 2009, n° 11-09-000705, *SSL* n° 1426-1427, 21 et 28 décembre 2009, p. 2-3.

TI Annecy, 2 décembre 2009, n° 11-09-000482, *SSL* n° 1426-1427, 21 et 28 décembre 2009, p. 2-3 ; (C.) ANDRE-HESSE, (S.) MOREL, « L'audience électorale au cœur de la tourmente », *JSL* n°270, p. 7.

Cass. Soc., 18 novembre 2009, n° 09-60.033, SAS Europ télésécurité c./ Oudahmane et autres, inédit.

Cass. Soc., 4 novembre 2009, n° 09-60.075, *SSL* 16 novembre 2009, n° 1421 p. 14.

Cass. Soc., 4 novembre 2009, n° 09-60.066, *Bull. Civ. V*, n° 240.

TI Brest, 27 octobre 2009, n° 11-096000634 et n° 11-09-000635, SAS SDMO Industries et Union départementale CFDT du Finistère c./ Monsieur BEGANTON et l'Union départementale Force Ouvrière du Finistère.

Cass. Soc., 21 octobre 2009, n° 09-60,090, *Bull.* 2009, V, n° 229 ; note (J.Y.) KERBOURC'H, *JCP S* n° 6, 9 février 2010, p. 24-25.

Cass. Soc., 23 septembre 2009, n° 08-60535, obs. (L.) PERRIN, *Dalloz*, n° 35, 15 octobre 2009, p. 2339-2340.

Cass. Soc., 8 juillet 2009, n° 09-60.048, *Bull. Civ. V*, n° 178.

Cass. Soc., 8 juillet 2009, n° 09-60.032, 09-60.011, 09-60.031, *Bull.* 2009 V, n° 180 ; (M.) GREVY, Dir. (G.) BORENFREUND, (M.A.) SOURIAC, « Droit syndical dans l'entreprise : quand la Cour de Cassation conjugue l'audace et le réalisme. Observations sur l'arrêt Okaïdi », *RDT* décembre 2009, p. 730.

Cass. Soc., 8 juillet 2009, n° 09-60.015, *Bull. Civ. V*, 2009, n° 179.

Cass. Soc., 8 juillet 2009, n° 08-60.599, *Bull.* 2009, V, n° 181. (respect des valeurs républicaines)

Cass. Soc., 17 juin 2009, n° 08-60582, inédit.

TI, Juvisy-sur-Orge, 7 mai 2009 ; (P.) CLEMENT, « Loi portant rénovation de la démocratie sociale : nouvelles précisions des tribunaux », *JSL* n° 260, 29 juillet 2009, p. 5.

Cass. Soc., 31 mars 2009, n° 08-60.494, *Bull.* 2009 V, n° 96 ; (F.) PETIT, « L'émergence d'un droit électoral professionnel », *Dr. Soc.* juin 2013, p. 482.

Cass. Soc., 31 mars 2009, n° 08-60.482, *Bull. Civ.* V, n° 97.

Tribunal d'instance d'Evry, 26 mars 2009, CGT c./Société Accor.

TI Bordeaux, 19 mars 2009 ; GUILLON (C.), « La désignation des délégués syndicaux pendant la période transitoire », *SSL* 25 mai 2009, n° 1401, p. 13.

TI Lyon, 17 février 2009 ; (P.) CLEMENT, « Loi portant rénovation de la démocratie sociale : nouvelles précisions des tribunaux », *JSL* n° 260, 29 juillet 2009, p. 5 ; GUILLON (C.), « La désignation des délégués syndicaux pendant la période transitoire », *SSL* 25 mai 2009, n° 1401, p. 13.

TI Puteaux, 13 février 2009 ; GUILLON (C.), « La désignation des délégués syndicaux pendant la période transitoire », *SSL* 25 mai 2009, n° 1401, p. 13

Cass. Soc., 11 février 2009, n° 08-60.440 : JurisData n°2009-047006.

TI Rennes, 2 février 2009, n° 11-09-000028, SAS E et autres c./ R. et autres : JurisData n° 2009-001450 ; note (D.) GUILLOUET, *JCP S* n°15, 7 avril 2009, p.40.

Tribunal d'instance de Roubaix, 22 janvier 2009, *SSL* 2009, n° 1393.

Cass. Soc., 21 janvier 2009, n° 08-60.426, *Bull.* 2009 V, n° 21 (élections partielles).

TI Lille, 21 janvier 2009, n° 08-003994, SA B. c./ SUD Banques et autres : Juris-Data n° 2009-001485 ; note (D.) GUILLOUET, « A propos de la désignation du représentant de section syndicale », *JCP S* n° 15, 7 avril 2009, p. 40.

TI Douai, 19 décembre 2008 ; GUILLON (C.), « La désignation des délégués syndicaux pendant la période transitoire », *SSL* 25 mai 2009, n° 1401, p. 13.

Cass. Soc., 16 décembre 2008, n° 05-40.876, *Bull. Civ.* V, n° 251 ; (J.F.) AKANDJI-KOMBE, « Tonnerre de Brest ou pétard mouillé ? », *SSL* n° 1421, 16 novembre 2009, p. 10-11.

Cass. Soc., 13 novembre 2008, n° 08-60.331, *Bull.* 2008 V, n° 220. (intégration étroite et permanente à la communauté de travail)

Cass. Soc., 13 novembre 2008, n° 07-60. 434 et n° 08-60.332, *Bull.* 2008, V, n° 219.

CEDH, 12 novembre 2008, Demir et Baykara req. n° 34503/97.

Cass. Soc., 24 septembre 2008, n° 07-60.310, *Bull.* 2008 V, n° 180 ; *JCP S* n°48, 25 novembre 2008, p.32-35, note (J.Y.) KERBOURC'H.

Cass. Soc., 16 septembre 2008, n°07-13.440, *Bull. Civ.* V, n° 162.

Cons. Const., 7 août 2008, n° 2008-568 DC : JO 21 août 2008, p. 13079.

CE, 21 mai 2008, n° 291115 ; (L.) FLAMENT, « La représentativité des organisations patronales », *Dr. Soc.* avril 2009, p. 437.

Cass Soc., 1er avril 2008, n° 07-60.287, *Bull.* 2008, V, n° 77.

Cass. Soc., 1er avril 2008, n° 07-60.283, *JCP S* n°22, 27 mai 2008, note (J.Y.) KERBOUC'H.

Cass. Soc., 12 mars 2008, n° 07-60.394, inédit.

Cass. Soc., 12 mars 2008, n° 07-60.335, inédit.

Cass. Soc., 12 mars 2008, n° 07-60.326, inédit.

Cass. Soc., 30 janvier 2008, n° 07-60.121, inédit.

Cass. Soc., 22 janvier 2008, n° 06-40.514, *Bull.* 2008 V, n° 14 ; *Dr. Soc.* 2008, p. 505, obs. (P.Y.) VERKINDT.

Cass. Soc., 19 décembre 2007, n° 07-60.022, non publié au bulletin.

Cass. Soc., 26 septembre 2007, n° 06-13.810, *Bull. Civ.* V, n° 143.

Cass. Soc., 10 octobre 2007, n° 05-45.347, Syndicat CFE-CGC du bâtiment et des travaux publics, Fédération Bati-Mat-TP CFTC c./ Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment.

Cass. Soc., 3 octobre 2007, n° 06-60226, *Bull. Civ.* V, n° 150.

Cass. Soc., 15 mai 2007, n° 05-42.894, *Bull. Civ.* V, n° 75. (égalité de traitement - raisons objectives matériellement vérifiables)

Cass. Soc., 4 avril 2007, n° 06-60.152, inédit.

Cass. Soc., 28 février 2007, n° 06-60.171, *Bull.* 2007, V, n° 34.

CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-385/05, CGT et autres.

Cons. Constit., 28 décembre 2006, n° 2006-545 DC : JO 31 décembre 2006, p. 20520.

Cass. Soc., 20 décembre 2006, n° 05-60.345, *Bull.* 2006 V, n° 399, p. 386.

Cons. Constit., 14 décembre 2006, DC n°2006-544.

Cass. Soc., 21 novembre 2006, n° 05-13.601, *Bull. Civ.* V, n°351, p. 339.

Cass. Soc., 8 novembre 2006, n° 06-60.002, *Bull. Civ.* V, n° 335, p. 325.

Cass. Soc., 12 juillet 2006, n° 05-60.384, *Bull.* 2006 V, n° 257, p. 243 ; *JCP S* n° 46, 14 novembre 2006, p. 34-36, note (P.) MORVAN.

Cass. Soc., 24 mai 2006, n° 05-60.246, *Bull. Civ.* 2006, n° 194.

Cass. Soc., 23 mai 2006, n° 05-60.119, *Bull.* 2006, V, n° 182, p. 176.

Cass. Soc., 10 mai 2006, n° 05-40.802, *Bull. Civ.* V, n°174, p. 168.

Cons. Constit. 30 mars 2006, n° 2006-535 DC : *JCP S* 2006, act. 128 et 1275.

Cass. Soc., 15 février 2006, n° 04-60.525, *Bull. Civ.* V, n° 70, p. 63.

Cass. Soc., 25 janvier 2006, n° 04-60.437 ; (G.) BORENFREUND, « La reconnaissance de la représentativité syndicale quelques interrogations autour de trois décisions », *Dr. Soc.* septembre-octobre 2006, p. 871.

Cass. Soc., 10 janvier 2006, n° 05-60.122, Synd. National UNSA nettoyage propreté et autres c./ Société Neova venant aux droits de la société Iss Abilis France et autres.

Cass. Soc., 7 décembre 2005, n° 04-41010, inédit.

Cass. Soc., 28 septembre 2005, n° 05-60.039, inédit.

Cass. Soc., 15 décembre 2004, n° 03-60.461, *Bull. Civ.* V, n° 338, p. 303.

CE, 5 novembre 2004, concl. (J.) STAHL, *Dr. Soc.* décembre 2004, p. 1100.

Cass. Soc., 13 juillet 2004, Sermeto, (J.) SAVATIER, « Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs de travail », *Dr. Soc.* 2004, p. 944-949.

Cass. Soc., 13 juillet 2004, n° 03-60.431, inédit.

Cass. Soc., 23 juin 2004, n° 02-60.848, inédit.

Cass. Soc., 2 juin 2004, Maisonneuve, *Bull.* n° 175, p. 148.

Cass. Soc., 26 mai 2004, n° 03-60.125, *Bull.* 2004 V, n° 140, p. 127.

Cass. Soc., 14 janvier 2004, n° 01-60.788, *Bull.* 2004, V, n° 12, p. 11.

Cass. Soc., 17 décembre 2003, *Bull.* 319, p. 321

Cass. Soc., 26 novembre 2003, n° 03-60.036, *Bull.* 2003 V, n° 99, p. 303.

Cass. Soc., 29 octobre 2003, n° 02-60.836 et 02-60.837, *Bull. Civ.* V, n° 270, p. 273

Cass. Soc., 24 sept. 2003, n° 02-60.615, non publié au bulletin.

CE, 30 juin 2003, *RJS* 10/03, n° 1197 ; *Dr. Soc.* décembre 2003, p. 1112-1118, concl. (P.) FOMBEUR.

Cass. Soc., 24 avril 2003, n°01-60.876, *Bull. Civ.* V n° 141, p. 139.

Cass. Soc., 29 janvier 2003, n° 01-60.628, *Bull.* n°30, p. 27

Cass. Soc. 3 décembre 2002 : *JurisData* n° 2002-016630 ; *RJS* 2003, n° 212;

Cass. Soc., 20 novembre 2002, n° 01-60.903 : *RJS* 2003, n° 490.

Cass. Soc., 12 novembre 2002, n° 01-60.563, *Bull. Civ.* V, n° 345, p. 338.

Ass. Plén., 5 juillet 2002, n° 00-60.275, *Bull. Ass.* n° 2 ; (P.Y.) VERKINDT, « Les élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. Soc.* juin 2009, p. 653.

Cass. Soc., 12 juin 2002, n° 01-60.617, *Bull. Civ.* V, n° 203, p. 197.

Cass. Soc., 7 mai 2002, n° 01-60040 et 01-60041, *Bull. Civ.* V, n°148, *RJS* 11/2002, n°261.

Cass. Soc., 7 mai 2002, Vivendi : (P-H.) ANTONMATTEI, « Unité économique et sociale : un nouvel arrêt...mais le débat continue », *Dr. Soc.* 2002, p. 720-723.

CE, 6 mars 2002, *RJS* 7/02, n° 834.

Cons. Constit. DC n° 2001-455 du 12 janvier 2002, JO du 18 janvier 2001, p. 1053.

Cass. Soc., 27 novembre 2001, n° 00-60.252, *Bull.* 2001 V, n° 264, p. 290.

Cass. Soc., 30 octobre 2001, n°00-60.341, inédit.

Cass. Soc., 30 octobre 2001, n° 00-60.250, inédit.

Cass. Soc., 16 octobre 2001, n°00-60.203, *Bull. Civ.* V, n° 322 ; (P.Y.) VERKINDT, « Les élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. Soc.* juin 2009, p. 653.

Cass. Soc., 2 octobre 2001, N°00-60,170, *Bull. Civ.* V, n°296, p. 239.

Cass. Soc., 29 mai 2001, n°98-23.078, *Bull. Civ.* V, n° 185, p. 146.

Cass. Soc., 30 mai 2001, n° 00-60.159, *Bull. Civ.* V, n° 188.

Cass. Soc., 18 décembre 2000, n° 99-60.472, inédit.

Cass. Soc., 22 novembre 2000, Alstom, Société Alstom et autres c./ Fédération construction CGT et autres, n° 4647 F-D.

Cass. Soc., 20 juin 2000, n°99-60.153, *Bull. Civ. V*, n° 239.

Cass. Soc., 24 mai 2000, n° 99-60.242, inédit.

Cass. Soc., 28 mars 2000, n° 98-60.440, *Bull. Civ. V*, n° 133.

Cass. Soc., 20 octobre 1999, Société André et autres, *Bull. Civ. V*, n° 146.

Cass. Soc., 9 juin 1999, n° 98-60.338, inédit.

Cass. Soc., 26 mai 1999, *RJS* 7/99, n° 940, p. 577.

Cass. Soc. 31 mars 1999, n°98-60.205, *Bull. Civ. V*, n°148.

Cass. Soc., 31 mars 1999, n° 98-60.195, inédit.

TPICE, 17 juin 1998, UEAPME, aff. T-135/96.

Cass. Soc. 5 mai 1998 : JurisData n°1998-002030 ; *RJS* 1998, n° 755.

Cass. Ch. Mixte, 10 avril 1998, n° 97-17.870 : JurisData n° 1998-001727 ; *Bull. Civ. Ch. Mixte* n°2, *SSL* 4 mai 1998, n°885, p. 10.

Cass. Soc. 17 mars 1998, n° 96-60.396, *Bull. 1998 V N°* 157 p. 116.

Cass. Soc., 1er avril 1998, n° 96-60.433, *Bull. Civ. V*, n° 195.

Cons. Constit. DC 96-383 du 6 novembre 1997, *Dr. Soc.* 1997, p. 31.

Cass. Soc., 28 octobre 1997, *TPS* 1998, comm.. 13.

Cass. Soc., 8 juillet 1997, n° 96-60.295, *Bull. Civ. V*, n° 253.

Cass. Soc., 27 juin 1997, n° 89-61.359, inédit.

Cass. Soc., 27 mai 1997, n° 96-60.239, *Bull. Civ. V*, n° 194, p. 140.

Cass. Soc., 4 février 1997, n° 95-60983 et 96-60112, *Bull. Civ. V*, n° 49 ; (F.) PETIT, "Le contentieux préélectoral sorti de l'impasse", *Dr. Soc.* février 2010, p. 162.

Cass. Soc., 4 février 1997, n° 95-60.994, *Bull. Civ. V*, n°50.

Cass. Soc., 21 janvier 1997, n° 95-60.992, *Bull. Civ. V*, 1997, n° 29, p.18 ; (J.) SAVATIER, « Problèmes posés par la reconnaissance d'une unité économique et sociale : à propos des arrêts Michelin du 21 janvier 1997 », *Dr. Soc.* 1997, p. 347-351.

Cass. Soc., 8 janvier 1997, n° 95-60.995, *Bull. Civ. V*, n°13, p. 8.

Cons. Constit. DC 96-383 du 6 novembre 1996, *Dr. Soc.* 1997, p. 31.

Cass. Soc., 7 décembre 1995, n° 95-60.124, inédit.

Cass. Soc., 16 mars 1995, n° 91-40.210, *Bull. Civ. V*, n° 91, p. 66.

Cass. Soc., 25 janvier 1995, n° 90-45.796, *Bull. Civ.* 1995, V, n° 40.

Cass. Soc., 12 juillet 1994, n° 93-60.110, n° 92-60.116, n°93-60.085, inédits.

Cass. Soc., 17 mai 1994, n° 93-60.322, inédit.

Cass. Soc., 8 février 1994, n° 93-60.141, inédit.

Cass. Soc., 1er décembre 1993, n° 93-60.029, inédit.

Cass. Soc., 4 mai 1993, n° 92-60.301 : JurisData n° 1993-001825.

Cass. Soc., 3 mars 1993, n° 92-60028, non publié au bulletin.

Cass. Soc., 18 mai 1992, *Bull. Civ.* 1992, V, n° 237.

Cass. Crim., 11 février 1992, Giogg, n° 90-87500, *Bull.* n° 68.

CJCE, 11 juin 1991, Commission c./ Conseil, C-300/89, *Rec. P.* I-2867. (Parlement européen)

Cass. Soc., 12 décembre 1990, n° 89-60.811, 89-60.812, *Bull. Civ.* 1990, V, n° 669.

Cass. Soc. 21 novembre 1990, n°89-61.281, *RJS* 1991, n°49.

Cass. Soc., 17 juillet 1990, n° 89-61.165, inédit.

Cass. Soc., 27 juin 1990, *Dr. Ouv.* 1991, p.17, note (M.) COHEN.

Cass. Soc., 27 juin 1990, n°89-60.033, *Bull. Civ.* V, n°322, p. 192.

Cass. Soc., 16 mai 1990, *Bull. Civ.* V, n° 235.

Cass. Soc., 4 avril 1990, *Bull. Civ.* V, n° 167.

Cass. Crim., 27 mars 1990, Devernois et Pablo, n°89-82951.

Cass. Soc., 20 décembre 1988, n° 87-60.276, *Bull. Civ.* V, p. 432.

Cass. Soc., 19 juillet 1988 : *JurisData* n° 1988-002223.

Cass. Soc., 1er décembre 1988, SGAM, 2ème espèce : *RJS* 1/99, n°65.

Cass. Soc., 8 novembre 1988, n° 87-60.326, *Bull. Civ.* V, n° 576, p. 371.

Cass. Soc., 18 février 1988, n° 87-60.027, *Bull. Civ.* 1988, V, n° 123, p. 81.

Cass. Soc., 17 décembre 1986, n° 86-60.278, *Bull. Civ.* V, n° 608.

Cass. Soc. 26 novembre 1986, n° 85-60.668, *Bull. Civ.* V, n° 559.

Cass. Soc., 5 novembre 1986, n° 86-60.043, *Bull. Civ.* V, n° 512.

Cass. Soc. 21 juillet 1986, n° 86-60.044, *Bull. Civ.* V, n°457.

Cass. Soc., 21 mai 1986, *Bull. Civ.* V, n° 236,

Cass. Soc., 27 février 1985 : *JurisData* n° 1985-700750.

Cass. Soc., 5 décembre 1984, n° 84-60.516.

Cass. Crim., 17 janvier 1984, Albouy, n° 82-94159, *Bull.* n° 23.

Cons. Constit., 19 et 20 juillet 1983, n° 83-162 DC.

Cass. Soc., 6 juillet 1983, n° 82-60.613, *Bull. Civ.* V, p. 284.

Cass. Soc., 5 mai 1983, n° 82-60.363, *Bull. Civ.* V, n° 239.

Cass. Soc., 1er fév. 1983, *Bull. Civ.* V, n°66.

Cons. Constit., 14 décembre 1982, n° 82-148 DC, relative à la loi portant sur la composition des conseils d'administration des caisses de sécurité sociale, qui admet le monopole des candidatures des syndicats représentatifs.

CE, 23 avril 1982, req. n° 36851.

Cass. Soc., 14 janvier 1982, *D.* 1982, IR 248.

Cass. Soc., 21 juillet 1981, *Bull. Civ.* V, n°727 et 730.

CJCE 29 octobre 1980, Roquettes Frères c./ Conseil, 138-79, *Rec. P.* 3333.

Cass. Ass. Plén., 29 février 1980, n° 79-60.051, *Bull. Ass. Plén.*, n°2.

Cass. Soc., 18 juillet 1979, n° 79-60118, *Bull. Civ.* V, p. 473.

Cass. Soc. 16 mars 1978, n° 77-60.690, *Bull. Civ. V*, p. 158.

Cass. Soc., 5 janvier 1978, n° 77-60.610, *Bull. Civ. V*, n° 17.

Cass. Soc., 31 mars 1977, *Bull. Civ. V*, n° 248, p. 193.

Cass. Crim., 24 février 1977, *Bull. Crim.* n°80 ; (M.) GREVY, «Local syndical : l'exercice du droit syndical dans l'entreprise sous la protection de la liberté syndicale garantie par le Préambule de la Constitution», *RDT* mars 2010, p. 178

Cass. Soc., 4 mars 1976, *Bull.* n° 142, p.116.

Cass. Crim., 6 novembre 1975, Hachette, n° 74-92833, *Bull.* n° 242.

Cass. Soc., 29 mai 1975, n° 75-60.010, *Bull. Civ. V*, n° 295. (double qualité titulaire et suppléant)

CE, sect. 24 mai 1974, Fédération générale des syndicats de transport CFDT, p. 306.

CE sect., 26 octobre 1973, Fédération Nationale des syndicats indépendants et des industries chimiques et similaires et confédération générale des syndicats indépendants, p. 599.

CE, 29 juin 1973, *Dr. Soc.* 1974, concl. (N.) QUESTIAUX, note (J.) SAVATIER ; (A.) COEURET, p. 492. (audience)

Cass. Soc., 8 juin 1972, *Bull. Civ. V*, n° 418, p. 382.

Cass. Soc. 27 octobre 1971 : JurisData n° 1971-099597 ; *Bull. Civ.* 1971 V, n° 597.

Cass. Crim., 23 avril 1970, *JCP* 1972 II, p. 17046.

Cass. Soc., 7 janvier 1970, *Dr. Ouv.* 1971, p. 120. (audience)

CE, 11 janvier 1963 ; (L.) FLAMENT, « La représentativité des organisations patronales », *Dr. Soc.* avril 2009, p. 437.

VII. TEXTES

TEXTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES

Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés :

http://direccte.gouv.fr/IMG/pdf/ANI_securisation_de_l_emploi-2.pdf.

Accord du 25 janvier 2011 relatif à la représentativité des syndicats de salariés en production agricole.

Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » - Parlement européen, Conseil, Commission - JOCE, C 321/1, 31 décembre 2003

Accord cadre européen sur le télétravail du 16 juillet 2002, *Liaisons sociales Europe*, 2002, n°57, p.1 ; *Liaisons sociales Europe*, n°59, p. 5.

Arrêté du 31 mars 1966 relatif à la détermination des organisations appelées à la discussion et la négociation des conventions collectives de travail : JO 2 avril 1966, p. 2675.

Avenant du 12 décembre 2008 à la convention collective nationale des entreprises de propreté relatif aux salariés mis à disposition : *SSL* n° 1400, 18 mai 2009, p. 8.

Circ. DGT n°20 du 13 novembre 2008, *JCP S* 25 novembre 2008, p. 42-56.

Circ. n° 93-12 du 17 mars 1993 relative aux décisions de l'administration chargée du travail en matière de mise en place des institutions représentatives du personnel : comité d'entreprise, comité de groupe, comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, délégué du personnel et délégué syndical : Bulletin officiel du ministère chargé du travail n° 94/1 p. 19-32.

Circ. Lebas du 17 août 1936 : JO du 3 septembre 1936, p. 9392.

Conseil des experts de l'OIT, décision du 16 novembre 2011, cas n° 2750.

Décision du 8 avril 1948 relative à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collectives de travail, *Dr. Soc.*, 1948, p. 156

Décret n° 2009-1664 du 28 décembre 2009 relatif à la certification des comptes des syndicats professionnels et associations de salariés ou d'employeurs et Décret n° 2009-1665 du 28 décembre 2009 relatif à l'établissement, à la certification et à la publicité des comptes des syndicats professionnels de salariés ou d'employeurs et de leurs unions et des associations de salariés ou d'employeurs mentionnés à l'article L. 2135-1 du Code du travail.

Décret n° 2004-662 du 6 juillet 2004 relatif aux délégués du personnel, au comité d'entreprise et aux délégués syndicaux de France Télécom : JORF du 8 juillet 2004, p. 12321.

Décret n° 94-131 du 11 février 1994 relatif aux commissions administratives paritaires de France Télécom : JORF du 13 février 1994, p. 2514.

Loi n°2010-1215 du 15 octobre 2010 complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi n°2008-789 du 20 août 2008, JO n°0241 du 16 octobre 2010 p. 18569.

Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République : JO n° 0171 du 24 juillet 2008, p. 11890.

Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social : JORF n°27 du 1^{er} février 2007, p. 1944.

Loi n° 2006-1770, 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié portant diverses dispositions d'ordre économique et social : JO 31 décembre 2006, p. 20320.

Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances : JORF du 2 avril 2006, p. 4950.

Loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom : JORF du 1er janvier 2004, p. 9.

Loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 : JO du 20 janvier 2000, p. 975.

Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 : JO du 14 juin 1998, p. 9029.

Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire ainsi qu'au développement de la négociation collective : JORF n°264 du 13 novembre 1996 p. 16527.

Loi n° 90-613 du 12 juillet 1990 : JO du 14 juillet 1990, p. 8322.

Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982, JO 29 oct. 1982, p. 3255.

Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits, JORF du 14 novembre 1982, p. 3414.

Loi n° 71-561 du 13 juillet 1971, JORF du 14 juillet 1971, p. 6939.

Loi n° 68-1179 du 27 déc. 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises, JO du 31 déc. 1968, p. 12403.

Loi n°50-205 du 11 février 1950, JORF du 12 février 1950, p. 1688.

Loi du 24 juin 1936 modifiant et complétant le chapitre IV « bis » du titre II du livre 1^{er} du Code du travail : « de la convention collective de travail », *D.* 1936, IV, p. 1369.

Loi du 12 mars 1920 sur l'extension de la capacité civile des syndicats professionnels, JORF du 14 mars 1920, p. 4179.

Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association : JO 2 juillet 1901, p. 4025.

Ordonnance n° 58-1360 du 29 décembre 1958, art. 7 : JO 30 décembre 1958, p. 12033.

COMMUNICATIONS, AVIS

Communiqué du ministère du travail du 29 mars 2013, *JCP S* n°14, 2 avril 2013, act. 162.

Communiqué de la Cour de Cassation, « Loi du 20 août 2008 : premières décisions », disponible à l'adresse :

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arrets_no_13183.html

Conseil économique et Social, *Consolider le dialogue social*, avis adopté le 29 novembre 2006.

Commission européenne, second séminaire sur les accords transnationaux, 27 novembre 2006, document de travail n°1.

Communication du 12 août 2004, *Partenariat pour le changement dans une Europe élargie – Renforcer la contribution du dialogue social européen*, Com (2004) 557 final, p. 14.

Communication de la Commission du 28 juillet 2002, *Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement*, COM (2002) 341, final, p. 7, point 1.

Commission européenne, Livre vert de l'Union européenne, 2001.

(COM) 98, 322, Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire, 20 mai 1998, p. 2.

Communication du 14 décembre 1993 sur « la mise en œuvre pratique de l'accord sur la politique sociale », COM (93) 600.

CE, Avis du 23 novembre 1978, *Dr. Soc.* 1979, p. 266.

VIII. SITES INTERNET

<http://anact.fr> (Agence Nationale pour l'Amélioration des Conditions de Travail)

<http://ec.europa.eu>

<http://www.europeetsociete.com>.

<http://www.gouvernement.fr>.

<http://www.institutmontaigne.org>

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>

<http://www.oit.org>

<http://www.responsabiliteglobale.com>.

<http://www.strategie.gouv.fr>

<http://www.wk-ce.fr>

BARBARA (E.), « Représentativité des syndicats : les premiers effets de la réforme de 2008 », Institut Montaigne, Document de travail du 17 janvier 2011, p. 8 à 10. Document disponible sur :

http://www.institutmontaigne.org/medias/documents/document_de_travail_loi_20_aout_17_01.pdf

BOURQUE (R.), « Les accords-cadres internationaux (ACI) et la négociation collective internationale à l'ère de la mondialisation », Institut international d'études sociales, OIT, Document de travail, 2005 : document disponible sur : <http://www.oit.org>.

Code de conduite et lignes directrices pour les coiffeurs européens, 2001 :

http://ec.europa.eu/employment_social/dsw/public/actRetrieveText.do;jsessionid=Jd4Z4Yy2hNfj6jbrx2LTphjwfbhxsqnKt19tJTs3yJTLNHW1JCL192274084?id=10197

COINTEPAS (M.), « Il y a 80 ans, la journée de 8 heures », http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/journee_de_8h.pdf.

Commission européenne, The role of transnational company agreements in the context of increasing international integration, <http://ec.europa.eu>

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arrets_no_13183.html

OLNEY (S.), (M.) RUEDA, “Convention n°154, promotion de la négociation collective”, BIT, disponible sur : <http://www.ilo.org/public/french/dialogue/ifpdial/downloads/c154.pdf>.

OLNEY (S.), RUEDA (M.), “Convention n°154, promotion de la négociation collective”, BIT, disponible sur : <http://www.ilo.org/public/french/dialogue/ifpdial/downloads/c154.pdf>.

Propositions de révision de la législation relative aux comités d'entreprise européens, MEMO/08/468, disponible à l'adresse suivante :

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/468&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en>.

INDEX

Accords

- Dénonciation, 167, 168, 170, 173, 174
- dérogatoire, 12, 125, 137, 138, 140, 141, 142, 143, 144, 146, 168, 177, 179, 181, 182, 564
- Révision, 167, 168, 169, 170, 173
- Unanimité, 203, 248, 401, 404, 405, 410, 411, 442
- Validité, 13, 19, 158, 159, 162, 164, 166, 169, 171, 176, 180, 203, 390, 400, 401, 403, 406, 408, 409, 415, 417, 420, 435, 437, 438, 442, 493

Activité, 84, 97, 105, 107, 154

Adhérents (nombre), 47, 86, 88, 294, 295, 296, 297, 298, 305, 517, 518, 519

Ancienneté, 35, 50, 84, 86, 88, 97, 106, 107, 110, 112, 113, 114, 122, 348, 356, 360, 361, 411, 412

Attitude patriotique, 97, 99

Audience, 10, 55, 64, 65, 66, 67, 70, 71, 76, 77, 83, 84, 86, 88, 90, 105, 106, 111, 123, 138, 200, 267, 271, 274, 276, 279, 283, 289, 290, 321, 374, 385, 413, 415, 416, 418, 419, 434, 435, 446, 449, 453, 454, 457, 520

Autonomie, 9, 39, 135, 235, 452, 458, 459, 460, 462, 463, 464, 488, 495, 498, 501, 513, 515, 521, 535, 536, 537, 538, 539, 541, 543, 545, 547, 548, 562, 565

Bonne foi, 161, 468, 469, 470, 476

Bulletins blancs, 418, 421, 422

Bulletins raturés, 66, 419, 420

Champ géographique (critère), 79, 115, 116, 117

Champ professionnel (critère), 116, 117, 119, 121

Comité, 246, 310, 311, 477

Commission nationale de la négociation collective, 310, 312, 318

Commission(s) paritaire(s), 144, 150, 167, 168, 174, 175, 176, 183, 186

Communauté de travail, 215, 227, 236, 237, 251, 252, 254, 363, 367, 368, 369

- intégration à la communauté de travail, 216, 217, 344, 346, 349, 354, 361, 366

Concordance (principe de), 67, 70, 110, 114, 116, 117, 269, 279

Contentieux, 71, 80, 200, 215, 251, 295, 319, 337, 340, 375, 377, 380, 381, 386, 387, 395

Cotisations, 35, 84, 88, 97, 98, 99, 122

Délégué syndical, 177, 179, 180, 181, 183, 184, 235, 266, 267, 268, 269, 272, 273, 274, 275, 279, 280, 281, 287, 296, 301, 302, 305, 333, 382, 505, 506

- audience personnelle, 270
- désignation, 53, 67, 119, 233, 234, 236, 266, 267, 268, 270, 272, 273, 275, 281, 289, 290, 294, 296, 298, 299, 325, 339, 483, 504, 586

Démocratie, 9, 14, 15, 17, 196, 430

Démocratie sociale, 9, 11, 13, 14, 16, 23, 64, 193, 195, 196, 204, 205, 214, 229, 260, 265, 322, 324, 393, 413, 424, 428, 429, 431, 432, 433, 435, 440, 441, 443, 445, 471, 514, 546, 557, 563

Désaffiliation, 109, 271, 377, 379

Dialogue social, 10, 11, 41, 193, 201, 282, 283, 425, 426, 428, 436, 441, 453, 460, 464, 466, 484, 485, 487, 496, 500, 501, 524, 545, 547, 548

Double majorité, 164, 166, 235, 390, 400, 401, 403, 404, 405, 407, 408, 409, 410, 442, 493

Droit de négociation collective, 501, 505, 506, 508, 520

Effectifs, 35, 84, 88, 89, 97, 98, 99, 105, 107, 122, 152, 153, 206, 450

Egalité, 17, 196, 349, 430, 445

Egalité syndicale, 33, 62, 92, 96, 105, 107, 159, 210, 212, 276, 278, 343, 392, 404, 430, 504, 508, 509, 551

Elections professionnelles, 65, 321, 322, 334, 371, 380, 382, 386, 389, 390, 413, 424, 565

- carence, 58, 145, 177, 179, 180, 184, 413, 414, 415, 416, 420
- collèges électoraux (nombre, composition), 203, 221, 245, 404, 405, 410

- effectif (prise en compte), 224, 344, 345, 346, 351, 356, 358, 366
- électorat, 205, 218, 245, 343, 344, 348, 350, 351, 352, 356, 360, 412
- éligibilité, 245, 343, 344, 348, 350, 351, 352, 356, 360, 361, 412
- partielles, 67, 68
- politisation (risque de), 20, 192, 193, 196, 198, 199, 200, 255, 258, 381, 386, 424, 436, 559
- premier tour, 335, 382, 383, 389, 390, 392, 393, 413, 414, 415, 417, 418, 419
- quorum, 413, 414, 415, 416, 417
- résultats, 59, 63, 65, 67, 69, 76, 80, 81, 82, 139, 318, 371, 372, 382, 394, 419, 420, 564
- sièges (répartition), 248, 384, 403, 404, 408, 419

Etablissement distinct, 232, 233, 234, 236, 238, 252, 253, 290, 303, 304, 403, 407, 409, 472

Expérience, 50, 84, 97, 106, 109, 111, 112, 122

Financement (des organisations syndicales), 35, 90, 92, 94, 95, 96, 156, 277, 327, 551

Haut Conseil du dialogue social, 58, 72, 317, 318, 319

Indépendance, 34, 35, 84, 85, 86, 87, 89, 97, 98, 108, 111, 153, 155, 327, 328

Influence, 84, 86, 87, 88, 89, 97, 98, 99, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 453, 454

Légitimité, 9, 13, 18, 19, 20, 27, 38, 42, 43, 45, 46, 47, 64, 83, 122, 125, 126, 127, 133, 137, 147, 149, 150, 153, 158, 162, 166, 191, 205, 206, 257, 263, 266, 272, 291, 426, 428, 437, 443, 446, 449, 452, 457, 466, 495, 524, 543, 563

Liberté syndicale, 17, 22, 27, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 49, 286, 295, 298, 328, 430, 500, 502, 503, 505, 507

Liste commune, 375, 376, 384, 385, 386

Loi négociée, 41, 133, 134, 144, 443

Loyauté, 161, 212, 394, 468, 469

Majoritaire (principe), 19, 162, 163, 164, 168, 173, 200

Mandat, 179, 188, 189, 266, 282, 283, 285, 289, 308, 372, 431, 488

- durée, 189, 245, 282, 283, 287, 288, 289, 391, 406

Méthode ouverte de coordination, 512, 513, 534, 561, 566

Négociation collective, 12, 17, 25, 29, 38, 39, 40, 41, 54, 124, 126, 127, 128, 133, 138, 144, 146, 157, 158, 159, 162, 178, 191, 194, 197, 252, 257, 417, 429, 435, 443, 452, 460, 461, 466, 490, 499, 500, 537

- acteurs, 44, 126, 132, 137, 138, 144, 145, 150, 255, 258, 322, 323, 514, 523, 524, 525, 531

Ordre public, 162, 268, 287, 374, 381, 383, 394, 401, 461, 538, 540

Ordre public social, 26, 39, 144, 461, 465, 539, 540

Paritarisme, 17, 46, 128, 315, 316, 317

Participation (principe/droit de), 18, 160, 192, 193, 194, 223, 224, 225, 226, 227, 229, 310, 353, 439

Période transitoire

- (fin), 57, 58, 380
- mesures transitoires, 56, 57, 391, 394, 395

Pluralisme, 32, 33, 89, 128, 129, 130, 131, 201, 202, 255, 257, 430, 446, 517

Présomption irréfutable de représentativité, 9, 49, 51, 55, 56, 60, 130, 547, 549, 550

Propagande électorale, 334, 337, 338, 339, 340

- Diffusion des tracts, 338, 340, 341, 342
- Intranet, 340, 342

Protocole d'accord préélectoral (négociation), 335, 339, 360, 365, 390, 391, 392, 393, 398, 399, 400, 402, 407, 409

Reconnaissance mutuelle, 447, 448, 449, 450, 464, 491, 492, 516, 517, 518, 520, 521

Répartition (des compétences), 10, 13, 26, 133, 250, 251, 425, 459, 535, 546, 554, 557, 560

Représentant de la section syndicale, 116, 138, 145, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 185, 186, 187, 188, 263, 265, 278, 291, 292, 294, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 325, 330, 331, 347, 423, 564

Représentant syndical au comité d'entreprise, 286, 287, 288, 306

Représentation, 18, 28, 29, 30, 33, 36, 40, 42, 45, 47, 147, 207, 218, 223, 229, 230, 232, 233, 238, 240, 261, 263, 343, 351, 366, 430, 431, 471, 472, 477, 482, 510, 524, 563

Représentativité, 9, 11, 12, 17, 20, 27, 28, 29, 33, 34, 35, 38, 39, 42, 43, 45, 47, 48, 49, 50, 52, 54, 55, 57, 61, 63, 64, 66, 67, 70, 71, 76, 83, 84, 85, 86, 97, 98, 107, 110, 111, 120, 121, 122, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 134, 138, 139, 144, 147, 149, 151, 152, 153, 156, 157, 158, 168, 169, 171, 172, 197, 206, 240, 244, 257, 258, 259, 260, 265, 266, 268, 275, 282, 285, 309, 310, 313, 315, 323, 366, 374, 381, 389, 419, 431, 432, 434, 435, 438, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 457, 463, 481, 482, 485, 486, 487, 488, 489, 491, 492, 493, 494, 495, 498, 499, 507, 511, 516, 517, 519, 521, 524, 548, 560, 565

Salariés mis à disposition, 25, 78, 192, 193, 194, 204, 205, 214, 215, 217, 218, 219, 220, 224, 225, 226, 251, 321, 322, 343, 344, 345, 350, 351, 352, 353, 355, 356, 357, 359, 360, 361, 362, 363, 365, 366, 424

Section syndicale, 114, 118, 255, 268, 269, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 298, 299, 302, 304, 324, 325, 326, 329, 333, 339, 342, 343, 398, 526

Sous-traitance, 215, 216, 218, 222, 223, 228, 230, 258, 350, 353, 359, 362

- sur site, 216, 223, 225, 228, 256, 359, 360, 361, 370, 424

Sous-traitants, 78, 214, 215, 216, 217, 219, 220, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 253, 323, 343, 350, 353, 354, 359, 364, 368, 369, 370, 424

- **locaux**, 221, 346, 347, 350, 357, 358, 359

Spécialité (principe de), 31, 114, 116, 118

Subsidiarité (principe de), 425, 533, 541, 543, 544, 545, 552, 554, 555, 561

Syndicalisme de tendance, 71, 73, 297, 385

Syndicats, 21, 22, 27, 30, 31, 36, 37, 38, 47, 48, 49, 50, 56, 59, 61, 62, 63, 71, 101, 106, 138, 149, 206, 207, 208, 265, 323, 334, 336, 392, 396, 447, 452, 455, 517, 523, 525, 527, 528, 530

- **catégoriels**, 191, 207, 208, 209, 212, 508, 509, 510
- **fonction normative**, 19, 26, 40, 45, 132, 134, 452, 458, 511, 560, 565
- internationaux, 525, 527, 528, 529, 530
- **organisations patronales**, 138, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 447, 532

- **stratégies** (syndicales), 201, 321, 322, 371, 372, 375, 377, 384, 424

TPE, 77, 78, 80, 81, 82

Transparence financière, 35, 86, 88, 90, 92, 99

Unicité syndicale, 71, 73, 74, 75, 379

Unité économique et sociale, 57, 215, 227, 231, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 253

Valeurs républicaines, 35, 86, 91, 97, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 289

Vote électronique, 186, 341, 406

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	3
LISTE DES ABREVIATIONS	6
SIGLES.....	8
INTRODUCTION.....	10
PREMIERE PARTIE	28
LA LEGITIMITE DES SYNDICATS PILIER DE LA DEMOCRATIE SOCIALE : UN CHOIX PERTINENT ?.....	28
PROPOS LIMINAIRES.....	29
Section 1 - La représentation, un concept flou.....	30
§1. La confusion entre le principe de liberté syndicale et celui de représentation syndicale.....	31
I. Le champ d'application de la liberté syndicale.....	31
A. Un principe majeur du droit français.....	32
B. Un champ d'application étendu.....	33
II. Un problème non résolu	34
A. L'interdépendance des concepts, source de confusion.....	34
B. Une confusion amplifiée.....	35
§2. L'évolution des fonctions de la représentation	37
I. De la représentation, fonction de communication... ..	37
II...au syndicat, défenseur des intérêts collectifs de la profession	38
Section 2 - La négociation collective, question indissociable de celle de la représentativité.....	39
§1. L'origine des débats sur la représentativité.....	40
I. L'évolution de la fonction de la négociation collective.....	40
II. Le développement du rôle normatif des syndicats	41
§2. La nécessité d'une approche plus globale	43
TITRE 1. UNE REFORME DE LA REPRESENTATIVITE AXEE SUR LA LEGITIMITE.....	46
Sous-titre 1. « L'assise démocratique de la représentation » : la légitimité	48
Chapitre 1 : Avant 2008 : un système dominé par la représentativité présumée	50
Section 1 - La représentativité présumée	50
§1. La naissance de la représentativité d'affiliation	51
§2. La consécration de la présomption irréfutable de représentativité.....	52

Section 2 - L'appréciation variable de la représentativité prouvée	53
§1. Une appréciation fonctionnelle du cadre de la représentativité	53
§2. Une appréciation variable selon le niveau de négociation	55
Chapitre 2 : Le passage à un système basé sur la représentativité prouvée	56
Section 1 - La mort annoncée de la présomption irréfragable de représentativité	56
§1. Une mort programmée.....	57
§2. Les mesures transitoires	57
I. La coexistence prolongée des deux régimes de représentativité.....	58
A. Au niveau de l'entreprise ou de l'établissement.....	58
B. Au niveau national et interprofessionnel	59
C. Au niveau des branches professionnelles	60
II. Une présomption toujours irréfragable.....	61
A. La survie du caractère irréfragable de la présomption	61
B. Les modifications prévisibles du paysage syndical	64
Section 2 – La légitimité électorale, marque de la démocratie sociale	65
§1. Les impacts de l'audience sur le système de la représentativité	65
I. La disparition de la présomption de représentativité	66
A. Un choix logique	66
B. Une conséquence logique	67
II. Les risques inhérents au passage d'un système de représentativité descendant à un système ascendant	72
A. L'augmentation prévisible des contentieux et des blocages dans la négociation	72
B. La consécration du syndicalisme « de tendance » et du principe de l'unicité syndicale.....	74
§2. La base de mesure de la représentativité, une question débattue	77
I. La mesure de l'audience dans les TPE	78
II. Au-delà de la représentation des salariés dans les TPE.....	81
Sous-titre 2 : Une légitimité renforcée par la loi du 20 août 2008	84
Chapitre 1 - L'audience électorale, critère quantitatif dominant mais non exclusif	85
Section 1 - Les innovations de 2008	85
§1. L'exigence du cumul : une exigence stricte ?	86
I. Un remède au caractère polymorphe de la notion de représentativité	86
II. L'interprétation « libre » de la Cour de cassation : des critères toujours relatifs après 2008	87
§2. La transparence financière au service de la démocratie sociale.....	91
I. Les inégalités de traitement tolérées	93
II. Un critère nécessaire à la mise en œuvre de la démocratie sociale	95
Section 2 - Les critères maintenus.....	98
§1. Les critères nécessaires à l'existence du syndicat	98
I. L'indépendance, une condition nécessaire.....	98
II. De l'attitude patriotique au respect des valeurs républicaines : une exigence d'éthique.....	100

A. La dimension éthique du critère des valeurs républicaines : pertinence et controverses.....	101
B. Les sanctions envisageables	103
§2. Les modifications apportées aux critères liés à l'activité du syndicat	106
I. Les prémices du critère de l'audience.....	106
II. L'influence promue au rang de critère déterminant de la représentativité	108
Chapitre 2 : L'extension du principe de concordance : des suites jurisprudentielles prévisibles	111
Section 1 - Au niveau de l'entreprise et de l'établissement : la restriction du rôle des juges	111
§1. L'affaiblissement du rôle du juge.....	112
I. La restriction du rôle du juge	112
II. Une restriction en contradiction avec l'objectif de la loi ?.....	113
§2. L'intervention nécessaire des juges.....	114
I. L'exigence d'ancienneté associée au principe de concordance	115
II. L'interprétation délicate du critère du « champ géographique ».....	117
A. Une interprétation non conforme à l'esprit de la loi du 20 août 2008.....	117
B. Un « champ professionnel » à déterminer	120
Section 2 - Au niveau de la branche et au niveau national et interprofessionnel : des précisions jurisprudentielles attendues	121
§1. Une présence territoriale « équilibrée »	122
§2. Une exigence supplémentaire.....	122
CONCLUSION DU TITRE 1.....	123
TITRE 2. UNE REFORME A RECENTRER SUR LE ROLE DES ACTEURS DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE	125
Sous-titre 1. Légitimité et négociation collective : les questions abordées par la loi.....	127
Chapitre 1 : La légitimité, condition de participation aux négociations	128
Section 1 - Les incidences des principes régissant la négociation collective sur l'appréhension de la notion de représentativité.....	129
§1. Les deux facettes du paritarisme	129
§2. Une réforme à double tranchant au regard du pluralisme syndical.....	130
I. Un principe préservé... ..	131
II. ...mais pas nécessairement favorisé	132
Section 2 - Le rôle des syndicats dans l'élaboration de la loi : étendue et limites.....	133
§1. La participation strictement encadrée des syndicats à l'élaboration de la loi	133
§2. Compromis et loi négociée : l'exemple de la Position commune du 9 avril 2008.....	134
I. Une légitimité requise	134
II. La véritable innovation de la loi du 20 août 2008	136
Chapitre 2 : La légitimité des acteurs de la négociation collective (après 2008).....	138

Section 1 - Des incidences sur la représentativité et sur la négociation collective	139
§1. L'inscription de la loi du 20 août 2008 dans le processus de développement de la négociation dérogatoire	139
I. L'aptitude à négocier des syndicats après 2008.....	139
A. Les paradoxes inhérents au changement de niveau d'appréciation de l'aptitude à négocier	140
B. Une situation propice au recours aux modes de négociation alternatifs....	141
II. La loi du 20 août 2008 et le développement de la négociation dérogatoire	142
A. Le développement des modes de négociation dérogatoires	142
1. L'admission du principe de la négociation dérogatoire	143
2. L'essor de la négociation dérogatoire	144
B. Une réforme favorable au développement de la négociation dérogatoire .	145
1. Une continuité dans le processus législatif	146
2. Le risque d'affaiblissement des acteurs syndicaux	146
§2. La légitimité des organisations patronales, une question en suspens.....	148
I. Une reconnaissance implicite	148
II. L'ouverture d'un débat sur la légitimité patronale : une nécessité ?.....	151
A. Les organisations patronales représentatives au niveau national	152
B. L'application des critères de représentativité aux organisations patronales	153
1. Les effectifs, critère dominant.....	153
2. L'ouverture d'un débat sur la légitimité patronale : une nécessité ?.....	154
Section 2 - Les incertitudes tenant à la négociation collective	158
§1. Quelques lacunes à combler...ou la nécessité de choisir un autre axe de réforme	159
I. La légitimité rénovée des accords collectifs : une approche trop partielle	159
A. Une légitimité renforcée ?	160
1. Des changements mineurs	160
2. L'éthique dans les négociations dérogatoires.....	161
B. La légitimité rénovée	163
1. La généralisation du principe majoritaire.....	163
2. Des risques de blocage dans les négociations	167
II. Le devenir incertain des accords conclus	168
A. Perte de représentativité, disparition du syndicat et logique contractuelle : des difficultés en perspective	169
1. La loi du 20 août 2008 et la révision des accords : des logiques décalées	169
2. La dénonciation à l'épreuve de la réforme.....	171
B. Le contrôle limité de la commission paritaire de branche.....	175
1. Les modifications apportées au fonctionnement de la commission	175
2. Le contrôle limité de la commission paritaire de branche	177
§2. Une réforme ambivalente	178
I. Des ambivalences de la « désignation dérogatoire »	179
A. Une désignation « dérogatoire ».....	179
1. Un nouvel acteur de la négociation dérogatoire.....	180
2. La coexistence des modes de négociation dérogatoire.....	182
B. Le rôle supplétif du représentant de la section syndicale	183
II. Un changement d'optique souhaitable	186
A. Le devenir des accords conclus par un représentant de section	187

B. Des limitations en adéquation avec l'objectif de la loi.....	188
1. Les attributions limitées du représentant de section.....	188
2. La précarité justifiée du mandat du représentant de section	189
Sous-titre 2. Légitimité et négociation collective : les effets secondaires de la réforme.....	192
Chapitre 1 : Des risques de politisation des rapports	193
Section 1- La démocratie sociale pour tous ?.....	194
§1. Le dialogue social faussé.....	194
§2. Une réforme contraire au principe de participation ?.....	195
Section 2 – Une démocratie sociale politisée.....	197
§1. Le risque de politisation des relations professionnelles induit par la réforme	197
I. Action syndicale et action politique : l'interdépendance des notions.....	198
II. Une politisation prévisible.....	199
§2. Des tensions sociales accrues	201
I. Le risque de politisation induit par le critère de l'audience.....	201
II. Un paysage syndical à géométrie variable, un climat social instable.....	202
Chapitre 2 : Les questions laissées en suspens.....	205
Section 1 – Les fondements de la « démocratie sociale renouvelée »	205
§1. La participation des électeurs, une question éludée	206
§2. Une représentation qui correspond aux réalités du terrain ?	208
I. Quand il ne reste qu'un seul syndicat représentatif	208
II. Le privilège des syndicats catégoriels à l'épreuve de la démocratie sociale... ..	209
A. Syndicats catégoriels et représentativité : une question inutile.....	209
B. Syndicats catégoriels et démocratie sociale : une question d'ordre politique	213
Section 2 - La démocratie sociale...mais pour quels salariés ?	215
§1. Une impasse juridique	215
I. La nécessaire représentation des salariés sous-traitants dans l'entreprise utilisatrice ?	216
A. Les pièges de la sous-traitance in situ	217
B. La sous-traitance, une problématique distincte de celle de la représentation	219
II. La sous-traitance nécessite-t-elle la mise en place d'autres formes de représentation ?	224
A. Un intérêt collectif difficile à établir	224
1. Un droit semi-reconnu aux salariés mis à disposition.....	225
2. Un droit individuel ou collectif ?	227
B. La nécessaire redéfinition du régime de la sous-traitance	229
§2. La redéfinition nécessaire des périmètres de représentation	230
I. L'entreprise, un cadre aux contours imprécis	231
A. Les évolutions jurisprudentielles suscitées par la réforme	232
1. La loi du 20 août 2008 et l'établissement distinct.....	233
2. La loi du 20 août 2008 et l'UES.....	238

B. L'articulation des institutions représentatives dans l'entreprise.....	247
1. Comité d'établissement et comité central d'entreprise	247
2. De nouvelles règles pour la répartition conventionnelle des compétences	251
II. La collectivité de travail, une notion à (re)définir	252
A. Une notion omniprésente.....	252
B. Une définition à préciser.....	253
CONCLUSION DU TITRE 2.....	256
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	258
DEUXIEME PARTIE.....	261
LA DEMOCRATIE SOCIALE RENOVEE : APPROCHE PRATIQUE	261
TITRE 1. LA DEMOCRATIE SOCIALE RENOVEE AU SEIN D'AEROLIA	262
Sous-titre 1 : Les effets de la nouvelle légitimité dans l'entreprise	264
Chapitre 1 : La place des syndicats représentatifs dans la démocratie sociale renouvelée : les ambivalences de la réforme.....	266
Section 1 – Une légitimité renforcée mais plus difficile à conserver.....	267
§1. Des désignations légitimées par les élections.....	268
I. Les effets de la double condition d'audience.....	268
A. Le lien établi entre désignations et élections.....	268
1. L'incidence sur l'exercice des prérogatives syndicales	269
2. L'utilité discutable de la double condition d'audience	272
B. Le délégué syndical central privilégié	273
1. Le délégué syndical supplémentaire	274
2. Des différences de traitement justifiées	275
II. L'absence de candidat satisfaisant au critère d'audience	280
§2. Le devenir incertain des mandats	283
I. La précarisation des mandats, le dialogue social et le devenir des délégués syndicaux.....	283
A. Des incidences de la précarisation des mandats sur le dialogue social	284
B. Le devenir des délégués syndicaux dans l'entreprise à l'issue de leur mandat	284
II. Le devenir incertain des mandats des représentants syndicaux auprès du comité d'entreprise.....	286
A. Le rapprochement jurisprudentiel opéré entre élections et désignations... ..	286
B. Des questions laissées en suspens	290
1. La perte de représentativité du syndicat auteur de la désignation.....	290
2. Une base électorale variable pour apprécier le seuil d'audience requis..	291
Section 2 - Une légitimité renforcée... mais une concurrence accrue	292

§1. La section syndicale, préalable nécessaire à la désignation d'un représentant de section.....	293
I. La création d'une section syndicale ouverte aux syndicats non représentatifs.	293
A. Des conditions de forme inchangées	294
B. Une nouveauté destinée à favoriser l'implantation des syndicats non représentatifs	294
II. Une clarification de la preuve de l'existence de la section.....	295
A. La pluralité d'adhérents, preuve de l'existence de la section	296
1. La pluralité d'adhérents : une exigence minimale	296
2. Les adhérents « indirects » : l'unité syndicale préservée	298
B. Un régime de preuve dérogatoire justifié par le respect de la liberté syndicale.....	299
§2. Les ambivalences apparentes de la réforme	301
I. Les sphères d'implantation du représentant de la section syndicale.....	302
A. Un objectif atteint	303
B. De fausses ambivalences	304
1. Un statut ambigu ?.....	305
2. Etre représentatif ou pas, telle est la question	305
II. L'intégration du représentant de section aux institutions représentatives existantes : des problèmes improbables	306
A. La désignation d'un représentant de section syndicale au comité d'entreprise : une hypothèse peu probable	307
B. L'intégration exclue du représentant de section au comité central d'entreprise.....	308
 Chapitre 2 : Des effets qui dépassent le cadre de l'entreprise.....	 310
Section 1- Des changements institutionnels prévisibles	310
§1. La représentativité, clé d'accès aux organismes consultatifs.....	311
I. La représentativité, clé d'accès aux organismes consultatifs communautaires	311
A. L'accès au Conseil d'Orientation pour l'Emploi : un droit de regard sur les politiques de l'emploi.....	311
B. Un droit de regard sur les politiques sociales européennes	312
II. Le droit de siéger à la Commission nationale de la négociation collective.....	313
§2. La représentativité, clé d'accès aux organismes décisionnels.....	314
I. La participation des partenaires sociaux aux politiques économiques et sociales	314
II. La place des partenaires sociaux dans les organismes de sécurité sociale	316
Section 2 - Les questions annexes soulevées par la réforme.....	318
§1. Le Haut Conseil du dialogue social : une institution utile ?.....	319
§2. Les risques d'éclatement du contentieux	320
 Sous-titre 2. La nouvelle fonction des élections professionnelles.....	 322
 Chapitre 1 : Nouveaux participants, nouvelles stratégies.....	 323
Section 1 - Les syndicats libres, acteurs de la démocratie sociale renouvelée.....	323
§1. Des moyens d'accès à la légitimité adaptés pour les nouveaux acteurs de la démocratie sociale renouvelée	324

I.	De nouvelles prérogatives pour la rénovation de la démocratie sociale	325
A.	La possibilité de créer une section syndicale, une innovation capitale	325
B.	Des changements mineurs	328
1.	Des moyens matériels inchangés.....	328
2.	Des droits et libertés aménagés pour l'exercice du droit syndical	331
II.	Les moyens de communication des syndicats après 2008.....	335
A.	Les conséquences pratiques de la réforme au regard de la campagne électorale	335
1.	Un affichage supplémentaire à la charge des entreprises.....	336
2.	Le droit d'affichage étendu aux syndicats non représentatifs	337
B.	Les incidences de la réforme au regard des principes régissant la propagande électorale.....	338
1.	La fin de la propagande réservée aux seuls syndicats représentatifs	339
2.	La diffusion des tracts syndicaux par voie électronique	341
§2.	La représentation des sous-traitants dans l'entreprise utilisatrice : une vraie question ?.....	344
I.	L'évolution des droits des salariés mis à disposition.....	345
A.	La prise en compte des salariés mis à disposition dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice	346
B.	Electorat et éligibilité : la rationalité discutable des critères retenus par le législateur	349
II.	Les questions réglées par la réforme et les vides juridiques subsistants	351
A.	Les clarifications apportées par la réforme	352
1.	La dissociation opérée par la loi du 20 août 2008.....	352
2.	L'exclusion des salariés intérimaires	357
B.	Les vides juridiques qui subsistent	358
1.	Les locaux de l'entreprise, une notion à préciser	358
2.	L'hypothèse d'une cession d'activités	361
C.	La clarification nécessaire du régime de la sous-traitance	363
1.	Les difficultés pratiques suscitées par les paradoxes de la sous-traitance	363
2.	La vraie problématique de la représentation des salariés mis à disposition éludée.....	367
Section 2 –	Les incidences attendues et les incidences effectives de la réforme	372
§1.	Les changements attendus	372
I.	Le « nouveau » apparent du paysage syndical français	373
A.	Le rapprochement entre institutions élues et institutions désignées.....	373
B.	Un nouveau de façade.....	374
II.	Les nouvelles stratégies syndicales	376
A.	Les rapprochements syndicaux attendus	376
B.	Les stratégies prohibées	378
§2.	Le risque de « judiciarisation » des élections.....	381
I.	Les nouveaux contentieux électoraux	382
A.	De nouveaux cas d'annulation	382
1.	Les irrégularités affectant les opérations électorales, cause d'annulation, sous conditions	383
2.	La violation d'une règle d'ordre public, cause d'annulation de plein droit	384
B.	Stratégies syndicales : la nécessité d'informer les électeurs	385

C. L'augmentation des contentieux liée à la politisation des élections.....	387
II. Une révision nécessaire	388
Chapitre 2 : Nouvelles fonctions, nouvelles problématiques : approche	pratique
.....	390
Section 1 - Les difficultés tenant à la négociation des protocoles préélectoraux.....	391
§1. La négociation des protocoles d'accord préélectoraux après 2008.....	391
I. Les nouveaux invités à la négociation du protocole d'accord préélectoral	391
A. Les organisations syndicales « intéressées » dans la démocratie sociale renovée	392
1. La fin d'un monopole	393
2. Les adaptations jurisprudentielles suscitées par l'application des mesures transitoires	396
B. Les modalités variables de convocation des organisations syndicales.....	399
1. Des formes de convocation différentes	399
2. L'identité du destinataire de la convocation	400
II. La « double majorité » en pratique.....	401
A. La « double majorité », nouvelle condition de validité du protocole d'accord préélectoral	402
B. Une validité « à échelons ».....	404
§2. Les conséquences pratiques de la réforme au sein d'Aerolia.....	408
I. L'accord de reconnaissance des établissements distincts soumis à la double majorité.....	408
II. La présentation délicate du protocole d'accord préélectoral	410
III. Le problème de la dérogation aux conditions d'ancienneté pour être électeur et éligible.....	412
Section 2 - Les nouveaux enjeux du premier tour des élections	414
§1. Le quorum, un atout de la démocratie sociale.....	414
I. La notion de « carence » après 2008.....	415
II. La fonction régulatrice du quorum au service de la démocratie sociale.....	418
§2. Les conséquences pratiques de la réforme sur les opérations de dépouillement..	419
I. Le dépouillement obligatoire à l'issue du premier tour	419
II. Une démocratie partielle ?.....	422
CONCLUSION DU TITRE 1.....	424
TITRE 2. FAVORISER LA DEMOCRATIE SOCIALE : LES VRAIES QUESTIONS ET LES SOLUTIONS ENVISAGEABLES.....	426
Sous-titre 1. Dialogue social et démocratie sociale en entreprise : les questions de fond	429
Chapitre 1 : L'avancée de la démocratie sociale dans l'entreprise : mythe ou réalité ?	430
Section 1 - La démocratie sociale, un régime adapté à l'entreprise ?	430
§1. La notion de « démocratie sociale » au sens de la loi du 20 août 2008	430
I. La démocratie dans les relations collectives de travail	431

II. Démocratie sociale et représentation	432
§2. Une rénovation réussie ?	433
I. La « démocratie sociale » dans l'entreprise avant 2008	434
A. La démocratie sociale dans l'entreprise avant 2008.....	434
B. Le rapprochement avec la démocratie représentative.....	435
II. Les risques induits par la rénovation de 2008	436
A. La rénovation des critères de représentativité : un pari risqué	436
B. La rénovation des conditions de validité des accords collectifs	438
Section 2 - La rénovation de la démocratie sociale, une solution idéale ?.....	441
§1. Une contractualisation bénéfique ?	442
I. Une réforme fondée sur les « principes démocratiques du contrat » ?	442
A. Théorie de la contractualisation et relations collectives.....	443
B. La démocratie sociale et le contrat	444
II. Démocratie sociale et contractualisation	444
A. La loi et le contrat, des notions concomitantes	445
B. La contractualisation, partie intégrante de la démocratie sociale	446
§2. La nécessité d'une harmonisation des critères de représentativité.....	446
I. La représentativité garante de la légitimité démocratique...mais quelle représentativité ?	447
A. Représentativité légale.....	447
B. Les systèmes de représentativité conventionnelle : l'exemple allemand ..	448
II. Le glissement opéré par la loi du 20 août 2008.....	449
A. Un glissement vers le système de reconnaissance conventionnelle	449
B. La nécessité d'une harmonisation des critères	451
Chapitre 2 : L'objectif de légitimation des syndicats : une semi-réussite.....	453
Section 1 - L'objectif de légitimation des syndicats dans le cadre de la négociation collective	453
§1. La pertinence discutable de la réforme au regard du contexte sociopolitique	454
I. La restriction apparente du rôle du juge	455
II. La précarisation des syndicats dans l'entreprise.....	456
§2. Une loi qui ne résout pas le problème du déclin du syndicalisme en France.....	457
I. Un moyen valable de légitimation	458
II. Un problème de fond non résolu	458
Section 2 – La participation des syndicats à l'élaboration des lois ou la question de l'autonomie des partenaires sociaux	459
§1. L'autonomie limitée des partenaires sociaux dans l'élaboration des normes	460
I. Les limites tenant à la répartition des compétences.....	460
A. L'autonomie limitée des partenaires sociaux français.....	460
1. L'accroissement du domaine des accords collectifs	460
2. La rencontre des domaines de compétence ou la théorie des bulles	462
B. Des évolutions possibles.....	463
II. Les limites tenant à la conception française de la représentativité.....	464
§2. L'institutionnalisation souhaitable du rôle des partenaires sociaux.....	465
Sous-titre 2 : Des solutions envisageables	467

Chapitre 1 : La redéfinition nécessaire de certains principes.....	469
Section 1 – Les solutions envisageables au niveau interne.....	469
§1. L’obligation de loyauté et de bonne foi dans les négociations : des notions à développer.....	469
I. La bonne foi en l’absence de représentants du personnel.....	471
A. L’absence de représentation dans les sociétés de dimension transnationale : quelques solutions jurisprudentielles.....	472
1. L’établissement, siège de la représentation du personnel en France.....	473
2. La représentation non conditionnée par l’infrastructure matérielle de l’établissement.....	473
B. Des notions transnationales non définies : l’exemple du groupe.....	475
II. La bonne foi garantie par le droit à l’information : l’exemple du CEE.....	477
A. Le droit d’information du CEE.....	478
B. Une notion à préciser.....	479
§2. Le recours superflu aux seuils de représentativité.....	482
Section 2- Les solutions d’origine européenne.....	485
§1. La représentativité européenne, une source d’inspiration pour le droit français ?.....	486
I. Une notion mal définie.....	487
A. La représentativité, clé d’accès au dialogue social européen.....	488
B. Un notion relative.....	489
1. Les avantages de la définition européenne.....	489
2. L’aspect relatif de la notion.....	493
II. Une garantie démocratique indispensable.....	494
A. Des problématiques similaires.....	495
B. La légitimité par la représentativité en Europe.....	496
1. La représentativité nécessaire.....	496
2. Les solutions envisageables.....	499
§2. L’influence du droit européen en matière de négociation collective.....	500
I. Les similitudes et contradictions des droits.....	500
A. Les garanties offertes par le droit international.....	501
1. Le droit d’organisation et de négociation collective.....	501
2. La liberté syndicale consacrée.....	503
B. La remise en cause de la loi du 20 août 2008 sur le fondement de la liberté syndicale.....	504
1. L’ingérence du législateur dans le fonctionnement syndical : un argumentaire peu convaincant.....	506
2. La loi du 20 août face au principe d’égalité entre les syndicats.....	509
II. Les solutions envisageables.....	511
A. Une concertation renforcée.....	512
1. Le recours accru à la Méthode Ouverte de Coordination.....	513
2. Des idées de changements institutionnels.....	515
B. La reconnaissance mutuelle des partenaires sociaux, une solution adaptable en France ?.....	517
1. Le principe de la reconnaissance mutuelle.....	517
2. Les titulaires du droit à négocier : salariés ou syndicats ?.....	521
Chapitre 2 : L’adaptation possible de certains principes.....	524

Section 1 - La légitimité des partenaires sociaux européens dans le processus normatif ...	525
§1. Des institutions d'avenir.....	525
I. Les confédérations, des institutions prometteuses	526
A. Les confédérations, acteurs incontournables du dialogue social européen.....	526
B. Les confédérations, des structures transnationales d'avenir.....	530
II. Les organisations syndicales sectorielles, futurs acteurs des négociations professionnelles	532
§2. Les limites à l'intervention des partenaires sociaux européens	533
I. La souveraineté nationale, un obstacle majeur mais pas insurmontable.....	534
A. Les partenaires sociaux face à la souveraineté nationale : l'exemple de la MOC.....	535
B. Un problème similaire en France.....	536
1. La délimitation d'un espace conventionnel : principe général.....	537
2. La limitation de l'autonomie par la détermination de l'ordre public en droit du travail.....	539
II. Les obstacles européens.....	542
A. L'application relative du principe de subsidiarité	542
1. La subsidiarité suppose un contrôle renforcé de la légitimité	544
2. La dimension « fonctionnelle » du principe de subsidiarité.....	545
B. L'imprécision du droit européen	546
Section 2 – La compatibilité discutable de la démocratie sociale à la française.....	547
§1. Des différences conceptuelles	548
I. La notion de dialogue social	548
A. La consultation des partenaires sociaux au cœur du dialogue social	548
B. La notion de dialogue social appréhendée par la France.....	549
II. La présomption irréfragable de représentativité confrontée au droit international	550
A. Le monopole syndical et la présomption irréfragable remis en cause.....	550
B. La présomption irréfragable, un privilège inégalitaire ?	551
§2. La subsidiarité, un remède aux problèmes français	552
I. Le principe de subsidiarité, une notion étrangère au droit français	553
II. L'intégration souhaitable du principe de subsidiarité en droit français.....	555
CONCLUSION DU TITRE 2.....	558
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	560
CONCLUSION GENERALE	563
BIBLIOGRAPHIE	568
INDEX	596
TABLE DES MATIERES	602

La loi du 20 août 2008 rénove la démocratie sociale afin de renforcer la légitimité des syndicats mais aussi celle des conventions et accords collectifs qu'ils concluent. Pour ce faire, la réforme de 2008 modifie les critères de la représentativité et de validité des accords collectifs. Elle contient diverses dispositions en ce sens, les plus novatrices étant celles qui érigent l'audience électorale au rang de critère déterminant de la représentativité et imposent le cumul de tous les critères légaux pour l'accès des syndicats à la qualité représentative. Ces nouveautés entraînent différentes conséquences. Parmi les plus importantes, désormais, la représentativité est mesurée à partir de l'entreprise et non plus déterminée par les pouvoirs publics. La présomption irréfutable de représentativité est ainsi appelée, à terme, à disparaître. La réforme permet en outre aux salariés mis à disposition d'être électeurs ou éligibles aux élections professionnelles de l'entreprise d'accueil, sous certaines conditions, ce qui soulève de nombreuses interrogations juridiques et pratiques.

La loi du 20 août 2008 apporte donc un certain nombre de changements, portant bien une rénovation. Pour autant, on peut se demander si elle contribue effectivement au développement de la démocratie sociale. Le choix d'une réforme de la représentativité centrée sur la légitimité des syndicats est-il pertinent ?

En effet, cette réforme vise à renforcer la légitimité des syndicats dans la négociation collective, via notamment, l'introduction du critère de l'audience. Elle a toutefois soulevé des difficultés pratiques et entraîné un contentieux abondant qui laissent penser qu'une révision du texte est peut-être nécessaire.

Par ailleurs, en introduisant le critère de l'audience, la loi du 20 août 2008 risque d'entraîner une politisation des relations et des élections professionnelles : afin de renforcer la légitimité des syndicats, elle opère un rapprochement avec le système des élections démocratiques tel qu'on le connaît en France pour d'autres institutions.

L'examen de ces différents éléments révèle que la véritable problématique de fond que soulève cette réforme ne porte pas uniquement sur la question de la représentativité des partenaires sociaux ou leur légitimité mais réside en réalité dans la question de la répartition des compétences entre le législateur et ces derniers, autrement dit de l'autonomie des partenaires sociaux : quelle marge de manœuvre, quelle liberté est-on prêt à accorder aux partenaires sociaux pour qu'ils édictent des normes dans les domaines normalement réservés au législateur ? Comment dans ce cas articuler la loi et la convention collective ? Cela passe-t-il nécessairement par une révision constitutionnelle ?

La recherche de solutions à ces différentes questions conduit à constater que des problématiques similaires existent au niveau européen. Toutefois, des mécanismes différents y sont mis en œuvre. Il est intéressant de rechercher à ce niveau des outils qui seraient exploitables pour faciliter la mise en œuvre du dialogue social en France, voire résoudre les problématiques liées à la fonction normative des syndicats que ce soit dans l'entreprise ou concernant leur participation à l'élaboration des lois.