DROIT SYNDICAL

REPRÉSENTATIVITÉ ET DROIT SYNDICAL APRÈS LA LOI DU 20 AOÛT 2008

par Aude LE MIRE

SACHEZ-LE VITE

La loi du 20 août 2008 supprime de manière progressive mais totale la présomption irréfragable de représentativité. Désormais toute organisation syndicale devra faire la preuve de sa représentativité à chaque niveau de négociation. La représentativité syndicale étant établie par la réunion de sept critères légaux dont, pilier la réforme, l'audience.

La loi favorise l'implantation syndicale dans l'entreprise en rendant possible la création de section syndicale y compris par des organisations non encore représentatives mais présentant trois critères. Au sein de celles-ci, un représentant de la section syndicale, représentant du personnel d'un nouveau type, peut être désigné pour animer la section et amener le syndicat à la représentativité.

Le délégué syndical, seul détenteur de la capacité de négocier, voit ses conditions de désignation rendues plus ardues. Il doit avoir été désigné par un syndicat représentatif — qui a forcément obtenu 10 % au premier tour des dernières élections professionnelles — et doit avoir également obtenu un score personnel de 10 % à ces mêmes élections.

Les élections professionnelles ainsi que le droit de la négociation collective connaissent d'importantes évolutions.

PLAN

	page
1. LA REPRÉSENTATIVITÉ SYNDICALE	384
A - La représentativité avant la reforme	384
B - Les nouvelles règles de représentativité	385
2. LA PRÉSENCE SYNDICALE DANS L'ENTREPRISE	391
A - La section syndicale : les nouvelles règles	391
B - Le représentant de la section syndicale (RSS) : un nouveau représentant du personnel	392
C - Le délégué syndical	394
D - Le représentant syndical au comité d'entreprise	396
Encadrés	
Syndicats catégoriels	385
Négociations de branche	387
Transparence financière	388
Mise à disposition des militants auprès des syndicats : clarification	389
Les élections professionnelles : ce qu'il faut retenir	390
Représentant de la section syndicale : il peut exceptionnellement négocier	391
Réduction importante et durable de l'effectif en dessous des 50 salariés	392
Désignation d'un délégué syndical dans les entreprises de moins de 50 salariés	393
Déroulement de carrière des représentants du personnel	395
Les nouvelles règles de la négociation collective en résumé	397
Tableaux	
Les nouveaux critères de la représentativité	386
Principales dates d'entrée en vigueur des dispositions de la loi du 20 août 2008	394

D'antiques règles sur la représentativité et la validité des accords collectifs sont enfin révisées. Le premier volet de la loi portant rénovation de la démocratie sociale (1) **trouve sa source dans une position commune signée le 9 avril 2008 par le Medef et la CGPME pour le patronat, et, du côté des syndicats, par la CGT et la CFDT** (2)**, dont l'objet était de tenir compte du chemin parcouru depuis les années 50 et de renforcer la légitimité des accords collectifs. Il est admis par tous les acteurs que les**

(1) Loi n° 2008-789 du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *JO* du 21. Sur le volet « temps de travail », voir L.Milet et C.Ahumada, *RPDS* 2008, n° 762, p.311.

(2) Cette « position commune sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme » a été élaborée au terme de mois de débats entre patronat et syndicats.

anciennes règles relatives à la représentativité étaient datées et ne tenaient pas compte de l'évolution de la négociation collective, passée d'une négociation d'acquisition à une négociation multiforme où le principe de faveur tend malheureusement à perdre de sa pertinence.

La réforme de la représentativité qui irrigue le droit syndical, le droit des élections professionnelles et le droit de la négociation collective, est majeure.

En effet, la loi du 20 août 2008 met fin, de façon progressive mais complète, à la présomption irréfragable de représentativité et conditionne la représentativité des syndicats à la réunion de sept critères. Cette représentativité ouvre droit à la désignation d'un délégué syndical et donne accès à la table des négociations. Parallèlement la loi institue une représentativité « allégée », obtenue lorsque trois critères sont réunis, qui permet de constituer une section syndicale, négocier le protocole préélectoral et présenter des candidats aux élections professionnelles.

Dans l'entreprise, la représentativité d'une organisation syndicale doit être prouvée à chaque nouvelle élection, c'est-à-dire au moins tous les quatre ans. Les organisations non représentatives qui créeront une section syndicale s'emploieront, à travers un représentant d'un nouveau type, à gagner en audience. Les conditions restrictives de désignation d'un délégué syndical, cohérentes avec les exigences de représentativité maximum, font l'objet de critiques de la part de la doctrine. Quoi qu'il en soit, un effort devra être fait par les institutions représentatives du personnel pour favoriser la participation des salariés au premier tour des élections, dont les résultats serviront de mesure.

Le présent article présente et commente principalement les dispositions de la loi relatives à la représentativité et à la présence syndicale dans l'entreprise (3).

1 LA REPRÉSENTATIVITÉ SYNDICALE

Le régime antérieur à la loi du 20 août 2008, dominé par la présomption irréfragable de représentativité, résultait d'une loi de 1950 et d'un arrêté de 1966, fixant la liste des centrales bénéficiant de cette présomption. La CGT appelait depuis longtemps de ses vœux la révision de ces règles pour donner aux syndicats une plus grande légitimité, notamment lorsqu'ils engagent, lors de la conclusion des accords collectifs, une collectivité de salariés. Toutefois, elle plaidait pour le maintien de la présomption irréfragable au profit des syndicats d'entreprise affiliés à des organisations syndicales dont la représentativité était prouvée aux niveaux supérieurs. Cette option n'a pas été retenue. La présomption irréfragable est abandonnée, et seule demeure, pour une période transitoire, la présomption simple.

A - LA REPRÉSENTATIVITÉ AVANT LA RÉFORME

a) LA PRÉSOMPTION IRRÉFRAGABLE

1. Principe

En vertu d'un arrêté de 1966 (4), cinq grandes centrales syndicales bénéficiaient d'une présomption irréfragable de représentativité : la CGT, la CGT-FO, la CFDT, la CFE-CGC et la CFTC. Par définition, la présomption irréfragable ne pouvait pas être renversée par la preuve contraire. Elle assurait à ces syndicats une grande stabilité, mais avait pour effets secondaires de figer le paysage syndical et d'attribuer à certains syndicats d'entreprise la capacité de conclure des accords collectifs sans être réellement représentatifs (5) et de leur éviter d'avoir à démontrer leur « implication effective dans l'action », disent certains auteurs (6).

2. Effets

Au niveau de l'entreprise. Les syndicats affiliés à l'une des cinq organisations bénéficiant de la présomption irréfragable de représentativité avaient le monopole de présentation au premier tour des candidats aux élections du personnel. Ils pouvaient constituer des sections syndicales dans les entreprises de 50 salariés et plus et négocier et conclure des accords collectifs (même si la loi du 4 mai 2004 avait apporté des tempéraments à leur monopole) (7).

Au niveau de la branche et au niveau national interprofessionnel. Les organisations affiliées aux cinq grandes confédérations pouvaient participer aux négociations des accords collectifs, bénéficier de subventions étatiques et participer à la gestion de la Sécurité sociale et de l'Unedic.

b) LA REPRÉSENTATIVITÉ PROUVÉE : LOI ET JURISPRUDENCE

Les syndicats non présumés représentatifs devaient apporter la preuve de leur représentativité. Ils devaient pour

(3) Nous consacrerons un prochain numéro spécial à la négociation collective intégrant les modifications résultant de la loi du 20 août 2008.

(4) Arrêté du 31 mars 1966, *JO* du 2 avril 1966 p.2675.

(5) Exemple singulier, un syndicat affilié à une organisation nationale représentative n'avait pas besoin d'avoir ne serait-ce qu'un adhérent pour être invité à la négociation d'un protocole préélectoral : Cass.soc. 4 fév.1997, n° 95-60994, *bull.* 49.

(6) F.Duquesne, « un délégué syndical en devenir : le nouveau représentant de la section syndicale », *Dr.soc.* 2008-1084.

(7) Voir « La négociation collective après la loi du 4 mai 2004 », *RPDS* 2004, n° 710.

cela remplir les critères légaux, définis à l'ancien article L.2121-1 du Code du travail (8) : les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté du syndicat, l'attitude patriotique pendant l'Occupation. A ces critères, les juges avaient ajouté l'audience et l'influence (9) que le législateur de 2008 reprend à son compte.

Seules les organisations non affiliées aux cinq grandes confédérations ont été amenées, par le passé, à prouver leur représentativité. Pour ce faire, la Cour de cassation a estimé que « dès lors qu'il constate l'indépendance et caractérise l'influence du syndicat au regard des critères énumérés à l'article L.133-2 du Code du travail, le tribunal d'instance apprécie souverainement la représentativité » (10). La haute juridiction avait ainsi mis en valeur le critère de l'indépendance et le critère de l'influence (11).

Ces critères n'étaient pas cumulatifs. L'indépendance ainsi qu'un nombre d'adhérents et une activité non négligeables permettaient à un syndicat d'être reconnu représentatif en dépit de sa création récente (12). Tout comme la faiblesse des effectifs pouvait être compensée par une activité et un dynamisme suffisant. En précisant que le juge ne pouvait pas, au seul vu de l'activité et de l'audience d'un syndicat, s'interdire d'examiner les autres critères (13).

B - LES NOUVELLES RÈGLES DE REPRÉSENTATIVITÉ

La loi portant rénovation de la démocratie sociale supprime la présomption irréfragable de représentativité dont bénéficiaient la CGT, la CFDT, la CFE-CGC, FO, et la CFTC. Elle transpose les critères de représentativité élaborés par la position commune, désormais applicables à tous les niveaux : établissement, entreprise, branche, etc. Elle maintient de façon temporaire une présomption simple (14), notamment du fait que la mesure de l'audience sur le plan local et *a fortiori* sur le plan national va prendre du temps.

La jurisprudence relative à la preuve de la représentativité va-t-elle continuer à s'appliquer ? On suppose que les juges vont s'y référer en cas de contentieux, du moins s'ils se basent sur la volonté affirmée dans la position commune que « les règles actuellement applicables au contrôle et au contentieux de la représentativité demeurent applicables ».

SYNDICATS CATÉGORIELS

L'audience des syndicats catégoriels affiliés à une organisation syndicale catégorielle interprofessionnelle (aujourd'hui, la seule CFE-CGC) n'est pas calculée tous collèges confondus mais au regard des résultats obtenus dans les collèges où ces syndicats catégoriels sont habilités à présenter des candidats.

En effet, l'article L.2122-2 nouveau du Code du travail stipule que « dans l'entreprise ou l'établissement sont représentatives, à l'égard des personnels relevant de collèges électoraux dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats, les organisations syndicales catégorielles affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale qui satisfont aux critères de l'article L.2121-1 et qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise, ou de la délégation unique ou à défaut des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants ».

L'audience est évaluée à partir des résultats enregistrés dans le ou les collèges où le syndicat a vocation, de par ses statuts, à présenter des candidats. La loi n'exige pas que le syndicat ait effectivement présenté des candidats dans ce ou ces collèges. Cette nuance leur est plus favorable.

Le principe vaut également pour l'évaluation de l'audience au niveau de la branche (1) et au niveau national (2).

(1) Art. L.2122-7 nouv. du Code du travail.
(2) Art. L.2122-10 nouv. du Code du travail.

a) LES NOUVEAUX CRITÈRES

Les syndicats devront désormais établir leur représentativité sur la base de nouveaux critères légaux. Les critères émanant de la position commune sont intégralement repris, dans un ordre différent, dans la loi du 20 août 2008.

Selon le nouvel article L.2121-1 du Code du travail, la représentativité syndicale est déterminée d'après les critères cumulatifs suivants :

- le respect des valeurs républicaines ;
- l'indépendance ;
- la transparence financière ;
- une ancienneté minimale de deux ans, dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation ;
- l'audience ;
- l'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ;
- les effectifs d'adhérents et les cotisations *(voir tableau page suivante).*

Les trois critères de respect des valeurs républicaines, d'indépendance et d'ancienneté prennent une dimension particulière dans la mesure où les syndicats non représentatifs parés de ces vertus peuvent constituer des sections syndicales, négocier le protocole préélectoral et présenter des candidats aux élections professionnelles.

Une partie de la doctrine estime que certains critères relèvent plus de la qualité des syndicats que de leur représentativité, certains auteurs allant jusqu'à dire que l'audience à elle seule aurait pu suffire (15).

(8) Il s'agit de l'article L.133-2 d'avant la recodification.

(9) Cass.soc. 2 mars 2004, n° 02-60746, Syndicat Sud aérien c/ Sté Servair. Dans cette espèce, le syndicat Sud, dont l'indépendance n'est pas contestée, est jugé non représentatif car dépourvu d'influence réelle.

(10) Cass.soc. 3 déc.2002, n° 01-60729, *bull.* n° 364. Dans son rapport 2002, la Cour de cassation, affirme que « l'indépendance est une condition fondamentale de l'aptitude d'un syndicat à représenter la collectivité des travailleurs » et que « l'influence détermine son implantation durable et effective dans l'entreprise, l'influence s'entendant des résultats objectifs d'une activité authentiquement tournée vers la défense des intérêts des travailleurs et pas seulement de l'aptitude à faire connaître le syndicat ».

(11) Sur la question, voir Cass.soc. 9 juin 1999, *RPDS* 1999, n° 652-653, p.294, comm. M.Carles et Cass.soc. 21 mai 2003, n° 01-60660, *bull.* n° 172.

(12) Cass.soc. 16 mai 1990, n° 89-61452, Sté Mesnel.

(13) Cass.soc. 8 fév.1994, n° 93-60141, Syndicat CFDT du personnel des organismes d'assurances et a.

(14) Art. 11 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008.

(15) PH.Antonmattei, « Les critères de représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril », *Dr.soc.* 2008, p.771. Précisons que l'auteur plaidait pour l'organisation d'un vote ne portant que sur la représentativité et associant tous les salariés.

b) CRITÈRES SUPPLÉMENTAIRES SPÉCIFIQUES

Au niveau de la branche professionnelle, la loi exige, reprenant en ce sens la position commune, que le syndicat dispose d'une implantation territoriale équilibrée au sein de la branche.

Au niveau interprofessionnel, l'organisation doit être représentative dans les branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services.

Critères	Commentaires
RESPECT DES VALEURS REPUBLICAINES Ce critère remplace l'attitude patriotique pendant l'Occupation, critère devenu obsolète. La position commune indiquait que ce critère 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 ». Il s'agit notamment de combattre les tentatives de groupes d'extrême droite d'implanter des syndicats tel ce prétendu « syndicat » Front National, dont la Cour de cassation avait confirmé la dissolution pour avoir prôné « des distinctions fondées sur la race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique » *(Cass.ch.mixte 10 avril 1998, n° 97-17870, Syndicat Front national de la police).*	Le respect des valeurs républicaines constitue, selon certains commentateurs, une « qualité » intrinsèque à tout syndicat plutôt qu'un critère de représentativité. Certains craignent que ce critère ne fasse affluer auprès des tribunaux une « mine de questions » que la position commune avait pour partie révélée (P.Rodière, « Du dialogue social à la démocratie sociale », SSL 13 oct.2008, p.9).
INDÉPENDANCE Le critère de l'indépendance vis-à-vis de l'employeur existait avant la loi, qui le reprend sans plus le définir. Selon une jurisprudence constante, la notion d'indépendance vise l'indépendance à l'égard de l'employeur et du patronat en général. Il s'agit d'écarter les syndicats «maison» créés sous la pression ou l'influence de l'employeur. L'indépendance d'un syndicat n'est pas établie lorsque 8 de ses adhérents sur 14 sont membres d'une association subventionnée par l'employeur *(Cass.soc. 27 janv.1983, n° 82-60.129)*, lorsqu'un syndicat autonome a une attitude hostile au droit de grève *(Cass.soc. 12 juin 1980, n° 80-60043)* ou encore lorsque le syndicat a une activité essentiellement orientée contre les autres syndicats *(Cass.soc. 3 juil.1984, n° 83-63533).* L'indépendance financière vis-à-vis de l'employeur pourra être établie par le biais des comptes annuels. Les juges considèrent que l'indépendance est fondamentale.	L'indépendance est constitutive de la liberté syndicale, laquelle a deux aspects : liberté de se syndiquer et liberté de constituer un syndicat. « Un syndicat libre est un syndicat indépendant, indépendance garantie par ses moyens, son histoire et son action». (B.Boubli : « Etude limitée à la représentativité et ses attributs», SSL du 13 oct.2008 p.16). Selon l'auteur, il y a, dans la loi, confusion entre des critères tels que l'audience et l'influence qui attestent réellement de la représentativité des syndicats, et les autres qui sont plus de nature à identifier les syndicats « libres ».
TRANSPARENCE FINANCIÈRE L'article L.2135-1 nouv. du Code du travail impose aux syndicats professionnels et leurs unions de produire des comptes annuels dans des conditions qui seront fixées par décret (dans la position commune, il s'agissait d'une loi, et l'obligation ne pesait que sur les confédérations, fédérations et unions régionales). Le titre de la section du Code du travail dans lequel l'article est inclus est « certification et publication des comptes des organisations syndicales ». Il s'agit de comptes certifiés, qui doivent passer entre les mains d'un expert comptable ou bien d'un commissaire aux comptes (au delà d'un certain seuil qui sera défini par décret). En attendant le décret annoncé, l'article 10 de la loi, au chapitre « Ressources et Moyens », comporte des éléments utiles à la vérification du critère.	La transparence financière permet de vérifier les comptes du syndicat, la provenance et l'utilisation de ses ressources (et, dans une certaine mesure, son indépendance vis-à-vis de l'employeur). Cette exigence donne, certes, de la crédibilité aux structures, mais risque aussi de constituer un moyen de pression pour l'employeur. Ce dernier ne pourrait-il en effet demander à tout moment au syndicat d'entreprise de justifier de ses adhérents et du détail de ses comptes, en brandissant la menace d'un contentieux ? En outre, cette obligation est-elle bien adaptée à la réalité du terrain ? Par exemple, les budgets de fonctionnement des syndicats sont souvent mutualisés via une union locale ou une union professionnelle : leur imposer de tenir une comptabilité en bonne et due forme ferait peser sur eux une charge injustifiée.
ANCIENNETÉ Déjà existant avant la réforme, le critère de l'ancienneté est précisé par la loi du 20 août 2008 : l'ancienneté doit être de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation. Elle s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts. Si, aux yeux des juges, la jeunesse d'un syndicat pouvait être compensée par son dynamisme, il semblerait que ce ne soit plus le cas désormais, en raison du caractère cumulatif des critères.	

Critères	Commentaires
AUDIENCE **Au niveau de l'entreprise :** le critère est rempli dès lors que le syndicat obtient 10 % des suffrages exprimés au 1er tour des élections professionnelles (CE, délégation unique du personnel (DUP), ou à défaut DP). **Au niveau de la branche professionnelle et au niveau national interprofessionnel :** le syndicat doit obtenir au moins 8 % des suffrages exprimés au 1er tour, sur la base des résultats consolidés des élections professionnelles. **3 précisions à noter :** – ne sont pris en compte que les votes pour l'élection des titulaires ; – les résultats du 1er tour sont décomptés quel que soit le nombre de votants. Il n'y a pas de quorum ; – les bulletins blancs ou nuls ne comptent pas (voir p.388).	L'audience est le pilier de la réforme. Les résultats des élections professionnelles ont été préférés à ceux des prud'homales, notamment en raison de la forte abstention qui frappe ces dernières. On peine à imaginer qu'un syndicat qui obtiendrait un score important aux élections puisse être considéré comme manquant d'influence. Si bien que, comme le soulignent certains auteurs, les deux critères de l'influence et de l'audience pourraient se confondre. Néanmoins, le législateur a indiqué que l'influence comprenait prioritairement l'activité et l'expérience (voir ci-dessous).
INFLUENCE Selon la loi, l'influence est « prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ». Le mot « prioritairement » signifie que l'influence ne se limite pas à ces éléments. La position commune avait ajouté l'implantation géographique et professionnelle du syndicat et précisé en outre que « l'activité s'apprécie au regard de la réalité des actions menées par le syndicat et témoigne de l'effectivité de la présence syndicale ». L'activité passée du syndicat, ou singulièrement d'un de ses dirigeants, peut témoigner de l'expérience.	La jurisprudence accordait déjà une grande importance à l'influence du syndicat. Dans une espèce, l'employeur contestait la représentativité d'un syndicat en raison d'une implantation récente et de prétendus défaut d'expérience et effectifs trop faibles. Mais la Cour de cassation a estimé que, outre l'indépendance, le syndicat faisait preuve d'une réelle influence au regard des critères de l'article L.133-2 du Code du travail, c'est-à-dire au regard des cotisations, des effectifs, etc. (Cass.soc. 3 déc.2002, n° 01-60729, Caisse d'épargne et de prévoyance d'Alsace, bull. n° 364).
EFFECTIFS - COTISATIONS La loi n'apporte aucune précision sur ces critères. Les cotisations, ressources du syndicat, sont gage de son indépendance. Les juges estiment que les cotisations doivent permettre au syndicat d'avoir une activité, d'assurer son indépendance à l'égard de l'employeur, et de faire état d'un nombre réel d'adhérents. Les effectifs doivent être suffisamment nombreux pour que le syndicat représente réellement les intérêts des salariés *(Cass.soc. 13 fév. 1999, n° 97-60633, bull. n° 175).* Les cotisations (et donc le volume d'adhérents) apparaîtront dans les comptes annuels.	Le critère des effectifs doit être apprécié en fonction de la syndicalisation dans l'entreprise ou l'établissement, et du nombre des adhérents des autres syndicats implantés dans le périmètre donné.

c) CARACTÈRE CUMULATIF DES CRITÈRES

La loi précise que les critères sont « cumulatifs », c'est-à-dire qu'ils doivent tous être vérifiés. Cette obligation se démarque des règles jurisprudentielles antérieures (16). Ils doivent en outre être « appréciés de manière globale ». Il y a sur ce dernier point un glissement de termes entre le texte de la loi et la position commune, laquelle notait que les critères devaient être appréciés « dans un cadre global ». Cette formule tendait à atténuer l'exigence du cumul : elle pouvait tenir compte, par exemple, de l'affiliation du syndicat en question.

L'obligation d'apprécier les critères de manière globale semble restrictive par rapport à l'interprétation a contrario que l'on peut faire de certaines dispositions de la loi. Le syndicat qui présente trois critères (ancienneté, respect des valeurs républicaines et indépendance) peut se présenter aux élections et désigner un représentant de section syndicale (RSS). Lequel RSS perd ses attributions si le syndicat dont il était issu n'obtient pas 10 % aux élections suivantes. On aurait pu déduire de ces règles que l'obtention des 10 %, ajoutée aux trois critères précités, emporterait reconnaissance de la représentativité. Il n'est pas certain que cette interprétation l'emporte (voir p.393).

Il faut bien sûr attendre les premières décisions des juges : même si leur marge de manœuvre est réduite, ils devraient s'employer à pondérer les critères. Selon le gouvernement, leur pondération pourra varier selon les situations et les niveaux, en fonction de leur importance relative.

NÉGOCIATIONS DE BRANCHE

Lorsque la représentativité des organisations syndicales est établie, celles-ci fixent, en lien avec les organisations d'employeurs, la liste des sujets qui font l'objet de la négociation collective de branche ainsi que les modalités de son organisation (1).

(1) Art. L.2122-8 nouv. du Code du travail.

(16) Par exemple, sur le défaut d'ancienneté, Cass.soc. 16 mai 1990, précité.

TRANSPARENCE FINANCIÈRE

Les syndicats de salariés ou d'employeurs qui contrôlent une ou plusieurs personnes morales, sans entretenir avec elles de liens d'adhésion ou d'affiliation sont tenus, dans des conditions déterminées par décret, d'établir des comptes consolidés, ou de fournir, en annexe à leurs propres comptes, les comptes de ces personnes morales, ainsi qu'une information sur la nature du lien de contrôle (1).

(1) *Art. 2135-2 nouv. et suiv. du Code du travail.*

D) MESURE DE L'AUDIENCE

La loi met en place une représentativité « ascendante » : les élections dans l'établissement ou l'entreprise déterminent la représentativité des syndicats à ces niveaux-là et, par conséquent, leur capacité à y désigner un délégué syndical. Ces mêmes résultats permettent, une fois agrégés, de juger de la représentativité des organisations au niveau de la branche, puis au niveau national interprofessionnel. La représentativité doit s'apprécier à chaque niveau.

Avant la réforme, la représentativité de certaines organisations au niveau national faisait présumer de leur représentativité aux niveaux inférieurs, et leur permettait de présenter des candidats aux élections du personnel.

1. Au niveau de l'entreprise

La représentativité des syndicats sera désormais appréciée à chaque nouvelle élection, c'est-à-dire au moins tous les quatre ans. Les syndicats doivent, en plus de remplir les critères légaux, recueillir au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des élections des titulaires au comité d'entreprise (CE), ou de la délégation unique du personnel (DUP) ou à défaut des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants (17).

Les bulletins blancs et nuls ne comptent pas, car ils ne sont pas « exprimés ». Pas de changement sur ce point, même si le mot « valablement » disparaît du texte de loi.

En revanche, les bulletins — des titulaires uniquement — sont décomptés « quel que soit le nombre de votants ». La loi n'exige aucun quorum pour la mesure de la représentativité. Les résultats du premier tour seront pris en compte même en cas de forte abstention, et les votes devront, par conséquent, être dépouillés dès le premier tour (18).

La faiblesse de la participation au premier tour ainsi que le fait que nombre de petites entreprises passent au travers des mailles du filet des élections professionnelles, sont ainsi susceptibles de fausser la mesure de l'audience.

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 de nouveaux pourcentages, qui fonderont la mesure pour la validité des accords (19).

En cas de liste commune établie par deux syndicats, la répartition des suffrages entre les deux doit se faire sur la base indiquée par les intéressés lors du dépôt de leur liste. A défaut d'indication, la répartition se fait à parts égales entre les deux organisations (20).

2. Au niveau de l'établissement

Si la représentativité est mesurée au niveau de l'établissement, ce sont les résultats du premier tour des élections du comité d'établissement qui sont pris en compte.

La loi est muette sur la façon dont doit être déterminée la représentativité des syndicats dans une entreprise possédant plusieurs établissements.

Des éclaircissements sont fournis par la circulaire du 13 novembre 2008, qui distingue deux cas de figure :

1. dans l'entreprise qui n'a qu'un comité d'entreprise, mais dont les établissements organisent des élections de délégués du personnel, ce sont les élections au CE qui sont prises en compte pour déterminer les syndicats représentatifs dans l'entreprise et l'ensemble des établissements.

2. dans l'entreprise composée de plusieurs établissements distincts dans lesquels se déroulent des élections au comité d'établissement :

— la représentativité au niveau des établissements est fondée sur les résultats des élections des comités d'établissement ;

— la représentativité d'un syndicat au niveau de l'entreprise (pour la désignation d'un délégué central par exemple, ou la négociation au niveau central de l'entreprise) se calcule par l'addition de l'ensemble des suffrages obtenus par le syndicat dans l'ensemble des établissements, quel que soit le pourcentage qu'il a obtenu par établissement. Lorsque les élections des différents établissements sont échelonnées dans le temps, sont comptabilisés les suffrages des dernières élections de chaque établissement.

Ces règles posent question : un syndicat non représentatif dans un établissement peut tout à fait l'être au niveau de l'entreprise, et vice versa. Dans ces conditions, comment s'exercent les droits que la loi réserve aux syndicats représentatifs, tels que désigner un délégué syndical par exemple ?

3. Au niveau du groupe

La représentativité des organisations syndicales au niveau de tout ou partie du groupe est calculée en additionnant l'ensemble des suffrages obtenus dans les entreprises ou les établissements concernés (21). Le seuil des 10 % est applicable.

La première mesure de représentativité à ce niveau s'effectue sur un cycle électoral complet, dont le point de départ est constitué par les résultats des premières élections organisées dans une entreprise selon les nouvelles règles (22).

4. Au niveau de la branche professionnelle

A ce niveau, pour être représentatifs, les syndicats doivent, en plus de remplir les critères de l'article 2121-1 du Code du travail :

— disposer d'une implantation territoriale équilibrée au sein de la branche (23) ;

— avoir recueilli au moins 8 % des suffrages exprimés au 1er tour des dernières élections des titulaires aux CE, ou de la DUP, ou à défaut des DP, quel que soit le nombre des votants, additionnés au niveau de la branche.

(17) Art. L.2122-1 nouv. du Code du travail.

(18) La jurisprudence Adecco est remise en cause : Cass.soc. 20 déc.2006, n° 05-60345, Synd. CGT Adecco, *bull.* n° 386.

(19) Circulaire DGT n° 20 du 13 nov.2008.

(20) Art. L.2122-3 nouv. du Code du travail.

(21) Art. L.2122-4 nouv. du Code du travail.

(22) Circulaire DGT n° 20 du 13 nov.2008.

(23) La loi ne fournit aucune précision sur cette exigence.

MISE A DISPOSITION DES MILITANTS AUPRÈS DES SYNDICATS : CLARIFICATION

La loi de rénovation de la démocratie sociale encadre la mise à disposition de salariés par les entreprises, autrefois négociée au cas par cas. Celle-ci fait désormais légalement partie des dérogations au principe d'illicéité du prêt de main d'œuvre à but lucratif (1).

L'article L.2135-7 nouv. du Code du travail stipule qu'avec son accord exprès, un salarié peut être mis à disposition d'une organisation syndicale ou d'une association d'employeurs. Pendant cette mise à disposition, les obligations de l'employeur à l'égard du salarié, c'est-à-dire le versement d'un salaire par exemple, sont maintenues. A la fin de la mise à disposition, le salarié doit, précise la loi, retrouver « son précédent emploi, ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente ».

Cette possibilité est soumise à la conclusion d'un accord de branche étendu ou un accord d'entreprise déterminant les « conditions dans lesquelles il peut être procédé à une mise à disposition de salariés auprès d'organisations syndicales ou d'associations d'employeurs » (2).

Dans l'entreprise, la mise à disposition de travailleurs doit faire l'objet d'une information de l'employeur, soit lors des négociations annuelles obligatoires, soit, si l'entreprise n'est pas soumise à l'obligation annuelle de négocier, aux salariés qui en font la demande.

(1) Art. L.8241-1 nouv. du Code du travail.
(2) Art. L.2135-8 nouv. du Code du travail.

La mesure de l'audience a lieu tous les quatre ans (24) et c'est le ministre du Travail qui arrêtera la liste des syndicats représentatifs dans chaque branche. Les modalités de recueil et de consolidation des résultats seront fixées par décret (25).

A noter que dans les branches dans lesquelles plus de la moitié des salariés sont employés dans des entreprises trop petites pour organiser des élections, la loi maintient provisoirement une présomption simple au profit des syndicats affiliés à des organisations représentatives au niveau national (voir ci-dessous).

Cette mesure perdurera jusqu'à l'intervention d'une loi, entérinant une négociation nationale interprofessionnelle et devant aboutir au plus tard le 30 juin 2009, portant sur les « moyens de renforcer l'effectivité de la représentation collective du personnel dans les petites entreprises» (26).

5. Au niveau national interprofessionnel

Au niveau national interprofessionnel, le même seuil de 8 % est exigé pour les résultats consolidés des élections professionnelles (27). Les résultats des élections dans les branches où la moitié des salariés est employée dans des entreprises de petite taille n'organisant pas d'élections, seront pris en compte s'ils sont disponibles.

La mesure de l'audience a lieu tous les quatre ans.

A la condition de seuil s'ajoutent les critères de l'article L.2121-1 du Code du travail et la nécessité d'être représentatif dans quatre branches professionnelles : l'industrie, la construction, le commerce et les services (28).

Après avis du Haut Conseil de dialogue social, nouvelle instance créée par la loi, le ministre du Travail arrêtera la liste des organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel (29).

e) MAINTIEN PROVISOIRE DE LA PRÉSOMPTION

Dans l'entreprise, il est nécessaire aujourd'hui d'attendre les prochaines élections pour mesurer la représentativité des syndicats. Au niveau de la branche et au niveau national interprofessionnel, les premiers chiffres de l'audience devront être obtenus au plus tard cinq ans après publication de la loi, soit au plus tard le 21 août 2013.

Dans l'attente, le législateur a prévu de maintenir, à titre transitoire, une présomption (30) de représentativité à plusieurs niveaux :

• **au niveau de l'entreprise ou de l'établissement,** jusqu'aux premiers résultats des élections professionnelles — pour lesquelles la date de la première réunion de négociation du protocole préélectoral doit forcément être postérieure au 21 août 2008 — sont présumés représentatifs les syndicats affiliés à une organisation représentative au niveau national interprofessionnel à la date de publication de la loi.

Restent par ailleurs représentatifs les syndicats qui, à la date de publication de la loi, avaient prouvé leur représentativité.

• **au niveau des branches,** sont présumés représentatifs, de façon transitoire :

— dans toutes les branches et jusqu'à l'élaboration de la liste des organisations reconnues représentatives (au plus tard cinq ans après publication de la loi), les syndicats des branches affiliés à des organisations représentatives telles qu'elles l'étaient avant promulgation de la loi (c'est-à-dire bénéficiant de la présomption irréfragable ou ayant fait preuve de leur représentativité selon les critères antérieurs à la loi).
Pendant quatre ans supplémentaires à compter donc de la première détermination des organisations reconnues représentatives selon les nouvelles règles, la présomption est maintenue au profit des syndicats affiliés aux organisations représentatives sur le plan national (31) ;

— dans les branches où plus de la moitié des salariés sont employés dans des entreprises qui, en raison de leur

(24) Art. L.2122-5 nouv. du Code du travail.

(25) Art. L.2122-12 nouv. du Code du travail.

(26) Art. L.2122-6 nouv. du Code du travail.

(27) Le texte de la loi contient une erreur. Là où est écrit 8 % des suffrages exprimés (...) additionnés au niveau de « la branche », il faut lire au niveau « des branches ».

(28) Art. L.2122-9 nouv. du Code du travail.

(29) Art. L.2122-11 du Code du travail. Le Haut Conseil du dialogue social comprendra des représentants d'organisations d'employeurs au niveau national et d'organisations syndicales de salariés nationales et interprofessionnelles, ainsi que des représentants du ministre du Travail et des personnalités qualifiées. On peut se demander pourquoi la Commission nationale de la négociation collective, qui existe déjà, n'est pas sollicitée.

(30) Le débat, assez théorique il est vrai, est lancé sur le caractère « irréfragable » ou « simple » de la présomption maintenue pour un temps, étant donné que la loi ne l'explicite pas, sauf pour les branches où les entreprises de petite taille sont majoritaires où elle évoque « la preuve du contraire ». Voir par exemple P.Rodière, article précité. Le rapport AN n° 992 parle de présomption simple.

(31) Art. 11-III, al.1 de la loi. Le maintien d'une permanence des organisations affiliées, au-delà du premier cycle électoral, vise à garantir la stabilité de la négociation, et éviter une rupture brutale du fait de l'application des nouvelles règles (Rapport de l'Assemblée nationale n° 992).

taille, n'ont pas l'obligation d'organiser des élections professionnelles, sont présumés représentatifs les syndicats affiliés à une organisation représentative au niveau national interprofessionnel. La présomption est simple ; elle est de mise jusqu'à parution d'une loi issue d'une négociation nationale interprofessionnelle sur les moyens de renforcer l'effectivité de la représentation collective du personnel dans les petites entreprises devant intervenir au plus tard en juin 2009. Le texte permet donc que les négociations professionnelles ne soient pas bloquées dans certaines branches et prend acte de la nécessité, pour les syndicats et le patronat, de réfléchir aux moyens d'améliorer la représentation des salariés, et ce assez rapidement ; dans ces branches-là, sont également considérés comme représentatifs les syndicats qui satisfont à tous les critères du nouvel article L.2121-1 du Code du travail, excepté l'audience (32).

• **au niveau national interprofessionnel,** et ce jusqu'à la première mesure de l'audience, sont présumés représentatifs les syndicats qui étaient présumés représentatifs à la publication de la loi, ainsi que tous les syndicats dont la représentativité est fondée sur les anciens critères.

La présomption est censée disparaître totalement au plus tard cinq ans après publication de la loi, lorsque la première mesure de l'audience au niveau des branches et au niveau interprofessionnel aura pu être réalisée.

(32) Art. L.2122-6, al.2 nouv. du Code du travail.

LES ÉLECTIONS PROFESSIONNELLES : CE QU'IL FAUT RETENIR

1. Invitation aux négociations du protocole électoral

La preuve de la représentativité passant nécessairement par les résultats électoraux, tout syndicat même non représentatif doit participer aux élections.

L'information de l'organisation d'élections doit faire l'objet d'un **affichage** dans l'entreprise, à l'attention de syndicats susceptibles de présenter des candidats.

Tous les syndicats légalement constitués depuis au moins deux ans qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés, peuvent de ce fait participer à la négociation du protocole préélectoral et présenter des candidats au premier tour (1).

L'employeur doit informer **par courrier** les syndicats suivants :

— les syndicats reconnus représentatifs dans l'entreprise ou l'établissement ;

— les syndicats ayant constitué une section syndicale ;

— les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel (2).

2. Validité du protocole d'accord préélectoral

Les règles de validité et d'adoption du protocole d'accord sont modifiées.

La validité du protocole d'accord conclu entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées est maintenant subordonnée à la signature de la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation, dont les syndicats ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections en date, ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des syndicats représentatifs dans l'entreprise (3).

Un accord unanime reste nécessaire pour la modification du nombre et de la composition des collèges.

3. Possibilité de présenter des candidats

Le premier tour des élections reste réservé aux syndicats. Mais tout syndicat invité à la négociation du protocole d'accord préélectoral peut présenter des listes de candidats (4).

4. Résultats du premier tour

Ils doivent désormais être dépouillés, même en l'absence de quorum. Car ce sont eux qui constituent le moyen :

— de mesurer l'audience et, par conséquent, la représentativité des syndicats qui ont présenté des candidats et leur capacité à signer des accords ;

— établir l'audience personnelle des candidats et par conséquent leur aptitude à être désignés en tant que délégués syndicaux.

5. Salariés mis à disposition

La loi du 20 août 2008 va à l'encontre des principes que la jurisprudence avait élaborés concernant les élections CE et DP dans les entreprises d'accueil :

— le nouvel article L.1111-2 du Code du travail pose comme condition d'inclusion des salariés mis à disposition dans le calcul des effectifs de l'entreprise d'accueil, que ces derniers soient présents dans les locaux de cette entreprise et y travaillent depuis au moins un an ;

— pour être électeurs aux élections du CE et des DP, les salariés mis à disposition doivent justifier de 12 mois de travail continu dans l'entreprise ;

— pour être éligibles en tant que DP, la condition de présence continue passe à 24 mois (5) ;

— si l'on s'en tient au texte de la loi, les salariés mis à disposition ne sont plus éligibles au CE (6) ;

— les salariés mis à disposition susceptibles de voter dans l'entreprise d'accueil devront choisir entre celle-ci et celle de leur employeur (7).

Ces dispositions sont applicables pour toutes les élections de comité d'entreprise et délégués du personnel dont la première réunion de négociation du protocole d'accord préélectoral est postérieure au 21 août 2008, date de la publication de la loi.

(1) Art. L.2314-3 nouv. du Code du travail.
(2) Art. L.2314-4 nouv. du Code du travail.
(3) Art. L.2314-3-1 et L.2324-4-1 nouv. du Code du travail.
(4) Art. L.2314-24 et L.2324-22 nouv. du Code du travail.
(5) Art. 2314-18-1 du Code du travail.
(6) Art. L.2324-17-1 nouv. du Code du travail
(7) Art. 2314-18-1 et L.2324-17-1 nouv. du Code du travail.

2 LA PRÉSENCE SYNDICALE DANS L'ENTREPRISE

La loi modifie les conditions de désignation du délégué syndical, seul représentant du personnel détenant la capacité de négocier les accords collectifs. Elle consacre par ailleurs la présence d'un nouveau venu : le représentant de la section syndicale, chargé d'animer une section syndicale implantée par un syndicat non représentatif (ou, autre formulation possible, faisant preuve d'une représentativité « allégée ») et d'amener le syndicat vers la représentativité.

La présence syndicale dans l'entreprise connaît donc de profonds changements.

A - LA SECTION SYNDICALE : LES NOUVELLES RÈGLES

La preuve de la représentativité d'un syndicat étant en partie apportée par l'audience, le législateur ne pouvait faire autrement que donner aux syndicats les moyens de s'implanter plus largement dans l'entreprise pour s'y faire connaître et développer une activité de défense des salariés.

Les nouvelles règles concernant la section syndicale, dont l'objet est inchangé — représentation des intérêts matériels et moraux de ses membres au sein de l'entreprise — sont applicables depuis la date de publication de la loi, soit depuis le 21 août 2008.

a) CRÉATION DE LA SECTION

Le nouvel article L.2142-1 du Code du travail élargit la possibilité de créer une section syndicale, l'ouvrant, dès lors qu'elles ont plusieurs adhérents dans l'entreprise ou l'établissement, aux organisations suivantes :

— chaque syndicat représentatif (33) ;
— chaque syndicat affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel ;
— chaque organisation syndicale qui satisfait aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance et légalement constituée depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise concernée.

Rappelons que, avant la loi du 20 août 2008, les syndicats ayant la possibilité de constituer une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement étaient les syndicats représentatifs (c'est-à-dire les syndicats affiliés à l'une des cinq grandes confédérations représentatives au niveau national ainsi que les syndicats ayant prouvé leur représentativité dans l'entreprise concernée).

La grande nouveauté de la loi est qu'un syndicat inconnu dans l'entreprise, non affilié à une des cinq grandes confédérations et non représentatif, peut constituer une section syndicale s'il a plusieurs adhérents (c'est-à-dire au minimum deux) et s'il satisfait aux critères et conditions suivantes :

— respect des valeurs républicaines ;
— indépendance ;
— ancienneté de deux ans ;
— couverture du champ géographique et professionnel de l'entreprise dans lequel il s'implante.

Comme auparavant, la section syndicale est dépourvue de personnalité morale. Elle ne peut donc pas, par exemple, agir en justice (ni faire l'objet de poursuites par l'employeur) et la désignation d'un délégué ne lui incombe pas.

b) CONTESTATION

Le syndicat doit-il justifier de l'existence de plusieurs adhérents et comment ? La jurisprudence jusque-là appliquée est la suivante : lorsqu'un syndicat représentatif désigne un délégué syndical dans une entreprise qui emploie au moins 50 salariés, l'existence d'une section syndicale est établie par cette seule

REPRÉSENTANT DE LA SECTION SYNDICALE : IL PEUT EXCEPTIONNELLEMENT NÉGOCIER

Le représentant de la section syndicale peut disposer, sur mandatement de son organisation syndicale, du pouvoir de négocier et conclure un accord d'entreprise ou d'établissement. Cette faculté n'est accordée par la loi que dans des circonstances précises :

— en raison d'une carence au premier tour des élections professionnelles, un délégué syndical n'a pas pu être désigné au sein de l'entreprise ou de l'établissement ;
— il n'existe pas de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement.

Le syndicat dont est issu le RSS doit être affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national. Dernière condition posée par la loi : aucune autre solution de négociation avec des élus ou des salariés mandatés n'est possible (1).

L'hypothèse est celle d'une entreprise dans laquelle des élections mesurant la représentativité des syndicats n'ont pas encore eu lieu depuis la promulgation de la loi ou, si elles ont eu lieu, n'ont pas débouché sur la désignation d'un délégué syndical.

Pour être valable, l'accord d'entreprise ou d'établissement négocié avec le représentant de la section syndicale doit être approuvé par les salariés, à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions déterminées par décret et dans le respect des principes généraux du droit électoral. A défaut de quoi l'accord est réputé non écrit (2).

Les travaux parlementaires indiquent que sont visées les entreprises de plus de 200 salariés disposant d'élus mais pas de délégué syndical. Cette disposition ajoutée par amendement est censée répondre à des situations d'urgence (conflit, besoin d'appliquer rapidement de nouvelles dispositions légales liées à la négociation collective).

(1) Art. L.2143-23 nouv. du Code du travail.
(2) Art. L.2232-14 nouv. du Code du travail.

(33) La circulaire DGT n° 20 du 13 nov.2008 relative à la loi du 20 août 2008 précise que sont également représentatifs dans l'entreprise les syndicats constitués à partir du regroupement de deux syndicats dont un est affilié à un syndicat représentatif au niveau national interpro.

RÉDUCTION IMPORTANTE ET DURABLE DE L'EFFECTIF EN DESSOUS DES 50 SALARIÉS

Dans cette situation, le RSS est soumis au même régime que le délégué syndical : la suppression du mandat du RSS est subordonnée à un accord entre le chef d'entreprise et l'ensemble des organisations syndicales représentatives. A défaut d'accord, c'est le directeur départemental du travail et de l'emploi qui peut décider que le mandat du RSS prend fin (1).

(1) Art. 2142-1-2 nouv. renvoyant à l'art. L.2143-11 du Code du travail.

désignation (34). Cette solution évite aux syndicats de devoir apporter la preuve qu'ils ont des adhérents par la communication, à l'employeur, du nom des salariés concernés.

Le législateur ne reprend ni n'infirme la solution de la Cour de cassation. La question de son maintien se pose donc à l'égard des sections implantées par les organisations représentatives. Se pose également la question de l'extension de cette jurisprudence au représentant de la section syndicale (RSS).

Certains auteurs suggèrent que, pour éviter les risques de représailles mis en exergue par la jurisprudence, la condition relative au nombre d'adhérents devrait être présumée remplie, à charge pour le syndicat de fournir, aux juges, des justifications nécessaires en cas de contestation (35).

B - LE REPRESENTANT DE LA SECTION SYNDICALE (RSS) : UN NOUVEAU REPRESENTANT DU PERSONNEL

Le syndicat en attente de reconnaissance de représentativité peut désigner un représentant de la section syndicale (RSS) doté de quasi toutes les prérogatives du délégué syndical : seule la capacité de négocier et conclure des accords collectifs reste réservée aux délégués syndicaux, sauf circonstances exceptionnelles (voir p.391).

Dans les entreprises de moins de cinquante salariés, c'est le délégué du personnel qui peut faire office de RSS.

Excepté quelques règles spécifiques, les RSS sont soumis aux dispositions applicables aux délégués syndicaux concernant :

— les conditions de désignation ;
— la publicité, la contestation, l'exercice ou la suppression du mandat ;
— la protection des délégués (36).

a) DÉSIGNATION

1. Conditions liées au syndicat et à la personne

La loi (article L.2142-1-1) réserve aux syndicats non représentatifs (37) qui ont constitué une section syndicale, conformément aux règles énoncées ci-dessus, de désigner un représentant de la section syndicale dans les entreprises (ou établissements) d'au moins 50 salariés.

La loi ne prévoyant aucune variante selon les effectifs, chaque syndicat non représentatif ne peut désigner qu'un seul RSS. Ce qui confère une lourde charge à l'intéressé qui, dans les entreprises de taille importante, a tout intérêt à s'entourer d'adhérents actifs. Sauf si cette entreprise est divisée en établissements distincts du lieux d'implantation de la section.

Certains auteurs soulignent par ailleurs le risque d'émiettement ou d'éparpillement syndical que pourraient provoquer la possibilité pour un nombre maximum de syndicats de s'implanter dans l'entreprise et la création d'un représentant d'un nouveau type, qui a presque toutes les prérogatives du délégué syndical sans en être un. Plutôt que de créer un représentant de section syndicale, obligé d'attendre les prochaines élections pour mesurer la représentativité de son syndicat, certains syndicalistes auraient préféré que « l'arrivée d'un nouveau syndicat ayant vocation à être représentatif suscite un processus électoral », ce qui aurait été, selon eux, plus motivant (38).

Tout comme le délégué syndical, le RSS doit être âgé de 18 ans révolus et travailler dans l'entreprise depuis au moins un an (39). Il ne doit avoir fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à ses droits civiques.

Le RSS peut cumuler son mandat avec celui de DP ou membre du CE (40).

2. Formalités entourant la désignation

Comme pour un DS, la désignation d'un RSS doit être portée à la connaissance de l'employeur, des salariés et de l'inspecteur du travail. L'employeur est informé par le syndicat par lettre recommandée avec accusé de réception ou par lettre remise contre récépissé. Une copie du courrier fait à l'employeur est envoyée simultanément à l'inspection du travail. Enfin, la désignation doit faire l'objet d'un affichage sur les panneaux réservés aux communications syndicales (41).

3. Contestation de la désignation

L'employeur, un syndicat, ou toute personne intéressée, qui entend contester la désignation d'un représentant de la section syndicale, doit saisir le tribunal d'instance par simple déclaration au secrétariat-greffe dans les 15 jours suivant l'accomplissement de formalités de publicité. Le tribunal statue en dernier ressort, dans les 10 jours, sans frais ni forme de procédure (42). Il est trop tôt pour savoir si la désignation d'un RSS va générer un important contentieux, ou si ce dernier sera plutôt axé sur la représentativité post-élections professionnelles.

b) FONCTIONS ET MOYENS

1. Fonctions

Selon la loi, le RSS exerce ses fonctions dans le cadre des dispositions re-

(34) Cass.soc. 27 mai 1997, n° 96-60367, le Kieffre et a. c/ Sté Castorama. Même solution pour la désignation d'un délégué du personnel en tant que délégué syndical dans une entreprise de moins de 50 salariés : Cass.soc. 14 mars 2000, n° 99-60180, Gély et a. c/ Sté Malataverne.

(35) B.Boubli, Étude limitée à la représentativité et ses attributs (hors négociation collective), SSL 13 oct.2008, p.19.

(36) Art. L.2142-1-2 nouv. du Code du travail.

(37) Soit qu'il n'aient pas passé une première échéance électorale, soit qu'ils n'aient pas réussi à obtenir les 10 % nécessaires.

(38) P.Masson, « Une brèche est ouverte », SSL 13 oct. 2008, p.26.

(39) Cette ancienneté est réduite à 4 mois en cas de création d'entreprise ou d'ouverture d'un établissement. Art.2143-1 nouv. du Code du travail.

(40) Art. 2143-9 du Code du travail.

(41) Art. L.2143-7 et D.2143-4 du Code du travail.

(42) Art. L.2143-8 et R.2143-5 du Code du travail.

DÉSIGNATION D'UN DÉLÉGUÉ SYNDICAL DANS LES ENTREPRISES DE MOINS DE 50 SALARIÉS

Dans ces entreprises, le nouvel article L.2143-6 permet aux syndicats représentatifs de désigner un élu du personnel délégué syndical pour la durée de son mandat à une condition : qu'ils soit représentatifs dans l'établissement.

Le mot établissement n'est pas tout à fait exact puisque l'ancien article L.412-11 du Code du travail visait les entreprises (et non les établissements) ce dont les juges avaient déduit que la désignation d'un DP comme DS pour la durée de son mandat au niveau d'un établissement distinct ayant moins de 50 salariés était impossible lorsque l'effectif global de l'entreprise était au moins égal à 50 salariés (1). Il faut donc lire « entreprise » et non « établissement ».

(1) Cass.soc. 28 mai 1997, n° 96-60.225, SA Prisunic exploitation.

latives au droit syndical. Il bénéficie des mêmes prérogatives que le délégué syndical, à l'exception du pouvoir de négocier les accords collectifs (43). La mission de ce représentant est donc de faire vivre le syndicat dans l'entreprise, et de lui permettre, à travers son activité, d'acquérir une représentativité qui sera, pour partie, attestée aux prochaines élections du personnel (le résultat des votes ne sera peut-être pas suffisant pour établir cette représentativité, puisque les derniers critères que sont la transparence financière, l'influence et les effectifs, devront aussi être remplis).

2. Moyens

• Crédit d'heures

Chaque RSS dispose d'un temps nécessaire à l'exercice de ses fonctions. La loi lui accorde 4 heures de délégation, lesquelles sont considérées de plein droit comme du temps de travail effectif et payées à l'échéance normale. L'employeur qui entend contester l'utilisation des heures de délégation doit d'abord les payer puis saisir le juge judiciaire, c'est-à-dire le conseil de prud'hommes (44).

• Liberté de déplacement

L'article L.2142-1-2 nouveau du Code du travail n'évoque pas la liberté de déplacement. Eu égard au fait que, comme l'affirme la loi, le RSS bénéficie des mêmes prérogatives que le délégué syndical hors négociation, il est toutefois logique de considérer que, sur ce point, délégué syndical et RSS sont logés à la même enseigne, c'est-à-dire l'article L.2143-20 du Code du travail : déplacements hors de l'entreprise pendant les heures de délégation, déplacements dans l'entreprise libres durant les heures de délégation ou en dehors des heures de travail, sous réserve de ne pas apporter de gêne dans le travail.

• Distribution de tracts syndicaux et autres moyens de la section syndicale

Comme tout membre d'une section syndicale, le RSS peut :

- distribuer aux salariés des tracts syndicaux dans l'enceinte de l'entreprise aux heures d'entrée et de sortie du travail (45) ;
- afficher des communications syndicales sur les panneaux mis à disposition de la section (46) ;
- organiser des réunions syndicales avec les adhérents de la section syndicale une fois par mois en dehors du temps de travail, dans l'enceinte de l'entreprise mais en dehors des locaux de travail (47).

• Locaux syndicaux

Dans les entreprises ou établissements de 1000 salariés et plus, l'employeur doit mettre à disposition de chaque section syndicale constituée par une organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement un local convenable, aménagé et doté de matériel nécessaire à son fonctionnement (48). Dans les entreprises comptant entre 200 et 999 salariés, l'employeur met à disposition des sections syndicales un local commun (49).

Il résulte de ces dispositions que la section syndicale qui a désigné un RSS, qui n'est donc pas encore représentative, ne disposera jamais de locaux propres, quel que soit l'effectif de l'entreprise.

c) PROTECTION

Le RSS bénéficie de la protection contre la rupture de son contrat de travail qui s'applique aux délégués syndicaux (50). Par conséquent, un RSS ne peut faire l'objet d'un licenciement sans autorisation administrative.

La protection court à partir de la désignation et dure toute la durée du mandat. Un RSS candidat aux élections qui n'est pas élu bénéficiera de la protection 6 mois après les élections.

De même, un ancien RSS est protégé pendant les 12 mois suivant la fin de son mandat à condition qu'il l'ait exercé pendant un an au moins.

d) FIN DU MANDAT

Le mandat du RSS n'a légalement ni durée minimale, ni durée maximale. Mais il n'est pas, en toute logique, conçu pour durer. Selon la loi du 20 août 2008, le RSS perd son mandat si, à l'issue des premières élections professionnelles suivant sa désignation, le syndicat qui l'a désigné n'est pas reconnu représentatif dans l'entreprise. Il n'a dans ce cas la possibilité d'être « désigné à nouveau comme représentant syndical au titre d'une section » — c'est-à-dire par celle qui l'avait désigné ou par toute autre section — que 6 mois avant les élections professionnelles suivantes. Soit théoriquement trois ans et demi après la fin de son premier mandat (51). Dans cette hypothèse, le RSS n'étant désigné que 6 mois avant les élections, il ne peut bénéficier de la protection — celle-ci exige l'exercice des fonctions du RSS pendant un an minimum.

On peut penser que le mandat du RSS s'arrête à la proclamation des résultats du premier tour des élections.

La section syndicale, au sein de laquelle il était désigné, continue d'exister puisqu'elle n'est pas soumise pour sa part à une quelconque condition électorale.

Certaines questions sont laissées en suspens par la loi mais ont été précisées par la circulaire DGT n° 20 du 13 novembre 2008. Ainsi, rien ne s'oppose à ce que le syndicat qui n'a pas obtenu la preuve de sa représentativité puisse désigner un autre de ses adhérents en tant que RSS. Ce qui permet à la section de rester active.

Si le syndicat dont émane le RSS obtient 10 % aux élections, il est représentatif et le RSS n'a, *a priori,* plus de raison d'être. Mais si l'intéressé ne re-

(43) Voir Art. L.2143-23 nouv. du Code du travail.
(44) Art. L.2142-1-3 du Code du travail.
(45) Art. L.2142-4 du Code du travail.
(46) Art. L.2142-3 du Code du travail.
(47) Art. L.2142-10 du Code du travail.
(48) Art. L.2142-8 al.2 nouv. du Code du travail.
(49) Art. L.2142-8 al.1 du Code du travail.
(50) Art. L.2142-1-2 nouv. du Code du travail.
(51) Art. L.2142-1-1 dernier alinéa du Code du travail.

PRINCIPALES DATES D'ENTRÉE EN VIGUEUR DES DISPOSITIONS DE LA LOI DU 20 AOÛT 2008

Date	Dispositions qui entrent en vigueur	Articles
21 août 2008 : publication de la loi	• Section syndicale • Représentant de la section syndicale • Nouveaux critères de représentativité dans l'entreprise • Règles de convocation et de négociation du protocole préélectoral • Règles de présentation des candidats au premier tour des élections professionnelles dans l'entreprise • Règles de prise en compte des salariés mis à disposition dans les effectifs pour l'électorat et éligibilité	L.2142-1 L.2142-1-1 et suivants L.2121-1 L.2314-3, L.2324-4 L.2314-24, L.2324-22 L.1111-2, L.2314-18-1 et L.2324-17-1
Première réunion de négociation du protocole postérieure à la publication de la loi	• Détermination des syndicats représentatifs en application des nouvelles règles... • Désignation du délégué syndical parmi les candidats, par les syndicats représentatifs dans l'entreprise	Article 11, IV L.2143-3, L.2143-5 + L.2122-1 et suivants
1er janvier 2009	• Règles de validité des accords d'entreprise (et des accords de groupe)	L.2232-12
30 juin 2009	• Fin de la négociation nationale interprofessionnelle sur les moyens de renforcer l'effectivité de la représentation collective du personnel dans les petites entreprises	L.2122-6
31 décembre 2009	• Application des dispositions sur la négociation dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, en l'absence d'accord de branche étendu sur ce sujet	L.2232-21 et suivants
2013	• Liste des organisations représentatives par branche • Liste des organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel	L.2122-5 L.2122-9

Source : Circulaire DGT n° 20 du 13 novembre 2008.

cueille pas personnellement 10 % des suffrages, il ne peut pas être désigné délégué syndical. Il aura juste œuvré à la reconnaissance de la représentativité de son syndicat, sans pouvoir désormais le représenter (52).

e) ENTREPRISES DE MOINS DE 50 SALARIÉS

Dans les entreprises ou établissements trop petits pour avoir un délégué syndical, les syndicats non représentatifs dans l'entreprise qui constituent une section syndicale peuvent désigner, pour la durée de son mandat, un délégué du personnel comme RSS. Ce mandat de RSS ne donne pas légalement droit à un crédit d'heures. L'octroi d'heures de délégation peut néanmoins résulter de dispositions conventionnelles.

Quoi qu'il en soit, en vertu de l'article L.2142-1-4 nouveau du Code du travail, le temps dont dispose le délégué du personnel pour l'exercice de son mandat peut être utilisé dans les mêmes conditions pour ses fonctions de RSS, à l'image du DP désigné DS pour la durée de son mandat.

C - LE DÉLÉGUÉ SYNDICAL

La possibilité de désigner un délégué syndical (DS) reste le privilège des syndicats représentatifs. Afin de donner une plus grande légitimité à ceux qui sont, sauf exception, les seuls à pouvoir négocier et conclure des accords collectifs, la loi rénovant la démocratie sociale exige désormais que le délégué syndical ait obtenu un score personnel de 10 % au moins aux élections professionnelles.

Ce qui reste cohérent vis-à-vis des exigences de la négociation collective comporte des effets néfastes que certains commentateurs n'ont pas manqué de souligner. En effet, recevoir « l'onction électorale » rapproche le délégué syndical du personnel, mais tend également à imposer « un cumul des mandats électifs et désignatifs, ou du moins un cumul de présentation des mandataires potentiels » (53). Certes, ce cumul n'est pas nouveau, il est légalement autorisé. Mais on peut craindre que les nouvelles dispositions l'incitent encore plus et recentrent le rôle du délégué syndical sur la négociation, ce qui serait « réducteur et choquant ». Par ailleurs, la CGT s'interroge sur la conformité de la loi aux conventions n° 87 et 135 de l'OIT « qui veillent à ce que la représentation élue n'affaiblisse pas la situation des organisations syndicales » (54).

Selon certains, la référence aux résultats du scrutin permet désormais « de délimiter les contours de la mission syndicale » pour laquelle l'intéressé est désigné en tant que délégué et les contours des prérogatives du syndicat auteur de cette désignation (55).

Les règles relatives au représentant syndical au CE font également l'objet de modifications.

a) DÉSIGNATION

1. Maintien des conditions antérieures

Les conditions préexistantes à la réforme sont maintenues. Nous les rappelons dans nos développements sur le représentant de la section syndicale page 392.

2. Nouvelles exigences légales

La loi réformant le droit syndical dans l'entreprise étoffe l'article L.2143-3 du

(52) Sauf si aucun candidat n'a obtenu 10 %, auquel cas il pourra être désigné délégué syndical. Voir art. L.2143-3, al.2, nouv. du Code du travail.

(53) P.Rodière, « Du dialogue social à la démocratie sociale », SSL 13 oct.2008 p.9. Selon F.Duquesne, « derrière le dédoublement de l'institution syndicale se profile la logique assez floue d'une fusion des instances de représentation d'entreprise élue et désignée ». « Un délégué syndical en devenir : le nouveau représentant de la section syndicale », *Dr.soc.* nov.2008-1084.

(54) Entretien avec P.Masson, SSL du 3 oct.2008, p.24.

(55) F.Duquesne, précité. Pour l'auteur, le législateur revitalise l'action purement syndicale de défense des intérêts des salariés en entreprise, rôle de la section syndicale et de son animateur.

Code du travail de façon conséquente. La désignation du DS s'en trouve complexifiée.

Les conditions liées à la taille de l'entreprise (au moins 50 salariés), à la constitution d'une section syndicale et à la représentativité (cette fois-ci nouvelle formule) demeurent. En revanche, selon le nouveau texte, le DS doit être désigné « parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections du CE, de la DUP ou des DP, quel que soit le nombre de votants ».

Ainsi, la désignation d'un DS n'est possible que si le salarié s'est présenté au premier tour des élections (du comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel, car si l'entreprise a 50 salariés et n'a pas opté pour la délégation unique, elle aura nécessairement organisé des élections du CE, sauf carence totale de candidats) ; elle exclut les candidats du second tour.

Le DS doit par ailleurs avoir obtenu un score personnel de 10 %.

Le syndicat qui le désigne doit avoir lui-même avoir 10 % des voix, nouveau critère de représentativité. S'il n'est plus représentatif, il perd son délégué syndical et doit attendre les prochaines élections pour recouvrer sa représentativité et son droit de désigner un délégué. Rien ne s'oppose en revanche au maintien d'une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement, laquelle peut désigner un représentant de la section syndicale.

A noter que :

• La loi ne faisant pas de distinction, il importe peu que l'intéressé se soit porté candidat en tant que titulaire ou suppléant (56). Par ailleurs, le nombre de votants ne joue pas, la loi n'exigeant pas que la moitié des inscrits se soit exprimée.

• Au sujet des résultats : doit-on considérer les suffrages tous collèges confondus ou les suffrages du collège dans lequel se présente le délégué ? La première solution semblait s'imposer, les conditions de désignation du délégué étant suffisamment restrictives, mais la circulaire DGT affirme que le candidat doit avoir obtenu 10 % « dans les collèges dans lesquels il se présente ».

• L'audience personnelle du DS est mesurée à l'occasion de chaque renouvellement des institutions représentatives du personnel (IRP).

DÉROULEMENT DE CARRIÈRE DES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL

Le Code du travail interdisait déjà à l'employeur de procéder à tout acte ou décision discriminatoire, fondé sur l'appartenance à un syndicat ou sur l'exercice d'une activité syndicale, en matière de recrutement, de formation, de rémunération, etc. (1). Plus volontaire, l'article 7 de la loi du 20 août 2008 commande aux entreprises non seulement de réfléchir à l'évolution professionnelle des militants mais aussi de valoriser les compétences acquises tant par les représentants élus que désignés au cours de leurs mandats.

• La loi prévoit « qu'un accord détermine les mesures à mettre en œuvre pour concilier la vie professionnelle avec la carrière syndicale et pour prendre en compte l'expérience acquise dans le cadre de mandats, par les représentants du personnel désignés ou élus dans leur évolution professionnelle ». La loi ne fournit aucun détail quant au niveau de négociation de l'accord collectif dont il est question — mais qui découle néanmoins de sa codification : il s'agit d'un accord d'entreprise — ou quant au contenu du texte conventionnel.

• En outre, la négociation triennale portant sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (GPEC) doit désormais comprendre le « déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions ». La loi impose cette négociation dans les entreprises de 300 salariés et plus, dans les entreprises devant instituer un comité de groupe ainsi que celles devant mettre en place un comité d'entreprise européen, employant au moins 300 salariés.

• Enfin, l'article 7 de la loi complète l'article L.6111-1 du Code du travail sur la validation des acquis de l'expérience en incluant, pour cette validation, l'expérience liée à l'exercice de responsabilités syndicales. Des procédures de VAE ont déjà pu être mises en place pour des militants ; mais la loi formalise ici la reconnaissance de l'acquisition de compétences dans l'exercice de mandats syndicaux.

(1) Art. L.2141-5 du Code du travail (ancien L.412-2 al 1).

• La circulaire DGT a précisé que le syndicat représentatif qui, entre deux élections professionnelles, ne dispose plus de candidats remplissant les conditions pour être DS, a la faculté de désigner un délégué parmi ses candidats n'ayant pas obtenu 10 % des voix ou, à défaut, parmi ses adhérents.

b) REMPLACEMENT D'UN DÉLÉGUÉ SYNDICAL

S'il ne reste dans l'entreprise plus aucun candidat aux élections professionnelles qui remplit les conditions de seuil pour être désigné délégué syndical, un syndicat représentatif peut désigner un DS parmi les autres candidats ou, à défaut, parmi ses adhérents au sein de l'entreprise ou de l'établissement (57).

L'hypothèse qui semble être envisagée ici est celle du départ du salarié en cours de mandat. Le syndicat avait présenté un seul candidat, lui en l'occurrence ? Le syndicat avait présenté plusieurs candidats mais un seul a réussi à obtenir 10 % des suffrages ? Pour pallier l'absence de DS en attendant la tenue de nouvelles élections, la loi rend possible la désignation d'un autre candidat ou à défaut d'un adhérent.

c) FIN DU MANDAT DU DS

Le mandat du délégué prend fin lorsque l'ensemble des conditions auxquelles est soumise sa désignation cessent d'être réunies (58).

Ainsi, le mandat du délégué peut prendre fin si :

— le syndicat qui l'a désigné n'est plus représentatif, faute d'avoir atteint le seuil des 10 % aux élections suivantes ou si en cours de mandat, un des critères vient à manquer (on peut imaginer l'indépendance par exemple l'influence, si un autre syndicat engage un contentieux...) ;

— le délégué n'obtient pas personnellement le score de 10 % aux élections ;

— l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement est devenu inférieur à 50 salariés sur une période de 12 mois consécutifs ou non sur les trois dernières années.

(56) Interprétation confirmée par la circulaire DGT n° 20 du 13 nov.2008.

(57) Art. 2143-3 al.2 nouv. du Code du travail.

(58) Art. 2143-3 al.1 nouv. du Code du travail.

A priori, le mandat prendrait fin à la proclamation des résultats du premier tour. A compter de cette date, également, devrait courir le début de la période de protection du salarié.

d) DÉSIGNATION DU DÉLÉGUÉ SYNDICAL CENTRAL ET DU DÉLÉGUÉ SYNDICAL SUPPLÉMENTAIRE

Initialement, la position commune n'avait envisagé l'obtention d'un score électoral personnel de 10 % que pour la désignation du délégué syndical. Le texte de la loi étend cette exigence au délégué supplémentaire et en crée une autre pour le représentant syndical au comité d'entreprise.

1. Délégué syndical central

Dans les entreprises de 2 000 salariés et plus comportant au moins deux établissements de 50 salariés chacun au minimum, chaque syndicat représentatif peut désigner un délégué syndical central d'entreprise, distinct des délégués syndicaux d'établissements.

La loi du 20 août 2008 ajoute un alinéa à l'article L. 2143-5 du Code du travail, et pose ainsi une condition supplémentaire : ce dernier doit être désigné par un syndicat ayant obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des élections des titulaires au CE ou de la DUP (ou à défaut des DP), quel que soit le nombre de votants, en additionnant les suffrages des établissements compris dans ces entreprises.

La circulaire précise bien qu'il n'y pas d'obligation de choisir, dans les entreprises de plus de 2 000 salariés, le délégué central parmi les candidats aux dernières élections professionnelles.

En revanche, dans les entreprises de moins de 2 000 salariés, le délégué syndical central est choisi parmi les délégués syndicaux d'établissements; il aura ainsi nécessairement été candidat aux élections et franchi la barre des 10 %.

Sont, *a priori,* pris en compte, l'ensemble des suffrages exprimés, y compris ceux des établissements dans lesquels le syndicat n'a pas présenté de listes.

2. Délégué syndical supplémentaire

Là encore, la loi apporte une modification à l'article qui prévoit la désignation d'un délégué supplémentaire dans les entreprises de 500 salariés et plus (59).

Rappelons que cette possibilité est ouverte aux syndicats ayant obtenu un ou plusieurs élus dans le collège des ouvriers/employés aux élections du CE et comptant au moins un élu dans l'un des deux autres collèges : ETAM et cadres. Le délégué supplémentaire est alors désigné parmi les adhérents du syndicat appartenant à l'un de ces deux collèges.

Désormais, un délégué de l'encadrement ne pourra être désigné que par un syndicat représentatif dans l'entreprise (ou dans l'établissement, si c'est dans ce périmètre qu'a lieu la désignation et si l'établissement en question compte au moins 500 salariés) et si l'intéressé a obtenu 10 % aux élections (du comité d'entreprise ou du comité d'établissement, c'est selon).

e) MESURES TRANSITOIRES – EN ATTENDANT LES ÉLECTIONS

Les dispositions concernant le délégué syndical sont applicables dès les prochaines élections professionnelles dans l'entreprise, dès lors que la date fixée pour la négociation du protocole préélectoral est postérieure à la date de publication de la loi, soit le 21 août 2008.

Des mesures transitoires sont prévues pour les délégués syndicaux en cours de mandat et ceux qui sont susceptibles d'être désignés avant les prochaines élections du personnel.

Ainsi, les délégués syndicaux régulièrement désignés à la date de publication de la loi conservent leur mandat et leurs prérogatives jusqu'aux résultats des premières élections organisées sous le nouveau régime. Après ces élections, ces DS conservent leurs mandats et prérogatives dès lors qu'ils satisfont aux nouvelles conditions de désignation.

Enfin, dans le laps de temps qui précède les élections « nouvelle formule », chaque syndicat représentatif dans l'entreprise ou l'établissement peut désigner un ou plusieurs DS pour le représenter auprès de l'employeur (60).

D - REPRÉSENTANT SYNDICAL AU COMITÉ D'ENTREPRISE

Dans les entreprises de 300 salariés et plus, la loi du 20 août 2008 modifie les conditions de désignation d'un représentant syndical au CE en imposant que l'organisation syndicale nommant un tel représentant (qui, bien entendu, doit être représentative dans l'entreprise) ait des élus au CE (61). Auparavant, il suffisait que le syndicat soit représentatif.

Selon la circulaire DGT du 13 novembre :

- la présence d'au moins deux élus est nécessaire;
- il peut s'agir de titulaires ou de suppléants;
- il n'y a pas d'obligation de choisir le représentant syndical au comité d'entreprise parmi les candidats aux élections professionnelles.

La loi ne fait pas de distinction entre premier et second tour, si bien que les deux tours comptent.

Le mandat de représentant syndical au CE prend fin aux élections suivantes, si le syndicat perd ses élus.

Les conditions de nomination d'un représentant syndical au CE ne changent pas pour les entreprises de moins de 300 salariés, si ce n'est l'application des nouvelles règles de représentativité. Ce qui peut être source de difficultés car dans les entreprises concernées, le délégué syndical est de plein droit représentant syndical au comité d'entreprise (62) et ce mandat n'est pas compatible avec celui d'élu, titulaire ou suppléant (63). Or, nous avons vu que le délégué syndical ne peut être désigné que 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. Il en résulte que la personne pressentie par le syndicat pour être représentant syndical au CE doit désormais être candidate aux élections des délégués du personnel ou aux élections au CE mais en tant que suppléant, ou bien encore comme titulaire mais en position non éligible. Elle peut ainsi espérer obtenir la représentativité minimum afin d'acquérir la qualité de délégué syndical et pouvoir siéger en tant que représentant syndical au comité.

---

(59) Art. L.2143-4 du Code du travail.

(60) Article 13 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008.

(61) Art. L.2324-2 du Code du travail modifié par l'article 5 de la loi.

(62) Art. L.2143-22 du Code du travail.

(63) Cass.soc. 17 juil.1990, société GAN, n° 89-60729, *bull.* n° 374.

LES NOUVELLES RÈGLES DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE EN RÉSUMÉ

1. LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DES ACCORDS COLLECTIFS

Un syndicat minoritaire ne peut désormais plus engager à lui seul une collectivité de salariés en signant un texte conventionnel. Sans pouvoir à proprement parler d'accord majoritaire, la loi soumet la validité des accords à une double condition plus restrictive.

• ***Au niveau interprofessionnel***

Deux conditions de validité : signature par une ou plusieurs organisations syndicales (OS) ayant obtenu au premier tour des dernières élections professionnelles au moins 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives à ce niveau et absence d'opposition des organisations représentatives ayant recueilli la moitié des suffrages exprimés ; l'opposition doit être exprimée dans les 15 jours suivant la date de notification de l'accord (1).

Ces nouvelles règles ne seront applicables qu'à compter de la première détermination des OS représentatives au niveau interprofessionnel, laquelle doit être réalisée au plus tard le 21 août 2013.

• ***Au niveau de la branche***

Deux conditions de validité : signature par une ou plusieurs OS ayant obtenu au premier tour des dernières élections professionnelles au moins 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives à ce niveau et absence d'opposition des organisations représentatives ayant recueilli la moitié des suffrages exprimés ; l'opposition doit être exprimée dans les 15 jours suivant la date de notification de l'accord (2) ;

Ces nouvelles règles ne seront applicables qu'à compter de la première détermination des OS représentatives au niveau de la branche, laquelle doit être réalisée au plus tard le 21 août 2013.

• ***Au niveau de l'entreprise ou de l'établissement***

Deux conditions de validité : signature par une ou plusieurs OS représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles et absence d'opposition d'une ou plusieurs OS ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés à ces mêmes élections ; l'opposition est exprimée dans les 8 jours à compter de la date de notification de l'accord (3).

Au niveau du groupe, les mêmes règles s'appliquent, sur la base des suffrages totalisés (4).

Les dispositions concernant la validité des accords d'entreprise sont applicables à compter du 1er janvier 2009.

RAPPEL : à chaque niveau, les suffrages à prendre en compte sont ceux des titulaires du premier tour, quel que soit le nombre de votants.

2. LES NOUVELLES RÈGLES DE LA DÉNONCIATION D'UN ACCORD

• **Si un syndicat signataire perd sa représentativité :** la dénonciation n'emporte d'effets que si elle émane d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives et ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés aux dernières élections.

Il n'est pas nécessaire que les syndicats qui dénoncent un accord collectif en soient signataires : il leur suffit d'être représentatifs et majoritaires aux élections (5).

• **Si tous les signataires restent représentatifs :** comme avant la loi, la dénonciation doit émaner de la totalité des signataires employeurs ou des signataires salariés.

3. LA NÉGOCIATION EN L'ABSENCE DE DÉLÉGUÉS SYNDICAUX

• **Entreprises de moins de 200 salariés dépourvues de délégué syndical** et entreprises de moins de 50 salariés dépourvues de DP faisant office de DS :

La négociation avec les élus CE ou DP peut avoir lieu même en l'absence d'accord de branche étendu (celui-ci était obligatoire avant la loi).

Les accords de branche conclus en application des anciennes dispositions continuent de produire leurs effets pour toutes les entreprises qu'ils couvrent quel que soit leur effectif.

• ***Modalités de négociation :***

— l'employeur doit informer les syndicats représentatifs de la branche de sa volonté d'engager des pourparlers ;

— le temps passé aux négociations n'est pas imputé sur les heures de délégation ; chaque élu dispose pour sa mission de 10 heures par mois payées comme du temps de travail normal ;

— les négociations ne peuvent porter que sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée à la conclusion d'un accord collectif (temps de travail par exemple), sauf accord de méthode ;

— les pourparlers doivent obéir aux règles suivantes : indépendance des négociateurs vis-à-vis de l'employeur, élaboration conjointe du projet par les négociateurs, concertation avec les salariés, faculté de prendre l'attache des OS représentatives de branche (6).

• ***Condition de validité des accords :***

— signature par des élus représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ;

— validation par une commission paritaire de branche (si celle-ci ne s'est pas prononcée dans les 4 mois, l'accord est réputé avoir été validé).

Les accords doivent faire l'objet d'un dépôt et peuvent être révisés, renouvelés, dénoncés selon les mêmes modalités par l'employeur et les élus (7).

• **Entreprises dépourvues de représentants élus**

Dans ces entreprises, lorsqu'un procès-verbal de carence a établi l'absence d'élus, la négociation peut avoir lieu avec des salariés expressément mandatés par un ou plusieurs syndicats représentatifs dans la branche (un seul mandaté par syndicat). Aucun accord de branche étendu n'est désormais exigé.

Il ne peut s'agir que de la négociation de mesures dont la mise en œuvre est subordonnée à la conclusion d'un accord collectif (temps de travail par exemple), excepté les accords de méthode.

Modalités :

— les OS représentatives dans la branche doivent être informées par l'employeur de sa volonté d'engager des négociations ;

— chaque salarié mandaté dispose de 10 heures par mois payées comme temps de travail normal.

Conditions de validité des accords : ils doivent recevoir l'approbation des salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions qui seront déterminées par décret (8).

• **Entreprises de 200 salariés et plus, dotées de représentants élus mais dépourvues de délégué syndical**

La négociation peut avoir lieu avec un représentant de section syndicale (RSS) désigné par un syndicat affilié à une OS représentative au niveau interprofessionnel ou professionnel. Les thèmes de négociation ne sont pas limités.

La validation de l'accord est subordonnée à l'approbation des salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions qui seront déterminées par décret (9) (voir encadré page 391).

Les dispositions relatives à la négociation collective en l'absence de délégués syndicaux sont applicables à compter du 31 décembre 2009. A cette date, les entreprises couvertes par un accord de branche conclu en application de la loi du 4 mai 2004 resteront soumises à ses dispositions.

---

(1) Art. L.2232-2 nouv. du Code du travail.
(2) Art. L.2232-6 nouv. du Code du travail.
(3) Art. L.2232-12 nouv. du Code du travail.
(4) Art. L.2232-34 nouv. du Code du travail.
(5) Art. L.2261-10 du Code du travail.
(6) Art. L.2232-27 du Code du travail.
(7) Art. L.2232-28 et 2232-29 du Code du travail.
(8) Art. L.2232-24 à 27 nouv. du Code du travail.
(9) Art. L.2143-23 nouv. du Code du travail.

Précisions sur la réforme du temps de travail

La loi du 20 août 2008 a modifié de nombreux points relatifs à la durée et à l'aménagement du temps de travail en privilégiant les accords d'entreprise sur les accords de branche. Un décret vient de préciser certains aspects si aucun accord n'est applicable.

La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (1), sous prétexte de donner plus d'espace et de liberté à la négociation d'entreprise, contient plusieurs mesures de déréglementation du temps de travail dont la portée est très négative pour les salariés. La *RPDS* a récemment consacré un dossier à expliquer les enjeux et les détails des nouvelles dispositions (2).

Des décrets et une circulaire ministérielle viennent de préciser certains points de la réforme (contingent annuel d'heures supplémentaires en l'absence d'accord collectif d'entreprise ou de branche ; modalités de la contrepartie obligatoire en repos en cas de dépassement du contingent d'heures supplémentaires ; répartition de l'horaire sur quatre semaines au plus ; dispositions pénales en matière de durée du travail et d'aménagement des horaires).

Rappelons que si la loi ne modifie ni la durée légale du travail qui reste fixée à 35 heures par semaine civile ni les majorations pour heures supplémentaires, nombre de mesures adoptées ont pour but avoué de vider de sa substance la réduction effective du temps de travail.

Contingent d'heures supplémentaires en l'absence d'accord collectif

La loi du 20 août 2008 a posé le principe selon lequel le contingent annuel d'heures supplémentaires est fixé prioritairement par un accord d'entreprise ou d'établissement. L'accord de branche (qui n'a plus besoin d'être étendu) n'intervient qu'à défaut d'accord d'entreprise. Ce dernier s'applique donc à l'entreprise ou à l'établissement nonobstant les prescriptions de l'accord de branche consacrant une inversion de la hiérarchie des normes. Un décret devait déterminer le contingent annuel pour les entreprises qui n'ont pas conclu de convention ou d'accord collectif d'entreprise ou d'établissement en matière de contingent d'heures supplémentaires et qui ne sont pas couvertes par un accord de branche (3). Ce contingent est fixé à 220 heures par le décret du 4 novembre 2008 (4). Il ne s'applique pas aux cadres et aux salariés itinérants non cadres qui ont signé une convention individuelle de forfait ou qui sont régis individuellement par une convention de forfait établie en heures sur une base hebdomadaire ou mensuelle. La réduction du contingent d'heures supplémentaires à cent trente heures qui s'appliquait en cas de modulation de la durée hebdomadaire du travail est supprimée.

Rappelons que la limite de 220 heures est toute relative puisque que le contingent fixé par décret peut être dépassé sans autorisation de l'inspecteur du travail après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'il en existe. Néanmoins, les modalités de l'utilisation du contingent et de son éventuel dépassement donnent lieu au moins une fois par an à une consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel lorsqu'ils existent.

Contrepartie obligatoire en repos en cas de dépassement du contingent d'heures supplémentaires

Selon l'article L.3121-11, al.2, du Code du travail, c'est l'accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, l'accord de branche qui fixe les conditions d'accomplissement d'heures supplémentaires au-delà du contingent annuel.

La loi du 20 août 2008, outre la suppression du repos compensateur de 50 % applicable auparavant dans les entreprises de plus de 20 salariés pour toute heure supplémentaire accomplie à l'intérieur du contingent au-delà de la 41e heure, pose en principe que l'accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, l'accord de branche fixe les **conditions** d'accomplissement d'heures supplémentaires au-delà du contingent annuel. Celles-ci ouvrent droit à des compensations en repos qui sont déterminées par l'accord (5).

En tout état de cause, la loi a fixé un minimum pour la **durée** de la contrepartie en repos qui est de 50 % pour les entreprises de vingt salariés au plus et de 100 % pour les entreprises de plus de vingt salariés pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent. Il en résulte que l'accord peut augmenter cette durée, mais il ne peut pas la réduire.

Pour ce qui concerne **les caractéristiques et conditions** de prise de la contrepartie obligatoire en repos, elles sont fixées par le décret du 4 novembre 2008 qui ne s'applique qu'en l'absence de dispositions conventionnelles contraires (6).

Ainsi, la contrepartie obligatoire en repos peut être prise par journée entière ou par demi-journée à la convenance du salarié (il n'est plus interdit de prendre le repos entre le 1er juillet et le 31 août, ni de l'accoler aux congés payés). Elle est assimilée à une période de travail effectif pour le calcul des droits. Elle donne lieu à une indemnisation qui n'entraîne aucune diminution de rémunération par rapport à celle que le salarié aurait perçue s'il avait accompli son travail. Si le sa-

(1) Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 et Décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008, *JO* du 21.

(2) Voir L.Milet et C.Ahumada, *RPDS* 2008, n° 762, p. 311.

(3) Art. L.3121-11 du Code du travail.

(4) Décret n° 2008-1132 du 4 nov.2008, *JO* du 5 ; nouvel article D.3121-14-1 du Code du travail.

(5) Art. L.3121-11 du Code du travail.

(6) Art. D.3121-7 du Code du travail.

SANCTIONS PÉNALES

Le fait de méconnaître les stipulations d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement, ou, à défaut, celles d'une convention ou d'un accord de branche fixant le contingent d'heures supplémentaires et les modalités de son dépassement est punissable d'une amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe (soit 750 € appliqués autant de fois qu'il y a de salariés indûment employés) (1).

La même amende est applicable si l'employeur méconnaît les dispositions d'un accord fixant des contreparties en repos pour les heures effectuées hors contingent d'heures supplémentaires (2).

(1) Art. R.3124-1 du Code du travail. *(2) Art. R.3124-2 du Code du travail.*

larié ne demande pas à prendre son repos, cela n'entraîne pas la perte de son droit. Dans ce cas, l'employeur doit lui demander de prendre effectivement son repos dans un délai maximum d'un an.

L'employeur doit informer chaque salarié, dans un document annexé au bulletin de paie, du nombre d'heures de contrepartie obligatoire en repos portées à son crédit, et, dès que ce nombre atteint sept heures, de l'ouverture du droit et de l'obligation de prendre le repos dans un délai maximum de deux mois.

Le salarié dont le contrat de travail prend fin avant qu'il ait pu bénéficier de la contrepartie obligatoire en repos à laquelle il a droit (ou avant qu'il ait acquis des droits suffisants pour pouvoir prendre ce repos) reçoit une indemnité en espèces ayant le caractère de salaire dont le montant correspond à ses droits acquis. Cette indemnité est également due aux ayants droit du salarié dont le décès survient avant qu'il ait pu bénéficier de la contrepartie obligatoire en repos à laquelle il avait droit ou avant qu'il ait acquis des droits suffisants pour pouvoir prendre ce repos. Elle est alors versée à ceux des ayants droit qui auraient qualité pour obtenir le paiement des salaires arriérés (7).

En ce qui concerne les modalités pratiques, le salarié doit adresser sa demande de contrepartie obligatoire en repos à l'employeur au moins une semaine à l'avance. La demande précise la date et la durée du repos. Dans les sept jours suivant la réception de la demande, l'employeur doit informer l'intéressé soit de son accord, soit, après consultation des délégués du personnel, des raisons relevant d'impératifs liés au fonctionnement de l'entreprise qui motivent le report de la demande (8). La durée pendant laquelle la contrepartie peut être différée par l'employeur ne peut excéder deux mois (9). En cas de report, celui-ci doit proposer au salarié une autre date à l'intérieur du délai de deux mois.

Lorsque des impératifs liés au fonctionnement de l'entreprise font obstacle à ce que plusieurs demandes de contrepartie obligatoire en repos soient simultanément satisfaites, les demandeurs sont départagés, selon l'ordre de priorité suivant (10) :

— les demandes déjà différées ;

— la situation de famille ;

— l'ancienneté dans l'entreprise.

Répartition de l'horaire sur quatre semaines au plus

Comme nous l'avons indiqué dans notre article consacré au temps de travail après la loi du 20 août 2008 (11), en l'absence d'accord collectif en la matière, l'employeur peut organiser la durée du travail dans l'entreprise ou l'établissement sous forme de période de plusieurs semaines (12). Cette durée est fixée à quatre semaines au plus par le décret du 4 novembre 2008 (13). Un programme indicatif doit être établi et soumis pour avis, avant sa première mise en oeuvre, au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, s'ils existent.

Les modifications du programme de la variation font également l'objet d'une consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'ils existent. Par ailleurs, l'employeur doit communiquer au moins une fois par an au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel un bilan de la mise en œuvre du programme indicatif de la variation de la durée du travail.

Les salariés doivent être prévenus des changements de leurs horaires de travail dans un délai de sept jours ouvrés au moins avant la date à laquelle ce changement intervient.

La rémunération mensuelle des salariés des entreprises organisant des périodes de travail sur quatre semaines au plus est indépendante de l'horaire réel et elle est calculée sur la base de trente-cinq heures hebdomadaires (14).

Compte tenu de cette organisation par période de quatre semaines au plus, le décret précise, qu'à défaut d'accord collectif, sont considérées comme des heures supplémentaires :

— les heures effectuées au-delà de trente-neuf heures par semaine ;

— et celles effectuées au-delà de la durée moyenne de trente-cinq heures hebdomadaires calculée sur la période de référence de quatre semaines au plus, déduction faite, le cas échéant, des heures supplémentaires comptabilisées au titre du dépassement de la limite haute hebdomadaire de 39 heures déjà comptabilisées (15).

Exemple : Durant une période de quatre semaines, un salarié a effectué la 1re semaine 41 heures, soit deux heures de plus que 39 heures. Ces deux heures sont comptabilisées.

Les 2e, 3e et 4e semaines il a effectué respectivement 39, 32 et 36 heures. A la fin de la période de quatre semaines, le nombre total d'heures effectuées est de 148 heures, soit 37 heures par semaine. Il en résulte, qu'en moyenne, 2 heures par semaines n'ont pas été compensées par des heures non travaillées en dessous de 35 heures, soit un total de 8 heures sur quatre semaines. Il faut d'abord retrancher les deux heures supplémentaires accomplies au-delà de 39 heures qui ont déjà été décomptées. Il reste 6 heures qui, comme les 2 heures, donneront lieu à une majoration de salaire de 25 % (ou le taux inférieur prévu par l'accord de branche avec un minimum de 10 %) (6 + 2 = 8 et non 8 + 2 = 10). Si le salarié a travaillé 31 heures la 2e semaine, il aura travaillé 35 heures en moyenne (140 heures ÷ 4). Il a tout de même droit aux deux heures supplémentaires effectuées au-delà de 39 heures, lesquelles demeurent acquises et n'ont pas dans ce cas à être déduites.

Signalons enfin que :

— en cas d'arrivée ou départ en cours de période de quatre semaines au plus, les heures accomplies au-delà de trente-cinq heures hebdomadaires sont des heures supplémentaires ; les semaines où la durée de travail est inférieure à trente-cinq heures, le salaire est maintenu sur la base de trente-cinq heures hebdomadaires ;

— en cas d'absence rémunérée, le temps non travaillé n'est pas récupérable et est valorisé sur la base du temps qui aurait été travaillé si le salarié avait été présent, heures supplémentaires comprises.

Laurent MILET

(7) Art. D.3121-14 du Code du travail.
(8) Art. D.3121-11 du Code du travail.
(9) Art. D.3121-12 du Code du travail.
(10) Art. D.3121-13 du Code du travail.
(11) Voir *RPDS* précitée note 2.
(12) Art. L.3122-4 du Code du travail.
(13) Art. D.3122-7-1 du Code du travail.
(14) Art. D.3122-7-2 du Code du travail.
(15) Art. D.3122-7-3 du Code du travail.

ERROR: syntaxerror
OFFENDING COMMAND: --nostringval--

STACK:

/Title
()
/Subject
(D:20090128155656)
/ModDate
()
/Keywords
(PDFCreator Version 0.8.0)
/Creator
(D:20090128155656)
/CreationDate
(bureau)
/Author
-mark-