Article de Laurent MILET, dans la Nouvelle Vie Ouvrière, magasine de la CGT, du 4 décembre 2009
Laurent MILET, docteur en droit,
participe à l'animation du pôle « Droit, Liberté et Action Juridique de la CGT ».

TONNERRE DE BREST SUR LA REPRÉSENTATIVITÉ

REPRÉSENTATIVITÉ SYNDICALE. Un tribunal d'instance a écarté comme contraire aux textes internationaux la loi française du 20 août 2008 qui conditionne la représentativité syndicale et la désignation d'un délégué syndical à l'obtention d'un minimum d'audience lors des élections professionnelles dans l'entreprise. Un jugement contestable qui ne grandit pas ses promoteurs.

PAR LAURENT MILET

Le 27 octobre 2009, le tribunal d'instance de Brest a jugé que certaines dispositions de la loi du 20 août 2008 ayant notamment réformé les conditions de la représentativité syndicale et les conditions de désignation d'un délégué syndical sont contraires au principe de la liberté syndicale au regard des dispositions internationales et communautaires. Elle en a écarté l'application pour valider la désignation d'un délégué syndical par un syndicat FO qui venait de perdre sa représentativité à la suite des élections professionnelles dans l'entreprise.

Si l'affaire fait grand bruit, c'est que les enjeux ne sont pas minces: on sait que la loi précitée a mis fin, de façon progressive mais complète, à la présomption irréfragable de représentativité dont bénéficiaient les cinq grandes centrales syndicales (CGT, CFDT, FO, CFTC et CFE-CGC), sous réserve de dispositions transitoires jusqu'en 2013. Cette présomption leur permettait jusqu'alors de désigner dans les entreprises d'au moins 50 salariés un délégué syndical quand bien même l'un ou l'autre n'avait aucune implantation ou activité dans l'entreprise concernée. Désormais, toute organisation syndicale doit faire la preuve de sa représentativité à chaque niveau de négociation. La représentativité syndicale est établie par la réunion de sept critères légaux dont, pilier de la réforme, l'audience électorale [1]. Ne peut être considéré comme représentatif un syndicat ayant obtenu moins de 10 % tous collèges confondus au premier tour des dernières élections professionnelles. Le délégué syndical, seul détenteur de la capacité de négocier, voit ses conditions de désignations rendues plus ardues. Il doit avoir été désigné par un syndicat représentatif – qui a forcément obtenu 10 % – et doit avoir également obtenu un score personnel de 10 % à ces mêmes élections. Sans ces deux conditions, pas d'accès à la table des négociations.

SELON LE TRIBUNAL DE BREST, LA LOI DU 20 AOÛT 2008, PORTERAIT NÉCESSAIREMENT ATTEINTE À LA LIBERTÉ SYNDICALE

Un délégué syndical désigné par un syndicat ayant perdu sa représentativité

C'est précisément cet aspect de la loi que critiquait un syndicat FO dans l'entreprise SDMO. N'ayant recueilli que 7 % aux élections professionnelles, ce qui l'empêche légalement de désigner un délégué syndical, FO avait néanmoins procédé à la désignation d'un salarié en qualité de délégué syndical et de représentant syndical au comité d'entreprise. S'appuyant sur les dispositions de l'article L. 2122-1 du code du travail, la CFDT et la direction de l'entreprise ont saisi le tribunal d'instance aux fins d'annulation de cette désignation en faisant valoir que le syndicat FO ne répondait pas aux critères de représentativité syndicale à SDMO dans la mesure où ce syndicat n'avait pas obtenu 10 % des suffrages exprimés tous collèges confondus.

Pour sa défense, le syndicat FO estimait principalement que la loi du 20 août 2008 serait en opposition aux textes, règlements et décisions de justice internationale (OIT, CEDH) car elle supprimerait toute possibilité de négociation aux organisations syndicales qui n'ont pas atteint 10 % des suffrages exprimés au premier tour. Principalement, le syndicat invoque l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui déclare que « *toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts* » et un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) du 12 novembre 2008 (affaire Demir et Baykara c/Turquie) aux termes duquel le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du « *droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts* » énoncé à l'article 11 de la convention. Autrement dit, la loi du 20 août 2008, en écartant du droit à la négociation les organisations syndicales réputées non représentatives, porterait nécessairement atteinte à la liberté syndicale.

Un tribunal d'instance qui écarte la loi française

Le tribunal d'instance de Brest a refusé d'annuler la désignation du délégué syndical FO en écartant la loi du 20 août 2008. Selon le jugement, l'obligation de recueillir au moins 10 % des suffrages exprimés, tous collèges confondus, au premier tour des élections au comité d'entreprise pour être considérée comme organisation représentative dans l'entreprise, a pour effet d'empêcher FO de participer à toute négociation au sein de l'entreprise, élément essentiel à l'exercice du droit syndical, alors qu'il s'agit d'une organisation syndicale représentative au niveau national, qu'elle représente 12 % des suffrages exprimés en ce qui concerne le premier collège et que cette restriction n'est pas nécessaire. En conséquence, cela aurait pour effet d'inciter les électeurs à se détourner d'un syndicat dépourvu de tout pouvoir, d'empêcher tout syndicat de s'implanter dans une entreprise où il n'intervenait pas précédemment, en favorisant ainsi les situations acquises, voire les monopoles. La loi aurait en outre pour effet de réduire progressivement le nombre des organisations syndicales contrairement aux dispositions internationales qui tendent à favoriser la liberté d'expression, ce qui risque également d'avoir pour effet de détourner les salariés de toute adhésion à un quelconque syndicat [2].

La CFDT locale a aussitôt annoncé qu'elle formerait un pourvoi en cassation contre ce jugement. Sans préjuger de ce que dira la Cour de cassation, on

peut d'ores et déjà relever un certain nombre de points contestables dans la motivation du jugement et affirmer que la loi du 20 août 2008 est conforme aux textes internationaux et ne porte pas atteinte à la liberté syndicale.

La loi du 20 août 2008 ne porte pas atteinte à la liberté syndicale

Le jugement SDMO confond *« liberté syndicale »* et *« mesure de la représentativité comme condition de participation à la négociation »* qui sont deux choses différentes.

La plupart des dispositions des textes internationaux qui invitent les États à encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives prennent soin de préciser que les mesures prises doivent être appropriées aux conditions nationales. C'est le cas de l'article 4 de la convention 98 de l'OIT, mais aussi de l'article 2 de la convention n° 135 qui précise que, si des facilités doivent être accordées, dans l'entreprise, aux représentants des travailleurs de manière à leur permettre de remplir rapidement et efficacement leurs fonctions, il doit être tenu compte des caractéristiques du système de relations professionnelles prévalant dans le pays ainsi que des besoins, de l'importance et des possibilités de l'entreprise.

Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle n'a jamais considéré que tous les syndicats doivent avoir les mêmes prérogatives indépendamment de leur représentativité. La jurisprudence de la CEDH a tout d'abord admis qu'un État peut limiter le nombre d'interlocuteurs à la négociation collective sans qu'il soit porté atteinte à la liberté syndicale, laquelle tient seulement à garantir la liberté d'association [3]. Ensuite, elle a effectivement assoupli sa position en considérant que le droit de la négociation collective étant primordial dans le domaine des activités normales des syndicats, le droit à la négociation se trouverait implicitement inclus dans l'article 11 de la CEDH relatif à la liberté syndicale et que priver un syndicat de négocier, c'est porter atteinte à la liberté syndicale [4]. Mais le même arrêt a également ajouté que *« les États demeurent libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs »*.

CONTRAIREMENT À CE QU'A JUGÉ LE TRIBUNAL DE BREST, LA LOI EST BIEN CONFORME AUX TEXTES INTERNATIONAUX

Il n'est donc pas interdit à chaque État de prendre des mesures visant à s'assurer d'une représentativité minimum des organisations syndicales et le droit de négocier pour un syndicat ne résulte pas seulement de la liberté syndicale.

La loi du 20 août 2008 veille seulement à renforcer la représentativité, condition préexistante (ou antérieure) d'accession à la négociation collective, et dans ce but énonce des règles, dont celle relative à l'audience. La définition de la représentativité n'est pas directement concernée par les arrêts de la CEDH et réserver la négociation aux syndicats représentatifs relève de la liberté des États.

Certes, cela peut déboucher sur des inégalités entre syndicats représentatifs et non représentatifs. Mais elle est justifiée dès lors que l'inégalité de traitement repose sur des justifications objectives [5]. Ainsi, avec la loi française, il faut avoir obtenu au moins 10 % aux élections. Ce critère de l'audience révélée par le nombre de voix obtenues par un syndicat est un élément objectivement mesurable. Il ne s'agit pas de réduire le pluralisme syndical, mais d'éviter l'éparpillement des forces syndicales préjudiciable pour la défense des intérêts des salariés.

Il est vrai que l'on peut s'interroger si le fait d'être privé pendant quatre ans de la capacité de s'asseoir à la table des négociations ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit de négocier qui est l'un des attributs de la liberté syndicale. Mais ce n'est pas la faute de la loi du 20 août 2008 mais de celle du 2 août 2005 qui a porté le mandat des élus du personnel (DP et CE) de deux à quatre ans. Il conviendrait donc d'abord de corriger ce point qui n'honore pas la démocratie.

Enfin, d'une manière plus générale, la loi du 20 août ne constitue pas une entrave à la liberté syndicale : au contraire, peuvent s'implanter les syndicats ayant au moins deux adhérents, et présentant une représentativité « allégée », c'est-à-dire regroupant quatre critères (indépendance et respect des valeurs républicaines, ancienneté de deux ans, champ d'application géographique et professionnel couvrant l'entreprise), lesquels peuvent mener une activité syndicale dans le but d'établir, plus tard, leur représentativité. Et dans l'attente, un représentant de la section syndicale peut être désigné qui n'a pas en principe la capacité de négocier, mais la retrouve dans certaines hypothèses [6].

(1) Voir « Représentativité et droit syndical après la loi du 20 août 2008 », *RPDS* 2008, n° 764.
(2) TI Brest, 27 oct. 2009, SAS SDMO Industries c/Beganton et UD FO Finistère, n° 11-09-000634.
(3) CEDH, 27 oct. 1975, affaire Syndicat national de la police belge, req. n° 4464/70.
(4) CEDH, 12 nov. 2008, affaire Demir et Baykara c/Turquie, req. n° 34503/97.
(5) CEDH, 27 oct. 1975, précité.
(6) Voir sur ce point « La négociation collective après la loi du 20 août 2008 », *RPDS* 2009, n° 768 et 769 disponibles sur www.librairie-nvo.com

RÉFLEXION

C'était mieux avant ?

- Au-delà des arguments strictement juridiques, on ne peut que regretter que le tribunal d'instance de Brest motive sa décision en commentant la loi de 2008 et en soutenant le maintien de la législation antérieure. En quelque sorte, FO a fait juger que « c'était mieux avant » ! Sauf qu'avant la loi de 2008, la situation était aussi problématique en termes de liberté syndicale ou de négociation collective, la reconnaissance une fois pour toutes de cinq syndicats représentatifs excluant tous les autres.
- Déjà, par le passé, la notion même de représentativité syndicale avait été mise en cause. Or, comme l'avait relevé le professeur Jean-Maurice Verdier, *« la liberté du choix du syndicat n'a pas été restreinte par la prééminence juridique de certains d'entre eux, parce que "la représentativité" a été reconnue par la pratique et par la loi à plusieurs organisations et non à une seule dans chaque profession, de sorte que tous les syndicats d'une certaine importance se la sont vu reconnaître »*. Et l'auteur d'ajouter que cette *« discrimination légale »* n'a pas empêché l'apparition de nouvelles organisations.
- Depuis la loi du 20 août 2008, c'est désormais l'activité du syndicat et sa capacité d'écoute des revendications qui vont déterminer sa crédibilité vis-à-vis des salariés, et non plus une représentativité d'emprunt. N'est-ce pas d'abord cette conséquence de la loi que redoutent ceux qui la combattent ?