

Semaine sociale Lamy

www.wk-rh.fr

Démocratie sociale

LES PREMIÈRES RÉPONSES DES JUGES

Sept mois après l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, neuf jugements de tribunaux d'instance livrent une première lecture du nouveau dispositif. Au menu, la preuve de l'existence d'une section syndicale, le droit applicable pendant la période transitoire, l'option de vote des salariés mis à disposition...

Sommaire

2 Avant-propos

Un premier bilan de la loi du 20 août 2008

3 Loi du 20 août 2008 : les premières réponses des juges du fond

Laurence Pécaut-Rivolier, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation

Yves Struillou, maître des requêtes au Conseil d'État

6 Des difficultés aux impasses de la loi

Entretien avec Henri-José Legrand, avocat au barreau de Paris

8 Une intervention du législateur est indispensable

Entretien avec Paul-Henri Antonmattei, professeur à la faculté de droit de Montpellier

2 Avant-propos
Françoise Champeaux

3 Loi du 20 août 2008 :
les premières réponses des
juges du fond

Laurence Pécaut-Rivolier
*conseiller référendaire à la chambre
sociale de la Cour de cassation*
Yves Struillou
maître des requêtes au Conseil d'État

6 Des difficultés aux impasses
de la loi
*Entretien avec Henri-José Legrand
avocat au Barreau de Paris*

8 Une intervention du législateur
est indispensable
*Entretien avec Paul-Henri
Antonmattei
professeur à la faculté de droit
de Montpellier*

11 La rénovation de la démocratie
sociale en tableaux
Laurence Pécaut-Rivolier
*conseiller référendaire à la chambre
sociale de la Cour de cassation*
Yves Struillou
maître des requêtes au Conseil d'État

Un premier bilan de la loi du 20 août 2008

Sept mois après l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, l'heure d'un premier bilan a-t-il sonné ? Il est encore un peu tôt pour recenser l'ensemble des questions posées par ce dispositif dont l'ambition est de rénover et de remodeler les règles du dialogue social. Nouvelle légitimité des accords et des acteurs sont les objectifs affichés d'un législateur qui s'est invité dans le jeu syndical, en suivant le modèle de la Position commune du 9 avril 2008. L'ambition est totale.

Les moyens pour y parvenir sont connus : nouveaux critères de la représentativité, fin de la présomption irréfragable de la représentativité, émergence d'un nouvel acteur : le représentant de la section syndicale (RSS), un délégué syndical ayant subi l'onction des suffrages, un début d'accord majoritaire... Le tout dans un ordre de marche brouillé par la prolifération des régimes transitoires.

LES DÉBOIRES DES RÉGIMES TRANSITOIRES

La loi les a multipliés. Au risque d'ajouter à un dispositif déjà complexe de la confusion sur les dispositions d'ores et déjà applicables.

Il n'est donc pas étonnant que les neuf premiers jugements collectés en provenance de sept tribunaux d'instance aient été confrontés à ces difficultés. La preuve de l'adhésion de plusieurs salariés à un syndicat pour démontrer l'existence d'une section syndicale doit-elle être rapportée pendant la période transitoire ? Le caractère irréfragable de la présomption de représentativité survit-il à la période transitoire ? Quel est le régime de la désignation des représentants syndicaux au comité d'entreprise pendant cette période ? Autant d'interrogations qui n'ont pas tardé à surgir devant les juges d'instance dont les premières réponses sont livrées dans ce numéro sous la signature de Laurence Pécaut-Rivolier, conseiller référendaire à la Cour de cassation et d'Yves Struillou, maître des requêtes au Conseil d'État, éclairées par les analyses critiques d'Henri-José Legrand, avocat au Barreau de Paris et de Paul-Henri Antonmattei, doyen de la faculté de droit de Montpellier.

LA LOI DÉJÀ DÉPASSÉE ?

Dans son dossier spécial consacré à la loi du 20 août (*Semaine sociale Lamy*, n° 1370, p. 22), la Semaine sociale Lamy avait soulevé le problème, présenté aujourd'hui par tous comme une véritable impasse. L'hypothèse est la suivante : une entreprise a procédé à des élections avant la loi du 20 août mais n'a pas dépouillé le 1^{er} tour, faute d'avoir atteint le quorum. Comment peut-elle savoir quel(s) syndicat(s) a obtenu les 30 % des suffrages, seuil de la majorité d'engagement ou encore les 50 %, seuil de la majorité d'opposition ? Problème insoluble qui oblige le législateur à intervenir, profitant d'une fenêtre de tir parlementaire. À peine sur le bureau des premiers juges, la loi du 20 août 2008 est déjà amendée par le législateur bien forcé de tenir compte de la réalité. À en croire nos experts, il serait bien inspiré de ne pas s'en tenir là, l'imbroglio lié au vote des salariés mis à disposition nécessiterait une nouvelle explication de texte. ■

Françoise Champeaux



Pour aller plus loin

- Sur la Position commune, entretien avec G. Borenfreund, *Semaine sociale Lamy*, n° 1350, p. 2
- Dossier spécial « La démocratie sociale est-elle en marche ? », *Semaine sociale Lamy*, n° 1370

Loi du 20 août 2008 : les premières réponses des juges du fond

Laurence Pécaut-Rivolier, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation
Yves Struillou, maître des requêtes au Conseil d'État

A lors que, depuis sept mois, la loi du 20 août 2008¹ est entrée en application dans les entreprises, les difficultés d'application ou d'interprétation recélées par une législation profondément réformée commencent à surgir. Nul doute qu'elles nécessiteront, pour mettre fin aux hésitations du début, une analyse jurisprudentielle précise. Les premières décisions de la Cour de cassation devraient intervenir, compte tenu des délais habituels de recours, dès la fin du second trimestre 2009. Dans l'attente, il ne paraît pas inutile de présenter les premières réponses proposées par les juges du fond qui ont déjà été amenés à statuer². La présente étude est consacrée aux dispositions qui concernent les élections professionnelles et la désignation des représentants syndicaux dans l'entreprise, et exclut volontairement la question spécifique de la négociation collective.

1 LA DÉSIGNATION DES REPRÉSENTANTS SYNDICAUX

Les conditions de désignation des représentants syndicaux au sein de l'entreprise ont été considérablement modifiées par le législateur de 2008 en raison, d'une part, de la création d'une nouvelle institution – le représentant de la section syndicale – et d'autre part, de la règle imposant que le délégué syndical soit désigné parmi les candidats aux élections professionnelles ayant obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés.

Les tribunaux d'instance ont eu à ce jour à répondre à trois types d'interrogation.

► La preuve de l'existence d'une section syndicale... comportant des adhérents

Les articles du Code du travail relatifs à la désignation du représentant de la section syndicale (*C. trav.*, art. L. 2142-1-1, *v. tableau 5*, p. 14) et du délégué syndical (*C. trav.*, art. L. 2143-3, *v. tableau 3*, p. 13) se réfèrent à l'organisation syndicale « qui constitue une section syndicale ».

La nécessité, dans le cadre de la désignation d'un délégué syndical, de constituer une section syndicale n'est pas nouvelle (*v. tableau 3*, p. 13). Mais elle avait fait l'objet d'une longue évolution jurisprudentielle. Après avoir exigé pendant longtemps que le syndicat à l'origine de la désignation prouve qu'il avait effectivement et préalablement constitué une section syndicale permettant la réunion de ses adhérents, la Cour de cassation, dans un arrêt remarqué du 27 mai 1997 (*n° 96-60.239*, *Bull. civ. V, n° 194*)³, avait décidé que cette preuve n'était plus nécessaire : la désignation d'un délégué syndical établissait, de fait, la création de la section syndicale.

Cette évolution de la jurisprudence avait une justification pratique. Prouver l'existence d'une section syndicale consistait essentiellement à apporter la preuve de l'existence, dans l'entreprise, d'adhérents du syndicat. Or, cette démonstration mettait le syndicat dans l'obligation de divulguer le nom de ses adhérents et, par conséquent, de les exposer à des risques de représailles alors qu'ils ne bénéficient d'aucune protection particulière. Certes, la Cour de cassation avait élaboré une jurisprudence qui permettait au juge du fond lorsqu'il estimait que de tels risques étaient avérés, d'autoriser le syndicat à communiquer le nom de ses adhérents uniquement au magistrat (*Cass. soc.*, 20 déc. 1988, *n° 88-60.386*, *Bull. civ. V, n° 679*). Mais la difficulté de démontrer le « risque de représailles » et le climat gé-

néral de suspicion qui s'instaurait alors devant le tribunal était malsain pour toutes les parties. L'abandon de l'exigence de la constitution préalable d'une section syndicale a donc été très favorablement salué par la doctrine et les praticiens.

Ce n'est donc pas la référence à la section syndicale qui remet le débat à l'ordre du jour mais les nouvelles dispositions relatives à sa constitution figurant à l'article L. 2142-1 du Code du travail qui sont entrées en vigueur à compter du 22 août 2008 (*v. tableau 4*, p. 13). Selon cette nouvelle disposition, « dès lors qu'ils ont plusieurs adhérents » dans l'entreprise ou l'établissement, le syndicat remplissant les conditions de représentativité « peut constituer [...] une section syndicale ».

Au regard de cette nouvelle rédaction, l'alternative est la suivante tant pour la désignation du représentant de la section syndicale que du délégué syndical :

– La désignation d'un représentant syndical suffit-elle à établir de fait l'existence d'une section syndicale ?

– Doit-on au contraire considérer que le législateur a entendu, délibérément, revenir sur la jurisprudence de 1997 et conditionner la validité de la désignation à la constitution préalable d'une section comptant plusieurs adhérents ?

Deux décisions de tribunaux d'instance vont dans le sens de la seconde branche de l'alternative :

• La première émane du tribunal d'instance de Roanne (*TI Roanne*, 15 déc. 2008) et concerne la désignation du représentant de la section syndicale. Le tribunal a estimé que « la jurisprudence précédemment rendue en considération de l'appréciation des conditions de désignation de délégués syndicaux n'apparaît pas pertinente au regard de la nou- ●●●

1. L. n° 2008-789 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme de la durée du travail, JO 21 août. Pour une présentation d'ensemble des dispositions de la loi, *v. Semaine sociale Lamy*, dossier spécial, n° 1370 et n° 1377, p. 2.

2. Les jugements des tribunaux d'instance cités dans cet article sont, pour une partie d'entre eux, connus grâce à un article paru dans le bulletin de la CGT de mars 2009, « Le droit en liberté », n° 25.

3. *Dr. soc.* 1997, p. 757, n. J.-M. Verdier ; « Les grands arrêts du droit du travail », 4^e Éd., Dalloz, n° 135.

●●● *velle institution des représentants de section syndicale, tant au regard de l'esprit de la loi, rappelé plus haut, que de sa lettre, l'article L. 2142-1 du Code du travail visant l'existence de "plusieurs adhérents dans l'entreprise ou dans l'établissement" ».*

- La seconde, qui émane du tribunal de Roubaix (*TI Roubaix, 2 janv. 2009*), concerne la désignation du délégué syndical. Le tribunal estime là encore que la jurisprudence antérieure selon laquelle l'existence d'une section syndicale est établie par cette seule désignation n'est plus d'application avec la nouvelle législation qui impose, comme condition de la validité d'un délégué syndical « *la constitution (préalable ou concomitante) d'une section syndicale caractérisée par la présence de plusieurs adhérents dans l'entreprise ou l'établissement* ».

Si cette interprétation du texte nouveau est confirmée par la Cour de cassation, deux problèmes devront être résolus :

- Le premier, le plus important, porte sur les modalités de conciliation entre la nécessité de rapporter la preuve de l'existence d'adhérents de l'organisation syndicale avec le droit pour les salariés de ne pas voir divulguer leur engagement syndical⁴. Dans un jugement du 22 janvier 2009, le tribunal d'instance de Roubaix vient de décider qu'un syndicat ne pouvait pas se dispenser de communiquer contradictoirement la liste de ses adhérents « *afin d'établir l'existence d'une section syndicale au moins en cours de formation* » sans rapporter la preuve d'un risque de représailles, revenant ainsi à la jurisprudence antérieure à 1997.

- Le deuxième problème porte sur la période transitoire prévue par le deuxième alinéa de l'article 13 de la loi du 20 août 2008 (*v. tableau 3, p. 13*).

La question posée à plusieurs tribunaux est la suivante : la condition de la preuve de l'adhésion de plusieurs salariés de l'entreprise ou de l'établissement doit-elle être rapportée pendant cette période transitoire, alors que l'article 13 de la loi renvoie aux conditions de désignation telles qu'elles résultent des anciens textes ?

Estimant qu'il ne résultait que d'une interprétation jurisprudentielle que l'existence d'une section syndicale résulte du seul fait de la désignation d'un délégué syndical, plusieurs jugements ont considéré que les nouvelles dispositions, exigeant la preuve de l'existence d'une section syndicale, étaient d'application immédiate, sans que puisse être évoquée la jurisprudence antérieure (*TI*

Roubaix, 2 janv. 2009 précit. ; TI Roanne, 15 déc. 2008 précit., TI Longjumeau, 28 nov. 2008).

► La désignation des représentants syndicaux au comité d'entreprise pendant la période transitoire

Si le législateur a prévu un régime transitoire pour la désignation des délégués syndicaux, il n'a rien dit de la désignation des représentants syndicaux. Or, les nouvelles dispositions légales ont subordonné la validité de la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise à une condition supplémentaire : le syndicat, à l'origine de la désignation, doit être non seulement représentatif mais avoir des élus au comité d'entreprise (*v. tableau 6, p. 14*).

La question suivante a donc été très rapidement portée devant les tribunaux d'instance : la loi nouvelle s'applique-t-elle seulement aux désignations de représentants syndicaux effectuées après les premières élections organisées postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, ou s'applique-t-elle immédiatement ?

Pour écarter l'application immédiate de la loi nouvelle, des syndicats ont fait valoir notamment un argument tiré du respect de l'égalité de traitement entre les organisations syndicales : imposer aux syndicats effectuant des désignations après le 20 août 2008 une condition qui n'avait pas été imposée aux syndicats ayant effectué antérieurement des désignations au sein du même comité d'entreprise constituerait une rupture d'égalité.

Ils n'ont pas été suivis par le tribunal d'instance de Longjumeau (*TI Longjumeau, 28 nov. 2008*) qui a opté pour l'application immédiate de la loi nouvelle, l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle ne pouvant constituer une rupture d'égalité.

Reste, en suspens, une autre question : la validité de la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise effectuée antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 par un syndicat n'ayant pas d'élu au sein du comité d'entreprise pourrait-elle être remise en cause en raison de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ? Un jugement du tribunal d'instance de Marseille, en date du 12 mars 2009, semble estimer que non : « *il sera observé que si la confédération CGT-FO n'a aucun élu au comité d'entreprise, elle dispose toutefois [...] d'un représentant syndical en la personne de M.P., désigné à ces fonctions le 3 février*

2008, dont le mandat subsiste jusqu'aux nouvelles élections. »

► À quelles élections le délégué syndical désigné doit-il préalablement se présenter ?

L'article L. 2143-3 du Code du travail (*v. tableau 3, p. 13*) conditionne la validité du mandat du délégué syndical au fait que ce délégué soit désigné « *parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au 1^{er} tour des dernières élections au comité d'entreprise, ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel* ».

Est-ce à dire que la loi exige du délégué syndical qu'il ait été candidat et ait obtenu 10 % des suffrages lors de l'un quelconque des scrutins ainsi énumérés (comité d'entreprise, délégation unique, délégués du personnel), ou faut-il considérer, comme cela est généralement admis pour l'application des dispositions de l'article L. 2122-1 relatives au critère d'audience établissant la représentativité syndicale, que ce n'est qu'à défaut d'élections au comité d'entreprise que le salarié pourra invoquer sa candidature à la délégation unique ou aux élections des délégués du personnel ?

Le tribunal d'instance de Paris (17^e arrondissement) a opté pour l'interprétation la plus large, se fondant d'ailleurs notamment sur la différence de rédaction entre les articles L. 2122-1 et L. 2143-3 du Code du travail : « *À la différence de l'article L. 2122-1 relatif à la représentativité des syndicats qui se réfère à la quantité de suffrages exprimés au 1^{er} tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel, ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, l'article L. 2143-3 précité mentionne seulement ou... ou, mettant ainsi les différentes élections à égalité, sans instituer de hiérarchie de référence.* » Le tribunal en conclut qu'est valide la désignation d'un salarié qui a fait le choix d'être candidat aux élections des délégués du personnel et a obtenu 10 % des voix (*TI Paris, 17^e arr., 6 févr. 2009*).

2 REPRÉSENTATIVITÉ SYNDICALE

La question des critères de la représentativité syndicale a également été posée devant les tribunaux d'instance, sous plusieurs formes.

⁴ V. à ce sujet, sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, J.-M. Verdier, « Secret et principe du contradictoire, la liberté syndicale en question ? », *Dr. soc.* 1993, p. 866.

► Le droit applicable pendant la période transitoire

L'article 11-IV de la loi du 20 août 2008 conduit à distinguer deux cas de figure selon le critère suivant : la date fixée pour la première réunion de négociation du protocole préélectoral (v. *tableau 1*, p. 11).

– soit cette date est antérieure au 21 août 2008 : dans ce cas, les anciennes règles relatives à la représentativité s'appliquent ;

– soit cette date est postérieure au 21 août 2008 : sont applicables les nouvelles règles.

Il s'ensuit que dans les entreprises ou établissements qui relèvent du premier cas de figure, un syndicat, qui veut désigner un délégué syndical, doit être représentatif dans l'entreprise. En vertu des dispositions de l'article L. 2122-1, dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, est regardé comme représentatif, le syndicat qui est soit affilié à une organisation représentative au niveau national, soit établit sa représentativité dans l'entreprise ou l'établissement.

Le tribunal d'instance d'Amiens a jugé que, dans le premier cas de figure, le syndicat, qui n'était pas affilié à une organisation nationale représentative et était donc tenu d'établir sa représentativité, ne pouvait se voir opposer la condition d'ancienneté minimale de deux ans prévue par les nouvelles dispositions (TI Amiens, 30 janv. 2009).

On comprend mieux, compte tenu des enjeux, qu'un contentieux puisse naître sur la date de cette première réunion (TI Rouen, 12 janv. 2009, le tribunal a estimé que l'employeur ne rapportait pas la preuve que lors de la réunion tenue le 1^{er} juillet 2008 les négociations relatives au protocole d'accord préélectoral n'aient pas été abordées).

► La présomption de représentativité pendant la période transitoire : présomption simple ou irréfragable ?

Les tribunaux d'instance ont très rapidement été saisis de l'une des questions principales posées par les premiers commentateurs de la loi du 20 août 2008⁵ : la présomption de représentativité, maintenue à titre transitoire par l'article 11-V de la loi (v. *tableau 1*, p. 11), au profit des organisations syndicales qui en bénéficiaient antérieurement, constitue-t-elle une présomption simple ou une présomption irréfragable ?

On sait que la question est d'importance, puisque la période transitoire peut s'étendre sur cinq années (L. n° 2008-789, 20 août 2008, art. 11-I).

Or, si la présomption de représentativité n'est qu'une présomption simple, les employeurs pourraient envisager, alors même qu'aucune élection ne serait intervenue dans l'entreprise ou l'établissement depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 :

– d'une part, de remettre en cause les mandats des délégués syndicaux désignés par des organisations, dont ils contesteraient la représentativité réelle, antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi ;

– d'autre part, de contester pour l'avenir les nouvelles désignations.

Dans son jugement du 22 janvier 2009, le tribunal d'instance de Roubaix a considéré que « si la loi ne précise pas le caractère simple ou irréfragable des présomptions de représentativité ainsi maintenues pour la période transitoire, il semble logique de se référer, pour l'application de l'article L. 2143-3 du Code du travail dans son ancienne rédaction, relatif à la désignation des délégués syndicaux, à l'ancienne jurisprudence applicable en matière de représentativité des syndicats ». Il en a déduit que la présomption demeure irréfragable.

► Un critère nouveau : le respect des valeurs républicaines

Le critère de « respect des valeurs républicaines » a été introduit par la loi du 20 août 2008 comme condition de base de l'exercice par un syndicat des droits et prérogatives ouverts par le nouveau texte (v. *tableau 1*, p. 11).

Que soit en cause le droit à désigner un représentant de la section syndicale ou à participer à la négociation du protocole préélectoral (v. *tableau 2*, p. 12) ou, plus généralement, la représentativité de l'organisation syndicale, il doit être satisfait à ce nouveau critère (C. trav., art. L. 2121-1, L. 2314-3, L. 2324-4 et L. 2142-1)⁶. Celui-ci avait été proposé par le rapport Hadas-Lebel, et repris dans les préconisations de la « Position commune » du 9 avril 2008⁷. Il a vocation, selon ses initiateurs, à prendre le relais du critère de « l'attitude patriotique pendant l'occupation » qui, chacun en convient, était devenu obsolète.

Deux questions se posent quant à l'application de ce critère :

• Premièrement, est-il nécessaire de vérifier systématiquement s'il est rempli, ou peut-on considérer, conformément à la jurisprudence qui s'appliquait de fait au critère d'attitude patriotique pendant l'occupation, que le respect des valeurs républicaines est supposé acquis au syndicat s'il n'est pas spécifiquement contesté ?

C'est en ce dernier sens qu'a tranché le tribunal d'instance de Roanne, qui, dans son jugement du 15 décembre 2008, indique : « Alors que la société T.W. n'a nullement motivé les raisons pour lesquelles le critère (de respect des valeurs républicaines) pourrait ne pas être rempli, s'en rapportant à la justice sur une telle appréciation, il convient de constater qu'aucun élément concret ne vient documenter, ni même permettre de suspecter l'absence de respect de telles valeurs. »

• Deuxièmement, quel est le contenu de ce critère ? En l'absence de décision connue, à ce jour, des tribunaux d'instance, on se référera à la définition donnée par M. Merlin, après l'arrêt du 10 avril 1998 de la chambre mixte de la Cour de cassation rappelant l'obligation, pour un groupement, d'être fondé sur une cause ou un objet licite : « un syndicat a pour vocation la défense des intérêts de tous les salariés, d'être ouvert à tous ceux qui exercent une profession, d'agir pour la conquête des garanties et de droits nouveaux également partagés. »⁸ Par cet arrêt, il avait été affirmé qu'« un syndicat professionnel ne peut pas être fondé sur une cause ou en vue d'un objet illicite ; qu'il en résulte qu'il ne peut poursuivre des objectifs essentiellement politiques ni agir contrairement aux dispositions de l'article L. 122-45 du Code du travail [devenu L. 1132-1] et aux principes de non-discrimination contenus dans la Constitution, les textes à valeur constitutionnelle et les engagements internationaux auxquels la France est partie ». La Cour avait confirmé le juge du fond selon lequel l'organisation « Front national de la Police » ne pouvait se prévaloir de la qualité d'organisation professionnelle dès lors qu'il avait été souverainement constaté qu'elle « n'est que l'instrument d'un parti politique qui est à l'origine de sa création et dont il sert exclusivement les intérêts et les objectifs en prônant des distinctions fondées sur la race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique ».



5. V. P. Rodière, « Du dialogue social à la démocratie sociale », *Semaine sociale Lamy*, n° 1370, p. 7.

6. V. Y. Pagnierre, « Le respect des valeurs républicaines ou « l'éthique syndicale », *JCP S*, 3 févr. 2009, n° 1050.

7. Sur la position commune, v. *Semaine sociale Lamy*, n° 1350, p. 2, entretien avec G. Borenfreund.

8. M. Merlin, *bull. dr. du travail*, avr/juin 1998, p. 22, note sous Cass. ch. mixte, 10 avr. 1998, n° 97-17.870, *Bull. civ. chambre mixte*, n° 2.

●●● **Les salariés mis à disposition et l'option de vote**

En intégrant, dans les nouvelles dispositions des articles L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1 du Code du travail, relatifs à l'électorat et à l'éligibilité des salariés mis à disposition, la règle selon laquelle ces salariés « choisissent s'ils exercent leur droit de vote dans l'entreprise qui les emploie ou l'entreprise utilisatrice », le législateur a voulu prendre en considération la critique souvent formulée à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui permettait l'exercice par certains salariés d'un double vote.

Mais la mise en œuvre pratique de ce droit d'option ne peut que se heurter à des difficultés considérables, puisque le législateur n'a précisé ni ses modalités d'exercice ni l'entreprise qui doit en être le maître d'œuvre : l'entreprise employeur ou l'entreprise utilisatrice ?

Le tribunal d'instance de Rouen a été saisi de ce délicat problème. Dans le cadre de l'organisation des élections des membres du comité d'établissement et des délégués du personnel au sein de l'un de ses centres, la SNCF avait demandé à une entreprise sous-traitante la liste des salariés mis à disposition remplissant les conditions d'ancienneté et

de présence fixées par la loi du 20 août 2008, et ayant fait le choix d'être électeurs à la SNCF. La société sous-traitante avait répondu qu'aucun salarié n'avait fait le choix de voter au sein de la SNCF, tous ayant d'ailleurs été inscrits sur la liste électorale lors des élections s'étant déroulées au sein de l'entreprise sous-traitante en septembre 2008.

Le syndicat SUD estimait que cette réponse ne correspondait pas aux exigences de la loi du 20 août 2008, aucune des deux entreprises n'ayant en réalité demandé aux salariés d'exercer leur choix.

Le tribunal de Rouen écarte la contestation dans un jugement du 12 mars 2009 : « compte tenu des termes de la circulaire [du 13 novembre 2008, prise en application de la loi du 20 août 2008] et de la fiche annexe⁹ il convient de déduire que priorité semble être donnée au vote dans la société employeur. Il n'est ainsi pas prévu que, lorsque la société employeur organise ses propres élections, elle interroge les salariés qu'elle met à disposition d'une autre société pour savoir s'ils désirent voter lors de ces élections ou attendre les élections dans la société utilisatrice. »

Le tribunal en déduit « que lors des élections organisées au sein de la société sous-traitante, il n'a pas été contesté la liste électorale

intégrant tous les électeurs, qui ont effectivement pratiquement tous pris part au vote, il convient de considérer que ces électeurs ont choisi tacitement de voter dans la société qui les emploie, la loi n'exigeant pas que l'option pour voter dans l'une ou l'autre société soit formulée expressément et par écrit ».

La lecture de la décision, dont on ne sait pas encore si elle sera soumise à pourvoi, montre en toute hypothèse l'importance des difficultés pratiques auxquelles vont être confrontées les entreprises pour mettre en place le droit d'option créé par la loi du 20 août 2008.

Les quelques décisions citées portent essentiellement sur les questions de désignation de représentants syndicaux et de représentativité. Nombreuses sont les interrogations qui seront également à trancher concernant la validité du protocole préélectoral et le déroulement des élections professionnelles. Les décisions des tribunaux d'instance sur ces points sont donc attendues avec impatience. ■

► Consultez les jugements cités sur



9. Cette fiche annexe précise : « Avant le début des négociations du protocole préélectoral, l'entreprise utilisatrice interroge par écrit les entreprises prestataires qui mettent à disposition des salariés travaillant dans ses locaux afin que ces entreprises, dans un délai compatible avec l'organisation des négociations du protocole préélectoral, lui fournissent la liste des salariés mis à disposition. [...] À défaut d'informations communiquées sur ce point par l'entreprise prestataire, il appartient au salarié mis à disposition, s'il le souhaite, de faire connaître son choix à l'entreprise utilisatrice, dans les délais impartis, compatibles avec la publication des listes électorales. Sur la base des données fournies par le prestataire, l'entreprise utilisatrice fixe le décompte. »

Entretien avec
Henri-José Legrand
avocat au barreau de Paris

Des difficultés aux impasses de la loi



La preuve de l'existence d'une section syndicale et de la pluralité d'adhérents.

En ce qu'elle considère que la seule désignation du délégué syndical suffisait à attester de l'existence de la section syndicale, la jurisprudence de 1997 est remise en cause par la Position commune. De ce point de vue, la loi du 20 août 2008 ne fait que confirmer la Position commune. En réalité, il y a deux aspects au problème.

Je comprends les raisons pour lesquelles la Cour de cassation a fait ce choix en 1997. Il est vrai que cette solution était due au caractère irréfragable de la représentativité et à son caractère descendant. Mais la pratique a dévié. Beaucoup de délégués syndicaux (DS) ne représentaient, dans le meilleur des cas, qu'eux-mêmes.

De ce point de vue, il n'y a rien de choquant à ce que la

désignation d'un DS soit la concrétisation de l'existence d'une réelle section syndicale. L'implantation syndicale dans une entreprise doit être le fait d'un collectif. Un syndicat, c'est un collectif. Or, dans beaucoup d'entreprises, le syndicat est représenté par le seul délégué syndical. Ce n'est pas très sain. Les signataires de la Position commune ont voulu remédier à ces situations.

Il y a un autre problème que la Cour de cassation a voulu régler en 1997. Dans certaines entreprises, tant qu'il n'y a pas un délégué syndical, la section syndicale est réduite à la clandestinité. La situation est évidemment transposable aujourd'hui au représentant de la section syndicale (RSS). Néanmoins, pour arrêter des règles structurantes, il ne faut

pas se focaliser sur des cas pathologiques, certes nombreux et les plus visibles aux yeux des juristes, mais qui ne constituent pas une généralité.

Pour finir, je ne suis pas du tout d'accord avec le jugement du tribunal d'instance de Roubaix, qui impose que la preuve de l'existence de la section et de la pluralité d'adhérents, preuve nécessairement nominative, fasse l'objet d'une communication contradictoire. C'est irresponsable. Sur ce

point, la Cour de cassation va être amenée à revoir sa jurisprudence selon laquelle le juge d'instance ne pouvait se dispenser du caractère contradictoire de la preuve de l'identité des adhérents que s'il y avait un risque de représailles. Or, ce risque est inhérent à l'exercice. Quel indice supplémentaire veut-on du risque ? Si un employeur conteste les preuves en indiquant qu'il n'en a pas eu communication, c'est suspect.



La preuve de la section syndicale et la pluralité d'adhérents pendant la période transitoire.

La question se pose à la fois pour la désignation du DS et du RSS. Si l'on considère que dans la période transitoire, les anciens articles L. 2143-3 et L. 2143-6 restent applicables, la jurisprudence qui s'était construite sur la base de ces dispositions le reste également. Ce qui peut signifier que le syndicat déjà représentatif pourra désigner un DS sans avoir à justifier d'une pluralité d'adhérents

alors qu'un « nouveau venu » ne bénéficiant pas de la présomption devra justifier d'une section syndicale avec une pluralité d'adhérents si la désignation du RSS est contestée. Sur cette question, je suis hésitant car la loi du 20 août 2008 est d'abord la transposition de la Position commune qui manifeste une volonté de rupture avec la jurisprudence antérieure.



À quelles élections le délégué syndical doit-il se présenter ?

Le DS peut être candidat à toutes les élections en tant que titulaire ou suppléant. Cette obligation faite au syndicat de choisir son DS parmi les candidats aux élections ayant obtenu un certain score est une solution de compromis entre la légitimité électorale et la légitimité syndicale. Historiquement, le patronat voulait que le DS soit élu. Dans le cadre de la Position commune, les organisations signataires sont allées au bout du compromis. En effet, que

reste-t-il du syndicat s'il n'est plus maître de la désignation de celui qui le représente dans une entreprise ? C'est le minimum *minimorum* de l'autonomie syndicale. Mais l'obligation d'avoir été candidat n'est pas non plus aberrante. Elle constitue pour le syndicat un bon indicateur du « prestige » personnel de celui qui le représente. De ce point de vue, toutes les élections sont des bons indicateurs de l'estime personnelle de l'intéressé par ses collègues.



La présomption de la représentativité pendant la période transitoire est-elle simple ou irréfragable ?

À plusieurs reprises, les parlementaires ont insisté pour considérer que c'est une présomption simple. Admettons. Mais si c'est une présomption simple, elle peut être combattue en se référant aux règles d'appréciation de la représentativité. Lesquelles ? Les anciennes sont caduques,

les nouvelles ne sont pas, par hypothèse, utilisables puisque les élections n'ont pas encore eu lieu. L'imbrroglio est total. De fait, la présomption reste irréfragable jusqu'aux premières élections « *new look* ».



Le critère du respect des valeurs républicaines.

Dans la Position commune, l'idée même de ce critère venait clairement de la jurisprudence Front national qui portait tout autant sur l'indépendance. Les parlementaires s'en sont tenus au simple respect du critère des valeurs républicaines sans détailler. En réalité, ils ont compris que le critère est à la

fois nécessaire et dangereux. En effet, on en perçoit un noyau dur, en particulier le refus des discriminations, le respect de la liberté d'opinion ou d'expression... Mais les ramifications peuvent être assez liberticides. On ne sait plus très bien où se situent les limites.



Les salariés mis à disposition.

Sur ce sujet, le législateur devrait faire amende honorable et légiférer de nouveau. La loi du 20 août 2008 propose des remèdes qui sont pires que le mal. Elle aurait dû s'en tenir à la proposition de la Position commune, à savoir créer un groupe de travail pour étudier à fond le problème. La loi est

proche de l'inapplicable. Mais ces difficultés ont un mérite : celui d'envoyer à la Cour de cassation un message de mise en garde contre des solutions trop théoriques. Historiquement, on a complètement dérivé. Au départ, il s'agissait de véritables mises à disposition. Aujourd'hui, cette notion ●●●

●●● ne concerne plus seulement des mises à disposition à l'intérieur d'un groupe où effectivement la collectivité de travail ne peut être limitée aux seules personnes qui ont un contrat de travail avec l'entreprise à l'intérieur de laquelle s'organisent les élections. C'est pourquoi je crois fondamentalement qu'il faut d'abord s'interroger sur les frontières de l'entreprise avant d'envisager la mise à disposition. Comment en est-on arrivé là ? C'est la Cour de cassation qui a ouvert les vannes en jugeant que la mise à disposition



L'impasse de la loi.

Comment apprécie-t-on le consensus obtenu par un accord collectif dans une entreprise où les dernières élections sont antérieures à la loi du 20 août 2008 et où leurs résultats n'avaient pas été acquis au 1^{er} tour qui n'avait pas de surcroît été dépouillé ? C'est un énorme bug.

Le maintien des règles anciennes jusqu'aux prochaines

n'impliquait plus une subordination du salarié mis à disposition à l'égard de l'entreprise utilisatrice. J'admets que l'on puisse reconnaître l'électorat et l'éligibilité pour l'élection des DP. Ce qui me paraît encore plus utile, c'est que les salariés mis à disposition soient éligibles au CHSCT. Mais être électeur au CE, c'est aberrant. Le pire, c'est que le salarié intervenant peut être désigné DS, puisqu'il suffit qu'il soit DP. C'est absurde. Des accords collectifs relevant d'une branche A vont être négociés par des salariés d'entreprise relevant d'une branche B.

élections pourrait se justifier dans un tel cas. Reste que l'exercice du droit d'opposition serait impossible. À défaut, une loi rectificative ou complémentaire pourrait remédier à cette difficulté. Nous sommes là face à une impasse. ■

Propos recueillis par Françoise Champeaux

Entretien avec
Paul-Henri Antonmattei
professeur à la faculté de droit
de Montpellier

Une intervention du législateur est indispensable



La preuve de l'existence d'une section syndicale et de la pluralité d'adhérents.

La jurisprudence de 1997, selon laquelle la désignation d'un délégué syndical (DS) emporte la création de la section syndicale, ne semble plus d'actualité. Certes, l'article L. 2143-3 du Code du travail contient toujours la même formulation : chaque organisation syndicale représentative « *qui constitue une section syndicale désigne* » un DS. Mais cette règle ne suffit plus pour fonder la jurisprudence contestable de 1997. L'article L. 2142-1 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 20 août 2008, subordonne expressément la possibilité de créer une section syndicale à la présence de plusieurs adhérents dans l'entreprise ou l'établissement. Or, la désignation d'un DS ne permet pas de vérifier cette condition et ne peut donc pas établir l'existence de la section syndicale. Idem pour la désignation du représentant de la section syndicale. L'exigence de ce critère quantitatif pour la création d'une section syndicale peut renforcer la contestation patronale singulièrement lors de l'implantation

de syndicats « radicaux ». Un tel scénario ressuscite la question de la divulgation de l'identité des adhérents. On se souviendra alors qu'avant 1997, le constat judiciaire d'un risque de repréailles permettait de ne pas communiquer les noms des adhérents.

Reste à déterminer l'application dans le temps de cette nouvelle donne probatoire pour la création de la section syndicale. L'article 13 de la loi du 20 août 2008 prévoit que jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles postérieures à la publication de ce texte, chaque syndicat représentatif peut désigner un DS conformément aux articles L. 2143-3 et L. 2143-6 du Code du travail dans leur rédaction antérieure à ladite publication. Mais référence n'étant pas faite à l'ancienne rédaction de l'article L. 2142-1, on ne s'étonnera pas que certains tribunaux d'instance appliquent immédiatement les nouvelles dispositions, écartant ainsi la jurisprudence de 1997 pendant cette période transitoire.



À quelles élections le délégué syndical doit-il se présenter ?

Je suis d'accord avec le jugement rendu par le tribunal d'instance de Paris (17^e arr.) qui se refuse à instituer une hiérarchie entre les élections. En effet, le texte applicable (C. trav., art. L. 2143-3) ne contient pas l'expression « à défaut » qui traduit une subsidiarité, à l'instar de la mesure de représentativité (C. trav., art. L. 2122-1). La circulaire retient cette lecture du texte : « *Qui peut être désigné délégué syndical ? Tout salarié qui se présente comme candidat pour*

un syndicat qui a recueilli au moins 10 % des voix recueillies au 1^{er} tour des élections, que ce soit aux élections du CE ou des délégués du personnel ou encore de la délégation unique du personnel. » Ce choix législatif qui élargit « le vivier » des candidats susceptibles d'être désignés comme DS nous paraît justifié. La nouvelle légitimité du DS acquise par un résultat électoral (franchissement du seuil de 10 %) est indépendante de la nature de l'élection professionnelle (DP, DUP ou CE).



La présomption de représentativité pendant la période transitoire est-elle irréfragable ?

On peut franchement hésiter en raison non seulement du silence de l'article 11 sur la nature des présomptions de représentativité maintenues pendant les différentes périodes mais aussi de certaines confusions (par exemple, au niveau interprofessionnel, la représentativité n'était pas fondée sur une présomption mais sur un arrêté). Certains invoqueront les travaux parlementaires pour plaider en faveur d'une

présomption simple. Les difficultés d'application d'une telle solution laissent perplexe et on peut comprendre le choix d'une présomption irréfragable retenu par le tribunal d'instance de Roubaix. La finalité de la période transitoire est de maintenir le système précédent dans l'attente de la mise en œuvre du nouveau système et non d'en mettre en œuvre un nouveau avec une durée de vie limitée.



Les nouveaux critères de la représentativité.

Je ne suis pas convaincu par la pertinence des sept critères retenus comme critère de représentativité. Certains ont un lien très éloigné avec la représentativité : respect des valeurs républicaines, indépendance et ancienneté de deux ans. Preuve en est que la réunion de ces trois critères est exigée pour qu'un syndicat non représentatif accède aux élections professionnelles et bénéficie de quelques prérogatives syndicales : ce sont des critères liés à l'existence des syndicats. Quant aux autres, l'audience électorale va éclipser les trois derniers, singulièrement au niveau de l'entreprise. Rares seront sans doute les situations où un employeur contestera

la représentativité d'un syndicat qui a franchi le seuil des 10 % au motif d'une influence insuffisante ou d'un nombre ridicule d'adhérents. Toujours à ce niveau de représentativité, l'employeur s'en tiendra le plus souvent au seul résultat électoral, les trois critères permettant de se présenter à l'élection n'ayant pas été préalablement contestés. Même si la loi n'impose aucune formalisme, le chef d'entreprise sera bien inspiré d'envoyer un courrier aux organisations syndicales à l'issue des élections, actant le résultat de celles-ci et confirmant le caractère représentatif des syndicats qui ont franchi la barre des 10 %.



Le critère du respect des valeurs républicaines.

L'appréciation de ce critère ne sera pas si simple à effectuer pour le juge. On sait qu'il a remplacé le critère obsolète de l'attitude patriotique pendant l'occupation. Il est naturel de l'inscrire dans la jurisprudence Front national. Mais faut-il aussi tenir compte de la définition retenue par la Position commune du 9 avril 2008 : « *le respect des valeurs républicaines implique le respect de la liberté d'opinion, politique, philosophique ou religieuse ainsi que le refus de toute discrimination, de tout intégrisme et de toute intolérance* » ? Si l'on se souvient que l'article 19 du même

texte prévoit que « *sa validité est subordonnée à l'adoption des dispositions législatives et réglementaires nécessaires à son application* », et que l'on considère que ces dispositions sont présentes dans la loi du 20 août 2008, cette définition pourrait être sollicitée. Mais dès lors que le législateur a volontairement écarté cette dernière afin de ne pas enfermer le juge dans une définition trop restrictive, on peut douter de l'application de la stipulation conventionnelle et ce d'autant qu'il n'est pas certain qu'un critère légal de représentativité soit ouvert au jeu de la négociation collective.



Les salariés mis à disposition.

La situation examinée par le tribunal d'instance de Rouen révèle l'une des nombreuses difficultés d'application des nouvelles règles relatives aux salariés mis à disposition. L'option offerte à ces salariés n'est ouverte que s'ils remplissent, au sein de l'entreprise utilisatrice, les conditions posées par la loi du 20 août 2008. Pour les élections professionnelles organisées par le prestataire, on comprend que ce dernier ne demande pas aux salariés d'exprimer un choix, surtout s'il considère qu'ils ne peuvent l'exercer au profit d'un client. Ne connaissant pas le calendrier électoral de ses clients, le salarié aurait, au demeurant, du mal à effectuer un choix qui pourrait être remis en cause dès lors qu'il ne remplirait plus les conditions pour voter lors de ce futur scrutin. Face à un tel imbroglio, on peut comprendre que des secteurs comme la propreté aient, par voie conventionnelle, coupé court à toute discussion en affirmant : « *Qu'au regard de la spécificité des organisations du travail de la propreté et dans le cadre des prestations effectuées dans l'entreprise cliente, un salarié d'entreprise de propreté n'est pas mis à disposition de l'entreprise cliente, il n'est pas intégré*

de façon étroite et permanente à la communauté de travail de l'entreprise au sein de laquelle les prestations sont réalisées. Par conséquent, le salarié d'une entreprise de propreté demeure électeur et éligible dans l'entreprise avec laquelle il est lié contractuellement » (Avenant du 12 déc. 2008, annexé à la Convention collective nationale des entreprises de propreté). Il y a toutefois fort à penser, qu'en cas de litige, le juge, au nom de l'ordre public, ne s'estime pas lié par cette qualification conventionnelle. Idem pour les syndicats d'une entreprise cliente soucieux d'intégrer dans l'effectif de cette dernière les salariés des entreprises prestataires de services. Mais l'insécurité juridique affecte surtout les nouveaux critères permettant d'intégrer dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice les salariés mis à disposition par des entreprises extérieures. L'objectif de loi du 20 août 2008 a été clairement exprimé : préciser les critères jurisprudentiels d'intégration étroite et permanente à la communauté de travail afin de renforcer la sécurité juridique des acteurs. L'ambition est légitime. Elle se traduit par la règle suivante : les salariés mis à disposition sont pris en compte ●●●

●●● lorsqu'ils « sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an ». Ainsi, un salarié travaillant seulement trois heures par jour dans l'entreprise utilisatrice, en dehors de l'horaire collectif, depuis au moins un an, devrait être intégré dans l'effectif de cette dernière. Pas sûr que ce soit le résultat escompté par les promoteurs du nouveau texte ! On est assez loin du concept d'intégration étroite et permanente pourtant rappelé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 7 août 2008 (*Cons. Const. Déc., n° 2008-568, 7 août 2008*) et que la loi du 20 août 2008 avait pour ambition de préciser. Ajoutons au désordre l'interprétation controversée des arrêts du 13 novembre 2008 : « sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail, pour l'application des textes susvisés, les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure qui, abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis une certaine durée, partageant ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs » (*Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 07-60.434*). Si on peut se féliciter

que la chambre sociale définisse aussi rapidement l'intégration étroite et permanente par référence au nouveau texte, afin d'éviter toute distorsion de règles liées à l'application de la loi dans le temps, elle ajoute l'expression « *partageant ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs* ». L'emploi de l'adverbe « *ainsi* » devrait conduire à penser qu'il ne s'agit pas d'une condition supplémentaire mais l'expression de la condition de présence dans les locaux de l'entreprise. Cette conclusion n'est pas certaine, à en croire l'opinion de la présidente de la chambre sociale de la Cour de cassation exprimée à l'occasion d'une journée de formation Liaisons Sociales (15 janv. 2009). Il est vrai que le communiqué de la Cour de cassation prête à discussion : « *Au critère antérieur, tiré de la matérialité des tâches accomplies par le salarié détaché, est substitué un critère plus large, tiré de la comparaison de ses conditions de travail avec celles des salariés de l'entreprise utilisatrice.* » À moins que ce critère ne remplace dès à présent celui de la présence dans les locaux de l'entreprise source prévisible de difficultés d'application. Mieux vaut sortir de l'impasse par une nouvelle intervention législative.



L'impasse de la loi.

La loi du 20 août 2008 a créé une situation inextricable pour certaines entreprises. Lorsque l'employeur n'a pas dépouillé le résultat du 1^{er} tour des élections avant le 20 août, appliquant ainsi la jurisprudence Adecco fortement contestable, il est dans l'incapacité depuis 1^{er} janvier 2009 de connaître le poids des différentes organisations syndicales. Sauf accord unanime, on ne sait pas alors si le seuil de 30 % de signataires, nécessaire à la validité de l'accord, a été franchi. On ne peut même plus

se rabattre sur la jurisprudence Adecco, le texte du Code du travail sur laquelle elle s'appuyait ayant été abrogé. Peut-on prendre alors, à défaut, les résultats du second tour même lorsqu'il n'y a pas que des syndicats représentatifs ? *Quid* d'un référendum ? Aucune voie n'est sécurisée. À nouveau, une intervention législative est indispensable. Faute avouée... ! ■

Propos recueillis par Françoise Champeaux

Vers une possible sortie de l'impasse...

À l'occasion de l'adoption par le Sénat en première lecture, le 25 mars 2009, de la proposition de loi de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, un amendement, approuvé par le gouvernement, a modifié l'article 12, II, de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008.

Ce texte devrait être complété de l'alinéa suivant : « *Jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles dans l'entreprise ou l'établissement, pour lesquelles la date fixée pour la première réunion de la négociation du protocole d'accord préélectoral est postérieure au 21 août 2008, en cas de carence au premier tour des élections professionnelles ou d'absence de dépouillement du premier tour des élections professionnelles, la validité de l'accord d'entreprise ou d'établissement négocié et conclu avec un ou plusieurs délégués syndicaux est subordonnée à son approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés.* »

Cet amendement a pour objet de mettre fin à un possible blocage de la négociation collective dénoncé dans notre dossier (*v. ci-dessus entretiens avec H.-J. Legrand et P.-H. Antonmattei, et v. aussi Semaine sociale Lamy, n° 1370, entretien avec S. Béal, p. 22*). En effet, la loi du 20 août 2008 a mis en place de nouvelles règles de validité des accords collectifs d'entreprise dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1^{er} janvier 2009. Les accords collectifs doivent être négociés par des délégués syndicaux et pour être valides doivent être approuvés par des syndicats ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles dans l'entreprise et ne doivent pas avoir fait l'objet d'une opposition de syndicats ayant recueilli au moins 50 % des suffrages aux élections professionnelles dans l'entreprise. Cependant, dans certaines entreprises, il y a eu carence de candidatures syndicales au premier tour des élections ou absence de quorum et donc de dépouillement. Il est impossible de mesurer les 30 % et les 50 %. L'article 12 de la loi avait permis jusqu'au 31 décembre 2008 d'organiser un référendum de validation en pareil cas. Mais la situation de blocage peut subsister après cette date et jusqu'aux prochaines élections dans l'entreprise. D'où la nécessité actée par cette proposition de loi de prolonger jusqu'aux prochaines élections le système du référendum.

Le texte doit maintenant être examiné par l'Assemblée nationale en seconde lecture. À suivre donc.

► *Proposition de loi « de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures », adoptée en 1^{ère} lecture par l'AN (14 oct. 2008) et par le Sénat (25 mars 2009)*

La rénovation de la démocratie sociale en tableaux

Laurence Pécaut-Rivolier, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation
Yves Struillou, maître des requêtes au Conseil d'État

Tableau 1

DISPOSITIONS APPLICABLES À LA REPRÉSENTATIVITÉ SYNDICALE AU NIVEAU DE L'ENTREPRISE		
Dispositions applicables	Entre le 21 août 2008 et les résultats des premières élections professionnelles pour lesquelles la date fixée pour la première réunion de négociation du protocole d'accord préélectoral est postérieure au 21 août 2008	À compter des résultats des premières élections professionnelles pour lesquelles la date fixée pour la première réunion de négociation du protocole d'accord préélectoral est postérieure au 21 août 2008
Représentativité syndicale au niveau de l'entreprise	<p>► C. trav., art. L. 2122-1 Tout syndicat professionnel affilié à une organisation représentative au niveau national est considéré comme représentatif dans l'entreprise. La représentativité des autres syndicats est appréciée conformément aux dispositions de l'article L. 2121-1.</p> <p>► C. trav., art. L. 2121-1 La représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères suivants :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1° Les effectifs ; 2° L'indépendance ; 3° Les cotisations ; 4° L'expérience et l'ancienneté du syndicat. <p>► L. n° 2008-789, 20 août 2008, art. 11-IV Jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles dans l'entreprise ou l'établissement, pour lesquelles la date fixée pour la première réunion de la négociation du protocole d'accord préélectoral est postérieure à la publication de la présente loi, est présumé représentatif à ce niveau tout syndicat affilié à l'une des organisations syndicales de salariés présumées représentatives au niveau national et interprofessionnel à la date de publication de la présente loi, ainsi que tout syndicat représentatif à ce niveau à la date de cette publication. Est également présumé représentatif dans les mêmes conditions tout syndicat constitué à partir du regroupement de plusieurs syndicats dont l'un au moins est affilié à une organisation syndicale de salariés représentative au niveau national et interprofessionnel à la date de publication de la présente loi.</p>	<p>► C. trav., art. L. 2122-1 Dans l'entreprise ou l'établissement, sont représentatives les organisations syndicales 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 du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants.</p> <p>► C. trav., art. L. 2121-1 La représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères cumulatifs suivants :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1° Le respect des valeurs républicaines ; 2° L'indépendance ; 3° La transparence financière ; 4° Une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation. Cette ancienneté s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts ; 5° L'audience établie selon les niveaux de négociation conformément aux articles L. 2122-1, L. 2122-5, L. 2122-6 et L. 2122-9 ; 6° L'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ; 7° Les effectifs d'adhérents et les cotisations.

Tableau 2

DISPOSITIONS APPLICABLES À LA NÉGOCIATION DU PROTOCOLE D'ACCORD PRÉÉLECTORAL		
	Dispositions applicables jusqu'au 21 août 2008	Dispositions applicables à compter du 22 août 2008*
Élections du comité d'entreprise	<p>► C. trav., art. L. 2324-4 Les organisations syndicales intéressées sont invitées par l'employeur à négocier le protocole d'accord préélectoral et à établir les listes de leurs candidats aux fonctions de membre du comité d'entreprise. [...]</p>	<p>► C. trav., art. L. 2324-4 Sont informées, par voie d'affichage, de l'organisation des élections et invitées à négocier le protocole d'accord préélectoral et à établir les listes de leurs candidats aux fonctions de représentants du personnel au comité d'entreprise, les organisations syndicales qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés. Les organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, celles ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement, ainsi que les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel y sont également invités par courrier. [...]</p>
Élections des délégués du personnel	<p>► C. trav., art. L. 2314-3 Les organisations syndicales intéressées sont invitées par l'employeur à négocier le protocole d'accord préélectoral et à établir les listes de leurs candidats aux fonctions de délégué du personnel.</p>	<p>► C. trav., art. L. 2314-3 Sont informées, par voie d'affichage, de l'organisation des élections et invitées à négocier le protocole d'accord préélectoral et à établir les listes de leurs candidats aux fonctions de délégués du personnel, les organisations syndicales qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés. Les organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, celles ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement, ainsi que les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel y sont également invités par courrier.</p>

* En l'absence de mention contraire dans la loi, les dispositions sont entrées en vigueur le lendemain de la publication au JO (21 août 2008).

Tableau 3

DISPOSITIONS APPLICABLES À LA DÉSIGNATION DU DÉLÉGUÉ SYNDICAL		
Dispositions applicables	Entre le 21 août 2008 et les résultats des premières élections professionnelles pour lesquelles la négociation du protocole d'accord préélectoral est postérieure au 21 août 2008	À compter des résultats des premières élections professionnelles pour lesquelles la négociation du protocole d'accord préélectoral est postérieure au 21 août 2008
Désignation du délégué syndical	<p>► C. trav., art. L. 2143-3 Chaque syndicat représentatif qui constitue une section syndicale dans les établissements de cinquante salariés ou plus désigne, dans les limites fixées à l'article L. 2143-12, un ou plusieurs délégués syndicaux pour le représenter auprès de l'employeur. [...]</p> <p>► L. n° 2008-789, 20 août 2008, art. 13 Jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles organisées dans les entreprises ou les établissements pour lesquels la date fixée pour la négociation du protocole préélectoral est postérieure à la publication de la présente loi, chaque syndicat représentatif dans l'entreprise ou l'établissement à la date de cette publication peut désigner un ou plusieurs délégués syndicaux pour le représenter auprès de l'employeur, conformément aux articles L. 2143-3 et L. 2143-6 du Code du travail dans leur rédaction antérieure à ladite publication.</p>	<p>► C. trav., art. L. 2143-3 Chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement de cinquante salariés ou plus, qui constitue une section syndicale, désigne parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, dans les limites fixées à l'article L. 2143-12, un ou plusieurs délégués syndicaux pour la représenter auprès de l'employeur.</p>

Tableau 4

DISPOSITIONS APPLICABLES À LA SECTION SYNDICALE		
	Dispositions applicables jusqu'au 21 août 2008	Nouvelles dispositions applicables à compter du 22 août 2008*
Constitution de la section syndicale	<p>► C. trav., art. L. 2142-1 Chaque syndicat représentatif peut constituer au sein de l'entreprise une section syndicale qui assure la représentation des intérêts matériels et moraux de ses membres, conformément aux dispositions de l'article L. 2131-1.</p>	<p>► C. trav., art. L. 2142-1 Dès lors qu'ils ont plusieurs adhérents dans l'entreprise ou dans l'établissement, chaque syndicat qui y est représentatif, chaque syndicat affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel ou chaque organisation syndicale qui satisfait aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance et est légalement constituée depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise concernée peut constituer au sein de l'entreprise ou de l'établissement une section syndicale qui assure la représentation des intérêts matériels et moraux de ses membres conformément à l'article L. 2131-1.</p>

* En l'absence de mention contraire dans la loi, les dispositions sont entrées en vigueur le lendemain de la publication au JO (21 août 2008).

Tableau 5

DISPOSITIONS APPLICABLES À LA DÉSIGNATION DU REPRÉSENTANT DE LA SECTION SYNDICALE		
Dispositions applicables	Entre le 21 août 2008 et les résultats des premières élections professionnelles pour lesquelles la négociation du protocole d'accord préélectoral est postérieure au 21 août 2008	À compter des résultats des premières élections professionnelles pour lesquelles la négociation du protocole d'accord préélectoral est postérieure au 21 août 2008
Représentant de la section syndicale	Dispositions non applicables.	<p>► <i>C. trav., art. L. 2142-1-1</i> Chaque syndicat qui constitue, conformément à l'article L. 2142-1, une section syndicale au sein de l'entreprise ou de l'établissement de cinquante salariés ou plus peut, s'il n'est pas représentatif dans l'entreprise ou l'établissement, désigner un représentant de la section pour le représenter au sein de l'entreprise ou de l'établissement.</p> <p>Le représentant de la section syndicale exerce ses fonctions dans le cadre des dispositions du présent chapitre. Il bénéficie des mêmes prérogatives que le délégué syndical, à l'exception du pouvoir de négocier des accords collectifs.</p> <p>Le mandat du représentant de la section syndicale prend fin, à l'issue des premières élections professionnelles suivant sa désignation, dès lors que le syndicat qui l'a désigné n'est pas reconnu représentatif dans l'entreprise. Le salarié qui perd ainsi son mandat de représentant syndical ne peut pas être désigné à nouveau comme représentant syndical au titre d'une section jusqu'aux six mois précédant la date des élections professionnelles suivantes dans l'entreprise.</p>

Tableau 6

DISPOSITIONS APPLICABLES À LA DÉSIGNATION DU REPRÉSENTANT SYNDICAL AU COMITÉ D'ENTREPRISE		
	Dispositions applicables jusqu'au 21 août 2008	Nouvelles dispositions applicables à compter du 22 août 2008*
Représentant syndical au comité d'entreprise	<p>► <i>C. trav., art. L. 2324-2</i> Sous réserve des dispositions applicables dans les entreprises de moins de trois cents salariés, prévues à l'article L. 2143-22, chaque organisation syndicale de travailleurs représentative dans l'entreprise peut désigner un représentant au comité. Il assiste aux séances avec voix consultative. Il est choisi parmi les membres du personnel de l'entreprise et doit remplir les conditions d'éligibilité au comité d'entreprise fixées à l'article L. 2324-15.</p>	<p>► <i>C. trav., art. L. 2324-2</i> Sous réserve des dispositions applicables dans les entreprises de moins de trois cents salariés, prévues à l'article L. 2143-22, chaque organisation syndicale ayant des élus au comité d'entreprise peut y nommer un représentant. Il assiste aux séances avec voix consultative. Il est choisi parmi les membres du personnel de l'entreprise et doit remplir les conditions d'éligibilité au comité d'entreprise fixées à l'article L. 2324-15.</p>

* En l'absence de mention contraire dans la loi, les dispositions sont entrées en vigueur le lendemain de la publication au JO (21 août 2008).

Cumul d'emplois

Aucun salarié ne peut accomplir des travaux rémunérés au-delà de la durée maximale du travail telle qu'elle ressort des dispositions légales de sa profession. Un employeur ne peut conserver à son service un salarié qui méconnaît cette interdiction. En outre, en cas de cumul par le salarié de deux contrats de travail entraînant un tel dépassement, l'employeur, auquel le salarié demande de réduire son temps de travail, n'est pas tenu d'accepter cette modification du contrat de travail.

Le licenciement du salarié qui cumulait en l'occurrence deux emplois, l'un à temps complet et l'autre à temps partiel, entraînant pour lui un dépassement de la durée maximale du travail, est donc justifié.

► **Cass. soc., 10 mars 2009, n° 07-43.985 P + B**

Syndicats

Lorsque l'effectif de l'entreprise est tombé en dessous du seuil de 1 000 salariés, l'employeur est fondé à s'opposer à la désignation par les syndicats d'un second délégué syndical dès lors que, pour respecter le principe d'égalité qui est de valeur constitutionnelle, il a invité préalablement toutes les organisations représentatives concernées à ramener le nombre des

mandats à celui qui est prévu par la loi.

► **Cass. soc., 4 mars 2009, n° 08-60.411 P + B**

Travailleurs handicapés

L'employeur est tenu de verser au salarié déclaré par le médecin du travail inapte à reprendre l'emploi occupé précédemment et dont le contrat a été rompu, une indemnité compensatrice d'un montant égal à celui de l'indemnité prévue à l'article L. 122-8 du même code (*devenu L. 1234-5*). L'article L. 323-7 (*devenu L. 5213-9*), qui a pour but de doubler la durée du délai-congé en faveur des salariés handicapés n'est pas applicable à cette indemnité compensatrice prévue à l'article L. 122-32-6 du Code du travail (*devenu L. 1226-14*).

► **Cass. soc., 10 mars 2009, n° 08-42.249 P + B**

Discrimination

En l'espèce, une société privée de surveillance a publié une offre d'emploi d'agent de sécurité demandant aux candidats de fournir notamment leur carte d'électeur. L'employeur est condamné sur le fondement de l'article 225-2, 5° du Code pénal qui réprime le fait de subordonner une offre d'emploi à une condition fondée sur un motif discriminatoire, en

l'occurrence, la nationalité puisque le droit de vote n'est accordé qu'aux français et, dans une certaine mesure, aux ressortissants de l'Union européenne. L'employeur ayant manifesté la conscience qu'il avait du caractère discriminatoire du critère de nationalité, le délit était caractérisé en ses éléments matériel et intentionnel.

► **Cass. crim., 20 janv. 2009, n° 08-83.710 P + F**

Priorité de réembauchage

• Dès lors qu'un salarié est licencié pour motif économique en raison du refus de la modification de son contrat de travail, l'employeur est tenu, si le salarié manifeste le désir d'user de la priorité de réembauchage, de l'informer de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification, même celui offert aux conditions précédemment refusées par l'intéressé.

► **Cass. soc., 3 mars 2009, n° 07-43.240 D**

• L'obligation pour l'employeur d'informer le salarié de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification, n'est pas limitée aux emplois pourvus par des contrats à durée indéterminée et l'employeur doit proposer au salarié tout poste disponible et compatible avec sa qualification (*C. trav., art. L. 1233-45*), fût-il un emploi sous CDD.

► **Cass. soc., 3 mars 2009, n° 07-42.436 D**

Faute grave

Le transfert par le salarié à son domicile d'informations confidentielles appartenant à l'entreprise, sans justification professionnelle, rendait impossible le maintien de l'intéressé dans l'entreprise et constituait une faute grave, peu important

l'ancienneté de l'intéressé et sa crainte d'un licenciement pour motif économique.

► **Cass. soc., 3 mars 2009, n° 07-43.222 D**

Entreprises en difficulté

Il résulte de l'article L. 143-11-1, alinéa 2, du Code du travail, en sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 (*devenu L. 3253-8*), qu'en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde de l'entreprise, laquelle n'est pas en état de cessation des paiements, seules sont garanties les créances résultant de ruptures intervenues pendant la période d'observation et dans le mois suivant le jugement qui a arrêté le plan de sauvegarde.

► **Cass. soc., 10 mars 2009, n° 07-45.326 P + B**



Lamy

une marque Wolters Kluwer

- **Président directeur général de Wolters Kluwer France**
Directeur de la publication
Xavier Gandillot
- **Directeur général du Pôle Entreprises**
Isabelle Bussel
- **Rédactrice en chef**
Françoise Champeaux
Case postale 704
fchampeaux@wolters-kluwer.fr
- **Rédactrice en chef adjointe**
Malika Séguineau
Case postale 704
mseguineau@wolters-kluwer.fr
Tél. : 01 76 73 42 58
- **Secrétaire de rédaction/maquette**
Catherine Ducroux-Pontoparia
Case postale 704
cdcroux@wolters-kluwer.fr
Tél. : 01 76 73 39 77
- **Internet**
www.wk-rh.fr
www.2lreflex.fr
- **Édité par :**
Wolters Kluwer France,
Immeuble Le Corosa,
1, rue Eugène
et Armand Peugeot,
92856 Rueil-Malmaison Cedex
- **SAS au capital de 300 000 000 euros**
- **Associé unique :**
Holding Wolters Kluwer France
- **CPPAP** 0208 T 82710
- **RCS Nanterre** 480 081 306
- **Siret** 480 081 306 00023
- **TVA FR** 55 480 081 306
- **APE** 221 E
- **N° Indigo** 0825 08 08 00
- **Fax** 01 76 73 48 09
- **Abonnement annuel** 465,58 euros TTC
- **Prix du numéro** 30,63 euros TTC
- **Prix des reliures** 25,53 euros TTC
- **Périodicité** hebdomadaire
- **Dépôt légal** à parution
- **ISSN** 0223-4637
- **Imprimerie** Delcambre,
BP 389, 91959 Courtabœuf cedex

Le zoom de la semaine

Mise à pied

La mise à pied prononcée par l'employeur dans l'attente de sa décision dans la procédure de licenciement engagée dans le même temps a un caractère conservatoire, y compris lorsqu'il s'agit d'une mise à pied de trois jours, notifiée dans la lettre de convocation à entretien préalable envoyée au salarié.

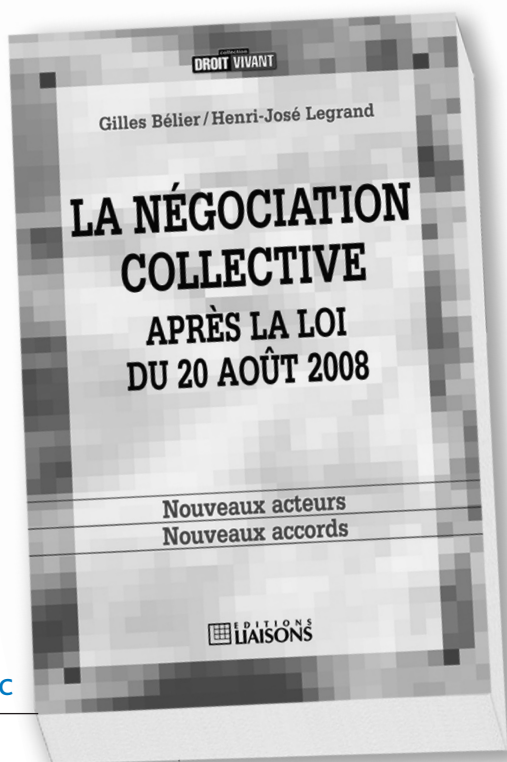
► **Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-44.185 P + B**

Nouveau !

La négociation collective



nouveaux acteurs,
nouveaux accords après
la loi du 20 août 2008



28 € TTC
336 pages

Collection « Droit vivant » dirigée par J.-E. Ray

Redéfinissant les acteurs et fixant des seuils de validité pour les accords, la loi du 20 août 2008 qui a réformé l'ensemble du droit de la négociation collective constitue un véritable défi pour les employeurs et les syndicats.

Deux avocats, spécialistes du droit social, décryptent cette loi complexe.

Que vous soyez dirigeant, DRH ou représentant du personnel, cet ouvrage vous aide à **connaître**, **comprendre** et **mettre en œuvre** cette nouvelle donne sociale.

A-NC_A4_1-09_300

Auteurs :

Gilles Bélier, avocat, spécialiste en droit social, exerce au sein du cabinet Freshfields-Bruckhaus-Deringer

Henri-José Legrand, avocat, spécialiste en droit social, est associé au cabinet LBBa.



9 770223 463708 01393

Pour commander en ligne : www.librairie-liaisons.com

Par correspondance, bon à retourner accompagné de votre règlement : Wolters Kluwer France - Service VPC
CP 701 - 1, rue Eugène et Armand Peugeot 92856 Rueil-Malmaison cedex - Tél. : 01 76 73 30 82 - Fax : 01 76 73 48 88

OUI, je souhaite recevoir (indiquer le nombre d'exemplaires) :
La négociation collective après la loi du 20 août 2008
(Réf 80772)

28 € TTC* x = €

Participation aux frais d'envoi** : + 5 €

Soit un total de : € TTC*

Ci-joint mon règlement par chèque à l'ordre de
Wolters Kluwer France

*TVA 5,5 %

** Tarifs valables en France métropolitaine.

Pour l'étranger et les Dom-Tom, nous consulter.



Wolters Kluwer France SAS au capital de 300 000 000 € - TVA FR 55 480 081 306 - SIREN 480 081 306 RCS Nanterre

Nom : _____ Prénom : _____

Fonction : _____ Société : _____

Adresse : _____

Code postal : _____ Ville : _____

Tél. : _____ fax : _____

e-mail : _____

Date : _____ Signature : _____

Conformément à la loi du 6 janvier 1978, ces informations peuvent donner lieu à l'exercice d'un droit d'accès et de rectification auprès de Wolters Kluwer France SAS - VPC (cf adresse indiquée ci-dessus).

NEG9