

DROIT SYNDICAL La Cour de cassation a rendu le 8 juillet dernier quatre décisions relatives à la désignation des délégués et autres représentants syndicaux dans le cadre de la loi du 20 août 2008. Elle répond de façon très claire à des questions cruciales, portant pour certaines sur la période transitoire, pour certaines au-delà. ▶ Par Audo Le Mire

La liberté syndicale préservée



CES PREMIERS ARRÊTS DE CASSATION, TRÈS ATTENDUS, tombent un peu moins d'un an après la publication de la loi du 20 août 2008 (1). Un délai étonnamment bref, à mettre sur le compte de jugements d'instance portant sur la désignation de représentants syndicaux rendus en premier et dernier ressort, et du souci de la haute juridiction de répondre rapidement aux interrogations sou-

levées par la loi. Ces premiers arrêts sont favorables à l'ancrage du syndicat dans l'entreprise et préservent la liberté syndicale.

■ Présomption de représentativité en période transitoire

La présomption de représentativité maintenue pendant la période transitoire est irréfragable. Sans la qualifier en ces termes, c'est le pre-

mier apport du très riche arrêt Okaïdi (2) dans lequel était en jeu la désignation d'un délégué syndical (DS) par la Fédération CGT du commerce, de la distribution et des services.

La source du litige : l'article 11-IV de la loi. Ce dernier stipule que, jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles organisées dans l'entreprise selon les nouvelles règles, est présumé représentatif à ce niveau tout syndicat affilié à l'une des organisations syndicales présumées représentatives au niveau national et interprofessionnel à la date de la publication de la loi. Les juges affirment que la représentativité de la Fédération CGT du commerce, affiliée à l'une des confédérations reconnues représentatives au plan national avant l'entrée en vigueur de la loi, ne peut être contestée pendant la période transitoire. Les juges s'appuient simplement sur le fait que l'article 11-IV de la loi n'a pas prévu qu'il puisse être rapporté de preuve contraire (3). La position commune et les débats parlementaires confortaient la thèse de la présomption simple. Selon Marie-Laure Morin, conseiller à la Cour de cassation, les juges lui ont préféré la présomption irréfragable dans un souci de simplicité et de sécurité juridique (4). Une question demeure toutefois : la présomption dont bénéficient, en vertu du même article, les syndicats qui avaient prouvé leur représentativité avant la loi, est-elle irréfragable ?

■ Preuve de l'existence d'une section syndicale

Il n'y a pas de désignation de DS sans section syndicale. La preuve de l'existence de celle-ci a été l'objet de plusieurs décisions. D'une part, cette preuve doit être établie « à la désignation du délégué syndical » (5), c'est-à-dire « au moment où elle conditionne la validité d'un acte » (6). Elle n'a donc pas à être préalable. Question plus épineuse, l'applicabilité pendant la période transitoire du nouvel article L. 2142-1 du code du travail relatif à la constitution d'une section syndicale. Est-il immédiatement appli-

Syndicats non représentatifs au 21 août 2008 désignations recalées

Plusieurs décisions d'Instance ont été rendues dans ce sens, et aucune n'a fait l'objet d'un pourvoi en cassation. Pendant la période transitoire, les syndicats qui n'étaient pas représentatifs à la date de publication de la loi n'ont pas la possibilité de désigner de délégué syndical (DS). Ainsi :

– un syndicat créé en décembre 2008, donc inexistant au moment de la publication de la loi, doit attendre le prochain scrutin pour mesurer sa représentativité ; il ne peut désigner ni délégué syndical (TI Bordeaux,

19 mars 2009, n° 11-09-00120, UES Novergie /UNSA et a.) ni délégué syndical central (TI Puteaux, 13 fév. 2009, n° 11-09 000041, UES Novergie /UNSA et a.) ;

– un syndicat, bien qu'ayant déposé ses statuts en mai 2008, ne peut procéder à une désignation en faisant apprécier sa représentativité. « Les dispositions de l'article 13 et de l'article 5 se complètent pour dire clairement que, dans l'attente de l'application de l'article 5, les actuels DS restent en place et qu'au besoin (départ, démission, absence de désignation préala-

ble) les syndicats déjà représentatifs à la date de publication de la loi, soit par présomption, soit par jugement, peuvent encore désigner un DS nouveau ou remplaçant. Il en résulte [...] qu'un syndicat non représentatif au 21 août 2008, ne peut plus désigner de délégué en faisant apprécier sa représentativité » (TI Douai, 19 déc. 2008, n° 11-08-001044, SA Inoplast /synd. Sud Inoplast et a.).

Pour ces organisations non représentatives, l'alternative est la désignation de représentants de la section syndicale.

DROIT SYNDICAL



cable dans la période transitoire, quand les règles de désignation d'un délégué peuvent attendre les prochaines élections ? En l'absence de dispositions transitoires sur ce point, la réponse est positive. Et, première conséquence, le syndicat doit, pour se conformer à la règle applicable, « démontrer la présence de plusieurs adhérents dans l'entreprise » (7). L'arrêt Veolia précise que la condition de pluralité implique « la présence d'au moins deux adhérents » et non pas, comme le soutenait l'entreprise demanderesse, « au minimum plus de deux adhérents » (8). Quoi qu'il en soit, c'est du point de vue de la preuve de l'existence de syndiqués que l'arrêt Okaïdi s'avère majeur.

■ Communication de l'identité des adhérents

Dans l'affaire Okaïdi, le tribunal d'instance avait annulé la désignation du délégué syndical, en raison du refus de la Fédération CGT du commerce de communiquer contradictoirement la liste de ses adhérents, sans apporter pour autant la preuve de risque de repré-

sailles à leur détriment (9). Conclusion : l'existence d'une section syndicale n'était pas établie. Cette motivation sonnait le glas, et ce dès la période transitoire, de la jurisprudence de 1997 selon laquelle la seule désignation d'un délégué syndical suffit à établir l'existence d'une section syndicale (10). Le principe, résultant d'une longue évolution jurisprudentielle, avait le mérite de protéger au maximum les syndiqués. Si la Cour de cassation entérine la disparition de la jurisprudence de 1997, elle rend toutefois une décision protectrice. En effet, l'arrêt Okaïdi dit que :

– l'adhésion du salarié à un syndicat relève de sa vie personnelle et ne peut être divulguée sans son accord ; à défaut d'accord, le syndicat qui crée une section syndicale ne peut pas produire ou être contraint de produire une liste nominative de ses adhérents (la Cour de

cassation se base non pas sur la liberté syndicale mais sur le droit des adhérents au respect de la vie personnelle) ;

– en cas de contestation sur l'existence d'une section syndicale, le syndicat doit apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence de deux adhérents dans l'entreprise, dans le respect du principe du contradictoire, à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents, dont seul le juge peut prendre connaissance.

Ainsi, en cas de litige, le syndicat devra dans un premier temps livrer à l'employeur des éléments qui ne font pas apparaître l'identité des adhérents (sauf si ceux-ci donnent leur accord), tels que des documents comptables. Dans un deuxième temps, le juge pourra être amené à demander la communication d'éléments personnels pour véri-

L'adhésion du salarié à un syndicat ne peut être divulguée sans son accord

fier la sincérité des pièces apportées à l'employeur. Le syndicat n'est pas tenu de prouver qu'il y a risque de représailles.

Pour rendre sa décision, la chambre sociale s'est référée à l'alinéa 6 du préambule de la Constitution de 1946, l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 9 du code civil (11).

■ Précisions sur d'autres représentants syndicaux

Le sort du représentant syndical au CE est désormais fixé à l'article L. 2324-2 selon lequel « chaque organisation syndicale ayant des élus au comité d'entreprise peut y nommer un représentant ».

La chambre sociale a précisé deux aspects. D'une part, cet article est applicable immédiatement: un syndicat dépourvu d'élus au CE ne peut donc y désigner de représentant syndical. D'autre part, le syndicat désignataire n'a pas à être représentatif (12). L'hypothèse n'est pas improbable puisqu'un syndicat peut avoir des élus sans, par exemple, avoir atteint le seuil des 10 % aux élections. En revanche, conformément à l'article L. 2143-22 du code du travail, dans les entreprises de moins de 300 salariés, le représentant syndical au CE est nécessairement le délégué syndical, lequel ne peut émaner que d'une organisation représentative. L'absence de la qualité de représentativité n'est donc indifférente que dans les entreprises de 300 salariés et plus.

Concernant le représentant de la section syndicale (RSS), quelques enseignements également. La régularité de sa désignation ne nécessite pas que le syndicat désignataire remplisse les critères de représentativité des articles L. 2121-1 et L. 2122-1 du code du travail. Ainsi, les critères de « réelle influence et activité » et d'audience n'ont pas à être vérifiés. Il suffit que

En savoir plus sur les nouvelles règles de représentativité syndicale

Le numéro 764 de la *Revue pratique de droit social* (RPDS) a publié et commenté dans un dossier spécial les dispositions de la loi du 20 août 2008 relatives à la représentativité et à la présence syndicale dans l'entreprise. En effet, la réforme de la représentativité qui irrigue le droit syndical, le droit des élections professionnelles et le droit de la négociation collective, est majeure. La nouvelle loi 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 désormais 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 syndical d'un nouveau type, à gagner en audience.



Pour les lecteurs non abonnés à la RPDS, ce numéro peut être commandé à NSA La Vie Ouvrière, BP 88, 27190 Conches-en-Duche. Prix du numéro: 6,80 euros (+ forfait de 3 euros par envoi). Abonnement: 71 euros par an uniquement à NVO, BP 160, 77315 Marne-la-Vallée Cedex 2. Commandes et abonnement en ligne sur notre site Internet: www.librairie-nvo.com

le syndicat réunisse, à la date de la désignation, les conditions fixées par l'article L. 2142-1 du code du travail (constitution d'une section syndicale) et par l'article L. 2142-1-1 du code du travail (désignation du représentant de la section syndicale) (13). Au nombre des conditions exigées pour la création d'une section syndicale, accessible désormais aux organisations non représentatives, figure le respect des valeurs républicaines. Certains commentateurs de la loi y voient, plus qu'un critère, une qualité intrinsèque de tout syndicat, au même titre que l'indépendance. Sans ces qualités, pas de syndicat digne de ce nom. L'arrêt Veolia affirme

pour sa part qu'il n'incombe pas au syndicat de démontrer qu'il respecte les valeurs républicaines, mais à l'employeur qui le met en cause de prouver le contraire.

Enfin, aux termes de l'article L. 2142-1 du code du travail, le syndicat qui souhaite désigner un RSS, et pour cela doit créer une section, doit avoir un champ géographique et professionnel couvrant l'entreprise. Il a été jugé que cette condition, couplée à la pluralité d'adhérents, n'implique pas que le syndicat ait des adhérents dans tous les sites de l'établissement au sein duquel il souhaite désigner un RSS (14). ■

(1) Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JO du 21.
(2) Cass. soc., 8 juil. 2008, n° 09-60011, 09-60031 et 09-60032, Okaidi / Fédération CGT commerce distribution services, publié.
(3) Seul l'article 2122-6 du code du travail, issu de la loi du 20 août 2008

et relatif à la négociation dans les branches couvrant des entreprises trop petites pour avoir une représentation du personnel, prévoit une présomption de représentativité « sans préjudice de la preuve du contraire », autrement dit simple.
(4) Voir interview de M.-L. Morin dans *Liaisons sociales*, jeudi 9 juillet 2009, n° 15398,

et également sur l'ensemble des arrêts, les commentaires de Laurence Pécaut-Rivoller, *Semaine sociale Lamy* 13 juil. 2009, n° 1408.
(5) Cass. soc., 8 juil. 2008, n° 08-60599, Veolia Transports Bordeaux / FAT UNSA, publié.
(6) Voir M.-L. Morin, interview précitée.
(7) Arrêt Okaidi, précité.
(8) Le code civil prévoit

qu'une société est composée « de deux ou plusieurs personnes », ce qui signifie que « plusieurs » est forcément plus de deux. Une définition qui n'est pas transposée ici.
(9) Précisons que l'intéressé avait pourtant été convoqué à un entretien préalable à un éventuel licenciement quelques jours après sa désignation.

(10) Cass. soc., 27 mai 1997, n° 96-60239, bull. n° 194.
(11) Pour un éclairage sur la méthode employée par les juges, lire M.-L. Morin, interview précitée.
(12) Cass. soc., 8 juil. 2009, n° 09-60015, synd. Solidaires Group 4 Securicor, publié.
(13) Arrêt Veolia, précité.
(14) Cass. soc., 8 juil. 2009, n° 09-60048, synd. Sud Banques Solidaires

/Sté BNP Paribas, publié. M.-L. Morin distingue ici le critère de compétence (fait que les statuts du syndicat englobent les salariés de l'entreprise) d'un critère de représentativité (fait que le syndicat ait des adhérents dans tous les établissements d'une entreprise, ou dans tous les sites d'un établissement où a lieu la désignation).