

Pour mesurer la représentativité des organisations syndicales, se pose la question de l'élection à prendre en compte : CE ou DP ? Le contentieux augmente particulièrement dans les entreprises à structure complexe. Le point de vue de la CGT.

Entreprise et établissements : quelle mesure de la représentativité ?

Philippe Masson, Responsable des activités juridiques de la CGT

L'organisation des entreprises est de plus en plus complexe, ce qui a aussi des conséquences sur le périmètre de constitution des institutions représentatives des personnels : nous sommes souvent confrontés à un enchevêtrement d'établissements différents selon qu'il s'agit d'y mettre en place un comité ou d'y élire des délégués du personnel ; voire même d'entreprises différentes dans le cas d'une UES. Il en résulte autant de niveaux d'appréciation de la représentativité des organisations syndicales.

La question est certes ancienne et, dès avant la loi du 20 août 2008, la jurisprudence avait distingué représentativité à l'échelle de l'entreprise et représentativité dans un établissement donné¹. Mais elle prend une ampleur nouvelle, l'obligation de remplir les critères de représentativité, notamment électoraux, au niveau où elle est revendiquée, s'appliquant maintenant à tous les syndicats affiliés ou non à une confédération représentative.

Or les scores obtenus par une organisation syndicale dans les différentes composantes d'une entreprise ou d'une UES sont fréquemment hétérogènes. Cela peut être dû à la nature de l'activité et à la composition sociologique du salariat concerné : dans une même

entreprise, siège social, unités de production, centres de recherche, plateformes de logistique ou agences de SAV présentent en général des physionomies sociales et syndicales fort diverses. Les restructurations sont une autre cause d'hétérogénéité lorsqu'une même entreprise résulte de la fusion de plusieurs entités aux histoires sociales et aux traditions revendicatives différentes.

Dans nombre d'entreprises aux activités dispersées dans une multitude de lieux de travail, la gestion administrative et économique est centralisée à un échelon national ou régional, ce qui entraîne la constitution de comités d'établissement rayonnant sur un très vaste périmètre et divisés, pour l'élection des délégués du personnel, en établissements éloignés, géographiquement et socialement².

Il n'est donc plus exceptionnel qu'un syndicat, cessant d'être représentatif à l'échelle d'une entreprise ou du ressort de l'élection d'un comité d'établissement, faute d'avoir franchi la barre des 10 % des suffrages exprimés, revendique sa représentativité dans un périmètre plus petit, fort du score obtenu à ce niveau, lors de l'élection des délégués du personnel. Cette démarche est d'autant plus légitime qu'une jurisp-

rudence bien établie (et sur laquelle nous reviendrons plus loin) met en avant des critères analogues pour la reconnaissance des établissements distincts pour l'élection des délégués du personnel et la désignation des délégués syndicaux.

Se pose alors la question de la mesure de cette représentativité : concrètement, quelle élection prendre en compte, comité d'entreprise ou délégués du personnel ? Le contentieux sur ce sujet commence à prendre de l'ampleur³ et c'est l'objet premier de cet article. Nous verrons que ce problème ne se limite pas à l'interprétation de l'article L. 2122-1 du Code du travail. Il conduit naturellement à s'interroger sur les missions du délégué syndical et sur les conditions de sa désignation.

1 DE LA REPRÉSENTATIVITÉ DESCENDANTE AU CHOIX DES SALARIÉS

« L'exigence d'un seuil raisonnable d'audience subordonnant la représentativité d'une organisation syndicale ne constitue pas une atteinte au principe de la liberté syndicale et la représentation légitimée par le vote, loin de violer le principe de participation des salariés à la détermination collective de leurs ●●●

1. C'est le « principe de concordance » : « la représentativité ne peut être appréciée indépendamment de la prérogative syndicale invoquée » (Cass. soc., 7 déc. 1995, n° 94-10.882). Pour un syndicat ne bénéficiant pas de la présomption de représentativité par affiliation à une confédération nationale représentative, la représentativité même reconnue au niveau de l'entreprise devait être prouvée au niveau de l'établissement où il entendait désigner un délégué syndical (Cass. soc., 17 déc. 1984, n° 84-60.350, n° 84-60.403 ; 25 janv. 2006, n° 05-60.103).

2. La régionalisation de la gestion est déjà ancienne dans la grande distribution, la restauration collective, le gardiennage et le nettoyage, etc. Le processus de concentration administrative est également en cours, voire très avancé, dans les organismes de protection sociale et les secteurs financiers. La centralisation et ses conséquences touchent aussi nombre d'entreprises industrielles où le modèle « comité de taille moyenne/CCE » fait place à la constitution de grands comités d'établissement voir d'un « méga-comité d'entreprise ». Notons aussi la pratique de constitution d'UES entre entreprises de taille conséquente à l'initiative des employeurs.

●●● *conditions de travail par l'intermédiaire des syndicats, en assure au contraire l'effectivité.* » (Cass. QPC, 18 juin 2010, n° 10-40.005). En rejetant en ces termes la question prioritaire de constitutionnalité transmise par le Tribunal d'instance du Raincy, la Cour de cassation a résumé la finalité de la réforme intervenue en 2008 : passer d'un système d'octroi de la représentativité à un processus où les intéressés eux-mêmes participent au choix des organisations habilitées à négocier et signer des accords qui leur seront opposables ; et qui seront attributaires de moyens permettant l'exercice de l'activité syndicale.

Pour prendre en compte effectivement l'opinion des salariés, cette validation doit s'opérer à chacun des niveaux d'intervention syndicale, ce que la position commune du 9 avril 2008 avait exprimé en ces termes : « *La redéfinition de la représentativité à partir d'un ensemble de critères incluant l'audience, s'accompagne de la disparition de la présomption irréfragable de représentativité. En conséquence, la représentativité n'emporte d'effets qu'aux niveaux où elle est reconnue.* » (« *Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme* », signée par le MEDEF, la CGPME, la CGT et la CFDT, art. 3-1).

► La malencontreuse rédaction de l'article L. 2122-1 du Code du travail

Il ne devait donc y avoir aucun doute sur les modalités d'appréciation du critère d'audience électorale à un niveau donné, celle-ci devant nécessairement reposer sur un scrutin ouvert aux salariés concernés et à eux seuls. Hélas, c'était sans compter sur la capacité du législateur à produire des textes générateurs d'ambiguïtés (et donc de contentieux)⁴ et sa malencontreuse rédaction de l'article L. 2122-1 du Code du travail : « *Dans l'entreprise ou l'établissement, sont représentatives les organisa-*

tions 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. »

Nombre de commentateurs ont interprété le terme « *à défaut* » dans son sens le plus fort (par exemple, F. Petit, « *Les périmètres de l'entreprise en matière syndicale et électorale* », Dr. soc. 2010, p. 634) : la prise en compte de l'élection des délégués du personnel ne pourrait intervenir qu'en l'absence d'un comité d'entreprise, quels que soient les périmètres respectifs des différents scrutins et les modalités de dépouillement. C'est aussi la position défendue par la circulaire DGT n° 20 du 13 novembre 2008 qui affirme : « *Dans une entreprise avec un seul comité d'entreprise, mais composée de plusieurs établissements distincts dans lesquels se déroulent des élections de délégués du personnel, ce sont les élections au comité d'entreprise qui sont prises en compte pour déterminer les syndicats représentatifs dans l'entreprise et l'ensemble des établissements.* »

► Pour une interprétation de l'article L. 2122-1 conforme à la loi du 20 août 2008

Il n'y a aucune difficulté dans le cas où le scrutin relatif au comité d'entreprise fait l'objet d'un dépouillement particulier dans chacun des établissements qui en dépendent : on a alors affaire à la coexistence de deux élections simultanées, donnant chacune une mesure de l'opinion des salariés de chaque établissement (les finalités distinctes de ces deux institutions conduisent sou-

vent à des résultats électoraux notablement différents). Il fallait donc indiquer celle devant être prise en compte. Là le choix du législateur est clair : c'est l'élection des représentants du personnel au comité d'entreprise.

Mais dans la plupart des cas, on ne dispose pas de résultats locaux, situation due, entre autres facteurs, à l'utilisation extensive du vote par correspondance avec dépouillement centralisé⁵.

La position exposée précédemment conduit alors à des conséquences totalement opposées

aux objectifs de la loi du 20 août 2008 :

- La représentativité dans un établissement ne sera plus assise sur le choix des salariés de cet établissement. Elle dépendra de l'opinion de salariés (parfois en beaucoup plus grand nombre) qui travaillent dans des établissements autres et vivent des contextes professionnels pouvant être très différents ;

- Elle deviendra une simple conséquence de la représentativité établie à un niveau supérieur. Autrement dit, on revient à une forme de représentativité descendante ;

- En fait, les établissements autres que ceux dans lesquels un comité est constitué disparaissent en tant que niveaux autonomes de représentativité ;

- Quelle légitimité peut alors avoir la négociation d'établissement⁶, écartant des organisations implantées et influentes, mais ouvertes à d'autres syndicats en vertu d'un score électoral acquis dans un autre cadre ?⁷

Il convient de signaler que la situation des entreprises à établissements multiples avait été abordée lors des débats parlementaires. Dans le rapport de la

L'influence électorale dans un établissement doit être mesurée à partir de l'élection du CE, lorsque son résultat est disponible dans le périmètre de l'établissement ; à défaut, c'est l'élection des DP qui sera prise en compte

3. Voir *TI Besançon* 26 mars 2010 (n° 11-10-000210), *TI Versailles* 1^{er} juin 2010 (n° 11-10-000190), *TI Varves* 15 juin 2010 (n° 11-10-000162). Ces trois décisions ont été frappées de pourvoi.

4. On peut toujours espérer que le groupe de travail « ayant pour mission de définir les voies et moyens qui permettront d'améliorer la qualité de la loi et les conditions de son élaboration » mis en place le 6 avril dernier par les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat mettra fin à ses errements.

5. Souvent, il coexiste avec un vote physique dans certaines implantations mais pas dans toutes. Il n'est alors pas possible de redistribuer les scores de chaque organisation par établissement. Le recours au vote électronique se traduit également par une centralisation du processus de vote et du dépouillement.

6. Rappelons que depuis la loi Fillon du 4 mai 2004, la loi renvoie indifféremment à la négociation d'entreprise ou à la négociation d'établissement pour un très grand nombre de sujets touchant aux conditions de travail et d'emploi.

7. À moins d'exiger de ces derniers une double représentativité, d'entreprise et d'établissement, ce qui pourrait conduire à n'avoir aucun interlocuteur habilité à négocier dans l'établissement. Sur ce point, qui n'a rien d'une hypothèse d'école, voir Gilles Bélier et Henri-José Legrand, « *La négociation collective après la loi du 20 août 2008* », Ed. Liaisons, 1^{re} édition, p. 81-82.

commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale en date du 25 juin 2008, le Rapporteur J.-F. Poisson l'évoque en ces termes (p. 97) : « Si le lieu de mesure de l'audience est l'établissement ou l'entreprise, en cas d'entreprise à établissements multiples, comme le précise le point 2-1 de la position commune, l'audience devra être mesurée au niveau le plus fin, celui de l'établissement, ainsi que le rapporteur l'a exposé supra. » Il avait en effet rappelé dans son rapport (p. 94) la définition jurisprudentielle de l'établissement au sens des délégués du personnel et précisé que « lorsqu'une entreprise dispose de plusieurs établissements, c'est donc bien au niveau de l'établissement que seront agrégés les résultats permettant à un syndicat de revendiquer sa représentativité ». On est bien loin de la lecture que certains entendent faire du texte de la loi.

Il faut donc retenir une interprétation de l'article L. 2122-1 conforme aux principes de la loi du 20 août 2008 : l'influence électorale dans un établissement doit être mesurée à partir de l'élection des représentants du personnel au comité d'entreprise, lorsque son résultat est disponible dans le périmètre de l'établissement ; à défaut, c'est l'élection des délégués du personnel qui sera prise en compte.

2 UN DÉLÉGUÉ SYNDICAL, POURQUOI FAIRE ?

Outre les conséquences directes que nous venons d'évoquer, la primauté absolue donnée à l'élection du comité d'entreprise conduit à reconsidérer le cadre de la désignation du délégué syndical. C'est en fait la conception même de son rôle qui est en débat.

► Un cadre de proximité

Rappelons tout d'abord que la jurisprudence a dégagé des critères très différents pour apprécier la qualité d'établissement distinct selon l'institution concernée.

- Pour l'élection des délégués du personnel, l'établissement est caractérisé par une communauté d'intérêt des

travailleurs, indépendamment des choix organisationnels de l'employeur : « Attendu, cependant, que l'établissement distinct permettant l'élection de délégués du personnel se caractérise par le regroupement d'au moins onze salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptible de générer des réclamations communes et spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur, peu important que celui-ci ait le pouvoir de se prononcer sur ces réclamations ; [...] qu'une mesure décidée par l'employeur au niveau national tendant à ce que les plus larges pouvoirs ne soient attribués qu'à la seule direction régionale, ne peut, à elle seule, faire échec à l'existence d'établissements distincts » (Cass. soc., 29 janv. 2003, n° 01-60.628). Il ne semble pas que le transfert du contentieux opéré par l'ordonnance 2005-1478 du 1^{er} décembre 2005 au profit de l'autorité administrative ait modifié la situation. La circulaire ministérielle du 20 mars 2006 a d'ailleurs précisé que les critères dégagés par la jurisprudence judiciaire devront être maintenus.

- En revanche, l'établissement permettant la mise en place d'un comité doit répondre à un critère d'autonomie suffisante en matière de gestion du personnel et d'organisation du travail. Le responsable de l'établissement doit être en mesure de présider le comité d'établissement dans des conditions permettant à celui-ci de remplir efficacement ses missions d'ordre économique, s'agissant notamment de l'information/consultation (CE, 29 juin 1973, n° 77982 [Assemblée]; 3 juin 1983, n° 40382; 4 juin 2003, n° 234583).

- S'agissant des délégués syndicaux, la Cour de cassation reprend mot pour mot la définition adoptée pour les délégués du personnel, le seuil de cin-

quante salariés venant simplement se substituer à celui de onze et les « réclamations » faisant place aux « revendications » (Cass. soc., 29 oct. 2003, n° 02-60.836). La position de la Cour était déjà contenue pour l'essentiel dans son arrêt du 2 octobre 2001, n° 00-60.170. Le remplacement des « réclamations » (terme utilisé par l'article L. 2313-1 du Code du travail) par les « revendications » fait référence à la distinction selon laquelle les dé-

légués du personnel seraient chargés de faire respecter le droit existant, les délégués syndicaux présentant des revendications susceptibles de négociation et d'accord collectif. Discutable dès l'origine, elle paraît aujourd'hui d'une faible portée pratique. Il n'est même pas exigé qu'un représentant de l'employeur soit présent en permanence (Cass. soc., 27 oct. 2004, n° 02-60.426).

Ce choix revêt une importance considérable, plaçant l'organisation syndicale (et son représentant, le délégué syndical) dans un cadre de proximité avec les travailleurs et affirmant sa fonction revendicative⁸. Il a aussi favorisé l'implantation syndicale qui procède le plus souvent d'une diffusion à partir du ou des établissements réunissant des conditions plus favorables. Nous pensons qu'il garde aujourd'hui toute sa pertinence. Mais il fut évidemment l'objet de nombreux commentaires et critiques⁹. Et la loi du 20 août 2008, notamment le point qui fait l'objet de cet article, semble relancer la controverse.

► Un débat renouvelé avec la loi du 20 août 2008

En effet, la principale objection avancée contre la position de la Cour de cassation est que les délégués syndicaux, chargés des négociations avec l'employeur, devraient être désignés dans un cadre qui soit pertinent ●●●

La CGT refuse de mettre en opposition action revendicative et négociation. C'est la mobilisation des salariés intéressés, l'expression de revendications conformes à leurs attentes qui permettent la négociation

8. Il est vrai que beaucoup de grandes entreprises ont conclu des accords sur le droit syndical prévoyant la nomination des délégués syndicaux dans des périmètres plus larges mais au prix d'un abondement important des moyens syndicaux, contrepartie inévitable à la renonciation des syndicats au découpage répondant aux critères jurisprudentiels. Les conséquences diverses de ces choix font l'objet de nombreuses interrogations dans la CGT, mais ceci ne rentre pas dans le propos de cet article...

●●● pour lesdites négociations, donc bien plus proche de celui retenu pour la constitution des comités que pour l'élection des délégués du personnel. En insistant sur l'enjeu de valorisation du dialogue social et en justifiant les nouvelles règles de représentativité par la nécessité de rendre légitimes les acteurs de la négociation et les accords qu'ils signent, la réforme de 2008 donnerait une valeur encore plus grande à cet argument et rendrait indispensable une évolution de la jurisprudence. Dans un tel raisonnement, l'impossibilité de reconnaître la représentativité à un niveau autre que celui de la mise en place d'un comité d'établissement serait justifiée. On nous permettra une citation significative de cette approche : « *Plus fondamentalement, cette jurisprudence arbitre entre une volonté politique que la loi du 20 août confirme (développer une plus grande régulation à froid des relations industrielles par un développement de la négociation collective), et l'activité syndicale de terrain, déconnectée d'une certaine manière de l'accès à la responsabilité de la négociation et du compromis : la chambre sociale de la Cour de cassation répond en faisant peser le centre de gravité vers l'action syndicale*

décentralisée. Ce choix l'expose à ce que soient relevées quelques contradictions, voire quelques critiques renforcées par les dispositions définies par la position commune d'avril 2008 et la loi du 20 août 2008 » (v. Gilles Bélier et Henri-José Legrand, précit. p. 112).

Si la CGT ne peut se retrouver dans une telle approche, c'est tout simplement parce que nous refusons de mettre en opposition action revendicative et négociation. C'est la mobilisation des salariés intéressés, l'expression de revendications conformes à leurs attentes qui permettent la négociation et, osons le mot, le compromis. Quant à la régulation à froid, il ne paraît pas excessif de dire qu'elle a surtout produit des reculs sociaux et des entorses à quelques principes fondamentaux du droit du travail dont l'habillage en ANI ou autres accords collectifs ne diminue pas la gravité.

Le délégué syndical est à la fois un négociateur auprès de l'employeur et un animateur de son organisation parmi les travailleurs. Les problèmes vraiment graves pour le rayonnement du syndicalisme se posent justement là où le lien entre ces deux fonctions est perdu de vue. Sa désignation dans un établis-

sement répondant aux critères de la Cour de cassation n'empêche nullement le syndicat de négocier à tout niveau supérieur par l'intermédiaire du délégué syndical central ou en constituant la délégation la plus appropriée à chaque situation¹⁰.

Pour être efficace, la représentation des travailleurs doit articuler proximité et capacité de négocier aux niveaux pertinents. Dans la plupart des entreprises, cela nécessite de l'organiser à plusieurs niveaux. À chacun d'eux doivent être constituées des institutions représentatives adaptées, pour lesquelles l'équilibre des missions entre expression collective des travailleurs et fonction négociatrice sera variable. C'est donc à chaque niveau que les salariés concernés doivent pouvoir donner leur avis.

Privilégier le recours à l'élection d'un comité d'entreprise ou d'établissement pour déterminer la représentativité des syndicats à tous les niveaux de plus faible étendue reviendrait à établir entre eux une hiérarchie fort mal venue et à encourager un syndicalisme de sommet, tourné vers la régulation sociale considérée comme un objectif en soi et oubliés de sa mission première de défense des intérêts des travailleurs. ■

9. Pour un aperçu, voir G. Borenfreund, « L'établissement distinct, unité de représentation », *Semaine sociale Lamy*, suppl. n° 1140, oct. 2003; J. Savatier, note sous *Cass. soc.*, 29 juin 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 453. On trouvera dans « Le guide des élections professionnelles » (M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Éd. Dalloz) un résumé de ces controverses et de leur réactivation à l'occasion de la loi du 20 août 2008 (paragraphe n° 041-25 et autres).

10. L'article L. 2232-17 du Code du travail précise la composition minimale des délégations syndicales.