Fédération Nationale de l'Action Sociale Force Ouvrière
7, Passage Tenaille - 75014 PARIS - Tél. : 01 40 52 85 80 - Fax : 01 40 52 85 79 - Courriel : lafnas@fnasfo.fr

Presto n°77

LA REPRÉSENTATIVITÉ

8 %

10 %

30 %

50 %

Loi du 20 août 2008

Portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail

Réalisé et Édité par la F.N.A.S. F-O, suite à la journée de formation fédérale et des supports confédéraux.

LA REPRÉSENTATIVITÉ

Loi du 20 août 2008 : Portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

INTRODUCTION

Issue de la Position Commune du 9 avril 2008 sur « *la représentativité, le dialogue social et le financement* **»** (approuvée, côté syndical, par la CGT et la CFDT, et, côté patronal, par la CGPME et le MEDEF), la Loi du 20 août 2008 se traduit notamment par :

⇒ La suppression de la présomption de représentativité,

⇒ L'adoption du critère de l'audience électorale, mesurée sur la base du résultat obtenu lors des élections professionnelles.

Son article 19 stipule que les dispositions qu'elle contient « *correspondent à un équilibre d'ensemble et que sa validité est subordonnée à l'adoption de dispositions législatives indispensables à son application* ». Il est donc fait appel à la loi pour entériner des dispositions conventionnelles qui ne pouvaient d'elles-mêmes s'appliquer, car contraires au code du travail d'alors.

« *Il serait faux de prétendre que ce projet de loi est consensuel : son élaboration a provoqué plusieurs lignes de fractures qui ont opposé les organisations syndicales et patronales, divisé les organisations syndicales et patronales entre elles et conduit les partenaires sociaux et le Gouvernement à s'affronter* » (rapport Sénat).

Ces différents bouleversements sont affectés de mesures transitoires qui rendent l'ensemble assez difficile à saisir : certaines dispositions sont d'application immédiate, d'autres entreront en vigueur de façon échelonnée.

Nous allons examiner ces bouleversements qui portent sur :

⇒ Les règles nouvelles de représentativité syndicale ainsi que les changements substantiels qui affectent la représentation syndicale

⇒ Le nouveau processus électoral

⇒ La négociation collective et la modification profonde des conditions de validité des conventions et accords collectifs de travail.

Si la Confédération a communiqué et continue d'informer « au fil de l'eau… » des incidences de cette loi, la Fédération se doit de son côté, de relayer les arguments et donner des outils de décryptage les plus adaptés à notre Secteur. Les enjeux sont considérables, notamment en matière d'élections professionnelles, car elles sont devenues des « machines de guerre » voulues pour détruire et non pour construire.

Nous espérons que ce Presto n°77 vous servira de base pour engager avec les syndicats, les stratégies gagnantes pour l'avenir de notre organisation. Construire le rapport de force pour faire aboutir nos revendications, passe inexorablement par la « SYNDICALISATION ».

Bonne lecture et bon courage.
(*Merci à Jacqueline)*

LES RÈGLES NOUVELLES DE LA REPRÉSENTATIVITÉ SYNDICALE

De la Position commune et de la loi du 20 août 2008, il ressort que :

⇒ La représentativité des organisations patronales n'est pas concernée, ni par la position commune, ni par la loi nouvelle.

⇒ La présomption irréfragable disparaît : art. 2 et 11 de la loi

⇒ La représentativité repose toujours sur une liste de critères légaux à remplir par les syndicats prétendant à la représentativité. Mais cette liste est profondément modifiée et complétée.

⇒ Les nouvelles exigences d'audience et/ou d'implantation sont précisées.

I - La suppression de la présomption irréfragable de représentativité

La loi transpose les critères de représentativité élaborés dans la Position Commune du 9 avril 2008 désormais applicables à tous les niveaux : établissement, entreprise, branche…

Il en résulte que sous réserve des dispositions transitoires :

⇒ La représentativité reconnue à un niveau ne vaut plus pour un autre. C'est-à-dire que la représentativité n'emporte d'effets qu'au niveau où elle est reconnue. L'audience des syndicats se mesure différemment selon les niveaux de négociation.

⇒ Cette représentativité n'est plus acquise une fois pour toutes, elle est remise en cause à chaque élection.

⇒ Entre deux élections, les syndicats reconnus représentatifs disposent d'une présomption simple de représentativité.

Les nouvelles règles, basées notamment sur l'audience des syndicats mesurée à partir du résultat des élections professionnelles, ne seront totalement opérationnelles qu'à compter de la mesure de cette audience (dans l'entreprise, la branche ou au niveau national et interprofessionnel).

Cette mesure de l'audience prendra du temps. Le législateur a donc prévu des mesures transitoires en attendant la mesure de cette audience – mesures transitoires qui devraient disparaître au plus tard cinq ans après la publication de la loi du 20 août 2008 (donc en août 2013) – cf. art. 11 de la loi du 20 août.

Mais déjà la Cour de cassation vient de rendre, **le 8 juillet 2009**, une série de quatre arrêts portant sur l'application de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008.

La procédure, il faut le souligner, est exceptionnellement rapide : moins d'un an après l'entrée en vigueur de la loi, la Haute cour apporte les premières clés d'interprétation de ses dispositions les plus sujettes à question.

Cette rapidité s'explique à la fois par les particularités procédurales du contentieux des élections professionnelles en entreprise et des désignations des délégués syndicaux – décisions ressortant de la compétence des tribunaux d'instance, dont les délais sont naturellement courts, et rendues en dernier ressort – et par le souci de la Cour de cassation d'apporter des réponses le plus vite possible aux entreprises et aux syndicats dans le cadre d'une loi fondamentale, qui révolutionne le système représentatif français.

Les quatre arrêts rendus par la Cour de cassation apportent des solutions précises à plusieurs questions, afférentes à la période transitoire, la constitution de la section syndicale, le respect des valeurs républicaines, les conditions de désignation d'un représentant au comité d'entreprise et le principe de spécialité des syndicats.

II - Les nouveaux critères légaux de représentativité

Article L.2121-1 du Code du travail (art. 1 de la loi).

Les critères émanant de la Position commune sont repris mais dans un ordre différent.
Trois de ces critères, ceux de respect des valeurs républicaines, d'indépendance et d'ancienneté prennent une dimension particulière dans la mesure où les syndicats non représentatifs mais réunissant ces critères peuvent constituer des sections syndicales, négocier le protocole préélectoral et présenter des candidats aux élections professionnelles.

[Une partie de la doctrine considère que certains de ces critères relèvent davantage de la qualité et de la constitution des syndicats plus que de la question de la représentativité et qu'il aurait été utile de ne garder qu'un critère essentiel pour apprécier la représentativité, celui de l'audience].

2.1 - Portée du caractère cumulatif des critères :

L'ancienne jurisprudence obligeait le juge à examiner l'ensemble des critères légaux (à l'époque : effectifs, indépendance, cotisations, expérience et ancienneté du syndicat, attitude patriotique pendant l'Occupation), tout en affirmant que ceux-ci n'étaient pas cumulatifs (l'un d'entre eux pouvait ne pas être rempli).

Désormais, les 7 critères légaux (cumulatifs) doivent **tous** être remplis par le syndicat qui prétend à être représentatif. Ils doivent être « *appréciés de manière globale* ».

Qu'est ce à dire ?

Sur ce point, Loi et Position Commune ne disent pas exactement la même chose. La Position indique que les critères doivent être appréciés dans un cadre global. Cette formule avait pour objet d'atténuer l'exigence du cumul des critères, en tenant compte par exemple de l'affiliation du syndicat en question. L'obligation légale d'apprécier les critères de manière globale paraît plus restrictive de ce point de vue.

2.2 - Régime juridique et contenu des critères de représentativité

La jurisprudence d'avant la loi avait réorganisé le contrôle des juges autour de deux grands axes : l'indépendance et l'influence du syndicat (**Soc. 3 décembre 2002, Caisse d'épargne**). La loi opère un mouvement inverse : elle multiplie les critères légaux puisque la liste passe de 5 critères (voire 2, cf. jurisprudence Caisse d'épargne) à 7. Le critère de « l'attitude patriotique pendant l'occupation » (obsolète) disparaît.

2.2.1 - Le respect des valeurs républicaines

Nouveau critère (à relier plus ou moins à l'ancien critère d'attitude patriotique pendant l'occupation). Que soit en cause le droit à désigner un RSS ou à participer à la négociation du protocole d'accord préélectoral, ou encore la représentativité de l'OS, il doit être satisfait à ce nouveau critère (Articles L.2121-1, L.2314-3, L.2324-4 et L.2142-1 du code du travail)

Pour la Position Commune du 9 avril 2008, ce nouveau critère « *implique le respect de la liberté d'opinion politique, philosophique ou religieuse, ainsi que le refus de toute discrimination, de tout intégrisme et de toute intolérance* ». Il est à rapprocher également de la jurisprudence « FN » :

« *Un syndicat professionnel ne peut pas être fondé sur une cause ou en vue d'un objet illicite. 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 [interdiction des discriminations] et aux principes de non-discrimination contenus dans la Constitution, les*

textes à valeur constitutionnelle et les engagements internationaux auxquels la France fait partie ». (**Cass. mixte, 10 avril 1998, n° 97-17870**).

Cependant, ce critère constitue une qualité intrinsèque à tout syndicat, nécessaire à sa validité, à sa constitution, plus qu'un critère de représentativité !

2.2.2 - L'indépendance

Selon une jurisprudence constante, la notion d'indépendance concerne celle à l'égard de l'employeur, du patronat en général, avec le souci d'écarter les syndicats « *maisons* » créés sous l'influence de l'employeur (**Soc 27 janvier 1983**). L'indépendance du syndicat n'est pas établie lorsque 8 de ses adhérents sur 14 sont membres d'une association subventionnée par l'employeur (**Soc 27 janvier 1983**) ou lorsqu'un syndicat autonome a une attitude hostile au droit de grève (**Soc 12 juin 1980**) ou encore lorsque le syndicat a une activité essentiellement orientée contre les autres syndicats (**Soc 3 juillet 1984**).

« Indépendance » sans autre précision. Donc, pas seulement par rapport à l'employeur mais aussi à l'égard des partis politiques ou des mouvements religieux.

2.2.3 - La transparence financière

Nouveau critère. Article L.2135-1 du Code du travail.

Á relier aux nouvelles exigences concernant la certification et la publicité des comptes des syndicats : art. 10 de loi du 20 août 2008.

La transparence financière peut concourir à vérifier les comptes, la provenance et l'utilisation de ses ressources et dans une certaine mesure son indépendance. Elle pourrait aussi constituer un moyen de pression pour l'employeur qui pourra, sous menace de contestation de la représentativité, demander à un syndicat dans l'entreprise de justifier de ses adhérents.

Rajouter la constance, que seul le Juge est habilité à vérifier l'appartenance de salariés à un syndicat.

2.2.4 - L'ancienneté minimale de 2 ans

Ancien critère mais modifié.

L'ancienne jurisprudence considérait que le défaut d'ancienneté ne permettait pas, à lui seul, de conclure à l'absence de représentativité d'un syndicat (**Cass. soc. 16 mai 1990**).
Désormais, c'est une ancienneté de 2 ans qui est requise :

⇒ cette ancienneté s'applique au champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation (établissement, entreprise, groupe, branche, inter pro, etc.).

⇒ elle s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts.

Pour apprécier (sur le fond) cette nouvelle exigence, il faut tenir compte des moyens et prérogatives dont sont désormais dotés les syndicats non représentatifs, en attendant leur admission dans le groupe des syndicats représentatifs.

2.2.5 - L'audience

Nouveau critère. Art. L.2122-1 du code du travail

L'audience s'apprécie selon les niveaux de négociation et conformément à de nouveaux articles du code du travail.

Il faut avoir recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au 1er tour des dernières élections des titulaires au CE ou de la DUP ou à défaut, des DP, quel que soit le nombre de votants.

2.2.6 - L'influence

« *Prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience* ». Le terme prioritairement signifie que l'influence ne se limite pas à ces éléments. La Position commune avait ajouté l'implantation géographique et professionnelle du syndicat et précisait aussi que « *l'activité s'apprécie au regard de la réalité des actions menées par le syndicat et témoigne de l'effectivité de la présence syndicale* ».

Ce critère légal est une confirmation de la jurisprudence Caisse d'épargne : « *L'influence du syndicat caractérise son implantation durable et effective dans une entreprise, l'influence s'entendant des résultats objectifs d'une activité authentiquement tournée vers la défense des intérêts des travailleurs, et pas seulement l'aptitude à faire connaître le syndicat* » (**Soc. 3 décembre 2002, Caisse d'épargne**).

2.2.7 - Les effectifs d'adhérents et les cotisations

Anciens critères recomposés : la nouvelle loi associe effectifs et cotisations. La loi n'apporte pas de précisions supplémentaires sur ces critères.

Ce lien était déjà fait en jurisprudence :

⇒ le nombre d'adhérents (et de cotisations) devait être suffisant pour assurer l'indépendance du syndicat (Soc 13 février 1999 n°97-60633)

⇒ le montant des cotisations pouvait éclairer le nombre d'adhérents.

⇒ Les juges n'étaient pas très exigeants en matière d'effectif :

- La faiblesse des effectifs pouvait être compensée par une activité et un dynamisme du syndicat,
- Un faible taux de syndicalisation était admis, mais l'effectif du syndicat devait être au moins équivalent à ceux des autres syndicats présents dans l'entreprise.

III - Les nouvelles exigences d'audience au niveau de l'entreprise

(Art. 2 de la loi du 20 août 2008)

L'audience du syndicat qui prétend être représentatif est donc évaluée à partir du résultat qu'il a obtenu lors des élections professionnelles dans l'entreprise, cela à tous les niveaux, mais avec des modalités différentes selon les niveaux de reconnaissance de la représentativité, et avec des exigences en matière d'implantation pour les niveaux de la branche et de l'interprofessionnel.

La loi met en place une « *représentativité ascendante* » : les élections dans l'établissement ou l'entreprise déterminent la représentativité des syndicats à ces niveaux et par conséquent leur capacité à y désigner un délégué syndical.

Ces mêmes résultats, une fois agrégés, permettent de juger de la représentativité au niveau supérieur, celui de la branche, puis au niveau national et interprofessionnel. La représentativité doit s'apprécier à chaque niveau.

3.1 - Le seuil d'audience (10%)

L'audience électorale devient un enjeu majeur du droit du travail actuel. La notion nouvelle de seuil est essentielle et remplit une triple mission :

⇒ mesurer la représentativité de l'OS

⇒ mesurer l'audience personnelle du DP

⇒ affirmer la validité d'un accord collectif.

3.1.1 - Notion et contenu

Art. L.2122-1 du code du travail : le syndicat doit avoir recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au 1er tour des dernières élections professionnelles (8% au niveau branche et interprofessionnel) :

⇒ - Elections retenues : « CE ou DUP (délégation unique du personnel) ou, à défaut, DP ».

⇒ - « Premier tour » : seuls les syndicats peuvent se présenter ;

⇒ - « Quel que soit le nombre de votants » : Les bulletins des seuls titulaires sont décomptés « quel que soit le nombre de votants ».

Ainsi la loi n'exige aucun quorum pour la mesure de la représentativité. Les résultats du premier tour seront pris en compte même en cas de forte abstention, et les votes devront donc être dépouillés dès le premier tour. La jurisprudence ADDECO (Soc 20 décembre 2006, n° 05-60345) est remise en cause qui considérait que pour la validité d'un accord d'entreprise, la majorité syndicale nécessaire ne pouvait se mesurer en l'absence de quorum.

⇒ - « Suffrages exprimés » : sont exclus du calcul des suffrages les bulletins blancs, panachés et nuls, car « ils ne sont pas valablement exprimés ».

⇒ - Appréciation après chaque nouvelle élection, tous les 4 ans.

En résumé, le décompte des voix s'effectue à l'issue du 1er tour des élections quel que soit le nombre de votants ou de suffrages valablement exprimés. Même si le quorum n'est pas atteint, ce sont bien les résultats du 1er tour qui seront pris en compte.

Dans ces hypothèses, le 1er tour ne servira toujours pas à connaitre les noms des élus, mais à mesurer l'audience des différentes OS.

La faiblesse de la participation au premier tour ainsi que le fait que nombre de PME passent au travers des mailles des élections professionnelles sont ainsi susceptibles de fausser la mesure de l'audience. De nombreux salariés risquent d'être ainsi écartés : ceux travaillant dans les entreprises de moins de 11 salariés, ceux dans les entreprises de plus de 10 salariés n'ayant pas de candidats aux élections… Les élections partielles sont prises en compte dans l'appréciation de la représentativité et peuvent ainsi conduire à modifier celle-ci.

Ainsi la **circulaire DGT du 13 novembre 2008** précise qu'un calcul de représentativité consolidé doit avoir lieu après chaque élection partielle, afin de déterminer de nouveaux pourcentages, qui fonderont la mesure pour la validité des accords.

3.1.2 - Seuil et établissement

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

La loi est muette sur la détermination de la représentativité des syndicats dans une entreprise ayant plusieurs établissements distincts.

La circulaire DGT distingue deux cas de figure :

⇒ Celui de l'entreprise qui n'a qu'un comité d'entreprise (pas d'établissement distinct au sens comité d'établissement), mais dont les établissements organisent des élections DP. En ce cas, ce

sont les élections au CE qui sont prises en compte pour déterminer les syndicats représentatifs dans l'entreprise et l'ensemble des établissements.

⇒ Celui de l'entreprise composée de plusieurs établissements distincts et où se déroulent des élections aux comités d'établissements. En ce cas, la représentativité au niveau des établissements est déterminée par les résultats des élections aux comités d'établissement. La représentativité au niveau de l'entreprise, pour par exemple la désignation d'un DSC ou la négociation au niveau central de l'entreprise se calcule par l'addition de l'ensemble des suffrages obtenu par le syndicat dans l'ensemble des établissements, quel que soit le pourcentage obtenu par établissement. Lorsque les élections dans les établissements sont échelonnées dans le temps, sont comptabilisés les suffrages des dernières élections de chaque établissement.

3.1.3 - Seuil et groupe

Art. L.2122-4 du code du travail : addition de l'ensemble des suffrages obtenus par chacun des syndicats lors des élections dans les entreprises ou les établissements composant le groupe (défini à l'article L.2331-1 du code du travail).

Le seuil de 10% est applicable.

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

3.1.4 - Seuil et syndicats catégoriels

Article L.2122-2 du code du travail : le seuil de 10% leur est applicable.

Cependant :
- le syndicat catégoriel doit être affilié à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale (pour l'heure la CFE-CGC uniquement) avec une exception, celle du collège « *journalistes professionnels et assimilés* », le SNJ n'étant affilié à aucun syndicat interprofessionnel national.

Les 10% sont calculés sur la base des résultats obtenus dans les collèges électoraux dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats

3.1.5 - Seuil et listes communes à plusieurs syndicats

Article L.2122-3 du code du travail : la répartition des suffrages entre les syndicats se fait sur la base indiquée par eux lors du dépôt de leur liste, ou, à défaut, à part égale entre les syndicats concernés.

En conclusion, la représentativité des syndicats dans l'entreprise s'apprécie donc à l'occasion de chaque nouvelle élection professionnelle à ce niveau soit tous les 4 ans.

Ainsi, un syndicat non représentatif dans l'entreprise ou l'établissement (en dessous des 10%) ou qui vient de se créer, même affilié à une OS représentative au niveau national interprofessionnel ou branche (au-dessus de 8%), ne pourra pas négocier d'accord d'entreprise.

Il devra attendre le résultat des prochaines élections. Par ailleurs, des interrogations viennent du fait notamment que les élections dans l'entreprise deviennent un instrument de sélection des salariés aptes à exercer un mandat de représentation du syndicat dans l'entreprise.

UN NOUVEAU PROCESSUS ELECTORAL

Conformément à la position commune du 9 avril 2008, la loi du 20 août confère à l'élection des membres du CE mais aussi des DP, un enjeu nouveau et particulièrement lourd. Mais le législateur va plus loin que les signataires de la Position. La grande nouveauté, c'est l'ouverture du premier tour des élections professionnelles à côté des OS représentatives, aux OS légalement constituées sans être représentatives. En effet, tout est lié : la preuve de la représentativité passant nécessairement par les résultats électoraux, tout syndicat même non représentatif doit pouvoir participer aux élections.

Les articles L.2314-2 et suivants du code du travail ont été modifiés en conséquence par la loi nouvelle.

Toutes les dispositions en la matière sont d'application immédiate à compter du 22 août 2008, la loi ne comportant en cette matière aucune disposition transitoire.

Sont concernées tant :
⇒ la négociation du protocole d'accord préélectoral (I)
⇒ la présentation de candidats (II)

I - Négociation et conclusion du protocole d'accord préélectoral (PAP)

1.1 - Négociation du PAP

Avant la réforme, devaient seuls être invités à négocier le PAP avec l'employeur, les syndicats représentatifs de plein droit ou ayant fait la preuve de leur représentativité dans l'entreprise.

Désormais, doivent être invités à la négociation du PAP (un mois avant l'expiration du mandat) :
- par écrit depuis le 21 août 2008 :

⇒ - Les organisations syndicales représentatives dans l'établissement ou l'entreprise ;
⇒ - Les syndicats affiliés à une OS représentative au niveau national et interprofessionnel.
⇒ - Celles ayant constitué une section syndicale dans l'établissement ou l'entreprise (les syndicats représentatifs, affiliés à une OSR au niveau national et inter pro ou présents dans l'entreprise ayant constitué une section syndicale).

- par voie d'affichage, les organisations syndicales présentes dans l'entreprise qui:

⇒ - Satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance ;
⇒ - Sont légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concerné.

Stop ! Conseil…
Vérifier que les autres organisations syndicales invitées remplissent bien les critères légaux et notamment le critère d'ancienneté pour les nouveaux arrivants.

1.2 - Validité et conclusion du PAP

La règle de l'unanimité est remplacée par une majorité qualifiée. (Articles L.2314-3-1 et L.2324-4-1 du code du travail).

Désormais, la validité du PAP est subordonnée, en principe, à une double majorité, en nombre et en suffrages :
A sa signature par la majorité des OS ayant participé à sa négociation
☞ **Majorité en nombre ;**
⇒ Parmi la majorité des OS ayant ainsi participé, les syndicats représentatifs ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles

☞ **Majorité de voix**
⇒ A défaut d'avoir les résultats des dernières élections, la majorité des syndicats représentatifs dans l'entreprise

☞ **La majorité devient une majorité en nombre**

Ceci revient donc à exclure la condition d'unanimité et à poser le principe d'une double majorité.
Cette règle de double majorité nécessaire pour l'adoption du protocole d'accord, s'impose également pour l'adoption de certaines autres dispositions :

☞ **- reconnaissance de l'établissement distinct,**
- poursuite des mandats DP/CE en cas de perte de la qualité d'établissement distinct,
- répartition du personnel dans les collèges,
☞ **- répartition des sièges.**
Pour d'autres dispositions, la règle de la majorité des OS intéressées suffit. Par exemple pour les modalités d'organisation et le déroulement des opérations électorales : date de dépôt des candidatures, dates et heures du scrutin, vote par correspondance, propagande électorale…

Enfin, un accord unanime reste cependant nécessaire pour la modification du nombre et de la composition des collèges électoraux ou l'organisation des élections en dehors du temps de travail (Article L.2314-10 et suivants du code du travail).

✋ **Stop ! Important…**
Selon le poids du syndicat FO dans l'entreprise, il peut ou non être intéressant de conclure un protocole unique regroupant l'ensemble des mesures ou de dissocier les thèmes de négociation, afin de conclure divers protocoles.

II - La présentation des candidats

Les élections continuent de s'effectuer au scrutin de liste, à deux tours, avec représentation proportionnelle à la plus forte moyenne.

2.1 - Le premier tour des élections professionnelles

Art. 3, III et V (nouveaux articles L.2314-2 et L.2324-22 du code du travail)

Sont désormais autorisés à présenter des candidats au 1er tour des élections professionnelles les syndicats habilités à négocier le PAP :
- syndicats reconnus représentatifs dans l'entreprise ou l'établissement,
- syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au plan national et inter pro.

- syndicats satisfaisant aux 4 critères cumulatifs suivant : être légalement constitués depuis au moins 2 ans ; respecter des valeurs républicaines ; être indépendant ; avoir un champ professionnel ou géographique couvrant l'entreprise ou l'établissement concerné.

✋ Stop ! Important…
Le monopole des syndicats représentatifs est donc supprimé.

Cependant le 1er tour des élections professionnelles reste réservé aux syndicats implantés dans l'entreprise (représentatifs ou simplement « r*eprésentés* » dans les conditions prévues aux articles L.2314-3 et L.2324- 4 du code du travail relatif au PAP).

Les résultats du premier tour doivent désormais être dépouillés même en l'absence de quorum, car ils vont permettre :

- De mesurer l'audience et donc la représentativité des syndicats qui ont présenté des candidats et leur capacité à signer des accords
- Etablir l'audience personnelle des candidats et donc leur aptitude à être désignés en tant que DS.

2.2 - Le second tour des élections professionnelles

Comme auparavant, ce 2nd tour est organisé :
- en l'absence de quorum au 1er tour (1/2 des électeurs inscrits)
- en l'absence totale ou partielle de candidatures
- en cas de vacance partielle des sièges

Délai entre les 2 tours : 15 jours.

Listes de candidats au second tour :

-Maintien des listes syndicales ;
-Ouverture aux listes autres que celles présentées par des OS.

Les candidatures de non syndiqués sont alors admises (les candidats présentés au 1er tour étant considérés comme maintenus pour le 2nd tour)

NB : restriction du droit d'accès aux élections professionnelles des salariés mis à disposition (art. 3, VIII de la loi, nouveaux articles L.2314-18-1 et L.2324-17-1 du code du travail)

2.2.1 - Quelle élection est prise en compte ?

Pour la représentativité du syndicat :

Seul le 1er tour des élections CE, DUP, à défaut des DP, des TITULAIRES ;

Le syndicat devra obtenir 10 % des suffrages exprimés dans l'établissement ou l'entreprise (tous collèges confondus), quelque soit le quorum ;

Les suffrages exprimés s'entendent des suffrages **valablement** exprimés.

✋ Stop ! Important…
N'oubliez pas que ce sont les élections au Comité d'Entreprise qui permettront d'obtenir la représentativité du syndicat ! Donc, à privilégier en y plaçant les camarades charismatiques.

Présenter des candidats dans tous les collèges (Employés et Cadres) ou, si vous y avez intérêt, obtenir un collège unique ;

Présenter des candidats aux 2 tours des élections professionnelles.

2.2.2 - Quelles sont les règles spécifiques aux listes communes ?

Le seuil des 10 % sera calculé à partir de la répartition des voix prévues par les syndicats, si elle est indiquée avant les élections ;

A défaut d'indication préalable, les voix obtenues par la liste seront réparties de manière égale entre les syndicats.

Globalement les listes communes, dont l'effet pervers est d'obtenir un nombre de voix plus important, ne sont pas particulièrement recommandées ;

Attention aux stratégies de certains syndicats qui visent à inciter la constitution de listes communes pour mieux absorber les plus petits syndicats.

✋ Stop ! Conseil…
En cas de listes communes, il convient de prévoir dans le protocole d'accord préélectoral quand et comment la répartition choisie par les OS concernées sera communiquée aux autres OS et à l'employeur.

✋ Stop ! Important…
Si la CFE-CGC se présente sur plusieurs collèges (seule ou en constituant une liste commune avec une autre organisation syndicale), elle perd sa spécificité cadre et donc sa représentativité catégorielle.

De part ses statuts, elle ne peut se présenter que dans le collège cadres et non dans le collège employés.

2.3 - Le corps électoral : le cas des salariés mis à disposition

Essentielles sont les dispositions relatives au corps électoral.

La question posée est celle de l'assimilation des travailleurs d'entreprises extérieures aux propres salariés de l'entreprise utilisatrice en matière de représentation collective.

La jurisprudence habituelle de la Cour de Cassation sur la prise en compte des salariés mis à disposition par des entreprises extérieures dans les effectifs de l'entreprise principale, mais aussi sur leur électorat dans cette dernière, repose tout entière sur le renvoi au droit de participation et de gestion de l'entreprise issu du préambule constitutionnel de 1946.

Ainsi dans le rapport 2004 de la Cour de Cassation, le Président de la Chambre Sociale écrit que « *le contentieux de la représentation sociale est sans doute l'un des plus emblématiques du droit du travail car il met en jeu l'exigence constitutionnelle de participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail et à la gestion de leur entreprise* ».

La jurisprudence peut être ainsi résumée :
Sont pris en compte dans les effectifs «*les travailleurs mis à disposition d'une entreprise, intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue*» (**Soc. 23 février 2007, PCA Poissy**)

- A ce même titre, ces travailleurs sont électeurs aux élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise (**Même arrêt**).
    - Ils sont éligibles comme DP (**Cass 6 juillet 1990, AP**).
    - Ils peuvent être désignés DS (**Soc 30 mai 2001**).
- En revanche, la Cour de Cassation n'avait pas encore eu l'occasion de se prononcer avec netteté sur l'éligibilité de ces salariés comme membres du CE de l'entreprise utilisatrice
- Leurs salaires font partie de l'assiette de calcul des subventions dues au CE de l'entreprise utilisatrice (**Soc 7 novembre 2007 Bull 185**).

Dans trois arrêts décisifs du **13 novembre 2008**, sur le fondement des textes antérieurs à la réforme, la Cour de Cassation va jusqu'au bout de cette logique de prise en compte. «*Sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail, 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* ».

2.3.1 - La prise en compte des salariés mis à disposition dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice

Article L.1111-2 alinéa 2 du code du travail : « *Les salariés mis à disposition de l'entreprise par une entreprise utilisatrice, qui sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins un an…sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise à due proportion de leur temps de présence au cours des 12 mois précédents* ».

2.3.2 - Le droit de vote des salariés mis à disposition

L'article L.2314-18 du code du travail : pour être électeurs aux élections CE et DP, les salariés doivent justifier de **12 mois** (soit 4 fois plus) de travail continu dans l'entreprise. Ce salarié est tenu de choisir dans quelle entreprise il va voter. Il s'agit d'éviter ou de restreindre les situations de double vote.

Ce choix est imposé aux salariés mis à disposition seulement. Les salariés à temps partiel sur plusieurs entreprises restent libres de voter dans toutes les entreprises où ils travaillent et où ils remplissent les conditions requises, par contre ils doivent choisir lorsqu'ils sont candidats.
Sur ces deux points (ancienneté et choix) la loi de 2008 se démarque nettement de la jurisprudence antérieure. En effet, selon cette dernière, les salariés extérieurs pris en compte dans l'effectif étaient par la même, électeurs. Il n'était pas exigé de présence continue, ni de durée supérieure à l'ancienneté de 3 mois requises pour les salariés propres de l'entreprise utilisatrice. Enfin la Cour reconnaissait aux salariés mis à disposition, le droit de voter dans les 2 entreprises (**AP 29 février 1980**).

✋ Stop ! Important…
En pratique, les modalités d'exercice du choix et de la mise en œuvre de la participation des salariés extérieurs aux élections chez l'utilisateur soulèvent de redoutables difficultés. Elles sont renvoyées à défaut de détermination légale, aux protocoles d'accord préélectoraux.

2.3.3 - Les limites de l'éligibilité des salariés mis à disposition

Elles sont encore plus restrictives que pour l'électorat !

Pour être éligible en tant que DP (Article L.2314-16 du code du travail), la condition de présence continue passe à 24 mois soit le double de l'ancienneté requise d'un salarié de l'entreprise.

L'article L.2324-17-1 du code du travail leur refuse l'éligibilité au CE de l'entreprise utilisatrice même s'ils ont opté pour celle-ci pour l'exercice de leur droit de vote. De même pour la délégation unique du personnel, les extérieurs ne semblent pas y être éligibles.

2.3.4 - L'exercice du droit syndical

Un salarié extérieur peut il être désigné DS ? La loi est muette.

Or la jurisprudence reconnaît le droit d'être désigné DS à tout salarié extérieur mis à disposition et intégré à la communauté de travail de l'entreprise utilisatrice.

Cette jurisprudence devrait probablement continuer à s'appliquer dans la mesure où l'ensemble des conditions sont réunies (durée de présence, choix du salarié d'y exercer son droit de vote, candidature à DP). C'est ce que précise la circulaire DGT du 20 nov. 2008.

2.3.5 - Quelques décisions récentes sur les salariés mis à disposition :

La règle selon laquelle les salariés mis à disposition choisissent s'ils exercent leur droit de vote dans l'entreprise qui les emploie ou dans l'entreprise utilisatrice, est d'une mise en œuvre difficile, la loi n'ayant prévu ni les modalités d'exercice, ni qui de l'entreprise utilisatrice ou de l'entreprise employeur doit mettre en œuvre.

Dans l'affaire dont a été saisi le **TI de Rouen**, le **12 mars 2009**, pour organiser les élections CE et DP dans l'un de ses établissements, la SNCF avait demandé aux entreprises sous-traitantes la

liste des salariés mis à disposition et remplissant les conditions d'ancienneté de la loi du 20 août et qui avait fait le choix d'être électeurs à la SNCF. L'entreprise sous-traitante avait répondu qu'aucun salarié n'avait fait le choix de voter à la SNCF, tous ayant été inscrits sur la liste électorale de l'entreprise sous-traitante. Ce qui fut contesté par certains syndicats au motif qu'aucune des entreprises n'avaient demandé aux salariés d'exercer leur choix.

Le TI répond que «*compte tenu de la circulaire DGT du 13 novembre 2008, il convient de déduire que priorité semble être donnée au vote dans la société employeur. Il n'est 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*».
Et d'en déduire 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 tous pris part au vote, il convent 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 REPRESENTATION SYNDICALE DANS L'ENTREPRISE

La loi nouvelle permet à tous les syndicats présents, de pouvoir créer une section syndicale d'entreprise ainsi que de désigner un représentant de la section syndicale (RSS).
La position commune (articles 4 et 8) comme la loi nouvelle opère une nouvelle distinction.

Si la reconnaissance de la représentativité d'une OS lui confère la capacité à négocier, la qualité d'OS légalement constituée (sans être représentative) lui permet tout de même de négocier le protocole d'accord préélectoral et de présenter des candidats au premier tour des élections professionnelles.

Sur le plan technique, le texte associe à cette distinction de référence, deux séries d'innovations majeures. Les unes concernent le DS et le représentant syndical au CE, les autres sont relatives à un nouveau venu, le Représentant de la Section Syndicale.

I – Les Délégués Syndicaux

Remise en cause du droit des organisations syndicales à désigner leur représentant dans l'entreprise…désormais la désignation du délégué syndical repose sur les salariés dans l'entreprise…

1 – Conditions

Avant 2008, le syndicat représentatif pouvait désigner n'importe quel salarié (remplissant par ailleurs certaines conditions d'âge ou d'ancienneté) au titre de DS.

Désormais l'article L.2143-3 du code du travail oblige à un cumul de candidature entre les DS et les représentants élus du personnel.

Les nouveautés sont importantes et sont la reprise des dispositions de la Position Commune du 9 avril. Celles concernant la désignation, les conditions liées à la taille de l'entreprise (au moins 50), à la constitution d'une section syndicale et à la représentativité nouvelle formule demeurent.

En outre, le DS doit être choisi parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10% des suffrages exprimés lors du 1er tour des élections au CE, ou à la DUP, quelque soit le nombre de votants. Il en est de même s'agissant du délégué syndical supplémentaire dans les entreprises d'au moins 500 salariés (article L.2143-4 du code du travail). Cette possibilité est ouverte aux syndicats ayant obtenu un ou plusieurs élus dans le collège ouvriers/employés et comptant au moins un élu dans l'un des deux autres collèges (Etam et cadres).

Donc une triple condition est requise :

⇒ Le syndicat qui présente doit être représentatif, notamment 10% des voix au 1er tour.
⇒ Le DS potentiel doit avoir été présenté aux élections, « parmi les candidats aux élections qui ont recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au 1er tour des dernières élections au CE, ou de la DUP ou des DP ».

⇒ peu importe que ce soit comme titulaire ou suppléant (cf. circulaire DGT)
⇒ Il doit avoir obtenu au moins 10% des suffrages exprimés au 1er tour, peu importe le nombre de votants.
⇒ Doit-on considérer les suffrages tous collèges confondus ou bien les suffrages du collège dans lequel se présente le délégué ? La circulaire DGT affirme que le candidat doit avoir obtenu 10% « dans les collèges dans lesquels il se présente».
⇒ Par ailleurs, L'audience personnelle du DS est mesurée à l'occasion de chaque renouvellement des IRP.

S'il ne reste plus aucun candidat remplissant cette condition (départs en cours de mandats, démissions…) le syndicat peut désigner un DS parmi les autres candidats, ou encore à défaut parmi ses adhérents (article L.2143-3, al 2 du code du travail).

Un jugement du **TI de Paris du 6 février 2009** répond à la question suivante :

La loi exige-t-elle du DS qu'il ait été candidat et qu'il ait obtenu 10% des suffrages exprimés dans l'un quelconque des scrutins énumérés (CE, DUP, DP) ou faut-il considérer que ce n'est qu'à défaut d'élections au CE que le salarié pourra invoquer sa candidature à la DUP ou à défaut encore aux élections DP (comme pour le critère d'audience établissant la représentativité syndicale) ?

Le TI de Paris opte pour l'interprétation la plus large en se fondant sur la différence de rédaction entre les articles L.2122-1 et L.2143-3.du code du travail « *A la différence de l'article L.2122-1 relatif à la représentativité des OS qui se réfère à la quantité de suffrages exprimés au 1er tour des dernières élections des titulaires au CE ou de la DUP ou à défaut des DP, l'article L.2143-3 mentionne seulement « ou », mettant ainsi les différentes élections à égalité, sans instituer de hiérarchie de référence* ».

Et d'en conclure qu'est valide la désignation d'un salarié qui a fait le choix d'être candidat aux DP et a obtenu 10% des voix. Ainsi **la légitimité du DS acquise par un résultat électoral est indépendante de la nature de l'élection professionnelle (CE ou DUP ou DP)**.

Ce jugement n'ayant pas fait l'objet d'un pourvoi, il faudra attendre de nouveaux contentieux sur ce point pour connaître la position de la Cour de Cassation.

1-2 - Fin du mandat

Le mandat du DS prend fin lorsque l'ensemble des conditions auxquelles est soumise sa désignation cessent d'être réunies (article L.2143-3 al1 du code du travail).

Ainsi trois hypothèses possibles d'extinction du mandat :

⇒ Si lors des élections professionnelles suivantes, le syndicat qui l'a désigné n'est plus représentatif (seuil de 10%) ou si le DS n'a pas recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au 1er tour. Le mandat de DS est donc remis en jeu à l'occasion de chaque élection professionnelle.
⇒ Si en cours de mandat, un des critères vient à manquer (indépendance, influence si contestations par d'autres syndicats par ex.)

⇒ Si l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement devient inférieur à 50 salariés sur une période de 12 mois consécutifs ou non sur les trois dernières années.

[Pour la doctrine, derrière le dédoublement de l'institution syndicale, se profile la logique assez floue d'une fusion des IRP élues et désignées. Ce qui ne manque pas d'interpeler sur la conformité de ces nouvelles dispositions avec les conventions 87 et 135 de l'OIT qui veillent à ce que la représentation élue n'affaiblisse pas la situation des OS].

1-3 Les mesures transitoires concernant les DS

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

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

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

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

Concernant les attributions, la loi nouvelle n'affecte pas les missions du DS (crédit d'heures, liberté déplacement…). Toutefois une question : les articles L.2232-12 et suivants du code du travail instituant de nouvelles conditions de validité aux accords collectifs et applicables dès le 1er janvier 2009, nécessitent de connaitre l'audience des parties à l'accord pour juger de sa validité.

Dès lors que se passe-t-il pour un DS dont l'audience n'aurait pu être mesurée (absence de dépouillement, absence d'élections…) ?

Ce DS doit être invité à la négociation mais il ne peut signer, ni conclure d'accord.

II Le représentant syndical au CE – RSCE

« Chaque organisation syndicale ayant des élus au comité d'entreprise peut y nommer un représentant. » Ainsi est rédigé le nouvel article L.2324-2 du Code du travail.

Sa nomination est soumise à de nouvelles conditions.

2.1 - Dans les entreprises de 300 salariés,

L'OS dans l'entreprise peut désigner un RSCE à condition d'avoir des élus au CE.

La circulaire DGT précise que :

⇒ La présence d'au moins deux élus est nécessaire
⇒ Il peut s'agir de titulaires ou suppléants
⇒ Pas d'obligation de le choisir parmi les candidats aux élections professionnelles

Le texte ne parle plus d'organisation syndicale *« représentative »*. Fallait-il en déduire qu'un syndicat peut désigner un représentant dès lors qu'il a eu des élus au comité d'entreprise, même s'il n'est pas représentatif ?

La situation est tout à fait possible, puisque la présentation de candidats n'est pas subordonnée à une condition de représentativité, et qu'il est concevable, notamment dans les entreprises de taille importante, qu'un syndicat puisse avoir plusieurs élus sans pour autant atteindre une audience électorale de 10 %, ou réunir les autres conditions posées par la loi pour acquérir la représentativité.

Pourtant, dans les entreprises de moins de 300 salariés, le représentant syndical au comité d'entreprise est forcément le délégué syndical. Il ne peut donc être désigné que par un syndicat représentatif.

Confrontée au silence des textes, la chambre sociale a estimé, dans son **arrêt Solidaires** que *« les nouvelles dispositions de l'article L.2324-2 du Code du travail, applicables à compter du 22 août 2008, donnent le droit à chaque organisation syndicale ayant des élus, sans autre condition, de désigner un représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement »*.

La condition de représentativité n'est donc plus requise du syndicat qui, dans une entreprise de plus de 300 salariés, désigne un représentant au comité d'entreprise ou d'établissement.

2-2- Dans les entreprises de moins de 300 salariés,

Les conditions de nomination ne changent pas si ce n'est l'exigence de représentativité pour l'OS. Donc le DS est de plein droit RSCE et ce dernier mandat n'est pas compatible avec celui d'élu, titulaire ou suppléant au CE. Il en résulte que le RSCE pressenti doit désormais être candidat aux élections DP ou même CE mais en tant que suppléant, ou titulaire non éligible.

Quel est le régime transitoire applicable à la désignation des RSCE ?

Si la loi a prévu un régime transitoire pour les DS, rien n'est précisé quant à la désignation des RSCE. Or la loi nouvelle subordonne la validité de la désignation à une condition supplémentaire, l'OS devant être représentative mais aussi avoir des élus au CE.

Dès lors la loi nouvelle s'applique-t-elle seulement aux désignations effectuées après les 1ères élections organisées postérieurement à son entrée en vigueur, ou bien s'applique-t-elle immédiatement ?

Le TI de Longjumeau, le 28 novembre 2008, opte pour l'application immédiate de la loi de 2008.

Question connexe : la validité de la désignation d'un RSCE effectuée antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi 2008 par une OS n'ayant pas d'élu au CE, pourrait-elle être remise en cause du fait de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (et de la nouvelle condition) ?

Le TI de Marseille, le 12 mars 2009, répond par la négative « *il sera observé que si la CGT-FO n'a aucun élu au CE, elle dispose toutefois d'un représentant syndical au CE, désigné le 3 février 2008, dont le mandat subsiste jusqu'aux nouvelles élections* ».

III - Le délégué syndical central

Des conditions de désignation spécifiques sont créées pour le délégué syndical central (article L.2143-5 du code du travail). Il doit être désigné par un syndicat qui a recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles, en additionnant l'ensemble des suffrages des établissements compris dans cette entreprise. Il n'y a donc pas d'obligation de choisir le délégué syndical central parmi les candidats aux dernières élections professionnelles.

Cela résulte de la rédaction de l'article 5 paragraphe IV de la loi, différente de celle relative au délégué syndical et au délégué syndical supplémentaire (article 5 paragraphes I et III).

Ceci étant, **dans les entreprises de moins de 2000 salariés**, le délégué syndical central, étant choisi parmi les délégués syndicaux d'établissements, aura nécessairement été choisi parmi les candidats aux élections professionnelles.

IV - Le Représentant de la Section Syndicale

(Article L.2142-1-1 du code du travail)

4.1 – Désignation

Il s'agit d'une nouvelle catégorie de représentants qui concerne exclusivement les syndicats non encore représentatifs mais représentés. C'est-à-dire les syndicats d'entreprise qui remplissent les 4 critères cumulatifs suivants : être légalement constitués depuis au moins deux ans ; respecter les valeurs républicaines ; être indépendant ; avoir un champ professionnel ou géographique couvrant l'entreprise ou l'établissement concerné d'au moins 50 salariés.

✋ Stop ! Important…

A noter que pour la désignation d'un représentant de section syndicale, qui ne nécessite pas la preuve de la représentativité du syndicat, il n'est donc aucunement nécessaire de rapporter la preuve de la présence effective dudit syndicat dans tous les sites de l'établissement où s'exerce la désignation. (Cass. Soc, arrêt du 8 juillet 2009)

Ainsi la loi distingue selon que l'effectif de l'entreprise atteint, ou non, cinquante salariés.

Dans les entreprises de cinquante salariés et plus, il ressort de l'article L.2142-1-2 du Code du travail, qui renvoie aux articles L.2143-1 et L.2143-2 relatifs aux conditions de la désignation du

délégué syndical, que les salariés susceptibles d'être désignés comme représentant d'une section syndicale doivent :

– être âgés de dix-huit ans révolus ;
– travailler dans l'entreprise depuis un an au moins (dans les entreprises de travail temporaire, l'ancienneté requise pour les salariés temporaires est de six mois et est appréciée en totalisant les périodes travaillées à titre de mission au cours des dix-huit mois précédant leur désignation) ;
– et n'avoir fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à leurs droits civiques.

Dans les entreprises de moins de cinquante salariés, selon les articles L.2142-1-2 et L.2142-1-4 du Code du travail, seuls sont susceptibles d'être désignés comme représentant d'une section syndicale, les salariés qui :

– sont **délégués du personnel** ;
– sont âgés de dix-huit ans révolus ;
– travaillent dans l'entreprise depuis un an au moins (dans les entreprises de travail temporaire, l'ancienneté requise pour les salariés temporaires est de six mois, et est appréciée en totalisant les périodes travaillées à titre de mission au cours des dix-huit mois précédant leur désignation) ;
– et n'ont fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à leurs droits civiques.

L'OS en attente de représentativité peut désigner un RSS doté de certaines prérogatives du DS, **sauf la capacité de négocier et conclure** des accords collectifs.

Chaque syndicat représenté (et non représentatif) ne peut désigner qu'un seul RSS.

De façon générale, son statut renvoie aux dispositions sur le DS : conditions de désignation, publicité, contestation et protection contre le licenciement.

Le contentieux de la désignation est de même nature que celui concernant le DS : saisine du TI dans les 15 jours suivant l'accomplissement des formalités de publicité. Le TI statue en dernier ressort dans les 10 jours.

✋ Stop ! Important…

Notons que, quelle que soit la taille de l'entreprise, les fonctions de représentant de la section syndicale sont compatibles avec celles de délégué du personnel, de représentant du personnel au comité d'entreprise ou d'établissement ou de représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement.

4.2 - Missions et moyens

4.2.1 - Missions :

Article L.2142-1-1 du code du travail

Le RSS représente le syndicat –non représentatif- au sein de l'entreprise ou de l'établissement. Il exerce ses fonctions dans le cadre des dispositions relatives au droit syndical. Le RSS bénéficie

des mêmes prérogatives que le DS (liberté de déplacement dans et hors l'entreprise…) excepté le pouvoir de négocier des accords.

Sa mission est de faire vivre le syndicat dans l'entreprise et de lui permettre à travers son activité, d'acquérir une représentativité qui sera attestée ou pas aux prochaines élections du personnel.

4.2.2 - Moyens :

4.2.2.1- Le crédit d'heures

Chaque RSS dispose du temps nécessaire à l'exercice de ses fonctions. Aux termes de l'article L 2142-1-3 du code du travail, il dispose de 4 heures par mois dans les entreprises de 50 salariés. Ces heures sont considérées de plein droit comme temps de travail et payées à l'échéance normale. L'employeur qui entend contester l'utilisation faite des heures de délégation doit d'abord les payer puis saisir le juge judiciaire.

4.2.2.2 - La liberté de déplacement

Elle n'est pas évoquée par le texte. Mais comme le texte rattache le RSS au droit syndical et qu'il bénéficie des mêmes prérogatives que le DS –sauf négocier-, on peut considérer que le RSS comme le DS se voit appliquer l'article L.2143-20 du code du travail :
- déplacement possible hors de l'entreprise pendant les heures de délégation,
- déplacement dans l'entreprise, libre pendant les heures de délégation ou en dehors des heures de travail, sous réserve de ne pas apporter de trouble ou gène importante dans le travail.

La distribution de tracts, affichage de communications syndicales, réunions syndicales avec les adhérents de la section sont possibles dans les mêmes conditions que pour le DS (articles L.2142-3 et 4 et L.2142-10 du code du travail).

4.2.2.3 - Les locaux syndicaux

Le texte de l'article L.2142-8 al 1 du code du travail impose à l'employeur de mettre à disposition de la section syndicale constituée par une OS représentative dans l'entreprise ou l'établissement de 1000 salariés ou plus, un local convenable, aménagé et doté de matériel pour son fonctionnement.

Dans les entreprises de plus de 200 salariés, ce local et ses moyens sont communs aux différentes sections syndicales issues d'OS représentatives.

La section syndicale et le RSS non encore représentatifs ne devraient donc pas disposer de locaux propres ou en commun.

4.3 - La protection statutaire

La protection est identique à celle des DS (Article L.2142-1-2 du code du travail).

Donc une autorisation administrative est requise avant tout licenciement. La protection court à partir de la désignation et pour la durée du mandat. Le RSS candidat aux élections qui n'est pas

élu bénéficiera de la protection six mois après les élections. De même un ancien RSS est protégé pendant les 12 mois suivants la fin de son mandat, si exercé pendant au moins un an.

4.4 - Disparition du mandat

(Article L.2142-1 al 3 et 4 du code du travail)

Le mandat qui n'a ni durée minimale, ni durée légale maximale n'est pas conçu pour durer. Le RSS perd son mandat dès lors que le syndicat qui l'a désigné, est reconnu représentatif dans l'entreprise (seuil de 10%).

Le RSS perd aussi son mandat si à l'issue des élections professionnelles qui suivent sa désignation, le syndicat qui l'a désigné n'est pas reconnu représentatif au niveau de l'entreprise. En ce cas, le syndicat qui l'a désigné ne peut pas désigner à nouveau un RSS – qui peut être le même- jusqu'aux 6 mois qui précédent la date des élections suivantes (soit en théorie 3 à 5 ans après la fin de son premier mandat). En ce cas, il faut noter qu'il ne peut bénéficier de la protection (exercice des fonctions pendant 1 an minimum).
Il résulte de tout ceci que le mandat du RSS s'arrête à la proclamation des résultats du 1er tour des élections. Par contre la section syndicale, au sein de laquelle il est désigné, continue d'exister puisqu'elle n'est pas soumise à une condition électorale.

La circulaire DGT apporte certaines précisions. Le syndicat qui n'a pas fait la preuve de sa représentativité lors des élections, peut désigner un autre RSS parmi ces adhérents, condition pour que la section reste active.

Le syndicat qui obtient 10% aux élections est représentatif et le RSS disparait et peut être désigné DS, mais à la condition de recueillir personnellement 10% des suffrages.

Dans le cas contraire, il ne pourra être désigné (sauf si aucun candidat n'a obtenu 10% auquel cas il pourra être désigné (article L.2143-3 al 2 du code du travail). En ce cas, il aura œuvré à la reconnaissance de la représentativité de son syndicat mais sans pouvoir désormais le représenter.

LA NEGOCIATION COLLECTIVE AU NIVEAU DE L'ENTREPRISE

La loi du 20 août 2008 instaure de nouvelles règles de validité des accords collectifs.

I - Renforcement des accords majoritaires au 1er janvier 2009

Mise en conformité des conditions de conclusion des accords avec la disparition de la présomption de représentativité. Désormais (art. L.2231-1 du code du travail), les accords sont conclus entre :

⇒ un ou plusieurs syndicats de salariés représentatifs dans le champ d'application de la convention ou de l'accord
⇒ une ou plusieurs organisations d'employeurs, ou toute autre association d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement (inchangé).

La loi du 4 mai 2004 avait réformé en profondeur les conditions de validité des accords.

Système assez complexe, différent selon les niveaux de négociations, (distinction majorité d'engagement/ majorité d'opposition). La majorité d'engagement ou d'opposition s'appréciait par rapport aux résultats du 1er tour des élections au CE ou à défaut des DP. Le dispositif était fixé par un accord de branche ou un accord professionnel. En l'absence d'accord de branche, le système d'opposition majoritaire était obligatoirement retenu.

La loi du 20 août 2008 combine majorité d'opposition et majorité d'engagement.

II – Les accords d'entreprise

Art. 8, VI et 12 de la loi du 20 août 2008

Les nouvelles règles de validité des accords d'entreprise s'appliquent à compter du 1er janvier 2009.

2.1 - A partir du 1er janvier 2009

Les conditions de validité des accords d'entreprise sont les suivantes :

2.1.1 - signature par un ou plusieurs syndicats représentatifs ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au 1er tour des dernières élections professionnelles (il se mesurera à l'occasion des élections prises en compte pour mesurer l'audience de l'OS).

✋ Stop ! Important…
NB (1) : Ici encore, la mesure des seuils d'audience est réalisée par rapport à l'ensemble des suffrages exprimés au 1er tour des élections professionnelles (et non par rapport aux suffrages exprimés en faveur des seuls syndicats représentatifs). A chaque niveau, les suffrages à prendre en compte sont ceux des titulaires du premier tour, quelque soit le nombre de votants.

NB (2) : Pour les syndicats catégoriels, le calcul des seuils de 30 % et de 50 % s'effectue par rapport aux suffrages exprimés dans le collège concerné (art. L.2232- 13 al. 1 du code du travail)

2.1.2 - absence d'opposition d'un ou plusieurs syndicats représentatifs ayant recueilli 50 % des suffrages exprimés (délai d'opposition de 8 jours à compter de la notification de l'accord). L'article L.2231-8 du code du travail énonce que « *l'opposition à l'entrée en vigueur d'un accord est exprimée par écrit et motivée. Elle précise les points de désaccord. Cette opposition est signifiée aux signataires.*». L'article L.2231-7 du code du travail complète et précise « *Les accords lorsqu'ils sont soumis à la procédure d'opposition ne peuvent être déposés qu'à l'expiration du délai d'opposition*».

Aux termes du délai de 8 jours, l'opposition doit non seulement être « *adressée* » mais aussi « *connue* » des signataires de l'accord.

Ainsi si un accord est signé par des OS minoritaires le mardi 1er juin, et notifié aux non signataires le 2 juin, le délai d'opposition de 8 jours commence à courir le 3 juin et expire le 10 juin à 24 heures (circ. DGT).

2.1.3 - Le bug - Un énorme bug dans la loi du 20 août 2008 a créé une situation inextricable: comment apprécier la validité d'un accord dans une entreprise où les dernières élections sont antérieures à la loi du 20 août et où les résultats n'avaient pas été acquis au 1er tour et n'avaient pas été dépouillés ?

Il n'était pas possible au 1er janvier 2009 (mise en place des nouvelles règles de validité des accords collectifs) de connaitre le poids des différentes OS. Dès lors, on ne savait pas si le seuil de 30% des signataires, (ou 50% d'opposition) nécessaire à la validité de l'accord avait été franchi.

Comblant un vide juridique , l'article 15 septdecies de la Loi de simplification du droit a prévu que, dans ce cas, et jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles dans l'entreprise ou l'établissement pour lesquelles la date fixée pour la première réunion du protocole d'accord préélectoral est postérieure au 21 août 2008, la **validité de l'accord d'entreprise** ou d'établissement est subordonnée à son approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés (référendum).

2.2 - Incidence d'une perte de représentativité sur la dénonciation

Le législateur envisage les effets d'une perte de représentativité en matière de dénonciation et de mise en cause d'un accord. Il faut distinguer selon :

⇒ Si un syndicat signataire perd sa représentativité dans le champ d'application de l'accord, la dénonciation du texte n'emporte d'effets que si elle émane d'une ou plusieurs OS représentatives dans son champ d'application et ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés aux dernières élections. Il n'est pas nécessaire que les OS qui dénoncent l'accord en soient signataires. Il leur suffit d'être représentatives et majoritaires aux élections (article L.2261-10 du code du travail).

⇒ Le droit de la dénonciation est ainsi ouvert aux syndicats non signataires reconnus représentatifs à la suite des nouvelles élections et NON PLUS AUX SEULS SYNDICATS SIGNATAIRES.

⇒ Si tous les signataires restent représentatifs, le régime habituel s'applique : la dénonciation doit émaner de la totalité des signataires salariés ou employeurs.

Cas de la perte de représentativité de l'ensemble des OS signataires

La jurisprudence avant la loi nouvelle constatait que la disparition d'une organisation patronale avait pour effet la mise en cause de la convention dont elle était seule signataire (**Soc 16 mars 1995**).

S'oppose à cette jurisprudence, un nouvel article L.2261-14-1 du code du travail selon lequel **« *la perte de la qualité d'OS représentatives de toutes les OS signataires d'un accord collectif n'entraine pas la mise en cause de cet accord signé*»**.

En clair, si dans l'entreprise aucune des OS signataires de l'accord n'atteint les seuils de représentativité, l'accord survivra. Cette disposition obéit à un impératif de **sécurité juridique**. Dans la mesure où la représentativité syndicale peut fluctuer, le législateur se devait d'assurer la pérennité du statut collectif.

III – Accords de groupe :

Art. 8, VIII de la loi du 20 août 2008

Les conditions de validité des accords de groupe sont désormais les suivantes (art. L.2232-34 du code du travail) :

⇒ signature par un ou plusieurs syndicats représentatifs ayant recueilli dans les entreprises comprises dans le périmètre du champ d'application de l'accord de groupe au moins 30 % des suffrages exprimés au 1er tour des dernières élections des titulaires CE, de la DUP ou, à défaut, des DP.
⇒ absence d'opposition d'un ou plusieurs syndicats ayant recueilli dans le même périmètre 50 % des suffrages exprimés à ces mêmes élections (délai d'opposition de 8 jours à compter de la notification)

✋ Stop ! Important…
NB : Ici, la mesure des seuils d'audience est réalisée par rapport à l'ensemble des suffrages exprimés au 1er tour des élections professionnelles (et non par rapport aux suffrages exprimés en faveur des seuls syndicats représentatifs).

IV - Les accords dérogatoires conclus en l'absence de syndicat représentatif (et donc sans DS) (art. 9 de la loi du20 août 2008)

Deux nouveautés :
⇒ La loi du 20 août 2008 étend la possibilité de négocier et conclure des accords avec des élus du personnel CE ou DP et des salariés mandatés par un syndicat extérieur.
⇒ Elle introduit la possibilité de négocier et de conclure des accords avec les RSS.

4.1 - La conclusion avec des élus (CE, DP) ou des salariés mandatés par un syndicat extérieur à l'entreprise

4.1.1 - Régime juridique commun

Cette possibilité n'était ouverte que si un accord de branche étendu l'autorisait et l'organisait.

✋ Stop ! Important…
Désormais, et à compter du 1er janvier 2010, cette possibilité est offerte dans toutes les entreprises dépourvues de DS, et même en l'absence d'accord de branche le prévoyant. Donc le texte ouvre grand à terme la possibilité d'une négociation dérogatoire au niveau de l'entreprise, sans passer par la conclusion d'un accord de branche.

Étant entendu que la nouvelle loi ne met pas en cause les accords de branche déjà conclus sur ce sujet qui continuent à produire effet.

4.1.1.1 - Objet de ces négociations :

Mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif, à l'exception des accords de méthode (procédures de grands licenciements pour motif économique – articles L.2232-21 et L.2232-24 du code du travail).

4.1.1.2 - Modalités de la négociation :

L'article L.2232-27-1 du code du travail, reprenant les dispositions de la Position Commune, impose que la négociation se déroule dans le respect des règles qui suivent
⇒ Indépendance des négociateurs vis-à-vis de l'employeur (loyauté de la négociation)
⇒ Elaboration conjointe du projet d'accord par les négociateurs
⇒ Concertation avec les salariés
⇒ Prendre contact avec les OS représentatives de la branche
⇒ Les informations à remettre sont déterminées par accord entre les élus ou mandatés et l'employeur.
Articles L.2232-27 à 29 du code du travail

⇒ Entrée en application des accords après leur dépôt auprès de l'administration du travail
⇒ Les accords conclus peuvent être renouvelés, révisés ou dénoncés par l'employeur signataire, ou par les représentants élus ou les salariés mandatés à cet effet selon les mêmes modalités.

4.2 - Conclusion avec les élus :

Articles L.2232-21 à 23 du code du travail

4.2.1 – Conditions dans les entreprises de moins de 200 salariés
⇒ absence de DS dans l'entreprise ou l'établissement ou de DP désigné comme DS

4.2.2 - Titulaires du droit :

⇒ Représentants élus du personnel au CE ou à la DUP
⇒ Ou, à défaut, DP

4.2.3 - Crédit d'heures de délégation :

⇒ 10 heures par mois sauf circonstances exceptionnelles.

4.2.4 - Validité de l'accord :

Deux conditions **cumulatives** :

⇒ conclusion par des élus titulaires représentant la majorité des suffrages exprimés lors de dernières élections professionnelles
⇒ approbation par une commission paritaire de branche qui contrôle dans les 4 mois de sa transmission (sinon réputé validé), que l'accord collectif n'enfreint pas les dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles applicables

4.2.5 - dépôt auprès de l'administration

Si l'une des deux conditions n'est pas remplie, l'accord est réputé non écrit.

4.3 - Conclusion avec les salariés mandatés :

Articles L.2232-24 à 27 du code du travail

4.3.1 - Conditions :

⇒ entreprise, sans considération de seuil, dépourvue de DS
⇒ PV de carence établissant l'absence d'IRP élues
⇒ Information, par l'employeur, des syndicats représentatifs dans la branche de laquelle relève l'entreprise
⇒ Mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif, sauf accords de méthodes (grands licenciements collectifs)

4.3.2 - Titulaire du droit :

⇒ un ou plusieurs salariés mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche. Une même OS ne peut mandater qu'un seul salarié. Il dispose d'un crédit d'heures de 10 heures par mois utilisables dans les mêmes conditions (cf. supra).
⇒
⇒ art. L.2232-26 : exclusion des salariés pouvant être assimilés à l'employeur en raison des pouvoirs qu'ils détiennent et des salariés apparentés à l'employeur

4.3.3 - Validité de l'accord :

⇒ approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés dans les conditions du droit électoral et dans des conditions déterminées par décret à venir. Faute d'approbation, l'accord est réputé non écrit.
⇒ dépôt auprès de l'administration

4.4 - Conclusion exceptionnelle avec le RSS

En principe, le RSS ne dispose pas de la capacité de négocier un accord collectif. Toutefois, il peut disposer de ce pouvoir sur mandatement de son OS dans des circonstances très particulières:

⇒ En raison d'une carence au 1er tour des élections, un DS n'a pu être désigné au sein de l'entreprise ou l'établissement

⇒ Dans l'entreprise de 200 salariés dotée d'élus, il n'existe pas de DS dans l'entreprise ou l'établissement

⇒ L'OS qui le désigne doit être affiliée à une OS représentative au plan national

⇒ Aucune autre solution de négociation avec des élus ou mandatés n'est possible

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

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

Cet accord pour être valable doit être **approuvé** par référendum par les salariés, à la majorité des suffrages exprimés. Dans le cas contraire, il est réputé non écrit.

4.5 - Dispositions transitoires sur les accords dérogatoires

Les articles L.2232-21 à L.2232-29 du code du travail (élus et mandatés) demeurent applicables dans leur rédaction antérieure **jusqu'au 31 décembre 2009**.

Toutefois l'exigence de loyauté est d'application immédiate, le législateur consacrant les solutions jurisprudentielles. Ainsi la négociation entre l'employeur et les élus ou les mandatés se déroule sur ces points selon les nouveaux textes.

✋ Stop ! Important…
A compter du 1er janvier 2010

Ces dispositions sur les accords dérogatoires s'appliquent à **toutes les entreprises dépourvues de DS qui ne relèvent pas d'une convention de branche ou accord professionnel conclu en application de la loi de 2004** (en ce cas, elles restent soumises à ces dispositions de 2004 et ces accords antérieurs continuent à produire leurs effets sans limite de temps).

Avant le 31 décembre 2013, le Gouvernement présentera au Parlement, après avis motivé de la commission nationale de la négociation collective, un rapport sur l'application des mesures relatives aux mesures d'audience dans l'entreprise ou l'établissement (ainsi que les autres niveaux). Ce rapport portera aussi sur les nouveaux accords majoritaires dérogatoires.