

**L'exigence des 10 % des voix pour la désignation du délégué syndical :
lorsque la liberté syndicale se laisse absorber par l'audience électorale**

par Pascal MOUSSY.

Depuis 1968, il est acquis que chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise peut désigner un délégué syndical. La loi du 20 août 2008 a entendu fêter à sa manière les quarante ans de la reconnaissance du droit syndical dans l'entreprise en enrichissant les dispositions consacrées à la nomination du délégué syndical. Le nouvel article L. 2143-3 du Code du Travail prévoit que « *chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement de cinquante salariés ou plus, qui constitue une section syndicale, désigne parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants (...) un plusieurs délégués syndicaux pour la représenter auprès de l'employeur* » et que « *s'il ne reste, dans l'entreprise ou l'établissement, plus aucun candidat aux élections professionnelles qui remplit les conditions mentionnées au premier alinéa, une organisation syndicale représentative peut désigner un délégué syndical parmi les autres candidats ou, à défaut, parmi ses adhérents au sein de l'entreprise ou de l'établissement* ».

La nouveauté est de taille. Il est exigé du délégué syndical qu'il satisfasse à une condition d'audience électorale, sous peine de voir sa désignation soumise à contestation. Etant donné la formulation du texte maintenant en vigueur, le juge d'instance soucieux de suivre à la lettre le nouvel article ne pourra que donner raison à toute personne entendant faire annuler la désignation de celui qui n'aurait pas obtenu sur son nom au moins 10 % des suffrages. Ce n'est pas faire preuve d'une grande honnêteté intellectuelle, pour tenter de banaliser l'évènement, que de présenter « le recours au candidat ayant obtenu au moins 10 % des suffrages » comme, « en quelque sorte », une simple « priorité ».¹ Il s'agit, pour le moins, d'un point de passage obligé.

A l'occasion du traitement du pourvoi formé contre un jugement du Tribunal d'Instance de Brest du 27 octobre 2009 qui n'était pas passé inaperçu², la Cour de

¹ Voir L. PECAULT-RIVOLIER, Magistrat à la Cour de cassation, « La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens. A propos de l'arrêt du 14 avril 2010 », Dr. Soc. 2010, 649.

² Notamment par Chronique Ouvrière. Voir P. MOUSSY, « Il faut respecter la liberté syndicale, tonnerre de Brest ! », Chronique Ouvrière du 8 novembre 2009.

Cassation, par son arrêt du 14 avril 2010, a validé les nouvelles dispositions relatives à la désignation du délégué syndical, au regard des exigences posées par l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³, en considérant que « *l'obligation faite aux syndicats représentatifs de choisir, en priorité, le délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu au moins 10 % des voix ne heurte aucune prérogative inhérente à la liberté syndicale et que, tendant à assurer la détermination par les salariés eux-mêmes des personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à conduire les négociations pour leur compte, elle ne constitue pas une ingérence arbitraire dans le fonctionnement syndical* ». ⁴

La Chambre Sociale a apparemment été sensible aux explications de son rapporteur qui faisait valoir que « *la finalité de la loi nouvelle* » est « *de renforcer la légitimité démocratique des syndicats et de leurs représentants dans l'entreprise* ». ⁵

L'arrêt du 14 avril ne met pas fin au débat.

Il témoigne de l'existence d'une regrettable confusion entre l'élémentaire principe démocratique qui veut que les salariés puissent avoir leur mot à dire sur l'entrée en vigueur de normes collectives négociées dont ils sont destinataires et l'octroi du droit à participer au choix de celui qui a qualité pour représenter dans l'entreprise une organisation syndicale à laquelle on n'appartient pas obligatoirement.

Le « *durcissement des conditions de désignation du délégué syndical* »⁶ par la loi du 20 août 2008 ne peut en tout cas susciter l'adhésion en ce qu'il permet pour la très modique somme de 0 € de cotisation de s'inviter dans les discussions internes sur la meilleure manière de mener l'activité du syndicat.

³ « Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat ».

⁴ Cass. Soc. 14 avril 2010, Sté SDMO Industries c/ Béganton et Union Départ. FO du Finistère, Liaisons Sociales du 1^{er} juin 2010, jurisprudence n° 109/2010.

⁵ « Les nouvelles règles sur la représentativité : l'évaluation de la Cour de cassation », Rapport de Jean-Marc BERAUD, Revue de Droit du Travail 2010, 282.

⁶ G. BORENFREUND, « Le renouveau du droit syndical dans l'entreprise : entre faveur et défiance ? », Dr. Soc. 2009, 706.

I. Les 10 % : un seuil inopérant pour conférer une légitimité au délégué susceptible de signer l'accord collectif.

La prééminence du critère électoral, qui irradie la Position commune du 9 avril 2008 et les nouvelles dispositions légales qui en ont été le prolongement, est le fruit d'une réflexion sur la légitimité des syndicats parties à un accord collectif.

Il a été relevé que la place prise aujourd'hui par les interrogations sur la représentativité des organisations syndicales signataires témoigne d'une tendance certaine à délaisser les autres attributions syndicales, « *en accréditant l'idée que la fonction de négociation surplombe toutes les autres prérogatives syndicales* ». ⁷ Cette hégémonie de la mission de négociation du délégué syndical n'est pas vraiment nouvelle. Certains ont même voulu, à la fin des années 1970, posé comme postulat que « *la fonction permanente de négociation avec la direction et les cadres de l'entreprise* » étaient « *la seule justification* » du régime dérogatoire de droit commun dont bénéficient les salariés investis d'un mandat représentatif en matière de licenciement. ⁸

L'arrêt rendu par la Cour de Cassation le 14 avril 2010 insiste sur le fait que le négociateur syndical, s'il veut que son mandat soit exercé en toute légitimité, doit prendre en compte l'exigence démocratique. La Chambre Sociale affirme que l'obligation faite aux syndicats représentatifs de choisir le délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu au moins 10 % des voix ne constitue pas une ingérence arbitraire dans le fonctionnement syndical, puisqu'elle tend à assurer la détermination par les salariés eux-mêmes des personnes les plus aptes à conduire les négociations pour leur compte.

Des commentateurs autorisés de l'arrêt ont entendu rappeler que « *le droit de mener des négociations collectives appartient aux salariés eux-mêmes, les syndicats n'en étant que les agents d'exercice* » et qu'« *à ce titre, il est important que le délégué syndical soit accepté par les salariés qu'il va représenter* ». ⁹ D'autres ont souligné que « *rejoignant le constat qu'elle avait fait pour légitimer le recours au suffrage électoral dans les critères de représentativité, la Cour de cassation rappelle, avec plus de force encore, que le délégué syndical ne représente pas seulement le*

⁷ G. BORENFREUND, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », Revue de droit du travail 2008, 721.

⁸ M.A. LATOURNERIE, « Mandat de représentation du personnel et actions illicites dans un conflit collectif », Dr. Soc. 1979, 421.

⁹ RJS 6/10, n° 529.

*syndicat mais également, dans le cadre de la signature des accords collectifs, l'ensemble des salariés, qui doivent donc pouvoir participer au choix de celui qui sera appelé à défendre leurs intérêts ».*¹⁰

Ce serait donc parce qu'il a pour objet d'éviter que le signataire syndical de l'accord collectif ne prenne pas en compte les aspirations et les préoccupations des salariés lorsque se conclut la négociation que l'exigence d'un seuil de 10 % des suffrages sur la personne du délégué syndical a toute sa légitimité.

Mais le constat s'impose. Les 10 % n'ont ici aucun sens.

Il résulte des dispositions de l'article L. 2232-12 du Code du Travail que « *la validité d'un accord d'entreprise est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % 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* ».

C'est le seuil de 30 % des suffrages qui permet l'entrée en vigueur de l'accord d'entreprise. Tant que le ou les syndicats signataires n'ont pas obtenu les 30 %, la signature de l'accord est sans effet. La circonstance que la personne du délégué syndical ait recueilli au moins 10 % des suffrages ne permet pas de suppléer à l'absence d'une audience suffisante du ou des syndicats signataires, si les 30 % n'ont pas été atteints.

A défaut d'efficacité, le seuil des 10 % a peut-être été imaginé comme ayant une vertu psychologique. Le délégué syndical est censé être plus attentif aux aspirations et aux préoccupations des salariés, parce que qu'un nombre minimal de participants aux élections professionnelles lui a accordé ses suffrages.

A défaut de cette habilitation électorale, le délégué syndical semble être perçu comme un petit potentat et l'organisation syndicale comme un groupe sans vie démocratique. Et l'attitude à adopter vis-à-vis de la signature d'un accord collectif est présumée plus guidée par des considérations personnelles que comme la traduction d'une politique syndicale.

Cette conception excessivement personnalisante du rôle du délégué syndical amené à participer à la négociation d'un accord collectif convainc peut-être ceux qui la diffusent. Elle ne saurait susciter l'adhésion majoritaire des militants qui participent à

¹⁰ L. PECAUT-RIVOLIER, art. préc., 648.

l'activité syndicale et qui savent bien que c'est à l'issue de débats parfois âprement - mais collectivement- menés qu'est déterminé le mandat du négociateur syndical.

II. Le bien-fondé du choix du représentant de ceux qui mènent l'action syndicale soumis à l'approbation des « adhérents » à 0 €.

Au moment de la reconnaissance du droit syndical dans l'entreprise, Hélène SINAY a souligné que le délégué syndical ne se contente pas de représenter les intérêts des travailleurs en discutant avec le chef d'entreprise. Il est en premier lieu l'agent d'exécution de la section.¹¹

Le temps qui passe n'a pas remis en cause le caractère essentiel des attributions du délégué syndical consistant à représenter son syndicat auprès de l'employeur et à animer la section syndicale.¹²

Dans son traité consacré aux syndicats et au droit syndical, Jean-Maurice VERDIER a souligné que le législateur, en 1968, avait posé le principe de ***l'autonomie syndicale dans l'entreprise*** en affirmant « *la liberté d'organisation syndicale dans l'entreprise* ». ¹³ Il a également été relevé dans cet ouvrage de référence que le principe de la liberté syndicale a conduit à ne pas imposer une définition stricte des attributions du délégué syndical. Celle-ci aurait en effet constitué « *une immixtion du législateur dans la vie interne des organisations syndicales, contraire à l'esprit même de la loi* » du 27 décembre 1968.¹⁴

C'est la préoccupation de voir sauvegarder ce principe d'autonomie qui a conduit à la formulation de sérieuses réserves devant l'exigence de l'audience électorale maintenant imposée au délégué syndical. « *Les conditions qui président à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise ne peuvent pas être des plus ouvertes. Elles ne sauraient se confondre, en particulier, avec celles qui déterminent la validité et l'efficacité juridique d'un accord collectif. Acte créateur de normes, l'accord collectif, sans pouvoir être abstrait du principe de la liberté syndicale, s'inscrit plus*

¹¹ H. SINAY, « Le degré d'intensité de la présence syndicale dans l'entreprise », Dr. Soc. 1969, 454.

¹² Voir, à ce sujet, Liaisons Sociales n° 15312 du 27 février 2009, « Le syndicat dans l'entreprise », 42.

¹³ J.M. VERDIER, Syndicats et droit syndical, volume II, Dalloz, 1984, 155.

Cette liberté d'organisation du syndicat dans l'entreprise est autant affirmée par les dispositions de l'ancien article L. 412-1 du Code du Travail que par le nouvel article L. 2141-4, étant précisé à chaque fois qu'elle s'exerce « conformément aux dispositions du présent titre ».

¹⁴ Voir J.M. VERDIER, op. cit., 282.

*directement encore dans le prolongement du principe de participation, énoncé à l'alinéa 8 du Préambule. L'exercice du droit syndical doit d'abord être perçu, quant à lui, comme l'une des déclinaisons naturelles ou, si l'on préfère, l'une des modalités immédiates de mise en œuvre de la liberté syndicale. En conséquence, les droits syndicaux justifieraient une pleine reconnaissance dans le cadre de l'entreprise, indépendamment de toute exigence d'audience, donc de toute forme de légitimité extérieure au syndicat lui-même. Sans ouvrir leur exercice à l'ensemble des organisations syndicales, seule devrait donc peser ici l'authenticité ou la réalité de l'action menée en défense des intérêts des salariés ».*¹⁵

La nouvelle règle a laissé Jean-Maurice VERDIER des plus circonspects. *« Il aurait mieux valu laisser l'entière liberté de choix au syndicat. Il est normal que le syndicat puisse désigner ou révoquer en fonction de débats internes au syndicat, sans être gêné par cette exigence d'un délégué syndical « candidat ». Le critère d'audience peut éventuellement s'opposer au critère d'efficacité. Ce n'est pas nécessairement le candidat ayant recueilli au moins 10 % des voix qui sera le délégué syndical le plus efficace. Le délégué syndical représente le syndicat et non la section syndicale et, bien entendu, pas les électeurs ».*¹⁶

Lorsque le syndicat mène l'action dans l'entreprise, il a pour ambition de convaincre le maximum de salariés que les revendications qu'il met en avant correspondent à la défense de leurs intérêts. Il a également à cœur d'entraîner le plus grand nombre possible dans les mobilisations de nature à empêcher la remise en cause des acquis ou à permettre l'obtention de nouveaux droits. Il ne s'agit pas ici pour l'organisation syndicale de participer, par sa signature, à l'édiction de normes susceptibles de revoir à la baisse les conditions de rémunération ou les «avantages» sociaux des salariés. Il est seulement question de déployer une activité syndicale pour un avenir meilleur. Et il semble que c'est la moindre des choses que ce soit aux membres à part entière du syndicat de décider quel est celui d'entre eux qui présente les meilleures qualités pour organiser –ou, si l'on préfère, pour animer- cette activité.

Cette autonomie des adhérents du syndicat dans le choix de leur délégué n'est plus à l'ordre du jour. Et cela, pour un prix modique. En confiant à l'ensemble du personnel le soin d'habiliter le représentant de l'organisation syndicale dans l'entreprise, les nouveaux textes promeuvent le timbre syndical à très bon marché. Il est désormais

¹⁵ G. BORENFREUND, « Le renouveau du droit syndical dans l'entreprise : entre faveur et défiance ? », Dr. Soc. 2009, 709.

¹⁶ Interview de J.M VERDIER dans Chronique Ouvrière du 24 mai 2008, « Quelques interrogations sur la position commune du 9 avril 2008 ».

possible de participer à la désignation du représentant du syndicat sans payer un centime d'euro de cotisation.¹⁷

Fin connaisseur de la matière, Pascal RENNES, a relevé, dans les colonnes du Droit Ouvrier, que « *la loi du 20 août a un tant soi peu restreint la liberté des syndicats de choisir parmi les salariés celui qui pourra être désigné délégué syndical* ». Mais il n'y a pas de quoi vraiment s'inquiéter. « *Cette entorse au libre choix d'un représentant syndical reste à relativiser parce que dans la pratique et de façon très générale les délégués syndicaux sont non seulement candidats, mais candidats titulaires en position d'être élus et sont le plus souvent élus* ». ¹⁸Il est dommage que ce rappel du manque de vocations militantes permette l'économie de la réflexion sur le sens de l'actuel processus qui tend à remettre en cause une pleine autonomie syndicale.

Et cela d'autant plus que la toute récente actualité est de nature à susciter de légitimes préoccupations. Les 10 % n'ont pas obtenu l'adhésion des militants et des représentants de la CGT de General Motors Strasbourg. Il s'agissait d'accepter une baisse des salaires de 10 % pour éviter la fermeture de l'usine. La CGT a refusé ce « chantage »¹⁹ et a refusé de signer l'accord que le repreneur entendait voir signer par tous les syndicats. (Ce qui, au regard des règles applicables, était sans fondement, les syndicats signataires étant majoritaires). Plus de 70 % des salariés du site, plus qu'inquiets pour leur avenir ont dit « oui » aux mesures annoncées par la direction. Et une cinquantaine d'entre eux ont « séquestré »²⁰ huit militants de CGT pour les contraindre à signer l'accord.

Lorsque le nombre de suffrages est mis en avant pour ne pas respecter le choix d'un syndicat de ne pas signer un accord apparaissant comme un incontestable « chantage à l'emploi », l'audience électorale malmène quelque peu la liberté syndicale. Ce ne sont pas les nouvelles règles posées par la loi du 20 août 2008 qui pourront aider ceux qui entendront faire valoir que la défense des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des salariés exige que l'on tienne comme à la prunelle de ses yeux au principe de l'autonomie syndicale.

¹⁷ Voir K. GHAZI, P. MOUSSY, « L'implantation syndicale et le principe d'autonomie à l'épreuve de la loi du 20 août 2008 », Chronique Ouvrière du 1^{er} avril 2009.

¹⁸ P. RENNES, note sous TI Brest du 27 octobre 2009, Dr. Ouv., 2009, 627.

¹⁹ Voir l'Humanité Dimanche du 22 juillet au 4 août 2010, p. 8.

²⁰ « General Motors. La CGT séquestrée », l'Humanité du 26 juillet 2010.