



HAL
open science

Une loi pour la légitimité syndicale. Réflexions sur le volontarisme en matière syndicale

Jérôme Porta

► **To cite this version:**

Jérôme Porta. Une loi pour la légitimité syndicale. Réflexions sur le volontarisme en matière syndicale.
Le Droit ouvrier, 2014, pp.491-500. halshs-01128221

HAL Id: halshs-01128221

<https://shs.hal.science/halshs-01128221>

Submitted on 13 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LES RÉFORMES DE LA REPRÉSENTATION DU PERSONNEL : ESQUISSES OU ŒUVRES ACHEVÉES ?

Une loi pour la légitimité syndicale

Réflexions sur le volontarisme en matière syndicale

par Jérôme PORTA, Professeur à l'Université de Bordeaux Montesquieu,
Comprasec UMR CNRS 5114

PLAN

- I. Les droits fondamentaux, épreuve ou renfort
- II. La représentation syndicale face à la fabrication de l'audience
 - A. Une représentation pour l'audience
 - B. Une représentation par l'audience
- III. Une régulation juridique intrusive
 - A. L'autonomie du syndicat au service son encadrement
 - B. L'hétéronomie

La loi du 20 août 2008 (1) a fait sienne le dessein des signataires de la Position commune d'un renouveau du syndicalisme. Il y a là une véritable profession de foi : « *La vitalité de la démocratie sociale suppose, tout d'abord, de fonder le dialogue social sur des organisations fortes et légitimes* », exposaient les rédacteurs du projet de loi. Où découvrir les sources de cette force et de cette légitimité ? C'est à la loi qu'il appartient de dicter cette (re)légitimation des syndicats : « *cet objectif implique, (...) une réforme de la représentativité syndicale, pour renforcer la légitimité des acteurs de la négociation en fondant celle-ci sur des critères renouvelés, appréciés de façon périodique et incontestable, et reposant notamment sur la prise en compte de l'audience électorale* ». Les commentateurs ont ainsi, tantôt pour saluer, tantôt pour critiquer, qualifié ce projet de renouveau (2), de refondation, de *big bang* (3). Pourtant, ne devrait-on pas douter de la possibilité même d'une telle entreprise juridique ? La légitimité ne se décrète pas, elle se gagne, serait-on tenté de penser. Aussi, ce que la loi veut, le peut-elle ? La question fait assurément les délices d'une perspective sociologique. N'est-il pas présomptueux de supposer que la légitimité juridique se traduit nécessairement dans les rapports des salariés à leurs représentants syndicaux ? Les prophéties d'une recomposition de l'échiquier syndical par la grâce du critère de l'audience verront-elles leur avènement (4) ? De l'énonciation de la loi à la concrétisation de ses prescriptions, le chemin de la mise en œuvre est parfois long et assurément parsemé d'épreuves. S'il est un enseignement de ces premières études, c'est finalement celui du doute (5).

Mais au pays du volontarisme législatif, pareille prétention à régir la légitimité par le droit peut-elle vraiment surprendre ? Elle peut, certes, se prévaloir d'une pensée politique forte, qui suppose que la légitimité se puise aux sources du droit et de ses procédures. N'est-ce pas

justement la raison d'être de toute Constitution que de poser les procédures nécessaires à la légitimation du pouvoir ? Légiférer sur la légitimité devrait donc ne pas surprendre. Sauf qu'en matière syndicale, ce geste législatif n'est justement pas habituel. S'agissant de la

(1) Loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

(2) G. Borenfreund, Le renouveau du droit syndical dans l'entreprise, entre faveur et défiance ?, Dr. soc. 2009. 700, n. 78.

(3) F. Favennec-Héry, La représentativité syndicale, Dr. soc. 2009 p.630.

(4) F. Petit, Droits syndicaux dans l'entreprise et liberté syndicale, La documentation française, 2014, spéc. p.9 ; P. Rennes, L'emprise marginale du droit sur les questions

d'unité ou de division du syndicalisme, Dr. Ouv. 2012 p.20 ; L. Pécaut-Rivolier et F. Petit, Le redéploiement des forces syndicales. Enjeux et mesures de l'audience, Dr. Soc. 2010, p.1168.

(5) Par exemple, S. Bérout, K. Yon (coord.), *La loi du 20 août 2008 et ses implications sur les pratiques syndicales en entreprise : sociologie des appropriations pratiques d'un nouveau dispositif juridique*, Rapport de recherche, février 2011, Triangle UMR 5206 ; C. Dufour, A. Hege, *Légitimité des acteurs collectifs et renouveau syndical*, Revue de l'IREs, 2010/2, p.67.

démocratie politique, le droit peut avoir un rôle constitutionnel et donc constitutif. Mais le rapport du droit au mouvement syndical était traditionnellement conçu d'une toute autre façon. En matière de relations professionnelles, l'institutionnalisation prévaut sur la constitutionnalisation. Il s'agit moins de fonder que de reconnaître, de consacrer des pratiques existantes (6). D'une certaine façon, pour emprunter aux catégories sociologiques, alors que la démocratie politique est conçue sur le modèle de la *Gesellschaft* (société), les relations professionnelles étaient davantage conçues à l'image d'une *Gemeinschaft* (communauté). Vraie pour les expériences étrangères, qu'il s'agisse de l'autonomie tarifaire allemande ou de l'abstention du législateur anglais (7), l'affirmation paraît encore valable lorsque le regard se porte du côté de l'intégration européenne. En dépit du souhait de fonder l'harmonisation sur le dialogue social, le droit de l'Union a pris appui sur des pratiques existantes, certes suscitées par la Commission européenne, sans véritablement tenter de modeler le paysage syndical. La lente genèse du dialogue social européen des rencontres de Val Duchesse à la consécration dans le Traité de Maastricht et le Traité d'Amsterdam témoigne de ce processus d'institutionnalisation (8). Le droit français n'était pas jusqu'alors d'une facture bien différente. La présomption juridique de représentativité dont bénéficiaient cinq grandes confédérations s'apparentait, en définitive, à un interventionnisme étatique de façade. Laissant place au pluralisme syndical, une telle régulation sélectionnait peu, exception faite de la représentativité prouvée. La réforme de la représentativité rompt donc avec cette prudente réserve. Faut-il s'en inquiéter ?

Renouveau, légitimation, refondation, voilà bien des prescriptions qui, tracées sur fond de crise du syndicalisme, n'appellent que louanges. Mais passé le temps de leur énonciation vient celui de la mise en œuvre et

de la mise à l'épreuve. Certaines de ces épreuves ne sont pas juridiques. Mais l'implémentation d'un tel programme volontariste dans le droit de la représentation syndicale ne peut-elle se heurter, aussi, à des résistances juridiques ? La mise en œuvre de la loi révèle des modifications, des adaptations nécessaires à l'application des prescriptions d'une telle réforme. Sa seule entrée en vigueur, fut-elle accompagnée d'une (très) complexe modulation dans le temps, ne suffit pas à rendre possible son application et l'accomplissement de ses attentes (9). Surtout, elle fait naître une préoccupation. Est-ce que cette quête de légitimité par le droit n'a pas un prix, celui d'une transformation du syndicalisme ou, du moins, du sens de la présence du syndicat dans l'entreprise ? Ainsi, l'attention aux épreuves de mise en œuvre de la loi découvre, par une sorte d'effet miroir, les déplacements dont a été porteuse l'irruption d'un tel volontarisme dans le droit de la représentation syndicale. De cette observation peuvent être dégagées trois enseignements.

Tout d'abord, les droits fondamentaux n'ont pas constitué d'obstacles à ces transformations. Les juges français ont préservé en la matière une importante liberté politique au législateur. D'une certaine manière, l'invocation des droits fondamentaux a davantage permis de conforter ces mutations que d'en porter la critique. Elle fut moins une épreuve, qu'un renfort pour la réforme. Ensuite, la mise en place de l'audience a profondément affecté le droit de la représentation syndicale. Les contraintes de cette mesure de la légitimité impliquent une véritable mise en forme de la représentation qui, parfois, semble paradoxalement contredire l'objectif d'une plus forte proximité de la représentation syndicale à l'égard de la collectivité des salariés. Enfin, la prétention législative à régir la légitimité n'a pas été sans modifier le rôle de la régulation juridique. Son contrôle, voire son ingérence, sur l'activité syndicale s'est considérablement accru.

(6) G. Lyon-Caen, Droit syndical et mouvement syndical, Dr. Soc. 1984, p. 10.

(7) A. Supiot, *Droit du travail*, Que-sais-je ?, PUF, 2011 spéc., pp. 19 et ss.

(8) Sur la question du droit dans l'édification du dialogue sociale européen, P. Martin, Dialogue social et régulation juridique, in *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, dir. P. Martin, Presse universitaire de Bordeaux, 2007, p. 21.

(9) Ces prérequis à l'application sont d'ailleurs l'objet d'étude d'impact, comme en témoigne le rapport du 16 déc. 2013 sur l'application des dispositions de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 relative à la démocratie sociale et de la loi n° 2010-1215 du 15 oct. 2010 les complétant.

I. Les droits fondamentaux, épreuve ou renfort

En quelle mesure la référence aux droits fondamentaux détermine-t-elle la nature du système de représentation syndicale ? Eu égard aux profondes modifications imposées par la loi du 20 août 2008 au droit syndical, on pouvait légitimement s'inquiéter de la confrontation de ses dispositions aux droits fondamentaux. N'y avait-il pas quelque raison de douter de la compatibilité des prétentions législatives au regard de la liberté syndicale et de ses implications, tels le libre choix de ses représentants par le syndicat, le pluralisme syndical. Certaines voix, notamment relayées par le Comité de la liberté syndicale de l'OIT (10), pouvaient accréditer une telle thèse.

Ainsi, la fronde syndicale contre la loi, menée en particulier par la CGT-FO, a paru trouver un écho favorable auprès de cette instance internationale, signe que le volontarisme législatif déployé en matière de droit syndical n'est peut-être pas si évident. Sans juger la loi du 20 août 2008 contraire à la liberté syndicale et aux conventions n° 87, 98 et 135 de l'OIT, le Comité a invité le Gouvernement à en examiner différents aspects (11), prêtant une attention particulière à la liberté de désignation par le syndicat de ses représentants (12). Cette préoccupation n'a pas été reprise les juges français. Force est de constater, ici, la réversibilité des contraintes juridiques imposées par les droits fondamentaux. C'est au nom des droits fondamentaux que les juges français ont pu valider la réforme, en particulier à l'aune du droit constitutionnel de participation. En effet, aucun droit fondamental, qu'il soit constitutionnel, européen ou international, n'a paru de nature à pouvoir entraver le dessein volontariste d'une rénovation syndicale. L'enseignement est rassurant pour ceux qui pouvaient craindre que le jeu conjugué de la QPC, de la question préjudicielle, ou plus généralement de l'invocation des normes supranationales ne renforce l'emprise des juges sur le législateur. Reconnaisant une marge d'appréciation importante à ce dernier, l'application par les juges des droits fondamentaux ne préempte pas le choix politique d'un modèle de représentation syndicale.

Dès 2010, deux décisions du Conseil constitutionnel des 7 octobre et 12 novembre ont chassé les sombres augures qui planaient sur la réforme de la représentation syndicale. Pour le Conseil constitutionnel, il était « *loisible au législateur, pour fixer les conditions de mise en œuvre du droit des travailleurs de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination des conditions de travail, ainsi qu'à la gestion des entreprises, de définir des critères de représentativité des organisations syndicales* » (13). Aussi, « *en définissant des critères de représentativité des syndicats et en fixant un seuil de représentativité à 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles, quel que soit le nombre de votants, le législateur n'a pas méconnu les principes énoncés aux sixième et huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946* » (14). Le Conseil constitutionnel a ainsi successivement validé les critères de représentativité et la fixation d'un seuil de 10 % d'audience. Le privilège offert à la CFE-CGC a également été validé par le juge constitutionnel, témoignant d'une lecture pour le moins compréhensive du principe d'égalité de traitement (15). Pareillement, les limites imposées par le législateur au libre choix par le syndicat de son représentant n'ont encouru aucune censure constitutionnelle. Ainsi, est valable l'obligation faite au syndicat de choisir en priorité son délégué syndical parmi les candidats aux élections ayant obtenu au moins 10 % des suffrages (16).

Pourtant, le mécanisme de la QPC paraissait offrir de réelles opportunités pour une critique constitutionnelle de la loi. Mais d'une part, dès le début, le juge judiciaire comme le juge administratif n'ont que peu renvoyé ces questions au Conseil constitutionnel (17), jouant ainsi pleinement le rôle de filtre que leur confère le mécanisme de la QPC (18). Cette fonction de raréfaction des QPC s'est d'abord illustrée, et de manière emblématique, par le refus de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de renvoyer une QPC relative à l'exigence d'un seuil d'audience électoral

(10) Délibération du 16 nov. 2011, 362^e Rapport du CLS, BIT, nov. 2011, GB.312/INS/9, §§ 848-964.

(11) S. Mitterrand et I. Odoul Asorey, Décision de l'OIT sur la loi du 20 août 2008, quelles suites ?, RDT 2012, p. 107.

(12) Rapport du CLS, BIT, préc., spéc. § 947. Le comité visait en particulier les conditions de désignation du délégué syndical et les droits des syndicats non représentatifs.

(13) C. const. 7 oct. 2010, n°2010-42 QPC, cons. 6.

(14) C. const. 12 nov. 2010, n°2010-63/64/65 QPC, cons. 7.

(15) C. const. 7 oct. 2010, préc.

(16) C. const. 12 nov. 2010, préc.

(17) Cf. le rapport du 16 déc. 2013, préc., spéc., p. 17. Les juges ont-ils ainsi entendu marquer une certaine interprétation des droits fondamentaux en cause ou se sont-ils montrés soucieux d'anticiper le contrôle pour le moins réservé du Conseil constitutionnel en la matière ? Il n'est pas aisé de trancher en faveur de l'une et l'autre thèse, tant celles-ci semblent imbriquées.

(18) I. Odoul-Asorey, *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches de droit*, LGDJ 2013, spéc., pp. 145 et ss.

pour accéder à la représentativité (19). Par la suite, l'efficacité de ce filtre n'a pas diminué ; en témoigne, par exemple, le refus de transmission de questions visant l'exigence d'une ancienneté de deux ans pour présenter des candidats aux élections professionnelles et pour créer une section syndicale. Selon la formule d'usage, ces questions ne présentaient pas un caractère sérieux. « *Justifiée et proportionnée* » (20) ou « *raisonnable et proportionnée* » (21), la condition d'ancienneté était de nature à « *garantir la mise en œuvre du droit de participation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs représentants et l'exercice par le syndicat de prérogatives au sein de l'entreprise, sans priver le salarié de la liberté d'adhérer au syndicat de son choix* » (22). D'autre part, lorsqu'elles ont été transmises, ces QPC n'ont, devant le Conseil, pas été censurées. Ainsi, interrogé sur la constitutionnalité de l'article L.2324-2 du Code du travail, soumettant la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise à l'obtention par le syndicat d'élus au sein de ce comité, le Conseil constitutionnel a, là encore, écarté la critique. La motivation pour le moins ramassée trahit l'évidence – du moins pour le Conseil – de la réponse à y apporter. Il se borne à affirmer qu'« *en subordonnant la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise à la condition pour un syndicat d'y avoir des élus, le législateur n'a méconnu ni le principe d'égalité entre les organisations syndicales, ni la liberté syndicale, ni aucune autre exigence constitutionnelle* » (23). Passée la bourrasque brestoise (24), le contrôle de conventionalité ne devait pas davantage mettre en cause les dispositions de la

réforme. Aucune critique qu'elle soit fondée sur les conventions de l'OIT, les dispositions de la CEDH ou sur la Charte des droits fondamentaux n'a trouvé grâce aux yeux de la Chambre sociale.

Manifestement, au regard des droits fondamentaux, plusieurs modèles de représentation syndicale sont possibles. S'agissant de normes invocables au sein de différents systèmes nationaux, la leçon est heureuse et logique. Pourtant, cela acquis, toutes les architectures ne se valent peut-être pas. N'y aurait-il pas eu lieu de rechercher, dans la garantie effective des droits fondamentaux, des bornes aux modifications imposées par la réforme au modèle français ? D'une certaine manière, les juges ne sont pas restés sourds à ce souci d'effectivité. Mais, là encore, il s'agissait pas de borner, mais de valider la loi. Pour la Cour de cassation, non seulement la loi ne porte pas atteinte à la liberté syndicale, mais mieux « *la représentation légitimée par le vote, loin de violer le principe de participation des salariés à la détermination collective de leurs conditions de travail par l'intermédiaire des syndicats, en assure au contraire l'effectivité* » (25).

Au-delà, la validation formelle de la loi ne suffit pas à en assurer l'acclimatation. La référence à l'effectivité du principe de participation a ici eu une influence singulière. Elle a accompagné la tendance à un certain réductionnisme des fonctions de la représentation syndicale ramenée à celle de la négociation collective. C'est à ce titre, notamment, que la mise en place d'une mesure de l'audience a considérablement affecté la conception de la représentation syndicale d'entreprise.

II. La représentation syndicale face à la fabrication de l'audience

Au cœur de la réforme de la représentativité, l'acclimatation du critère de l'audience s'est accompagnée d'une rénovation de l'idée de représentation syndicale d'entreprise. Cette transformation structurelle s'est effectuée par touches successives : périmètre de désignation des délégués syndicaux, représentant de la section syndicale (RSS), rôle de l'affiliation, etc. La représentation syndicale

d'entreprise semble avoir été en partie remodelée pour rendre efficace cette mesure (26) : la fabrication de l'audience façonne la représentation en une représentation pour l'obtention de l'audience, mais également en une représentation par l'audience, c'est-à-dire dont la conception est adaptée aux contraintes d'agrégation des résultats.

(19) Cass. AP 18 juin 2010, nos 10-40.005, 10-40.006, 10-40.007.

(20) Cass. Soc. 20 oct. 2011, n° 11-60.203.

(21) Cass. Soc. 30 nov. 2011, n° 11-40.072.

(22) *Ibid.*

(23) C. const. 3 févr. 2012, QPC 2011-216, cons. 5, Dr. Ouv. 2012 p.673 n. P.-Y. Gahdoun. Le législateur a été plus sensible à ces critiques. La loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 a récemment modifié l'article L.2324-2 du code du travail pour substituer, dans les entreprises de plus de 300 salariés à la condition d'avoir des élus, celle de la représentativité.

(24) TI Brest, 27 oct. 2009, nos 11-09000634 et 11-09000635.

(25) Cass. AP 18 juin 2010, préc.

(26) Du texte à ces évolutions, quelles relations ? La tentation est grande d'y voir des transformations mécaniques, en quelque sorte imposées par la réforme. Toutefois, qu'on ne s'y trompe pas. La mise en œuvre du critère de l'audience a impliqué de tels déplacements. Cependant, elle n'en a pas dicté le sens. Derrière le déterminisme affiché, en particulier par la Chambre sociale, il faut lire les choix discrets en faveur d'une idée de l'implantation syndicale en entreprise.

A. Une représentation pour l'audience

À la suite de la réforme de 2008, la question de l'harmonisation des périmètres de désignation des représentants s'est posée avec une acuité accrue. L'orientation choisie pour cette harmonisation n'a pas été étrangère à l'implémentation du critère de l'audience.

Dans le silence du code, l'établissement distinct faisait jusqu'alors l'objet d'une définition dite fonctionnelle : les critères permettant de qualifier d'établissement distinct une collectivité de travail différaient selon l'institution de représentation en cause. Une ligne de partage paraissait tracée entre les institutions représentatives, selon qu'elles soient centrées sur la communauté de travail, tels le délégué du personnel et le délégué syndical, ou sur l'autonomie du pouvoir de décision, le comité d'établissement. Manifestement soucieuse de tenir compte de la place désormais accordée au critère de l'audience, la Chambre sociale s'est engagée sur la voie d'une unification des périmètres, à l'exception de celui du délégué du personnel. Elle a imposé que la désignation d'une délégation syndicale respecte l'unité de représentation définie pour la mise en place d'un comité d'entreprise ou d'établissement (27). Ce rapprochement des périmètres, auquel demeurait étrangère la mise en place du délégué du personnel, est révélateur de cette tendance, qui structure le système émergent de la représentation des salariés, celle d'une idée gestionnaire de la fonction dévolue à la représentation syndicale dans l'entreprise, faisant prévaloir la négociation sur la revendication (28).

En effet, en alignant le périmètre de désignation du DS sur celui du CE, la Cour faisait de l'existence d'un représentant de l'employeur et de l'autonomie de l'établissement le critère de l'établissement. Ce faisant, le critère organisationnel du périmètre de l'établissement pour le comité d'entreprise offrait un négociateur à l'interlocuteur patronal et facilitait la négociation d'entreprise. Il y a là, plus largement, une des clés de la nouvelle définition de la représentativité. Celle-ci réside dans le renforcement du lien entre représentation syndicale et négociation

que les promoteurs de la réforme appelaient de leurs vœux (29). Cette vision d'un syndicalisme pour la négociation a accompagné l'édification de la loi et paraît avoir continué de guider la Chambre sociale, y compris dans ce cadre.

Mais surtout, l'orientation choisie paraît directement liée à la prise en compte de l'audience. Elle prend appui sur la réhabilitation de l'exigence de concordance qui, après avoir guidé les rédacteurs de la position commune, puis de la loi du 20 août 2008 (30), s'affirme comme boussole pour la Chambre sociale. Elle conduit à faire correspondre le périmètre d'appréciation de l'audience avec celui de la désignation d'un DS. Or, l'élection du CE étant, en principe, choisie pour la mesure de l'audience, l'exigence de concordance justifiait d'aligner la définition de l'établissement pour la désignation sur celle prévalant pour l'élection.

En dernière analyse, c'est donc bien l'audience qui structure ces choix d'harmonisation des périmètres. Or, un tel choix n'est pas neutre sur la représentation elle-même. Eu égard au souci d'une plus grande proximité du syndicat à la collectivité des salariés, le délaissement du critère de la communauté d'intérêt n'était rien moins que préoccupant. On pouvait craindre que le critère de l'autonomie de l'établissement renforce l'influence du pouvoir patronal d'organisation de l'entreprise sur la structure de la représentation des salariés. Or, justement, à l'heure où la négociation se découvre des ambitions gestionnaires, le lien du représentant avec la collectivité des salariés ne devait-il pas être au cœur de toutes les attentions (31) ? Probablement sensible à ces raisons, le législateur a finalement infléchi cette jurisprudence, faisant prévaloir le critère de la communauté d'intérêt (32).

On le voit, l'audience est devenue plus qu'une condition de l'accès à certaines prérogatives. Elle tend à se muer en but pour l'implantation syndicale dans l'entreprise. L'institution naissante du représentant de la section syndicale en est également révélatrice. On l'a dit délégué syndical en devenir (33), on le pressent désormais souffre-douleur de l'employeur (34). Mais le RSS ne court-il d'abord pas le risque d'être ramené

(27) Cass. Soc. 18 mai 2011, n°10-60.383, Dr. Ouv. 2011 p. 577, P. Rennes.

(28) Cf. G. Borenfreund, Le périmètre de désignation des délégués syndicaux : les ressorts d'un changement de cap, RDT 2011, p. 419.

(29) Cette intention n'était probablement pas univoque. A cet égard, la possibilité pour les syndicats non-représentatifs de désigner un RSS peut on le verra être interprétée comme servant l'élection. Elle peut aussi justifier une lecture différente, faisant de la revendication le socle commun minimal de l'action syndical pour tout syndicat qu'il soit représentatif ou non dans l'entreprise ; cf. P. Adam, L'action syndicale non représentative dans l'entreprise, Sur quelques règles de conjugaison, Dr. Ouv. 2014, p. 1.

(30) G. Borenfreund, Le périmètre de désignation des délégués syndicaux : les ressorts d'un changement de cap, RDT 2011, p. 419.

(31) G. Borenfreund, préc.

(32) Cf. article L.2143-3 C. trav., modifié par la loi du 5 mars 2014.

(33) F. Duquesne, Un délégué syndical en devenir : le nouveau représentant de la section syndicale, Dr. Soc. 2008, p. 1084.

(34) F. Petit, L'ancien délégué syndical choisi comme représentant de la section syndicale, Dr. Soc. 2013, p. 464.

au rôle de simple animateur électoral (35) ? On est, en tout cas, loin du pré-délégué syndical parfois annoncé. La désignation du représentant de la section syndicale doit suppléer à l'absence de représentativité et permettre aux syndicats non-représentatifs de préparer les élections, qui leur permettront d'acquérir l'audience électorale nécessaire à la reconnaissance de la représentativité (36). Aussi, son adoubement repose-t-il sur la désignation et échappe, en principe, à la vérification d'un lien à la collectivité de travail, dès lors qu'est constituée une section syndicale. Cependant, les élections sonnent pour ce représentant comme un test. Il lui faut se muer en délégué syndical ou disparaître. En effet, l'article L.2142-1-1 du Code du travail fait de son impopularité une barrière à sa nouvelle désignation (37). L'échec du syndicat aux élections jette ainsi sur ce candidat malheureux un opprobre personnel. La solution, dont la compatibilité avec la règle selon laquelle le vote est orienté par le sigle syndical (38) est discutable, tend ainsi à faire de ce représentant une sorte de collecteur de votes.

B. Une représentation par l'audience

La représentation syndicale est également sous l'emprise d'une contrainte plus technique, celle de la mesure de l'audience.

En faisant de l'audience un élément d'appréciation de la représentativité à chacun des niveaux du système de relations professionnelles, la réforme a profondément modifié le rôle des élections des représentants du personnel dans l'entreprise, qui sont désormais investies d'une pluralité de fonctions (39). Du résultat aux élections obtenu dans chaque établissement doivent être tirées plusieurs mesures d'audience : l'audience personnelle du candidat en principe requise pour sa désignation en tant que délégué syndical, l'audience du syndicat nécessaire à l'acquisition de la qualité de syndicat représentatif au sein de l'établissement et de l'entreprise. Mais ces résultats sont également ceux pris en considération pour la mesure de l'audience de chacune des entités de la constellation syndicale, de la fédération

à la confédération, de la branche professionnelle à l'interprofessionnel, de l'union régionale au national. En l'absence d'une élection unique, il faut agréger ces résultats locaux pour obtenir une audience globale. Or cette opération ne se résout pas en une simple addition de résultats. En ce qu'elle est une mesure, l'audience est un construit, un artefact. Elle implique d'agréger des résultats obtenus dans des établissements au contexte divers (nombre de collègues, listes, ...). Cette opération présuppose alors une méthodologie, des choix techniques. Pour ce faire, après consultation du Haut conseil du dialogue social, le ministère du Travail a ainsi retenu un ensemble de « règles de gestion » nécessaires à cette agrégation (40). La confrontation de ces règles de gestion aux règles prétorienne posées par la Chambre sociale, témoigne, d'évidence, de l'influence de la mesure de l'audience sur la définition de la représentation syndicale d'entreprise. Normativité statistique et normativité prétorienne concordent étonnamment.

En premier lieu, les contraintes liées à une telle opération d'agrégation rendent sensibles une des tensions au cœur même de l'institution du vote. Pour agréger les votes, il faut déterminer le sens du vote. Ce paragon de la légitimité souffre ici d'une tare cachée : le contexte des élections au sein d'un établissement soumet cette interprétation à une redoutable épreuve. Lorsque le salarié glisse son bulletin dans l'urne, pour une liste de candidats sélectionnés par le syndicat, affilié à une confédération nationale, quelle est la raison de son vote : la liste de candidats ? certains d'entre eux seulement (la possibilité de biffer certains noms étant inhérente au scrutin de liste (41)) ? le syndicat ou le sigle confédéral ? Le sens du vote se dérobe à l'observateur et, peut-être même, à l'électeur. Pour en décider la raison – condition de l'opération d'agrégation –, il faut une fiction ou, plus exactement, une convention d'interprétation. Selon la Chambre sociale, « *l'affiliation confédérale sous laquelle un syndicat a présenté des candidats aux élections des membres du comité d'entreprise constitue un élément essentiel du vote des électeurs* » (42). Ainsi, grâce à la fonction ascendante de l'affiliation, peuvent être

(35) P. Adam, L'action syndicale non représentative dans l'entreprise, préc.

(36) Cass. Soc. 13 févr. 2013, n°s 12-19.662 et 12-19.663.

(37) Eu égard aux effets dévastateurs de l'échec aux élections sur l'implantation du syndicat dans l'entreprise, cette sanction de l'impopularité est heureusement circonscrite au seul RSS, le représentant syndical au comité d'entreprise (Cass. Soc. 4 nov. 2009, n°09-60.039) ou l'ancien délégué syndical y échappant (Cass. Soc. 20 mars 2013, n°11-26.836).

(38) Cf. *infra*.

(39) G. Borenfreund, Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise, Dr. soc. 2013, p. 486.

(40) Sur ces règles de gestions, not. l'Annexe 7 du Rapport du 16 déc. 2013, préc. ; J.-D. Combrexelle, La réforme de la représentativité syndicale : vue de la salle des machines, Dr. Soc. 2013, p. 932.

(41) Soc. 30 nov. 2011, n°11-11.560, obs. F. Petit, Dr. Soc. 2010, p. 207 ; plus généralement F. Petit, L'application sélective du Code électoral dans l'entreprise (*vade mecum* du salarié électeur), Dr. Ouv. 2014 p. 22.

(42) Cass. Soc. 18 mai 2011, n°s 10-60.069, 10-60.300, 10-21.705, 10-60.273, Dr. Ouv. 2011 p. 520 n. C. Ménard

comptabilisés sous le sigle de chaque confédération et de chacune de ses entités les résultats obtenus localement au premier tour des élections.

S'agit-il bien d'une fiction ? Assurément : le résultat du premier tour, en l'absence de listes des non syndiqués, est pris en compte sans égard au déroulement d'un second tour. De plus, cette fiction n'est pas constante : lorsqu'il s'agit de mesurer le score personnel du candidat, le vote est interprété comme visant le candidat, compte tenu d'éventuelles ratures (43), et indifféremment de l'affiliation.

En second lieu, la possibilité d'une agrégation des résultats obtenus au premier tour des élections est grandement dépendante de la stabilité de ces résultats. Certes, les élections fixent pour quatre ans une photographie de la représentativité dans l'entreprise. Mais cette image arrêtée peut subir des altérations. La mesure de l'audience risque alors d'être bien fragile si chaque accident affectant la représentativité du syndicat dans l'entreprise se répercute immédiatement à chacun des niveaux de l'agrégation. Les « règles de gestion » arrêtées par le ministère du Travail témoignent de cette préoccupation : période de prise en compte des résultats des élections, conséquences des fusions/acquisition d'entreprise ou encore la prise en compte des résultats partiels des élections. La Chambre sociale semble avoir été guidée par un souci analogue.

D'une part, la désaffiliation pourrait affecter la mesure de l'audience. En ce cas, la question de la portabilité de l'audience se pose : les salariés ont-ils voté pour une équipe ou une affiliation ? Tirant les conséquences de sa conception *a priori* de la *ratio decidendi* des salariés électeurs faisant du sigle confédéral le critère du vote, la Chambre sociale a posé une trame pour les recompositions syndicales à venir (44). Lors d'un changement de pavillon confédéral, le syndicat perd beaucoup de son identité et sûrement sa représentativité : « *en cas de désaffiliation après ces élections, le syndicat ne peut plus continuer à se prévaloir des suffrages obtenus pour se prétendre représentatif* » (45).

Indéniablement, la solution a le mérite de faciliter l'agrégation des résultats pour la mesure de l'audience de la représentativité syndicale. Signe d'un certain forçage du réel, cette règle prétorienne n'est pas sans faire surgir quelques paradoxes du fait de la dualité des fonctions du vote : le syndicat désaffilié conserve les élus obtenus à raison des suffrages qui se sont portés sur sa liste, mais l'audience retombe sur le chef de l'organisation confédérale. Représentative, celle-ci peut alors « *procéder à la désignation d'un délégué syndical afin de maintenir dans l'entreprise la présence du mouvement syndical auquel les électeurs ont accordé au moins 10 % de leurs suffrages* », si elle justifie de l'existence dans l'entreprise d'une section syndicale constituée sous son sigle (46). En revanche, le syndicat désaffilié ne peut revendiquer l'audience obtenue pour désigner dans l'entreprise un délégué syndical (47) et le délégué syndical initialement désigné risque de perdre sa qualité (48). Le syndicat désaffilié ne peut, non plus, pas conférer de prérogative liée à la représentativité à la nouvelle organisation à laquelle il s'affilie : les salariés élus sous l'ancienne affiliation ne sont pas considérés comme les élus d'une autre organisation dont ils n'ont pas été candidats. Dès lors, la nouvelle organisation ne peut se prévaloir de leur présence pour désigner un représentant syndical au comité d'établissement (49). Signe de la rigueur avec laquelle la Chambre sociale entend préserver la stabilité de la mesure de l'audience, l'initiative de la désaffiliation importe peu : la règle ne connaît pas d'exception, « *quand bien même la décision de désaffiliation émane de la confédération* » (50).

D'autre part, les élections partielles restent ignorées de la mesure de l'audience. Cette règle, qui avait fait l'objet d'un avis en ce sens du Haut conseil du dialogue social (51), a récemment trouvé confirmation auprès de la Chambre sociale au nom de la stabilité des élections (52), posant en principe que « *la représentativité des organisations syndicales, dans un périmètre donné, est établie pour toute la durée du cycle électoral* » (53). Ainsi, un syndicat ne peut devenir représentatif à la faveur des élections

(43) Cass. Soc. 6 janv. 2011, n° 10-60.168, Dr. Soc. 2011, p. 340, obs. F. Petit.

(44) J.-M. Pernot, La loi du 20 août 2008 et la portabilité des suffrages, RDT 2011, p. 427.

(45) Cass. Soc. 18 mai 2011, n° 10-60.069 et n° 10-21.705 ; Cass. Soc. 28 nov. 2012, n° 12-14.528.

(46) Cass. Soc. 18 mai 2011, n° 10-60.300.

(47) Cass. Soc. 18 mai 2011, n° 10-60.300 et n° 10-21.705.

(48) Cass. Soc. 8 févr. 2012, n° 11-13.259, JCP (S) 2012, 1214, n. B. Gauriau.

(49) Cass. Soc. 18 mai 2011, n° 10.60.273. La solution a perdu de son importance depuis la loi du 5 mars 2014, cf. *supra*,

note 23.

(50) Cass. Soc. 28 nov. 2012, n° 12-14.528.

(51) Avis du 24 juin 2011 (cf. Annexe 7 du rapport du 16 déc. 2013, préc., pt. 8).

(52) Selon le communiqué, « *La Chambre sociale a décidé de privilégier cette stabilité et la sécurité des négociations collectives en optant pour une mesure de la représentativité pour la durée du cycle électoral (en principe de quatre ans) couvrant le périmètre concerné, peu important les élections intermédiaires* » (Communiqué relatif à l'arrêt n° 194 de la Chambre sociale (12.18-094) du 13 févr. 2013).

(53) Cass. Soc. 13 févr. 2013, n° 12-18.098, obs. I. Odoul-Asorey, RDT 2013, p. 418, obs. F. Canut, Dr. Ouv. 2013 p.429.

partielles. Les résultats demeurent figés et sans influence sur la mesure de l'audience calculée lors des dernières élections générales (54). La recherche de stabilité des résultats d'audience conduit à apporter un tempérament important à la règle en vertu de laquelle la représentativité s'apprécie à l'occasion de l'exercice de la prérogative (55).

Enfin, les modifications du périmètre de l'entreprise, à la suite de fusion ou de scission, n'ont pas plus d'influence sur la mesure de l'audience. Là encore prévaut une exigence de stabilité, la concordance avec les règles de gestion retenue par le ministère est flagrante (56). Peu importe qu'un nouvel établissement soit intégré à l'entreprise à la suite de la prise en location-gérance (57), ou qu'à l'inverse un établissement soit cédé, entraînant le transfert des contrats de travail des salariés relevant de cet établissement (58). La solution est d'autant remarquable que ces situations auraient pu recevoir une tout autre réponse eu égard à la règle de concordance qui inspire généralement la

Chambre sociale lorsqu'est en cause l'adéquation de la représentation aux périmètres de l'entreprise (59). Non sans paradoxe, la mesure de l'audience est maintenue, alors même que la représentation élue sera susceptible d'être mise en cause à la suite d'une telle modification de la situation juridique de l'employeur conformément à l'article L.2327-11 du Code du travail (60).

La mesure de l'audience redessine l'implantation syndicale dans l'entreprise selon ses réquisits techniques. Paradoxalement, alors que l'audience doit tester la légitimité du syndicat, les contraintes de la mise en place de cette mesure peuvent, là encore, contrarier la recherche d'une proximité accrue entre le représentant et les salariés. En dépit d'événements affectant directement la légitimité du syndicat dans l'entreprise (désaffiliation, élections partielles, modification de la structure de l'entreprise), l'audience formelle demeure inchangée. N'y a-t-il pas un risque que prévale la fiction de la mesure sur l'implantation syndicale réelle ?

III. Une régulation juridique intrusive

Le volontarisme législatif inhérent à la réforme de la représentativité ne s'est pas simplement traduit par une emprise plus forte de la régulation étatique sur le syndicalisme. Elle a également modifié la nature de cette emprise. Une conception renouvelée du rôle du droit à l'égard de l'organisation syndicale s'exprime soit réflexivement dans la référence instrumentale à l'autonomie du syndicat, soit, plus directement encore, par une intervention hétéronome dans la définition de la représentation syndicale.

A. L'autonomie du syndicat au service son encadrement

La référence à l'autonomie syndicale est ambivalente.

D'une part, l'autonomie de l'organisation syndicale à l'égard de l'employeur, mais aussi de l'État, est un corollaire nécessaire de la liberté syndicale (61). La défense de son principe et de ses implications (l'exercice par un syndicat de sa liberté d'élaborer

ses statuts, d'élire ses représentants, de formuler son programme d'action et de s'affilier à des fédérations ou confédération) a encore été récemment rappelée par la Chambre sociale au visa de la Convention n°87 de l'OIT relative à la liberté syndicale et à la protection du droit syndical (62). Ce principe d'autonomie peut restreindre le contrôle du juge sur l'organisation syndicale, notamment lors de l'appréciation de certains critères de la représentativité. Ainsi, la liberté d'affiliation protège l'acquisition de l'influence en cas de désaffiliation du syndicat (63). Pareillement, la computation de l'ancienneté dépend de la date de dépôt des statuts et est indifférente à la désaffiliation (64). Plus fondamentalement, le juge ne vérifie pas le maintien de l'identité du syndicat en cas de désaffiliation, fut-elle cause d'une modification radicale des statuts. En effet, « *le changement d'affiliation qui constitue l'exercice de cette liberté [induit] nécessairement un changement d'orientation syndicale, voire de dénomination et de domiciliation, lesquels ressortissent en eux-mêmes*

(54) *Ibid.* l'interprétation ne s'imposait pas nécessairement, en témoigne la position inverse retenue par la circulaire relative à la loi du 20 août 2008 (Circ. DGT n°20, 13 nov. 2008, pt. 1.2.2).

(55) Cass. Soc. 26 juin 1985, n°84-61.029 ; Cass. Soc. 7 déc. 1995, n°94-10.882, Dr. Soc. 1996, p.434, obs. G. Borenfreund.

(56) Annexe 7 du Rapport du 16 déc. 2013, préc., pt. 6.

(57) Cass. Soc. 19 févr. 2014, n°13-16.750 et n°13-17.445.

(58) Cass. Soc. 19 févr. 2014, n°12-29.354 et n°13-20.069.

(59) M. Grévy, Modification du périmètre de l'entreprise et droit syndical, RDT 2014, p.272.

(60) *Ibid.*

(61) J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, Traité G.H. Camerlynck, 1984, tome 5, pp. 161 et ss.

(62) Cass. Soc. 3 mars 2010, n°09-60283, Dr. Ouv. 2010 p.448 n. M.-F. Bied-Charreton.

(63) *Ibid.*

(64) Cass. Soc. 14 nov. 2012, n°12-14.780 et n°11-20.391.

de la libre administration du groupement » (65). La référence à l'autonomie est bien une borne à l'intervention du juge.

D'autre part, l'autonomie sert à encadrer l'activité syndicale. D'une certaine manière, l'institutionnalisation du syndicat prend alors le pas sur la défense d'un syndicalisme spontané. Deux contentieux témoignent de ce renversement. Le premier, antérieur déjà à la réforme de 2008 (66), concerne la désignation par le syndicat de ses représentants. La référence aux statuts du syndicat permet l'encadrement de cette liberté. Depuis la réforme de la représentativité, cet encadrement s'est encore accentué (67). Désormais, un syndicat ne peut désigner de délégué syndical que dans les secteurs géographiques et professionnels visés par ses statuts, peu important son adhésion à une organisation reconnue représentative au niveau national (68). Pareillement, si une union de syndicats a la même capacité juridique que les syndicats eux-mêmes, et peut donc désigner un délégué syndical (69), ses dispositions statutaires peuvent lui être opposées.

Mais c'est surtout dans le contentieux relatif à la notion de syndicat catégoriel que la référence aux statuts fait montre, tout à la fois, de sa force et de ses limites. Reprenant une concession de la Position commune au syndicalisme catégoriel, l'article L.2122-2 du Code du travail assure un régime de faveur à certains syndicats catégoriels. Ainsi les syndicats affiliés à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale représentative, autrement dit à la CFE-CGC, seule organisation satisfaisant à cette désignation, leur audience est calculée en fonction des suffrages obtenus dans les seuls collèges qu'ils ont vocation à représenter. Ce décompte dérogatoire contraste avec le traitement défavorable que la loi réserve aux syndicats catégoriels qui ne remplissent

pas cette condition (70). En effet, ceux-ci voient leur situation alignée sur celle des syndicats intercatégoriels et ils doivent ainsi prouver leur représentativité au regard de tous les collègues. Ce privilège est toutefois soumis à une exigence. Il faut que le syndicat se prévalant de son affiliation à la CFE-CGC soit effectivement catégoriel. À défaut, la Cour de cassation écarte ici le bénéfice de la règle de calcul dérogatoire (71). Le juge vérifie, pour ce faire, la cohérence du comportement, mais aussi celle des statuts du syndicat à sa prétention catégorielle. Ainsi, le caractère catégoriel peut être contredit par le choix du syndicat de présenter des listes dans d'autres collèges que le collège des cadres (72). Surtout, le contrôle du juge porte sur la rédaction des statuts. En effet, le caractère catégoriel s'acquiert par les statuts, si bien que, là encore, ses mentions sont opposables au syndicat. Le Conseil constitutionnel définit les syndicats catégoriels comme « *les organisations syndicales qui, selon leurs statuts, ont vocation à représenter certaines catégories de travailleurs* » (73). Ainsi, les mentions du statut déterminent les collèges dans lesquels le syndicat peut présenter des candidats (74). Mais à quelles clauses des statuts se fier ? Celle définissant les intérêts que le syndicat a vocation à représenter, comme le suggère la définition précédemment évoquée, ou celle précisant la qualité des salariés admis à adhérer (75) ? Au-delà de ces difficultés techniques, une certitude s'impose : la portée de la règle de calcul dérogatoire est donc directement fonction des choix de rédactions des statuts.

L'opposabilité des statuts paraît directement inspirée du droit des sociétés. Mais n'y a-t-il pas là quelque artifice à faire prévaloir l'écrit originel sur l'activité effective du syndicat ? Assurément, la référence aux statuts est davantage vecteur de contrôle que de réalisme. L'ingérence dans la liberté syndicale prend parfois une forme plus directe encore.

(65) Précisément, selon la Cour, « *l'acquisition de la personnalité juridique par les syndicats ne pouvant pas être subordonnée à des conditions de nature à mettre en cause l'exercice de leur liberté d'élaborer leurs statuts, d'élire leurs représentants, de formuler leur programme d'action et de s'affilier à des fédérations ou confédérations, l'exercice de ces libertés par un syndicat ne peut pas entraîner la perte de sa personnalité juridique* » : Cass. Soc. 17 avr. 2013, n° 12-18430.

(66) Avant l'entrée en vigueur de la réforme de 2008, la Chambre sociale avait jugé que « *sauf stipulation contraire de ses statuts, une union de syndicats, à laquelle la loi a reconnu la même capacité civile qu'aux syndicats eux-mêmes, peut exercer les droits conférés à ceux-ci, et notamment celui de désigner un représentant au comité d'entreprise* » (Cass. AP. 30 juin 1995, n° 93-60.026), faisant ainsi du statut la référence pour apprécier si l'organisation syndicale en cause était habilitée à désigner un représentant dans l'entreprise ; également, Soc. 4 février 2004, n° 02-60.066.

(67) C. Ménard, obs. sous Soc. 11 février 2009, n° 08-60.440, Dr. Ouv. 2009, p. 346.

(68) Cass. Soc. 11 févr. 2009, n° 08-60.440, Dr. Ouv. 2009 p.346 n. C. Ménard.

(69) Cass. Soc. 8 juil. 2009, n° 09-60.012, Dr. Ouv. 2010 p.361 n. Ph. Masson.

(70) Exception faite des syndicats de journalistes (L. 7111-8 du Code du travail) et des personnels navigants techniques (L. 423-9 du Code de l'aviation civile).

(71) Cass. Soc. 28 sept. 2011, n° 10-26.693, Dr. Ouv. 2012 p.27 n. C. Saltzman.

(72) Cass. Soc. 31 janv. 2012, n° 11-60.135.

(73) C. Const. 7 oct. 2010, n° 210-42-QPC, pt. 7, ce qui correspond au texte de l'article L 2122-2 C. trav.

(74) Cass. Soc. 28 sept. 2011, n° 10-26.693.

(75) Faisant place à la seconde option Cass. Soc. 31 janv. 2012, préc.

B. L'hétéronomie

Pour renforcer la légitimité du syndicat par le droit, la tentation de l'ingérence est grande. Plusieurs évolutions concernant la désignation par le syndicat de ses représentants dans l'entreprise en portent les stigmates. Pour qui veut légiférer sur la légitimité, ce choix est décisif. Aussi, derrière le principe rappelé du libre choix par le syndicat de ses représentants, se profile le désir d'imposer une certaine idée, sinon du bon représentant, du moins d'un mésusage de la désignation.

Une telle ingérence étatique se manifeste avec vigueur lors de la désignation du délégué syndical. Cette dernière conduit à trancher un débat aussi vieux que l'implantation du syndicat dans l'entreprise, à l'égard duquel le droit s'était, jusqu'à présent prudemment tenu en retrait. Au moment de l'entrée, du syndicat dans l'entreprise (76) et à la suite de la création du délégué syndical s'était posée une question épineuse : de qui le représentant syndical est-il le représentant ? Celui qui est délégué par le syndicat dans une entreprise représente potentiellement tout à la fois le syndicat, l'intérêt collectif défendu par cette organisation, la section syndicale et ses adhérents, enfin la collectivité des salariés dans le périmètre de laquelle a lieu sa désignation. L'hésitation est difficilement décidable *a priori* et pourrait bien dépendre, en droit, des prérogatives exercées et, en fait, de la politique syndicale. La liberté de choix par le syndicat de son représentant semblait justifier une certaine abstention étatique. La réforme de la représentativité, conditionnant le choix du délégué syndical à ce que celui-ci ait obtenu 10 % au premier tour des élections (77), implique de trancher en faveur d'une conception de ce lien de représentation. À cet égard, la reprise par le Conseil constitutionnel de la décision de la Chambre sociale du 12 avril 2010 (78) est remarquable. À la suite du juge de cassation, le juge constitutionnel, découvrant rétrospectivement les motifs de cette exigence d'un score électoral minimal y livre une conception propre du lien de représentation : cette condition permet d' « associe[r] les salariés à la désignation des personnes reconnues les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à

conduire les négociations pour leur compte » (79). Le délégué syndical est ainsi pris pour représentant de la collectivité des salariés. À suivre cette assertion, le libre choix par le syndicat de son représentant dans l'entreprise devrait être guidé par la solidité du lien du délégué à la collectivité des salariés dont il porterait les intérêts dans la négociation, la condition d'un score de 10 % jouant ici une fonction de test pour éprouver cette solidité. La Chambre sociale a fait sienne cette idée de l'implantation syndicale, ajoutant – preuve qu'il n'y avait là nulle évidence – que cette condition « ne constitue pas une ingérence arbitraire dans le fonctionnement syndical » (80). La Cour veille à ce que cette logique ne puisse être contournée. Le syndicat doit faire en priorité le choix d'un salarié ayant obtenu le score de 10 % sur la liste présentée sous son sigle, empêchant même les stratégies de désistement des candidats répondant à ces conditions en vue de permettre la désignation d'un salarié n'ayant pas pris part au scrutin (81).

De surcroît, en conférant un caractère strictement personnel au score du candidat (82), lui permettant ainsi de recevoir l'investiture d'un autre syndicat que celui sur les listes duquel il recherchait les suffrages des électeurs, la Chambre sociale a renforcé cette logique. Cette ingérence ne va toutefois pas jusqu'à l'appréciation de la sincérité du délégué à l'égard de son (nouveau) syndicat. Le juge n'a pas à examiner l'orthodoxie politique des candidats sélectionnés par le syndicat (83). Le choix du syndicat est là souverain : « dès lors qu'un salarié remplit les conditions prévues par la loi pour être désigné délégué syndical, il n'appartient qu'au syndicat désignataire d'apprécier s'il est en mesure de remplir sa mission, peu important que ce salarié ait précédemment exercé des fonctions de représentant d'un autre syndicat ou qu'il ait été élu lors des dernières élections sur des listes présentées par un autre syndicat » (84). Permettant l'émergence d'une sorte de mercato syndical, elle concourt à l'écriture de biographies syndicales pour le moins éclectiques, telle celle de ce salarié successivement mandaté par le syndicalisme anarchiste (CNT), puis chrétien (CFTC) (85).

Jérôme Porta

(76) Loi n° 68-1179 du 27 déc. 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises.

(77) Art. L. 2143-3 du C. trav.

(78) Cass. Soc. 12 avr. 2010, n° 09-60.426 et 09-60.429.

(79) Cass. Soc. 12 avr. 2010, préc. ; C. Const. 12 nov. 2010, n° 2010-63/64/65 QPC, cons. 9.

(80) Cass. Soc. 12 avr. 2010, n° 09-60.426 et 09-60.429.

(81) Cass. Soc. 29 juin 2011, n° 10-60.394. La rigueur de cette solution a été atténuée (Cass. Soc. 27 févr. 2013, n° 12-15.807, 12-17.221 et 12-18.828). Cette évolution est désormais reprise par l'article L. 2143-3 C. trav., tel que modifié par la loi du 5 mars 2014.

(82) Cass. Soc. 28 sept. 2011, n° 10-26.762.

(83) Cass. Soc. 13 janv. 2010, n° 09-60.108.

(84) Cass. Soc. 17 avr. 2013, n° 12-22.699.

(85) *Ibid.*