



RAPPORT DE Mme OTT, CONSEILLÈRE

Arrêt n° 498 du 19 avril 2023 – Chambre sociale

Pourvoi n° 21-23.483

Décision attaquée : Tribunal judiciaire de Bobigny du 12 octobre 2021

L'Anneau

C/

M. [S] [G]

Rapport contenant proposition, en cas de cassation, de cassation sans renvoi conformément aux articles L.411-3, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire et 627 du code de procédure civile

Le présent rapport valant avis de l'article 1015 du code de procédure civile

1 - Rappel des faits et de la procédure

Par lettre datée du 31 décembre 2020, reçue le 6 janvier 2021 par la société L'Anneau (la société), le syndicat Sud solidaires prévention et sécurité, sûreté (le syndicat) a désigné M. [G] en qualité de représentant de section syndicale.

Le 19 janvier 2021, la société a saisi le tribunal judiciaire aux fins d'annuler cette désignation, en invoquant notamment l'incapacité du salarié, déchu d'un précédent mandat de représentant de section syndicale à la suite des élections au comité social et économique s'étant tenues le 17 décembre 2019, d'être à nouveau désigné, plus de six mois avant les nouvelles élections professionnelles, en qualité de représentant de section syndicale par une autre organisation syndicale.

Par jugement du 12 octobre 2021, le tribunal judiciaire de Bobigny a rejeté cette demande.

Le 21 octobre 2021, la société a déclaré un pourvoi en la forme de la procédure avec représentation obligatoire et a déposé un mémoire ampliatif le 22 novembre 2021, notifié par lettres recommandées avec accusés de réception expédiées le même jour au syndicat et au salarié qui les ont reçues les 23 et 25 novembre suivant.

Le syndicat, représenté par son secrétaire général, a adressé le 10 décembre 2021 (date du cachet postal d'expédition) un mémoire en défense, reçu à la Cour le 13 décembre 2021 et notifié au demandeur au pourvoi qui l'a reçu le 13 décembre 2021.

Demandes d'article 700 du code de procédure civile :

- par l'employeur : 3 000 €
- par le syndicat : 3 000 €

2 - Analyse succincte des moyens

La société fait grief au jugement de la débouter de ses demandes tendant à dire que le salarié ne peut être désigné à nouveau représentant d'une section syndicale jusqu'aux six mois précédant les prochaines élections du comité social et économique de la société L'Anneau et à annuler la désignation de celui-ci en qualité de représentant de section syndicale par le syndicat Sud Solidaires Prévention et Sécurité, alors « **que lorsque le syndicat qui l'avait désigné n'est pas reconnu représentatif dans l'entreprise aux élections professionnelles suivant sa désignation, le salarié qui exerçait le mandat de représentant de section syndicale perd ce mandat et « ne peut pas être désigné à nouveau comme représentant syndical au titre d'une section jusqu'aux six mois précédant la date des élections professionnelles suivantes dans l'entreprise » ; que cette disposition, qui vise à assurer la détermination par les salariés eux-mêmes des personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise, tire les conséquences de l'échec du représentant de section syndicale à accomplir sa mission consistant à développer l'action du syndicat en vue de lui permettre d'acquérir la qualité de syndicat représentatif ; qu'elle affecte en conséquence sa capacité personnelle à être désigné en qualité de représentant de section syndicale par n'importe quelle organisation syndicale jusqu'aux six mois précédant les élections suivantes ; qu'en affirmant néanmoins, pour juger que M. [G] pouvait être désigné en qualité de représentant de section syndicale par le syndicat Sud Solidaires peu important qu'il ait exercé ce même mandat pour le syndicat FO avant les élections et que le syndicat FO n'ait pas acquis la qualité de syndicat représentatif, que « l'incapacité d'exercer un mandat syndical n'est que relative au syndicat qu'il l'avait désigné initialement »**, le tribunal judiciaire a violé l'article L. 2142-1-1 du code du travail. »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Question nouvelle : Application de l'article L.2142-1-1, alinéa 3, du code du travail :

un salarié, qui a perdu son mandat de représentant de section syndicale lors des élections au comité social et économique, faute pour le syndicat l'ayant désigné d'avoir acquis la représentativité, peut-il être désigné **par un autre syndicat**, non représentatif, comme représentant de section syndicale avant le délai de six mois précédent les élections professionnelles suivantes ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Le représentant de section syndicale a été créé par la loi n°2008-789 du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, qui, sur ce point lié à une nouvelle définition de la représentativité des syndicats tirée de l'élection et de l'audience électorale, emprunte beaucoup à la Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le

développement du dialogue social et le financement du syndicalisme adoptée par les partenaires sociaux.

Le représentant de section syndicale peut être désigné par tout syndicat, qui constitue une section syndicale dans une entreprise ou un établissement d'au moins 50 salariés, à la condition de satisfaire aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, d'être légalement constitué depuis au moins deux ans et de couvrir l'entreprise concernée par son champ professionnel et géographique et de ne pas être représentatif.

L'objet de l'institution du représentant de section syndicale est de permettre à un syndicat de pouvoir accéder, lors des prochaines élections professionnelles, à la représentativité en lui permettant d'œuvrer au sein de l'entreprise (ou de l'établissement) en y disposant d'un représentant afin de s'y faire connaître, de développer une action (le représentant de section syndicale disposant d'un crédit d'heures et ayant globalement les mêmes prorogatives qu'un délégué syndical désigné par une organisation syndicale représentative, sauf celle de négocier des accords collectifs) et de préparer les élections professionnelles.

La chambre sociale l'a affirmé (Soc., 13 février 2013, pourvoi n° 12-19.662, Bull. 2013, V, n° 43) en reconnaissant que c'est « *en vue de permettre à ces syndicats (non-représentatifs) de préparer les élections, (que) leur a été reconnu le droit, en vertu de l'article L. 2142-1-1 du même code, de désigner un représentant de la section syndicale tant au niveau de l'entreprise que de l'établissement* ».

Il en résulte que le mandat est donc conçu comme étant temporaire.

4-1 le texte et les travaux parlementaires

article L.2142-1-1 du code du travail :

Chaque syndicat qui constitue, conformément à l'article L. 2142-1¹, une section syndicale au sein de l'entreprise ou de l'établissement d'au moins cinquante salariés peut, s'il n'est pas représentatif dans l'entreprise ou l'établissement, désigner un représentant de la section pour le représenter au sein de l'entreprise ou de l'établissement.

Le représentant de la section syndicale exerce ses fonctions dans le cadre des dispositions du présent chapitre. Il bénéficie des mêmes prérogatives que le délégué syndical, à l'exception du pouvoir de négocier des accords collectifs.

Le mandat du représentant de la section syndicale prend fin, à l'issue des premières élections professionnelles suivant sa désignation, dès lors que le syndicat qui l'a désigné n'est pas reconnu représentatif dans l'entreprise. Le salarié qui perd ainsi son mandat de représentant syndical ne peut pas être désigné à nouveau comme représentant syndical au titre d'une section jusqu'aux six mois précédant la date des élections professionnelles suivantes dans l'entreprise.

Le texte initial, dans le projet de loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (article 5 du projet), de ce qui allait devenir l'alinéa 3 de l'article L.2142-1-1 précité disposait uniquement que :

« Le mandat du représentant de la section syndicale prend fin automatiquement, à l'issue des premières élections professionnelles suivant sa désignation, dès lors que le syndicat qui l'a désigné n'est pas reconnu représentatif dans l'entreprise. »

La 2^e phrase de cet alinéa 3, qui nous intéresse, a été ajoutée au cours des débats parlementaires.

¹Dès lors qu'ils ont plusieurs adhérents dans l'entreprise ou dans l'établissement, chaque syndicat qui y est représentatif, chaque syndicat affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel ou chaque organisation syndicale qui satisfait aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance et est légalement constituée depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise concernée peut constituer au sein de l'entreprise ou de l'établissement une section syndicale qui assure la représentation des intérêts matériels et moraux de ses membres conformément à l'article L. 2131-1.

Cet ajout résulte d'un amendement (n°35) présenté en 1^{ère} lecture à l'Assemblée nationale par M. Poisson, rapporteur au nom de la commission des affaires culturelles, et M. Apparü, de la façon suivante :

« ARTICLE 5

Compléter l'alinéa 10 de cet article par la phrase suivante :

« Le salarié qui perd ainsi son mandat de représentant syndical ne peut pas être désigné à nouveau comme représentant syndical au titre d'une section jusqu'à la date des élections professionnelles suivantes dans l'entreprise. »

EXPOSÉ SOMMAIRE

Amendement de précision.

Les partenaires sociaux ont prévu la création d'un nouveau mandat : celui de représentant pour la section syndicale. Il est doté de la même protection et des mêmes droits et que le délégué syndical, hormis celui de négociateur des accords collectifs. Ce mandat de représentant prend fin si le syndicat ne fait pas la preuve de sa représentativité aux premières élections qui suivent sa désignation.

Il semble nécessaire que **la règle de l'audience joue pleinement son rôle et qu'il ne soit pas immédiatement possible pour la personne ayant perdu son mandat de représentant syndical de se faire nommer représentant d'une autre section ou d'une nouvelle section ou de la même section avant un certain délai.** »

Cet amendement a lui-même été amendé.

Extrait du compte-rendu intégral des débats à l'Assemblée nationale lors de la 1^{ère} séance du 2 juillet 2008 :

« M. le président. Je suis saisi d'un amendement n° 35, qui fait l'objet d'un sous-amendement n° 1692.

La parole est à M. Benoist Apparü, pour soutenir l'amendement.

M. Benoist Apparü. **Cet amendement vise à préciser les conditions éventuelles de nouvelle désignation d'un représentant de la section syndicale dès lors qu'il n'a pas acquis de représentativité aux élections.**

Il nous semblerait cohérent que ce représentant ne puisse pas être de nouveau désigné dans la foulée d'une élection perdue. En effet, si les syndicats, dans leur position commune, ont souhaité en toute logique protéger, dans l'attente de la mesure de sa représentativité, un syndicaliste qui n'est pas membre d'un syndicat représentatif, il est normal de prévoir un dispositif de sortie pour le cas où les élections ne lui auraient pas permis d'acquérir cette représentativité. **C'est la raison pour laquelle l'amendement prévoit qu'il « ne peut pas être désigné à nouveau comme représentant syndical au titre d'une section » – la sienne ou une autre – « jusqu'à la date des élections professionnelles suivantes dans l'entreprise ».**

M. le président. Quel est l'avis de la commission ?

M. Jean-Frédéric Poisson, rapporteur. Favorable.

Comme M. Apparü l'a souligné, **nous sommes dans le cadre d'un système qui vise à favoriser la représentativité et donc la légitimité des personnes qui se présentent aux élections professionnelles. Dans la mesure où leur représentativité a été contestée par le résultat même de l'élection, cette disposition nous a paru de bon sens.**

M. le président. Quel est l'avis du Gouvernement ?

M. le ministre du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité. Favorable, monsieur le président, sous réserve de l'adoption du sous-amendement n° 1692, qui vise à modifier le délai de carence.

M. le président. La parole est à Mme Isabelle Vasseur, pour soutenir le sous-amendement n° 1692.

Mme Isabelle Vasseur. L'amendement n° 35 est intéressant mais il doit être modifié. En effet, **si un représentant n'est pas élu, il doit avoir la possibilité de jouir d'un délai raisonnable pour pouvoir se présenter aux élections suivantes.** C'est la raison pour laquelle, dans l'alinéa 2 de l'amendement n° 35, il convient de substituer aux mots : « jusqu'à », les mots : « jusqu'aux six mois précédant » une nouvelle élection.

M. le président. Quel est l'avis de la commission sur le sous-amendement n° 1692 ?

M. Jean-Frédéric Poisson, rapporteur. Je comprends le motif de ce sous-amendement, qui permet de donner au salarié le délai nécessaire pour concourir aux élections suivantes.

J'y suis donc favorable à titre personnel, la commission ne l'ayant pas examiné.

M. le président. Je mets aux voix le sous-amendement n° 1692.

(Le sous-amendement est adopté.)

M. le président. Je mets aux voix l'amendement n° 35, modifié par le sous-amendement n° 1692.

(L'amendement, ainsi modifié, est adopté.) »

Extrait du rapport N° 470 SÉNAT fait au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, par M. Alain Gournac, (page 58) :

« L'Assemblée nationale a modifié sur trois points le statut du représentant de la section syndicale. D'abord, un salarié désigné représentant de la section syndicale par un syndicat qui échouerait à faire reconnaître sa représentativité aux élections professionnelles ne pourrait être à nouveau désigné représentant syndical au titre d'une section jusqu'aux six mois précédant la date des élections professionnelles suivantes dans l'entreprise. **Il s'agit d'empêcher qu'un salarié ne parvenant pas à faire établir la représentativité de son organisation aux élections continue de bénéficier de tous les droits et protections liés au statut de représentant de section, alors même que les salariés refusent de lui accorder la représentativité.** Dans la logique du texte, cette précision lie donc la légitimité du représentant de section syndicale à son résultat aux élections professionnelles. »

La rédaction, adoptée par l'Assemblée nationale en 1^{ère} lecture, n'a pas été modifiée par le Sénat. Le rapport de la commission paritaire reprend la formulation « Le mandat du représentant de la section syndicale prend fin, à l'issue des premières élections professionnelles suivant sa désignation, dès lors que le syndicat qui l'a désigné n'est pas reconnu représentatif dans l'entreprise. Le salarié qui perd ainsi son mandat de représentant syndical ne peut pas être désigné à nouveau comme représentant syndical au titre d'une section jusqu'aux six mois précédant la date des élections professionnelles suivantes dans l'entreprise. »

Saisi par plusieurs sénateurs, le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008 relative à la loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a examiné la constitutionnalité de 2 articles mais ne s'est pas prononcé sur les dispositions qui nous intéressent ici.

Pour compléter cette présentation, il peut être cité un extrait de la circulaire DGT n°20 du 13 novembre 2008, relative à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, laquelle indique dans la fiche technique n° 4 annexée concernant le représentant de section syndicale :

« **7. Quelle est la durée du mandat du RSS, comment ce mandat prend-il fin ?**

Le mandat du RSS prend fin à l'issue des premières élections professionnelles qui suivent sa désignation, lorsque le syndicat qui l'a désigné n'a pas été reconnu représentatif.

L'ancien titulaire du mandat de RSS ne peut plus être désigné RSS jusqu'aux six mois précédant les dates des élections professionnelles dans l'entreprise.

Toutefois, rien n'empêche le syndicat qui n'a pas été reconnu représentatif de désigner à l'issue des élections un autre salarié que celui qui a exercé son mandat jusque là comme représentant de la section syndicale. En tout état de cause, l'organisation syndicale non représentative ne peut désigner qu'un seul représentant de la section syndicale, elle ne pourra disposer de deux mandats de représentant de la section syndicale.

Lorsqu'un syndicat, ayant désigné un représentant de la section syndicale devient représentatif à l'issue d'une élection professionnelle, il perd le mandat de représentant de la section syndicale qui perd son objet. L'organisation syndicale représentative ne pourra alors désigner qu'un délégué syndical pour représenter la section syndicale dans l'entreprise. Un syndicat ne peut en même temps compter un délégué syndical et un représentant de la section syndicale. »

4-2 la jurisprudence

Si la question posée par le pourvoi est nouvelle, notre chambre pourra trouver des éléments de réflexion dans ses décisions antérieures.

4-2-1 Dans un arrêt publié du 14 novembre 2013, notre chambre s'est prononcée sur **la conformité des dispositions de l'article L.2142-1-1 du code du travail avec la convention 87 de l'OIT** (Soc., 14 novembre 2013, pourvoi n° 13-11.316, Bull. 2013, V, n° 267) en jugeant que *« L'interdiction faite aux syndicats non représentatifs de désigner à nouveau au sein de l'entreprise ou de l'établissement, en qualité de représentant de section syndicale, le salarié désigné antérieurement aux dernières élections professionnelles à l'issue desquelles le syndicat n'a pas obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés, ne heurte aucune prérogative inhérente à la liberté syndicale et, tendant à assurer la détermination par les salariés eux-mêmes des personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise, ne constitue pas une ingérence arbitraire dans le fonctionnement syndical. C'est dès lors à bon droit qu'un tribunal d'instance a refusé d'écarter l'application de l'article L. 2142-1-1 du code du travail tel qu'issu de la loi n° 789-2008 du 20 août 2008, au regard de l'article 3 de la convention n° 87 de l'Organisation internationale du travail. »* (sommaire).

4-2-1 Selon la jurisprudence de notre chambre, il résulte de l'article L. 2142-1-1 du code du travail que le salarié, désigné en qualité de représentant de section syndicale au niveau de l'entreprise, ne peut, à l'issue des élections professionnelles, lorsque le syndicat n'est pas reconnu représentatif dans l'entreprise, être désigné en qualité de représentant de section syndicale **au niveau de l'entreprise ou de l'un de ses établissements**, avant l'expiration du délai visé à l'article précité. : Soc., 4 juin 2014, pourvoi n° 13-60.205, Bull. 2014, V, n° 136.

4-2-3 Mais notre chambre a jugé que **les dispositions de l'article L.2142-1-1 du code du travail n'étaient pas opposables en cas de changement dans le périmètre des élections**, dès lors que ce périmètre est différent de celui retenu lors des précédentes élections et au sein duquel le représentant de section syndicale avait été désigné :

*« Les dispositions de l'article L. 2142-1-1 du code du travail, qui interdisent de désigner immédiatement après l'organisation des élections professionnelles en qualité de représentant de section syndicale le salarié qui exerçait cette même fonction au moment des élections, ne sont pas opposables au syndicat **dès lors que le périmètre de ces élections est différent de celui retenu lors des élections précédentes, sur une partie duquel le représentant exerçait son mandat.** »* : Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-26.612, Bull. 2013, V, n° 219.

Notre chambre a ainsi cassé le jugement qui, après avoir constaté que, par suite d'une modification de l'entreprise, les élections s'étaient déroulées dans un périmètre différent des précédentes, annule la désignation d'un salarié en qualité de représentant de la section syndicale au motif qu'exerçant ce même mandat au moment des élections, il ne pouvait être de

nouveau désigné en cette même qualité jusqu'aux six mois précédant la date des élections professionnelles suivantes.

Dans son rapport concernant cette affaire, M. le conseiller Béraud écrivait : *« La création d'une section syndicale et la désignation d'un représentant de la section ont pour but de permettre à un syndicat de déployer son action dans une entreprise, spécialement par l'intermédiaire de son représentant, en vue d'y devenir représentatif. **Si le syndicat ne parvient pas à obtenir cette représentativité aux élections, l'idée est que la responsabilité en incombe, au moins en partie, au représentant de la section, de sorte que ce dernier est disqualifié par le corps électoral et doit être remplacé par un autre (au moins jusqu'aux six mois précédents les prochaines échéances). Le texte veut empêcher la constitution de situations figées en donnant à de «nouveaux» syndicats des prérogatives leur permettant d'émerger en qualité de syndicats représentatifs et en interdisant le maintien indéfini et en l'état des organisations non représentatives.** »* et il s'interrogeait de la façon suivante : *« Un tel mécanisme peut-il se comprendre autrement qu'à entreprise constante ? »*.

A noter que cet arrêt du 25 septembre 2013 a été adopté après consultation des partenaires sociaux sur la mise en oeuvre des principales dispositions de la loi du 20 août 2008, comme l'a fait la chambre sociale lorsque ces dispositions nécessitent un choix d'ordre essentiellement social.

Répondant à cette invitation, SUD précisait être « d'avis que les dispositions de l'article L2142-1-1 du Code du travail , selon lesquelles *« Le mandat du représentant de la section syndicale prend fin, à l'issue des premières élections professionnelles suivant sa désignation, dès lors que le syndicat qui l'a désigné n'est pas reconnu représentatif dans l'entreprise. Le salarié qui perd ainsi son mandat de représentant syndical ne peut pas être désigné à nouveau comme représentant syndical au titre d'une section jusqu'aux six mois précédant la date des élections professionnelles suivantes dans l'entreprise.»*, doivent **s'entendre à la lumière des textes nationaux et internationaux régissant la liberté syndicale, comme une interdiction limitée exclusivement à la possibilité du syndicat qui a désigné le salarié en qualité de RSS de pouvoir le désigner à nouveau au même niveau** (dans le même périmètre) jusqu'aux six mois précédant la date des élections professionnelles suivantes au même niveau (établissement ou entreprise). »

Dans sa réponse, cette organisation syndicale soutenait notamment que *« Le RSS dont le syndicat n'atteint pas les 10% fatidiques, mais qui a obtenu sur son nom 10% des voix dans son collège, ne peut plus être désigné RSS et devra attendre les 6 mois qui précéderont les prochaines élections, mais pourra être désigné par un autre syndicat, lui représentatif, délégué syndical d'établissement. En effet, s'il satisfait à la condition d'audience personnelle pour être délégué syndical, il pourra être désigné par un autre syndicat, lui représentatif. Ce n'est pas un cas isolé. Un cadre dans une entreprise avec peu de cadres, peut facilement obtenir 10% des voix à titre personnel, sans que son syndicat n'obtienne 10% des voix pour l'ensemble des collèges. Dans un pareil cas, le RSS privé de la possibilité d'être à nouveau désigné immédiatement RSS, peut être reconnu comme ayant la légitimité et l'aptitude pour être DS désigné par une autre organisation syndicale. Le RSS peut même, si son syndicat n'atteint pas les 10%, mais a obtenu au moins deux élus au CE dans une entreprise de plus de 300 salariés, être désigné en qualité de RS au CE, par le même syndicat. Le RSS d'établissement peut être privé de son mandat de RSS d'établissement, mais être désigné DSC par son syndicat (qui peut avoir obtenu une audience de 10% dans toute l'entreprise) ou un autre syndicat représentatif. **On cherchera vainement la cohérence de la sanction individuelle visant à interdire une nouvelle désignation immédiate en qualité de RSS, alors qu'on admet que le même salarié peut avoir une légitimité et une aptitude personnelle pour occuper un mandat de DS, de DSC, de RS au CE.** »* (argumentation reprise par le mémoire en défense dans le présent dossier, ainsi qu'il sera exposé infra).

La CGT répondait également dans le sens d'écarter les dispositions en cause en cas de changement de périmètre en faisant valoir que *« Très concrètement, le RSS d'un syndicat non représentatif ayant effectué un travail syndical important dans le périmètre des dernières élections en vue de rendre son syndicat représentatif lors des prochaines, se trouverait dans un champ d'action complètement différent si le périmètre devait être différent, rendant impossible*

le fait de capitaliser tout le travail effectué précédemment. Un RSS, ayant fait un travail de reconnaissance de son syndicat dans une structuration de l'entreprise donnée et voyant celle-ci prendre une forme différente, ne devrait pas être considéré comme ayant bénéficié du temps donné par la loi pour faire atteindre à son syndicat le seuil de représentativité. Il devrait donc être considéré comme intervenant pour la première fois dans cette configuration.

En cas d'application stricte de L. 2142-1-1 al.3, la "sanction" sera même double. En effet, le RSS n'aura pas réellement eu l'occasion de travailler à la consolidation de l'implantation de son syndicat dans un nouveau périmètre, mais perdra pourtant automatiquement son mandat ; de plus, il risque de ne pas remplir les conditions suffisantes pour disposer d'une protection. En effet, le RSS est protégé pendant 12 mois, à condition d'avoir exercé son mandat pendant au moins un an (L. 2142-1-2). La "sanction légale" de la non représentativité apparaît ici disproportionnée et peu justifiée. »

La réponse de FO allait dans le même sens, se fondant essentiellement sur la liberté syndicale induisant la possibilité pour un syndicat de désigner librement ses représentants.

La réponse de l'UNSA, également dans le même sens, soutenait notamment que « Selon les contextes, les créations de sections syndicales résultent parfois d'implantations récentes et la date des élections professionnelles n'aura pas toujours laissé un délai suffisant pour une préparation en amont. **En cas d'échec aux élections, Il ne nous semble pas opportun d'en faire peser outre mesure la responsabilité sur le RSS qui n'aura pas été élu, en invoquant systématiquement un échec "d'ordre personnel "**. Nous optons pour une solution qui permette de pérenniser une action syndicale dans le temps. Rappelons que le RSS est considéré par certains comme " le dirigeant " de la section syndicale. Il pourrait être dommageable pour cette dernière de le remettre en cause quand le syndicat se heurte à un revers électoral . En effet, le rôle de la section syndicale et de son représentant est de permettre au syndicat de devenir représentatif . Cela résulte d'un processus d'implantation que l'on ne peut calquer sur l'échéance d'une élection. »

Si la réponse de la CFE-CGC allait également dans le même sens, celle-ci rappelait ses critiques de principe de l'article L.2142-1-1 en ce qu'il restreint la liberté syndicale en indiquant « Dès lors que l'action syndicale allait se fonder sur une section syndicale de plusieurs adhérents, qu'un des critères de représentativité était un seuil d'audience aux élections professionnelles, **en quoi cela était-il utile, efficient pour l'exercice de droits syndicaux, de retenir en cas d'échec du syndicat de conquête de sa représentativité non seulement la fin automatique du mandat de représentant de section syndicale mais également l'interdiction de confier à nouveau les affaires syndicales à ce même RSS** ».

La CTFT, de son côté, exprimait le souhait que « tout changement de périmètre quel qu'en soit la nature et l'ampleur modifie la situation de telle sorte qu'on est en droit de renommer un RSS sans aller à l'encontre de l' article L 2142-1-1 du code du travail », en précisant n'avoir « relevé aucun problème d'interprétation ou d'application de cet article dès lors qu'on se trouve dans un même périmètre de désignation. »

L'UIMM enfin était d'avis, par souci de simplification même si la solution se justifiait surtout en cas de modification du périmètre en « des proportions suffisamment importantes », que « tout changement du périmètre de l'établissement ou de l'entreprise dans lequel est employé le salarié déchu de son mandat de RSS, quel qu'en soit la nature, le motif et l'importance, doit permettre d'écarter la règle restrictive posée par l'article L2142-1-1, alinéa 3, appliquée au salarié concerné dans le précédent périmètre de désignation », non sans rappeler auparavant que « **Cette interdiction sanctionne l'échec du RSS dans sa mission à convaincre le personnel de l'entreprise ou de l'établissement d'accorder ses suffrages au syndicat qui l'a désigné.** Le représentant de section syndicale qui a subi un premier revers dans sa tentative de rallier les suffrages des salariés de son périmètre de compétence à son syndicat, ne pourra, aux termes de la disposition précitée du 3ème alinéa de l'article L. 2142-1-1 du code du travail, renouveler sa **tentative auprès des mêmes salariés** que sur une période limitée de 6 mois précédant les prochaines élections. »

Cette jurisprudence a été réitérée par l'arrêt Soc., 6 janvier 2016, pourvoi n° 15-60.138, 15-60.139, Bull. 2016, V, n° 3. : « Les dispositions de l'article L. 2142-1-1 du code du travail, qui interdisent de désigner immédiatement après l'organisation des élections professionnelles en qualité de représentant de section syndicale le salarié qui exerçait cette même fonction au moment des élections, ne sont pas opposables au syndicat dès lors que le périmètre de ces élections est différent de celui retenu lors des élections précédentes, sur une partie duquel le représentant exerçait son mandat. »

Notre chambre en a fait une application récente (Soc., 9 septembre 2020, pourvoi n° 19-13.926) en censurant une décision ayant annulé la désignation d'un représentant de section syndicale alors que le tribunal avait constaté que la première désignation de la salariée en qualité de représentant de section syndicale avait été faite avec pour périmètre la société et que la seconde avait été faite avec pour périmètre l'UES.

4-2-4 Enfin, par un arrêt publié du 4 novembre 2020, notre chambre a jugé que **ces mêmes dispositions ne sont pas opposables à un syndicat, dès lors que la nouvelle désignation intervient à la suite des élections professionnelles nouvellement organisées à la suite d'une annulation :**

Soc., 4 novembre 2020, pourvoi n° 19-13.151 : « Les dispositions de l'article L. 2142-1-1 du code du travail, qui interdisent de désigner immédiatement après l'organisation des élections professionnelles en qualité de représentant de section syndicale le salarié qui exerçait cette même fonction au moment des élections, ne sont pas opposables au syndicat, dès lors que la nouvelle désignation intervient à la suite des élections professionnelles organisées en exécution d'un jugement ayant procédé à l'annulation des élections professionnelles à l'issue desquelles le salarié avait précédemment été désigné en qualité de représentant de section syndicale. »

4-3 quelques éléments de doctrine

Article de Yves Pagnerre, « Le représentant de section syndicale », JCP S, 2009, n°15, 7 avril 2009, 1156, auquel se réfère le mémoire ampliatif :

« 2° L'extinction du mandat après les élections professionnelles

13. - Désigné dans l'attente des élections professionnelles, le représentant perd son mandat à l'issue du scrutin (Note 29).

14. - Échec de la mission. - Aux termes de l'article L. 2142-1-1, alinéa 3, du Code du travail, « le mandat (...) prend fin, à l'issue des premières élections professionnelles suivant sa désignation, dès lors que le syndicat qui l'a désigné n'est pas reconnu représentatif dans l'entreprise » (Note 30) . **La règle est justifiée, le mandat n'ayant plus d'objet. Son action n'a pas permis au syndicat de devenir représentatif ; or la faculté de désigner un représentant de la section syndicale a pour seul objectif « d'ouvrir le système [de l'action syndicale dans l'entreprise] en permettant à des nouveaux entrants de bénéficier transitoirement de certains moyens et protections en vue d'obtenir ensuite les résultats électoraux qui constituent le principal fondement de la légitimité »** (Note 31) . Les modalités de cette extinction ne sont pas précisées par le texte. Certes, l'objet du mandat ayant disparu, sa caducité doit être automatique, comme le confirment les travaux préparatoires ; mais la Cour de cassation a pu préciser, afin de déterminer à partir de quand un employeur peut licencier sans autorisation un salarié mandaté pour la négociation d'un accord n'ayant pas abouti, qu'il est nécessaire pour l'employeur de demander la « constatation de [la] caducité » du mandat (Note 32) . **S'agissant des effets de l'extinction, le législateur a mis en place une « sanction » particulière : « le salarié qui perd (...) son mandat de représentant syndical ne peut pas être désigné à nouveau comme représentant syndical au titre d'une section ». Cette déchéance² ne vise que le salarié, sanctionnant ainsi un échec jugé personnel et non collectif** (Note 33) . **Le salarié ne peut pas être désigné en qualité de représentant même**

² Note 33 : « B. Apparu : JOAN CR, 2 juill. 2008, préc., p. 4170. – Rapp. Sénat n° 470, préc. note 4, p. 58. »

au titre d'une section syndicale formée par un autre syndicat (Note 34³) . En revanche, « rien n'empêche le syndicat qui n'a pas été reconnu représentatif de désigner à l'issue des élections un autre salarié » Note 35 . Cette déchéance n'est que temporaire. « Si un représentant n'est pas élu, il doit avoir la possibilité de jouir d'un délai raisonnable pour pouvoir se présenter aux élections suivantes » Note 36 . La « peine » est alors levée six mois avant la date des prochaines élections professionnelles organisées dans l'entreprise (C. trav., art. L. 2142-1-1, al. 3). »

François Duquesne, « un délégué syndical en devenir : le nouveau représentant de section syndicale », Droit social 2008, p.1084 :

« II. - Une mission à caractère transitoire (...) »

10. La disparition de la représentation de la section syndicale peut résulter de la mesure de l'audience électorale. La loi se veut très précise sur les conséquences d'un défaut de franchissement des seuils qu'elle instaure. L'article L. 2142-1-1 dispose que le mandat du représentant prend fin automatiquement, ce qui semble exclure toute formalité à cette occasion (43) mais ouvre droit au bénéfice du titulaire d'une prolongation de la protection contre le licenciement pendant douze mois si les fonctions ont été exercées durant une année au moins (44). **Toute nouvelle désignation est en outre exclue au cours d'une période dont l'échéance est décomptée à partir de la date des élections suivantes (45). L'interdiction est d'ailleurs définie de manière très générale car il est dit que le représentant ne peut pas être désigné à nouveau comme représentant syndical " au titre d'une section ", ce qui tend à éviter des désignations successives dans le seul but de jouir de la protection attachée à la mission.** Durant cette phase, la section syndicale n'a pas vocation à disparaître puisque sa présence n'est pas conditionnée par la mesure de l'audience électorale. Mais puisque la démonstration de son existence ne peut plus prendre appui sur celle de son représentant, il appartient au syndicat qui souhaite la maintenir d'apporter la preuve qu'il dispose d'adhérents au sein de l'entreprise, ce qui ne devrait pas soulever de difficulté (46)(...) »

Commentant l'arrêt du 4 juin 2014 (Soc., 4 juin 2014, pourvoi n° 13-60.205, Bull. 2014, V, n° 136.) évoqué en page 7 du rapport, Franck Petit, écrit dans un article « La fin du mandat du représentant de la section syndicale », Droit social 2014, p.862, que « il est impossible de poursuivre un mandat dans l'entreprise, même si le cadre d'implantation est différent. L'arrêt du 4 juin 2014 n'autorise pas que le représentant nommé au niveau de l'entreprise puisse reprendre un mandat de représentant d'une section syndicale dans un établissement de cette même entreprise. Cette solution est dictée par l'esprit de la loi, qui se préoccupe de donner effet à la sanction électorale ; elle est même dictée par la lettre de l'article L. 2142-1-1 du code du travail, qui, en utilisant la locution « au titre d'une section », vise toutes les sections de la même entreprise. Le même représentant ne pourra être désigné de nouveau que dans la période de six mois précédant les prochaines élections. »

Extrait du commentaire à la RJS 2013, n°834, de l'arrêt du 25 septembre 2013 (Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-26.612, Bull. 2013, V, n° 219) :

«La création d'une section syndicale et la désignation d'un représentant de la section ont en effet pour but de permettre à un syndicat de déployer son action dans une entreprise, spécialement par l'intermédiaire de ce représentant, en vue d'y devenir représentatif. **Si le syndicat ne parvient pas à obtenir cette représentativité aux élections, l'idée est que la responsabilité en incombe, au moins en partie, au représentant de la section**, de sorte que ce dernier doit être remplacé par un autre (au moins jusqu'aux six mois précédant les prochaines échéances). Un tel mécanisme ne peut évidemment se comprendre qu'à périmètre constant. »

4-4 les motifs du jugement attaqué et les thèses des parties

Il est constant, au cas d'espèce, que le salarié avait été initialement désigné le 25 octobre 2016 en qualité de représentant de section syndicale au sein de l'entreprise par le syndicat FO et

³ Note 34 : « B. Appar : JOAN CR, 2 juill. 2008, préc., note 33, p. 4170 »

avait perdu son mandat suite aux élections au comité social et économique s'étant déroulées le 17 décembre 2019, faute pour ce syndicat d'être devenu représentatif⁴. (cf jugement, p.2, 2^e paragraphe).

Pour rejeter la demande en annulation de la désignation en qualité de représentant de section syndicale du même salarié, cette fois par la syndicat Sud solidaires, le 31 décembre 2020, soit bien avant le délai de six mois précédant les élections suivantes au comité social et économique, le tribunal a statué selon les motifs suivants après avoir rappelé les dispositions de l'article L.2142-1-1- du code du travail (jugement p.3):

« Il s'agit de déterminer si l'incapacité à être à nouveau désigné représentant de section syndicale jusqu'aux 6 mois précédent la date des élections suivantes qui frappe le représentant dont le syndicat n'a pas été reconnu représentatif est une incapacité personnelle absolue, l'empêchant d'être désigné représentant de toute section syndicale ou relative, lui interdisant uniquement d'être représentant d'une section du syndicat qui n'a pas été reconnu représentatif.

A cet égard, il convient de relever que le représentant déchu pourrait fort bien être désigné délégué syndical par un syndicat représentatif au titre de l'alinéa 2 de l'article L.2143-3 du code du travail.⁵

Il s'ensuit que l'incapacité d'exercer un mandat syndical n'est que relative au syndicat qui l'avait désigné initialement.

Cette relativité est **confirmée par l'économie générale de l'institution du représentant de section syndicale** qui tend à subordonner l'avantage conféré aux syndicats non représentatifs à la démonstration de ce que plusieurs syndiqués et non un seul sont suffisamment impliqués pour assurer la présence de ce syndicat dans l'entreprise et non exclure un individu déterminé de l'action syndicale.

Par conséquent, l'incapacité qui frappe le représentant déchu ne s'oppose pas à sa désignation par un autre syndicat non-représentatif. »

Le moyen soumis à notre chambre pour critiquer cette décision invoque **une violation de l'article L.2142-1-1 et tend à poser le principe d'une interdiction générale pour toute organisation syndicale non-représentative** de désigner, jusqu'aux six mois précédent de nouvelles élections, un salarié ayant perdu son mandat de représentant de section syndicale lors des précédentes élections, que ce premier mandat ait été détenu au titre de la même organisation syndicale ou d'un autre syndicat.

Le mémoire ampliatif insiste sur la finalité de l'institution du représentant de section syndicale pour un syndicat non-représentatif, sur le caractère éminemment temporaire du mandat qui est justifié par la nature même de ce mandat. Il fait valoir que *« Cette déchéance, qui vise non pas le syndicat, mais le salarié lui-même interdit à ce dernier d'être désigné en qualité de représentant de section syndicale par le même syndicat, mais également par toute autre syndicat.*

Cette solution est dictée à la fois par l'esprit et par la lettre du texte.

⁴ Dans son mémoire en défense, le syndicat expose que, lors des élections au comité social et économique, FO n'avait présenté aucune liste de candidats, de sorte qu'il n'avait pas acquis la qualité de syndicat représentatif, et que M. [G] ne s'était pas présenté à ces élections car il était à l'époque en arrêt de travail pour maladie de longue durée. Toutefois ces éléments ne ressortent pas des énonciations du jugement critiqué.

⁵ Si aucun des candidats présentés par l'organisation syndicale aux élections professionnelles ne remplit les conditions mentionnées au premier alinéa du présent article ou s'il ne reste, dans l'entreprise ou l'établissement, plus aucun candidat aux élections professionnelles qui remplit les conditions mentionnées au même premier alinéa, ou si l'ensemble des élus qui remplissent les conditions mentionnées audit premier alinéa renoncent par écrit à leur droit d'être désigné délégué syndical, 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 ou parmi ses anciens élus ayant atteint la limite de durée d'exercice du mandat au comité social et économique fixée au deuxième alinéa de l'article L. 2314-33

Par l'esprit, d'une part, parce qu'elle repose sur l'idée que la sanction électorale emporte échec du salarié à accomplir sa mission, en dépit des moyens qui lui étaient alloués à titre dérogatoire.

Par la lettre du texte, puisque le législateur n'a pas limité l'incapacité du salarié à être désigné à nouveau en qualité de représentant de la même section, mais en qualité de représentant « d'une section syndicale » ; sous entendu : *quelle qu'elle soit.* »

Il renvoie aux travaux parlementaires et à l'amendement ayant complété le dernier alinéa de l'article L.2142-1-1 (cf le point 4-1).

Il réfute la justification tirée par le jugement de la possibilité pour ce salarié d'être désigné délégué syndical en faisant valoir que « *D'une part, si un salarié déchu de son mandat de représentant de section syndicale peut être désigné en qualité de délégué syndical par un syndicat représentatif, encore faudrait-il qu'il ait obtenu un score électoral personnel suffisant pour exercer un tel mandat ou que ce syndicat n'ait plus aucun candidat ayant obtenu un tel score (ce qui est loin d'être évident si le syndicat dont il devait animer la section n'a pas obtenu ce score). On voit mal en outre pour quelle raison un syndicat qui est devenu représentatif irait choisir l'ancien représentant de section syndicale d'un autre syndicat, dont l'action a été désavouée lors des élections, pour le représenter dans l'entreprise. Les salariés qui ont voté pour ce syndicat représentatif pourraient légitimement s'interroger sur la cohérence de ce choix. Surtout, le mandat de délégué syndical n'a pas le même objet que celui d'un représentant de section syndicale et l'article L. 2142-1-1 du code du travail porte uniquement sur l'aptitude du salarié à continuer à exercer des fonctions de représentant de section syndicale. D'autre part, l'économie générale de l'institution du représentant de section syndicale n'est pas de permettre à des syndicats de déployer une action dans l'entreprise dès lors qu'ils ont « plusieurs syndiqués suffisamment impliqués pour assurer la présence du syndicat » ; son objet est uniquement de permettre au syndicat de devenir représentatif, les moyens qui lui sont reconnus ayant uniquement cette finalité* ».

Le mémoire en défense considère que la conclusion tirée par l'employeur de la lecture de l'article L.2142-1-1 est « illogique et incohérente » car « **C'est chaque syndicat qui désigne son représentant de section syndicale** et non tous les syndicats qui désignent un même représentant de section syndicale. Par conséquent, le représentant de section syndicale qui perd son mandat de représentant syndical ne peut pas être désigné comme représentant syndical **au titre du syndicat qui l'a désigné** (logique) **et non d'une section** (illogique) jusqu'aux six mois précédant la date des élections suivantes dans l'entreprise. »

Il renvoie aux conditions de désignation d'un représentant de section syndicale tenant d'une part au syndicat opérant la désignation en soulignant que ce qui est exigé, c'est la création d'une section syndicale « *ce qui exclut ... une section syndicale à unique adhérent et une autodésignation personnelle du RSS sans un syndicat* », d'autre part à la personne du salarié désigné en observant qu'il s'agit des mêmes conditions que celles pour être désigné délégué syndical à l'exception de la condition relative au score personnel lors des élections.

Il souligne que « *la Cour de cassation de façon constante a toujours jugé que l'affiliation syndicale à travers le sigle sous lequel un syndicat a présenté des candidats au premier tour des élections professionnelles constitue un élément essentiel du vote des électeurs.* », en se référant aux arrêts suivants⁶ :

- Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.069, Bull. 2011, V, n° 125 : « **L'affiliation confédérale** sous laquelle un syndicat a présenté des candidats au premier tour des élections des membres titulaires du comité d'entreprise constitue un élément essentiel du vote des électeurs ; il s'ensuit qu'en cas de désaffiliation après ces élections le syndicat ne peut continuer à se prévaloir des suffrages ainsi recueillis pour se prétendre représentatif. Doit dès lors être rejeté le pourvoi formé contre un jugement qui, après avoir constaté qu'un syndicat affilié à la CFTC lors du premier tour de l'élection des membres titulaires du comité d'entreprise et qui avait recueilli au

⁶ On observera toutefois que ces arrêts concernent tous une question de désaffiliation et mettent en cause les rapports entre un syndicat primaire et une confédération, une fédération ou une union de syndicats, ce qui ne correspond pas exactement à la problématique du cas d'espèce soumis à la chambre.

moins 10 % des suffrages, s'était ensuite désaffilié de cette confédération au profit de l'UNSA, juge que ce syndicat ne pouvait plus se prévaloir de sa représentativité pour désigner un délégué syndical. » (sommaire)

- Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.300, Bull. 2011, V, n° 121 : « L'affiliation confédérale sous laquelle un syndicat a présenté des candidats au premier tour des élections des membres titulaires des comités d'entreprise constitue un élément essentiel du vote des électeurs. Il s'ensuit qu'en cas de désaffiliation de ce syndicat, la confédération ou l'une de ses fédérations ou unions peut, si elle justifie de l'existence dans l'entreprise, au jour de la désignation, d'une section syndicale constituée sous son sigle, 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. Doit dès lors être cassé le jugement qui, pour annuler la désignation d'un délégué syndical opérée par une fédération affiliée à la CFTC, retient que n'ayant pas participé aux élections des membres du comité d'entreprise, cette fédération ne peut, après désaffiliation du syndicat ayant présenté des candidats sous le sigle CFTC, se prévaloir du score obtenu par ce dernier, alors qu'il appartenait seulement au tribunal de vérifier l'existence d'une section syndicale CFTC au sein de l'entreprise. »

- : Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-21.705, Bull. 2011, V, n° 124 : « L'affiliation confédérale sous laquelle un syndicat a présenté des candidats au premier tour des élections des membres titulaires des comités d'entreprise constitue un élément essentiel du vote des électeurs ; il s'ensuit qu'en cas de désaffiliation après ces élections, le syndicat ne peut plus continuer à se prévaloir des suffrages ainsi obtenus pour se prétendre représentatif. Doit par conséquent être censurée la décision qui valide la "confirmation" par le syndicat STAAAP-UNSA de la désignation d'un délégué syndical, alors que ce syndicat ne pouvait invoquer, pour établir sa représentativité, les suffrages obtenus alors qu'il était affilié à la confédération CFTC et qu'il n'y était plus au jour de la désignation. »

- Soc., 6 mars 2019, pourvoi n° 18-15.238, publié : « L'affiliation confédérale sous laquelle un syndicat a présenté des candidats au premier tour des élections des membres titulaires des comités d'entreprise ou d'établissement constitue un élément essentiel du vote des électeurs. Il s'ensuit que, en cas de désaffiliation d'un syndicat ayant recueilli au moins 10% des suffrages au premier tour des dernières élections professionnelles, la confédération ou l'une de ses fédérations ou unions à laquelle ce syndicat était auparavant affilié peut désigner un représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement. Cette désignation met fin au mandat du salarié désigné par ce syndicat avant sa désaffiliation. » (sommaire)

Le mémoire en défense ajoute que « l'incapacité d'exercer un mandat syndical n'est que relative au syndicat qui l'avait désigné initialement car le représentant déchu peut fort bien être désigné délégué syndical par un syndicat représentatif au titre de l'alinéa 2 de l'article L.2143-3 du code du travail ».

Au vu de l'ensemble de ces éléments, il reviendra à notre chambre de dire si la décision du tribunal, qui a admis qu'un salarié ayant perdu lors des élections au comité social et économique son mandat de représentant de section syndicale puisse être désigné au sein de l'entreprise **par un autre syndicat** représentant de section syndicale sans attendre le délai de six mois précédant les élections professionnelles suivantes, peut être approuvée ou doit être censurée.

Si dans son délibéré, notre chambre décidait d'une cassation, celle-ci pourrait intervenir sans renvoi par application des articles L.411-3, alinéa 2, du code du travail et 627 du code de procédure civile.

Les parties sont invitées à faire valoir leurs observations dans le délai de 15 jours à compter de la mise en ligne du présent rapport valant avis de l'article 1015 du code de procédure civile.