

Droit du CSE en pratique

Désignation des délégués syndicaux : des conditions strictes à respecter



François Barbé
Juriste en Droit
social
Calix Avocats

Les délégués syndicaux (DS) constituent la clé de voûte des organisations syndicales au sein des entreprises. Dotés du pouvoir de présenter des revendications, de négocier des accords d'entreprise et de défendre les intérêts collectifs et individuel des salariés, les délégués syndicaux sont les acteurs majeurs du dialogue social dans l'entreprise. Aussi, l'enjeu des désignations est extrêmement important et la réglementation de celles-ci est précise. Décryptage.

Conditions liées aux entreprises

Entreprises dans lesquelles peuvent être désignés des délégués syndicaux

L'entreprise doit compter **au moins 50 salariés** et cet effectif doit avoir été atteint **pendant 12 mois consécutifs** (C. trav., art. L. 2143-3, al. 3).

Pour la détermination de l'effectif, il convient de se référer aux règles générales de décompte des effectifs fixées par le Code du travail (C. trav., art. L. 1111-2 ; C. trav., art. L. 1251-54).

S'agissant des salariés à temps partiel, il appartient au juge, en cas de contestation, de vérifier que la prise en compte des heures correspond à la durée du travail mensuelle effectivement accomplie par ces salariés (Cass. soc., 25 sept. 2019, n° 18-60.206).

Dans les entreprises de **moins de 50 salariés**, seul un élu au comité social et économique (CSE) peut être désigné par une organisation syndicale représentative (OSR) en tant que DS (C. trav., art. L. 2143-6).

C'est à l'employeur, qui allègue que l'effectif de l'entreprise est inférieur à 50 salariés pour contester la nomination d'un DS, de communiquer des éléments de preuve sur ce décompte (Cass. soc., 25 sept. 2019, n° 18-60.206).

Périmètre de désignation des délégués syndicaux

La désignation des DS intervient au niveau de l'entreprise lorsqu'elle occupe au moins 50 salariés et ne comporte pas d'établissement distinct.

Dans les entreprises comportant des établissements distincts de plus de 50 salariés, elle s'effectue au niveau de chaque établissement (C. trav., art. R. 2143-3). Si une entreprise a plusieurs établissements distincts dont chacun compte moins de 50 salariés, la désignation d'un DS au niveau de l'entreprise est possible dès lors que l'effectif global est supérieur à 50 salariés (Cass. soc., 20 fév. 1974, n° 73-60.167).

En présence d'une entreprise multi-établissements dont chaque établissement est doté d'un CSE, la désignation des DS se fait,

en principe, dans le cadre retenu pour la mise en place des CSE d'établissement. En effet, la reconnaissance d'un établissement distinct pour la mise en place d'un CSE permet nécessairement la désignation d'un DS dans ce même périmètre (Cass. soc., 10 nov. 2010, n°09-60.461), peu importe, dans ce cas, que l'établissement compte moins de 50 salariés (Cass. soc., 7 juill. 2021, n° 20-16.497).

Cependant, il est utile de préciser que le périmètre de désignation des DS n'est pas nécessairement le même que celui retenu pour l'élection des membres des CSE d'établissement. En effet, « la désignation d'un DS peut intervenir au sein d'un établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques » (C. trav., art. L. 2143-3, al. 4).

Une OSR peut donc désigner un DS dans un cadre plus restreint que celui retenu pour l'élection des CSE d'établissement. Et cela est d'autant plus possible qu'il s'agit d'une disposition d'ordre public (Cass. soc., 8 juin 2022, n° 20-60.312). Cela signifie que ni un accord collectif de droit commun, ni l'accord d'entreprise prévu par l'article L. 2313-2 du Code du travail ne peuvent priver un syndicat du droit de désigner un DS au niveau d'un établissement au sens de l'article précité dès lors qu'il est représentatif à ce niveau (Cass. soc., 31 mars 2021, n° 20-18.442).

Un syndicat qui se prévaut du caractère distinct d'un établissement doit, toutefois, en apporter la preuve et la seule référence au périmètre de désignation des représentants de proximité est inopérante (Cass. soc., 31 mars 2021, n° 19-26.234 ; Cass. soc., 9 nov. 2022, n° 21-20.525).

À noter : la notion d'établissement permettant la désignation d'un DS n'implique pas la présence permanente sur place d'un représentant de la direction (Cass. soc., 8 juil. 2015, n° 14-60.737 ; Semaine juridique sociale, n° 40, « CSE et DS dans les entreprises à établissements multiples », F. Barbé).

Organisations syndicales pouvant désigner un délégué syndical

Répondre à un certain nombre de critères

Une organisation syndicale ne peut désigner un DS dans une entreprise ou un établissement que si celle-ci est représentative dans cette entreprise ou cet établissement.

Pour être représentative, une organisation syndicale doit cumuler les 7 critères suivants (C. trav., art. L. 2121-1) :

- respect des valeurs républicaines ;
- indépendance ;

- transparence financière ;
- ancienneté minimale de 2 ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation ;
- audience suffisante (voir ci-dessous) ;
- influence ;
- adhérents et cotisations.

Le syndicat représentatif doit, de plus, avoir constitué une section syndicale dans l'entreprise (C. trav. art. L. 2143-3), donc justifier de deux adhérents au moins au sein de celle-ci (C. trav. art. L. 2142-1 ; Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 09-60.011 ; Cass. soc., 22 nov. 2023, n° 23-12.596).

Le salarié qui sera désigné DS peut être un des deux adhérents (Cass. soc., 26 mai 2010, n° 09-60.278, arrêt rendu dans le cadre d'une désignation de représentant de la section syndicale mais dont la solution est transposable au DS).

Si la désignation a lieu au niveau d'un établissement, l'existence d'une section syndicale au niveau de l'entreprise ne suffit pas, il faut qu'il y ait également une section syndicale au sein de cet établissement (Cass. soc., 23 juin 2010, n° 09-60.438).

À noter : la section syndicale doit avoir été créée avant la désignation du DS, ou du moins, être concomitante.

Obtenir une audience suffisante : le critère décisif

Dans l'entreprise ou l'établissement, sont représentatives les organisations syndicales qui satisfont aux critères de l'article L. 2121-1 précité et qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au 1^{er} tour des dernières élections des titulaires au CSE, quel que soit le nombre de votants (C. trav., art. L. 2122-1).

Le critère de l'audience électorale joue un rôle essentiel et donne une légitimité accrue à la représentativité syndicale. Il n'est donc pas étonnant qu'il existe, sur la question du calcul de l'audience, une jurisprudence abondante. Aussi, pour déterminer la représentativité des syndicats au sein d'une entreprise, il convient de décliner rigoureusement les règles de calcul applicables en la matière. En effet, même si ce sont les élections du CSE qui permettent de mesurer l'audience, les règles pour calculer l'audience des syndicats diffèrent quelque peu de celles applicables à l'élection des membres du CSE.

Décompter le nombre de suffrages valablement exprimés pour chaque liste

Que le quorum soit atteint ou non lors du 1^{er} tour, il va falloir procéder au dépouillement (Cass. soc., 16 nov. 2011, n° 09-68.427).

Pour apprécier la représentativité des syndicats, l'article précité indique que **ce sont les "suffrages exprimés" en faveur des organisations syndicales qui doivent être pris en compte**. Cela signifie que *chaque bulletin de vote, considéré comme valide, recueilli par le syndicat doit être pris en compte « pour une unité » et ce, même si certains noms sont raturés sur la liste* (Cass. soc., 6 janv. 2011, n° 10-17.653). On ne tient donc pas compte des ratures figurant sur un bulletin de vote pour calculer l'audience d'un syndicat, sauf si tous les noms sont raturés.

Une confusion est parfois faite avec la moyenne des voix obtenues par chaque liste syndicale. Or, procéder en retenant la moyenne des voix obtenues reviendrait, concrètement, à tenir compte d'éventuelles ratures.

Par ailleurs, cette appréciation se fait sur l'ensemble des collèges titulaires, que le syndicat y ait présenté ou non des candidats (Cass. soc., 22 sept. 2010, n° 10-10.678) sauf pour les syndicats catégoriels. En effet, pour ces derniers, les 10 % sont calculés uniquement sur la base des résultats dans le (ou les) collège(s) dans lequel (lesquels) leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats (C. trav., art. L. 2122-2).

Le cas particulier des listes communes à plusieurs syndicats

En cas de liste commune, la répartition des suffrages valablement exprimés entre les syndicats se fait sur la base indiquée par ceux-ci lors du dépôt de la liste. Les indications doivent être claires pour que les électeurs puissent voter en toute connaissance de cause. À défaut d'indication, ou si la clé de répartition n'a pas été portée à la connaissance des salariés et de l'employeur **avant le vote**, la répartition se fait à parts égales entre les syndicats concernés (C. trav., art. L. 2122-3 ; Cass. soc., 23 juin 2021, n° 20-13.522).

Les syndicats peuvent choisir les règles de répartition qu'ils souhaitent (Cass. soc., 5 nov. 2014, n° 14-11.634 : dans cette affaire, la répartition aboutissait à faire bénéficier l'une des organisations syndicales de l'intégralité des suffrages exprimés) mais ils ne peuvent pas changer la clé de répartition une fois le scrutin clos en fonction des résultats des élections (Cass. soc., 10 mars 2016, n° 15-16.807).

À noter : Les syndicats doivent bien réfléchir avant de décider de présenter des candidats sur une liste commune. En effet, si la liste commune avec 2 syndicats n'obtient que 10 % des suffrages exprimés, aucun des syndicats ne sera représentatif sauf si la clé de répartition de l'exemple ci-dessus est retenue.

Représentativité valable pour toute la durée du cycle électoral

Les élections partielles qui interviennent au cours d'un cycle électoral n'ont pas à être prises en compte dans le calcul de la représentativité (Cass. soc., 13 févr. 2013,

n° 12-18.098 ; Cass. soc., 7 déc. 2016, n° 15-26.855). Pour la Haute juridiction, la règle est claire et a été plusieurs fois confirmée : « la représentativité des organisations syndicales est établie pour toute la durée du cycle électoral, y compris en cas de modification du périmètre de l'entreprise » (Cass. soc., 5 janv. 2022, n° 21-13.141 ; Cass. soc., 16 juin 2021, n° 21-13.141, QPC).

S'agissant des élections complémentaires (renouvellement partiel d'élus en cas de hausse des effectifs), la Cour de cassation adopte la même solution que pour les élections partielles (Cass. soc., 13 juin 2019, n° 18-14.981).

Un syndicat qui n'a pas obtenu une audience suffisante ou n'a pas présenté de candidats lors du 1^{er} tour des élections du CSE ne peut pas désigner un DS même s'il a présenté des candidats lors d'une élection complémentaire ou partielle et a obtenu un score supérieur à 10 %.

Conditions pour être désigné délégué syndical

Conditions personnelles et professionnelles

Pour pouvoir être désigné DS, le salarié doit personnellement remplir un certain nombre de conditions (C. trav., art. L. 2143-1 et s.).

La personne désignée DS doit être **âgée de 18 ans** révolus et n'avoir fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative aux droits civiques.

Au moment de la désignation, celle-ci doit être **salariée de l'entreprise**, c'est-à-dire être titulaire d'un contrat de travail.

De plus, elle doit justifier d'une **durée minimale de travail d'au moins 1 an** (4 mois en cas de création d'entreprise ou d'ouverture d'un établissement). Ainsi, la période de stage, effectuée préalablement à une embauche dans un emploi salarié, n'est pas prise en compte dans l'appréciation de cette durée (Cass. soc., 26 nov. 2003, n° 02-60.624).

Un salarié ne peut être désigné DS d'établissement que s'il appartient à l'établissement au sein duquel il est désigné (Cass. soc., 3 mars 2021, n° 19-20.029). En revanche, il n'est pas nécessaire que le salarié justifie d'un an d'ancienneté au sein de l'établissement dès lors qu'il appartient à celui-ci et qu'il justifie d'une ancienneté dans l'entreprise de plus d'un an (Cass. soc., 7 mars 2001, n° 99-60.442, arrêt rendu dans le cadre d'un groupe de sociétés : « l'ancienneté acquise par un salarié dans une société d'un groupe doit être prise en compte pour le calcul de l'ancienneté requise pour être désigné DS dans une autre société du groupe »).

Il ne doit pas occuper des fonctions de nature à l'assimiler au chef d'entreprise. A ce titre, un salarié qui, en

raison des pouvoirs qu'il détient par une délégation particulière d'autorité est assimilable à l'employeur, ne peut pas être désigné en qualité de DS (Cass. soc., 4 avr. 2007, n° 06-60.124). A fortiori, un salarié ne peut être désigné DS, lorsqu'il préside les instances représentatives du personnel (Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 05-60.300) ou qu'en tant que directeur d'agence, il exerce un pouvoir disciplinaire (Cass. soc., 21 mars 2018, n° 17-12.602).

La désignation ne doit pas être frauduleuse, ni avoir pour objet de faire échec à une procédure de licenciement (Cass. soc., 15 mars 1984, n°83-61.088). Le seul fait que le salarié désigné DS n'ait eu antérieurement aucune activité syndicale dans l'entreprise ne suffit pas à caractériser la fraude (Cass. soc., 26 sept. 1984, n°84-60.115). La menace d'un licenciement collectif peut constituer une circonstance justifiant la désignation d'un salarié comme DS car cela correspond à un souci d'engager une action pour assurer la défense des salariés menacés (Cass. soc., 8 juil. 1976, n°76-60.042).

Une nécessaire légitimité électorale

En principe, dans les entreprises de plus de 50 salariés, le salarié ne peut être désigné DS que s'il s'est présenté aux dernières élections du CSE et a recueilli, à titre personnel, **au moins 10 % des suffrages exprimés au 1^{er} tour de ces élections** (C. trav., art. L. 2143-3, al. 1).

Il s'agit d'une règle d'ordre public à laquelle il ne peut pas être dérogée, sauf exceptions légalement prévues à l'alinéa 2 de l'article précité (voir ci-après). C'est la raison pour laquelle cette règle a vocation à s'appliquer également pour la désignation d'un DS supplémentaire créé par des dispositions conventionnelles (Cass. soc., 25 mars 2020, n° 19-11.581).

Le DS peut être choisi parmi les titulaires comme les suppléants.

Le législateur a souhaité que pour pouvoir être désigné DS, le candidat ait obtenu une légitimité électorale suffisante. L'obtention d'un score électoral de 10 % suffit, peu importe l'étiquette syndicale de la liste sur laquelle le DS a obtenu ses suffrages.

De plus, la loi exigeant une certaine légitimité électorale, elle déconnecte la désignation en tant que DS de l'élection en tant que membre du CSE. Il n'est donc pas nécessaire d'être élu pour être désigné DS. De même, si élu au CSE démissionne de son mandat d'élu, cela n'a pas d'impact sur sa capacité à être désigné DS dès lors qu'il remplit les conditions d'audience (Cass. soc., 3 oct. 2018, n° 17-60.285).

Par ailleurs, l'annulation d'une élection en cas de non-respect des règles de parité sur les listes électorales est sans effet sur la condition du score électoral personnel (Cass. soc., 31 mars 2021, n° 19-25.713).

Le DS peut avoir recueilli ce score sous une autre étiquette syndicale, exercé des fonctions au sein d'un autre syndicat ou même avoir été élu sur une liste présentée par un autre syndicat (Cass. soc. 17 avr. 2013, n° 12-22.699 ; Cass. soc., 28 sept. 2017, n° 16-28.336 ; Cass. soc., 8 juill. 2020, n° 19-14.077).

Une obligation : apprécier le score électoral

Pour mesurer l'audience des syndicats et apprécier la capacité à être désigné DS, il est procédé au dépouillement à l'issue du 1^{er} tour du scrutin, même si le quorum n'est pas atteint. Sur cette question, l'article L. 2143-3, précité, éclaire puisqu'il précise qu'il s'agit de l'audience recueillie lors du 1^{er} tour des dernières élections du CSE « **quel que soit le nombre de votants** ».

Le dépouillement doit être effectué pour l'ensemble des collèges et pour les titulaires et les suppléants. En effet, contrairement à la mesure de l'audience des syndicats, laquelle s'effectue uniquement sur les collèges titulaires, l'appréciation du seuil de 10 % doit être effectuée tant pour les titulaires que pour les suppléants puisqu'il importe peu que le DS se soit présenté en tant que titulaire ou suppléant.

Par ailleurs, à la différence du calcul de la représentativité des organisations syndicales, le seuil des 10 % est individuel donc les voix doivent être comptabilisées pour chaque candidat. Cela signifie que les éventuelles ratures sont prises en compte. Les ratures peuvent donc empêcher un candidat de devenir DS.

Exemple :

Collège titulaire cadre : suffrages valablement exprimés = 100

Nombre de voix nécessaires pour être désigné DS : 10 voix.

Si une liste obtient 11 voix, mais que le nom du candidat qu'elle souhaite désigner DS a été rayé 2 fois, le nombre de voix obtenues par ce dernier sera de 9, ce qui sera insuffisant pour être désigné comme DS.

Le seuil de 10 % est apprécié uniquement **dans le collège** au sein duquel le salarié a présenté sa candidature : le candidat n'a pas à atteindre ce score dans tous les collèges confondus pour pouvoir être désigné comme DS (Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-19.921).

Ce calcul doit donc être fait dans chaque collège et séparément pour les titulaires et les suppléants puisque ce sont des scrutins distincts. Exceptions à la condition de la nécessaire obtention d'un score personnel

Dans certaines situations, pour éviter l'absence de DS dans les entreprises, un candidat aux dernières élections du CSE, ou à défaut, un adhérent ou un ancien élu ayant atteint la limite de 3 mandats successifs au CSE pourra être choisi par une OSR pour être désigné DS. Certaines

conditions doivent, toutefois, être réunies (*C. trav.*, art. L. 2143-3, al. 2) :

- aucun des candidats présentés par l'OSR au 1^{er} tour des dernières élections du CSE n'a obtenu au moins 10 % des suffrages sur son nom ;
- il ne reste plus aucun candidat aux dernières élections du CSE qui remplit la condition d'audience ;
- l'ensemble des élus ayant obtenu au moins 10 % ont renoncé par écrit à leur droit d'être désigné DS.

Cette dernière condition a donné lieu à une abondante et fluctuante jurisprudence. Pour la Cour de cassation, la renonciation doit être effectuée par tous les candidats présentés par l'OSR ayant obtenu au moins 10 % et non uniquement par les élus, comme le prévoit le texte de loi précité (*Cass. soc.*, 5 avril 2023, n° 21-24.752).

En clair, pour la Haute juridiction, il n'y a que pour les candidats n'ayant pas obtenu 10 % des suffrages qu'il n'est pas nécessaire de recueillir une renonciation écrite préalable pour pouvoir désigner un adhérent comme DS.

Notre point de vue : Cette solution ne répond pas totalement aux exigences de l'alinéa 2 de l'article L. 2143-3 du Code du travail. En effet, celui-ci précise qu'une OSR « peut désigner un DS parmi les autres candidats, ou, à défaut, parmi des adhérents au sein de l'entreprise ou parmi ses anciens élus ». Il y a donc un ordre chronologique à respecter. L'OSR doit proposer dans un premier temps aux autres candidats (ceux n'ayant pas réuni l'audience suffisante) si l'un d'entre eux accepte d'être désigné DS. Ce n'est que dans un second temps, après que ceux-ci ont exprimé leur refus, lequel doit être, à notre avis, matérialisé par écrit, que la désignation d'un adhérent pourra être effectuée.

Par ailleurs, s'il n'est pas exclu qu'un syndicat puisse désigner comme DS un salarié qui s'est présenté sur la liste d'un autre syndicat, qui a obtenu au moins 10 % des voix et qui l'accepte librement, **la loi n'exige pas de l'OSR qu'elle propose**, préalablement à la désignation d'un DS en application de l'alinéa 2 de l'article précité, **à l'ensemble des candidats ayant obtenu au moins 10 %, toutes listes syndicales confondues**, d'être désigné DS (*Cass. soc.*, 8 juill. 2020, n° 19-14.605).

La renonciation par toutes les personnes concernées au droit d'être désigné DS **doit être effectuée par écrit**

(*Cass. soc.*, 8 juill. 2020, n° 19-14.077). Cette renonciation doit être préalable à la désignation (*Cass. soc.*, 9 juin 2021, n° 19-24.678).

La renonciation à la désignation comme DS ne vaut pas pour tout le cycle électoral. Un salarié qui a renoncé une première fois au mandat de DS peut donc être désigné ultérieurement durant le même cycle électoral (*Cass. soc.*, 19 avr. 2023, n° 21-23.348).

Par ailleurs, il n'est pas plus nécessaire d'obtenir de renonciation écrite à son droit d'être désigné DS d'un candidat qui n'est pas à jour de ses cotisations syndicales : cette attitude est considérée comme valant renonciation à l'activité syndicale (*Cass. soc.*, 19 avr. 2023, n° 21-60.127).

Comme on peut le constater, le contentieux lié à la renonciation d'être désigné DS et à la désignation d'un adhérent ou d'un ancien élu est abondant. Si la jurisprudence de la Cour de cassation semble bien établie, il n'est pas certain que les saisines des tribunaux se réduisent au regard de l'enjeu sur ces questions.

En effet, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a conditionné la possibilité d'être désigné DS à l'obtention d'un minimum de 10 % des voix lors du 1^{er} tour des dernières élections du CSE. La durée du mandat de DS n'est plus indéterminée mais limitée à la durée du mandat des membres du CSE (en principe 4 ans). Or, la loi précitée a également limité le nombre de mandats successifs au CSE à 3. Cela revient à limiter le nombre de mandats de DS à 3, du moins pour tous les DS qui ont été élus à chaque scrutin au CSE.

On peut aisément comprendre les syndicats qui utilisent cette brèche offerte par l'alinéa 2 de l'article L. 2143-3 pour contourner la règle car il n'y a, souvent, pas beaucoup de candidats à la fonction de DS, fonction lourde s'il en est et hautement stratégique. Toutefois, les OSR doivent être prudentes lorsqu'elles désignent un adhérent ou un ancien candidat. Au regard des conséquences que cela peut engendrer, il est préférable de demander, préalablement à la désignation d'un adhérent ou d'un ancien élu, à tous les candidats aux dernières élections, même à ceux qui n'ont pas obtenu 10 %, s'ils renoncent à une éventuelle désignation en tant que DS.