

# Présentation succincte des critères de représentativité syndicale après la loi du 20 août 2008

par *Stéphane Michel*, Maître de conférences à l'Université de Valenciennes, membre de l'Institut du Développement et de la Prospective, EA 1384 (1)

## PLAN

- I. La légitimité électorale
  - A. Le scrutin de référence
  - B. Le seuil d'audience retenu
- II. La légitimité sociale
  - A. La légitimité sur le plan financier
  - B. La légitimité sociale sur le plan de l'action

**Les enjeux de l'obtention de la représentativité sont fondamentaux pour les organisations syndicales de salariés (2). Notamment, un syndicat représentatif peut désigner un ou plusieurs délégués syndicaux et ainsi négocier les accords collectifs et les conventions collectives d'entreprise. Les critères non cumulatifs, tels qu'ils apparaissaient dans la loi et permettant d'établir la représentativité des organisations syndicales n'avaient plus évolué depuis 1950 (3). En outre, cinq organisations syndicales de salariés bénéficiaient d'une présomption irréfragable de représentativité (4).**

**La loi du 20 août 2008 est venue bouleverser cet ordre des choses. Cette disposition législative reprend l'essentiel de ce que la CGT, la CFDT, la CGPME et le MEDEF avaient énoncé dans une position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme. Sur le terrain de la représentativité, il en ressort, d'une part, qu'à la suite d'une période transitoire, la présomption irréfragable de représentativité est supprimée (5). Ainsi, l'ensemble des organisations syndicales de salariés devra établir, c'est-à-dire prouver à l'avenir, sa représentativité (6). La loi du 20 août 2008 accorde, dans certains cas, aux anciens syndicats représentatifs, une présomption simple de représentativité (7). Néanmoins, la suppression de cette présomption irréfragable a déjà fait et va faire encore couler beaucoup d'encre (8).**

(1) L'auteur remercie chaleureusement Jean-Claude Demessine, Frédéric Géa, Frédéric Gerber, Claude Rouat et Agathe Descamps-Michel.

(2) En ce qui concerne la représentativité des organisations patronales que nous n'aborderons pas ici, voir : A. Courreges, Aménagement du temps de travail dans le secteur du remorquage portuaire, *Dr. Soc.* 2008, p. 794 et s.

(3) En dépit de la jurisprudence qui avait notamment créé des critères. Cf. *infra*. Pour des présentations du système issu de l'ancien article L 133-2 du Code du travail Voir : A. Bevort, De la position commune sur la représentativité au projet de loi : renouveau et continuité du modèle social français, *Dr. Soc.* Juillet-août 2008, p. 823 et s. ; J.P. Higele, Représentativité syndicale et accords interprofessionnels nationaux : les enjeux d'une réforme, *Dr. Soc.* 2007, p. 301 et s. ; M. Rasselet, La représentativité syndicale mise en perspective, *LPA* 21 mars 2008, n° 59, p. 4 et s. ; G. Tusseau, A propos de la représentativité syndicale, réflexions autour de l'arrêt du Conseil d'Etat, Ass. 5 novembre 2004, (Union nationale des syndicats autonomes), *RDP* 2005 n° 4, p. 919 et s.

(4) Pour mémoire, il s'agissait de la CGT, la CFDT, la CFTC, FO et de la CFE-CGC.

(5) Voir pour un plaidoyer en ce sens : J. Le Goff, *Droit du travail et société*, tome 2 *Les relations collectives de travail*, PUR, Rennes, Postface E. Morin, 2002, pp. 106. Cf. également *infra*.

(6) Il est à noter que la disparition de la présomption irréfragable n'était pas inéluctable. En effet, les critères de la représentativité auraient pu être remaniés sans remettre en cause cette présomption. En ce sens : G. Borenfreund, Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale, *Revue de droit du travail*, juin 2008, p. 360 et s., pp. 364 et s.

(7) Voir les articles L 2122-6 et L 2314-3 du Code du travail et Cass. Soc. 24 septembre 2008, pourvoi n° 07-60473. La présomption irréfragable va également continuer à exister à titre transitoire, c'est-à-dire jusqu'à l'entrée en vigueur effective de la loi. Voir sur ce point, l'article 11 de la loi du 20 août 2008.

(8) Voir notamment : P.-H. Antonmattei, Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008, *Dr. Soc.* juillet-août 2008, p. 771 ; B. Gauriau, La position commune du 9 avril 2008 : première lecture sur la représentativité syndicale, *JCP éd. S.*, n° 16 du 15 avril 2008, p. 3 ; M. Grévy, E. Peskine, S. Nadal, Regards sur la position commune du 9 avril 2008. A propos du devenir (incertain ?) des syndicats dans l'entreprise, *RDT* juillet-août 2008, p. 431 ; A. Sauret, position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme, *LPA* 12-13 mai 2008, n° 95-96, p. 4.

D'autre part, l'article L 2121-1 du Code du travail issu de la loi du 20 août 2008 énonce sept critères cumulatifs (9). Par conséquent, pour être considérée comme représentative, une organisation syndicale de salariés devra établir l'existence des critères sans qu'un seul ne puisse manquer. De fait, le caractère relatif de certains des anciens critères énoncés à l'article L 133-2 du Code du travail disparaît. Dans cette nouvelle logique, chaque critère de représentativité a donc une importance (10). En ce sens, l'énumération contenue dans la loi ne suit aucun ordre précis. Or, le législateur aurait également pu envisager de mettre en place des critères de représentativité différenciés selon les droits et les prérogatives auxquels elle donnait accès (11).

La loi du 20 août 2008 va probablement entraîner un contentieux important (12). Il est donc essentiel de conduire une présentation des critères de représentativité issus de la loi du 20 août 2008. Au travers des critères énoncés à l'article L 2121-1 du Code du travail, c'est la question fondamentale de la légitimité syndicale qui est en jeu (13). Cette légitimité syndicale se doit d'être avérée tant au niveau électoral (I.) qu'au niveau social (II.).

## I. La légitimité électorale

Le critère de l'audience explicitement mentionné à l'article L 2121-1 du Code du travail n'est pas véritablement nouveau. La jurisprudence l'avait déjà utilisé fréquemment par le passé (14) et ce critère est pris en compte dans la fonction publique depuis 1996 (15). L'audience avait même été mentionnée dans un arrêté du 13 mars 1947 abrogé et dans la position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective (16).

Néanmoins, l'audience constitue un critère de représentativité particulier. Il devient un des deux pivots majeurs de l'article L 2121-1 du Code du travail, ce que l'on a pu appeler l'épine dorsale du texte (17).

Recevoir des voix laisse augurer d'une certaine assise du syndicat. Encore faut-il savoir quelle est l'élection choisie pour mesurer l'audience (A.) et à partir de quel seuil elle est retenue (B.).

### A. Le scrutin de référence

Les articles L 2122-1, L 2122-4, L 2122-5 et L 2122-9 du Code du travail, disposent que l'audience des organisations syndicales se mesure au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants. Ce sont donc les élections professionnelles qui servent de référence, que la représentativité des organisations syndicales soit en jeu au niveau d'une entreprise ou d'un établissement, d'un groupe, d'une branche professionnelle ou au niveau national et interprofessionnel (18).

Ainsi, tous les quatre ans, puisqu'il s'agit de la périodicité des élections visées par le législateur, la représentativité d'une organisation syndicale pourra s'acquérir ou se perdre (19). En effet, rappelons que le

(9) A savoir : le respect des valeurs républicaines, l'indépendance, la transparence financière, une ancienneté minimale de deux ans, l'audience, l'influence, les effectifs et les cotisations.

(10) Il faut cependant noter qu'un syndicat qui remplit les critères du respect des valeurs républicaines, de l'indépendance et de l'ancienneté minimale de deux ans n'est certes pas encore représentatif mais peut néanmoins présenter des candidats au premier tour des élections professionnelles, constituer une section syndicale et désigner un représentant de cette section, ce qui constitue une véritable nouveauté. Voir *infra* et notamment M. Grévy, E. Peskine, S. Nadal, article préc., RDT 2008, pp. 432 et s.

(11) Voir notamment : G. Borenfreund, article préc., RDT 2008, pp. 365 et s.

(12) A cette occasion ne manquera pas de ressurgir la question de la nature du contrôle de la Cour de cassation. Voir G. Borenfreund, obs. sous Cass. Soc. 13 avril 1999, Dr. Soc. 1999, p. 643 et du même auteur : La reconnaissance de la représentativité syndicale, quelques interrogations autour de trois décisions (cass. Soc. 25 janvier 2006, trois arrêts), Dr. Soc. 2006, p. 869 ; J.M. Verdier, Critères de la représentativité syndicale : recomposition et contrôle du juge

de cassation ? (Cass. Soc. 3 décembre 2002, syndicat Sud Caisses d'épargne), Dr. Soc. 2003, p. 298.

(13) Pour des études complètes consacrées à cette question Voir : C. Sachs-Durand, La légitimité syndicale, Dr. Ouv. 1993, p. 39 et s. ; E. Dockes, *Valeurs de la démocratie, huit notions fondamentales*, Paris, Dalloz, 2005, 183 pages, pp. 168 et s.

(14) Voir entre autres : Cass. Civ. 2<sup>ème</sup> 26 novembre 1954, Dr. Soc. 1955, p. 166 ; Cass. Soc. 10 février 1977, D. 1977 IR, p. 111 ; Cass. Soc. 12 février 1985, Bull. V., n° 92.

(15) Voir notamment : A. Bevort, article préc., Dr. Soc. 2008, pp. 833.

(16) Texte signé du côté salarial par la CFDT, la CFE-CGC, la CFTC et la CGT-FO. Voir : G. Tusseau, article préc., RDP 2005, pp. 938.

(17) Expression de G. Borenfreund, article préc., RDT 2008, p. 360 col. droite. Voir dans le même sens : M. Grévy, E. Peskine, S. Nadal, article préc., RDT 2008, pp. 434.

(18) Vont donc être prises en compte, les élections pour lesquelles la date de la première réunion de négociation du protocole préélectoral a été fixée après le 21 août 2008.

(19) Il est à noter que cette périodicité peut être modifiée par exemple au niveau d'une branche par accord.

critère de l'audience, comme tous les autres, devient une condition *sine qua non* de représentativité (20).

Le décompte des voix s'effectue à l'issue du premier tour des élections quel que soit le nombre de votants ou de suffrages valablement exprimés. En d'autres termes, même si le quorum n'est pas atteint, ce sont bien les résultats du premier tour qui devront être pris en compte. Le décompte des voix sera systématique, ce qui revient à modifier les habitudes des partenaires sociaux, qui jusqu'à présent ne se livraient pas à ce travail lorsqu'un second tour était nécessaire (21). Dans cette hypothèse, le premier tour de l'élection ne servira toujours pas à connaître le nom des élus mais seulement à mesurer l'audience des différentes organisations syndicales qui disposent encore d'un monopole de présentation des candidatures.

Le choix du législateur de se reporter à l'élection professionnelle, qui n'a fait que reprendre celui émis par les signataires de la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme, fait que de nombreux salariés vont être écartés de ce vote. D'une part, ce sont les salariés qui travaillent dans les entreprises de moins de onze salariés (22). D'autre part, il s'agit des travailleurs des entreprises d'au moins onze salariés n'ayant pas de candidats aux élections (23). Enfin, il ne faudrait pas oublier le cas des entreprises qui possèdent exclusivement des représentants du personnel sans affiliation syndicale. En effet, il va de soi que le critère de l'audience ne peut pas être mesuré dans les entreprises dépourvues d'organisations syndicales.

Le législateur a pris en compte ce problème. Il est envisagé à l'article L 2122-6 du Code du travail. Ce dernier énonce que dans les branches dans lesquelles plus de la moitié des salariés sont employés dans des entreprises où, en raison de leur taille, ne sont pas organisées d'élections professionnelles permettant d'y mesurer l'audience des organisations syndicales, sont présumées représentatives, les organisations syndicales de salariés affiliées à des organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel.

Cette présomption simple de représentativité n'est *a priori* prévue pour durer que jusqu'au 30 juin 2009. En effet, d'ici là, une loi visant à renforcer l'effectivité de la représentation collective du personnel dans les petites entreprises et d'y mesurer l'audience des organisations syndicales devra être votée. Cette dernière ne fera que reprendre les résultats d'une négociation nationale interprofessionnelle qui se sera tenue précédemment sur le sujet (24).

En fait, ce sont les partenaires sociaux qui devront trouver les solutions pour augmenter l'implantation syndicale dans les entreprises. Bien entendu, nous ne doutons pas que les organisations syndicales de salariés déploieront tous les efforts d'imagination possibles en ce sens. En revanche, l'on peut s'interroger sur ce qui inspire et motive les organisations patronales (25).

C'est peut-être pourquoi certains préfèrent aux élections professionnelles, la mesure de l'audience par l'intermédiaire des élections prud'homales ou d'une élection spécifique organisée exclusivement en ce sens (26).

Néanmoins, quel que soit le type d'élection retenu pour mesurer l'audience électorale qui servira à établir ou non la représentativité des organisations syndicales, il faut que ces dernières soient habilitées à participer au scrutin. Ainsi, de par la loi du 20 août 2008, l'accès au premier tour des élections professionnelles n'est plus réservé aux seuls syndicats représentatifs. En effet, pour pouvoir présenter des candidats au premier tour des élections professionnelles, les organisations syndicales doivent remplir trois critères qui sont : le respect des valeurs républicaines, l'indépendance et l'ancienneté (27).

Par la suite, les organisations syndicales qui ont pu se présenter doivent avoir atteint un certain seuil pour prétendre remplir le critère de l'audience.

## B. Le seuil d'audience retenu

Pour remplir le critère de l'audience dans l'entreprise ou l'établissement, une organisation syndicale doit recueillir au moins 10 % des suffrages exprimés au

(20) Cf. *supra* Introduction.

(21) La solution retenue jusque-là par les juges était différente. La Chambre sociale de la Cour de cassation considérait qu'il n'y avait pas de syndicat majoritaire dans l'entreprise si le quorum n'a pas été atteint au premier tour des élections professionnelles. Ainsi, les accords ensuite signés dans l'entreprise devaient obtenir l'approbation de la majorité des salariés. Voir : Cass. Soc. 20 décembre 2006, Bull. V., n° 399, p. 386, Dr. Ouv. 2007 p. 329 n. A. Braun.

(22) L'éventuel abaissement du seuil d'effectif d'implantation des délégués du personnel n'est pas abordé par le texte de loi et la position commune du 9 avril dernier.

(23) Voir sur ce point : A. Bevort, article préc., Dr. Soc. juillet-août 2008, p. 823, pp. 827 col. gauche.

(24) Voir encore l'article L 2122-6 du Code du travail.

(25) Voir sur ce point notamment les développements ironiques de S. Nadal (avec E. Peskine et M. Grévy), article préc., Revue de Droit du travail juillet-août 2008, p. 431, pp. 437 et s. Voir également G. Borenfreund, article préc., RDT juin 2008, pp. 368.

(26) Voir notamment : P.-H. Antonmattei, article préc., Dr. Soc. juillet-août 2008, p. 771, pp. 773 ; C. Sachs-Durand, La légitimité syndicale, Dr. Ouv. 1993, p. 49 ; J.M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, tome 5, 2<sup>ème</sup> éd., vol. I, *Traité de droit du travail*, 1987, Dir. G.H. Camerlynck, pp. 495 et s.

(27) Voir l'article L 2314-3 du Code du travail. Pour une étude de ces différents critères Cf. *infra* II. Ces trois critères doivent également être établis pour pouvoir constituer une section syndicale dans l'entreprise et désigner un représentant de celle-ci. Voir les articles L 2142-1 et L 2141-1-1 du Code du travail.

premier tour des élections professionnelles (28). Au niveau de la branche professionnelle et au niveau national et interprofessionnel, ce seuil est de 8 % (29). L'article L 2122-11 du Code du travail énonce qu'après avis du Haut conseil du dialogue social (30), le ministre chargé du travail arrête la liste des organisations syndicales reconnues représentatives à ces deux niveaux.

Il convient à ce propos de préciser que les résultats obtenus dans les différents établissements et entreprises vont être consolidés, *a priori*, par le ministère du travail pour pouvoir s'appliquer dans les branches d'activité et au niveau national et interprofessionnel (31). C'est un futur décret qui déterminera les modalités de recueil et de consolidation des résultats électoraux (32).

D'ores et déjà, nous pouvons affirmer que la tâche ne sera pas aisée. Ce travail de recouvrement et de consolidation sera délicat (33). Cela d'autant plus que la pratique des listes communes est autorisée par l'article L 2122-3 du Code du travail (34).

Ces seuils de 10 et 8 % sont difficiles à atteindre même s'ils se rapportent aux suffrages exprimés et non aux électeurs inscrits (35). Le législateur semble encourager un mouvement de regroupement ou de fusion des organisations syndicales (36). Celui-ci a visiblement débuté puisque les dirigeants de l'UNSA et de la CFE-CGC ont pris des contacts en ce sens (37). Il faut dire que chaque voix comptera pour les organisations syndicales présentes dans les entreprises françaises (38). Le degré d'implantation électorale des syndicats tels que l'UNSA ou SUD sera enfin connu avec précision.

Le seuil de 10 % des suffrages exprimés concerne en outre, et c'est une nouveauté de taille, le ou les délégués syndicaux. En effet, selon l'article L 2143-3 du Code du travail, seul le candidat qui a recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés à l'élection professionnelle de référence (39) peut être désigné délégué syndical. Ce seuil doit donc être franchi personnellement par le futur délégué syndical, ce qui signifie qu'il n'est plus seulement désigné mais également, d'une certaine manière, élu (40).

De plus, l'audience électorale va devenir un critère de validité des accords collectifs et des conventions collectives (41). En effet, qu'il s'agisse d'un accord interprofessionnel, de branche, de groupe, d'entreprise ou d'établissement, celui-ci ne pourra entrer en vigueur que si les organisations syndicales signataires du texte ont recueilli au minimum 30 % des suffrages exprimés aux élections professionnelles (42). Certes, l'accord ou la convention ne doit pas faire l'objet d'une opposition d'une ou de plusieurs organisations syndicales de salariés ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés à ces élections (43). Mais l'opposition doit être exprimée dans un délai particulièrement bref allant de huit jours pour les accords d'entreprise, d'établissement et de groupe, à quinze jours pour les autres (44).

En somme, l'audience électorale est devenue un enjeu majeur dans le paysage du droit du travail actuel. Ce critère joue un rôle essentiel car il mesure la légitimité électorale de l'organisation syndicale. Mais le législateur a énoncé d'autres critères qui tendent tous, plus ou moins directement à mettre en avant une autre partie tout aussi fondamentale de la représentativité syndicale. Il s'agit de ce que l'on peut nommer la légitimité sociale.

(28) Article L 2122-1 du Code du travail. Il en va également de même au niveau du groupe, par addition de l'ensemble des suffrages obtenus dans les entreprises ou établissements concernés. Voir l'article L 2122-4 du Code du travail.

(29) Articles L 2122-5 et L 2122-9 du Code du travail. Il est à noter que la position commune du 9 avril 2008 n'envisageait ce seuil de 8 % qu'à titre provisoire ce qui n'est donc plus le cas dans la loi du 20 août 2008.

(30) Celui-ci comprend des représentants des organisations représentatives d'employeurs et de salariés au niveau national et interprofessionnel, des représentants du ministre chargé du travail et des personnalités qualifiées.

(31) La position commune du 9 avril 2008 énonce explicitement que ce travail sera effectué par le ministère.

(32) Projet de décret pris en application de la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale. Voir Liaisons sociales - Quotidien du 24 septembre 2008.

(33) Voir en ce sens : P.-H. Antonmattei, article préc., Dr. Soc. juillet-août 2008, pp. 773 col. gauche.

(34) Dans ce cas, la répartition des suffrages se fait sur la base indiquée par les organisations syndicales. Sinon, elle se fait à part égale entre les organisations concernées.

(35) Précisons que le seuil retenu dans le rapport remis au premier ministre par Raphaël Hadas-Lebel en mai 2006 (Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales) et dans l'avis du Conseil économique et social (consolider le dialogue social) de novembre 2006 était seulement de 5 %.

(36) En ce sens notamment : A. Bevort, article préc., Dr. Soc. 2008, pp. 829 et s. ; G. Borenfreund, article préc., RDT 2008, pp. 364 ; M. Rasselet, article préc., LPA 21 mars 2008, pp. 9 col. Droite.

(37) Voir : A. Bevort, article préc., Dr. Soc. 2008, pp. 830.

(38) Peut-être que la CGT et la CFDT se sentent avec certitude capables d'atteindre les seuils de 10 et 8 %. Cela expliquerait en partie le fait qu'elles soient les seules signataires de la position commune du 9 avril 2008 à l'origine de la loi du 20 août 2008.

(39) *A priori*, celle des membres titulaires du comité d'entreprise. Cf. *supra* A. de ce I.

(40) Cette disposition s'applique de même au délégué syndical supplémentaire prévu dans les entreprises de 500 salariés et plus (article L 2143-4 du Code du travail), au délégué syndical central (article L 2143-5 du même code), et même au représentant syndical au comité d'entreprise (article L 2324-2 du même code) alors que ce dernier est censé porter l'opinion du syndicat indépendamment de la représentation élue du personnel. Voir sur l'ensemble de cette question : M. Grévy, E. Peskine, S. Nadal, article préc., RDT 2008, pp. 434.

(41) Cf. *supra* note 21.

(42) Respectivement articles L 2232-2, L 2232-6, L 2232-34 et L 2232-12 du Code du travail.

(43) Quel que soit le nombre de votants.

(44) Voir sur l'ensemble de cette question : G. Borenfreund, article préc., RDT 2008, pp. 368 et s.

## II. La légitimité sociale

L'article L 2121-1 du Code du travail dispose que la représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après sept critères cumulatifs. Outre l'audience, le législateur énonce le respect des valeurs républicaines, l'indépendance, la transparence financière, une ancienneté minimale de deux ans, l'influence, les effectifs et les cotisations. *A priori*, ces critères ont tous la même importance puisqu'ils sont cumulatifs (45). L'énumération du législateur semble également aléatoire dans le sens où l'on ne perçoit pas, de prime abord, les liens très étroits qui unissent ces critères. A notre sens, ces six critères emportent, d'une certaine manière, la même démonstration. Chaque critère met en avant ce que l'on a pu appeler l'authenticité syndicale et que nous proposons de nommer la légitimité sociale (46). En effet, une organisation syndicale représentative ne doit être soumise, ni à l'employeur, ni à un parti politique ou une société commerciale. Cette légitimité sociale doit donc exister au plan financier (A.) et au plan de l'action (B.).

### A. La légitimité sur le plan financier

Trois critères énoncés à l'article L 2121-1 du Code du travail tendent à asseoir la légitimité financière d'une organisation syndicale de salariés : les effectifs d'adhérents et les cotisations, la transparence financière et l'indépendance.

Les effectifs et les cotisations faisaient partie de l'article L 133-2 du Code du travail, deux critères *a priori* distincts. Aujourd'hui le législateur, reprenant la formulation de la position commune du 9 avril 2008, joint explicitement et à juste titre ces critères (47). En effet, le nombre d'adhérents conditionne la somme des cotisations collectées par le syndicat. Par conséquent, plus le nombre d'adhérents est important, plus la somme des cotisations est élevée, et plus la légitimité financière de l'organisation syndicale est assurée. En ce sens, les syndicats ont tout intérêt à renouer avec un syndicalisme qui débouche sur des adhésions (48).

Certes, ce critère qui doit être rempli comme tous les autres pour pouvoir accéder à la représentativité, sera certainement toujours apprécié de manière relative par rapport à d'autres éléments (49). En effet, le taux de syndicalisation est particulièrement faible dans le secteur privé français. Il est donc difficile de ne pas pondérer le critère des effectifs et des cotisations en tenant compte, par exemple, du taux de syndicalisation dans l'entreprise concernée. Mais pour opérer cette pondération encore faut-il connaître avec précision le nombre d'adhérents et donc de cotisants, ce qui n'est pas toujours évident.

Cet état de fait va devoir évoluer avec l'apparition du critère de la transparence financière (50). A ce titre, l'article L 2135-1 du Code du travail dispose que les syndicats professionnels sont tenus d'établir des comptes annuels dans des conditions fixées par décret (51). L'article suivant du même Code énonce notamment l'obligation d'établir des comptes consolidés (52).

Un parallèle peut ici être établi entre les organisations syndicales de salariés représentatives, et les partis politiques ou les sociétés commerciales qui ont également ce type d'obligations qui pèsent sur elles. Néanmoins, si le futur décret fixant les conditions de mise en œuvre de cette transparence financière allait jusqu'à prévoir la certification légale des comptes par un commissaire aux comptes, cela signifierait que les organisations syndicales devraient respecter à l'avenir les règles du plan comptable général.

Surtout, l'exigence de cette transparence financière risque de mettre en péril l'existence du critère de l'indépendance (53). La représentativité du syndicat contient un aspect financier indéniable. L'indépendance d'un syndicat se mesure en partie à l'aune de sa capacité à être financé par lui-même et non pas par l'employeur ou un quelconque autre organisme (54). Or, depuis de nombreuses années, certains employeurs ont mis en place des formes de contributions à destination des

(45) Cf. *supra* introduction.

(46) En ce qui concerne l'utilisation du terme d'authenticité, Voir entre autres : J.M. Verdier, article préc., Dr. Soc. mars 2003, p. 298, pp. 300 ; S. Yannakourou, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur – étude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, Paris, LGDJ, préf. A. Lyon-Caen, bibliothèque de droit privé tome 247, 1995, pp. 171 et s.

(47) Voir déjà en ce sens : J.M. Verdier, ouv. préc., 1987, n° 172 bis.

(48) Voir notamment : S. Nadal, E. Peskine, M. Grévy, article préc., RDT 2008, pp. 437 et s. Une piste à suivre en ce sens serait peut-être de mettre en place une sorte de syndicalisme de service.

(49) Voir par exemple : Cass. Soc. 31 octobre 2000, CSBP n° 127, S 125 ; Cass. Soc. 3 mai 2001, CSBP n° 127, S 382 ; CE 2 juillet 2007, RJS 2007, n° 1198, p. 947. Voir également : G. Borenfreund, la représentativité des salariés et l'idée de représentation, Dr. Soc. 1991, p. 694.

(50) En ce sens : A. Bevor, article préc., Dr. Soc. 2008, pp. 826.

(51) La position commune du 9 avril 2008 utilise le vocable de comptes certifiés annuels.

(52) La consolidation des comptes résulte des articles L 233-16 et s. du Code de commerce et fait obligation à toute entreprise détenant le contrôle d'autres entreprises ou exerçant sur elles une influence notable d'établir notamment des comptes consolidés. Selon une définition usuelle, « l'objet des comptes consolidés est de présenter la situation financière d'un groupe de sociétés comme si celles-ci ne formaient qu'une seule et même entité » (P. Vernimmen, *Finance d'entreprise*, Dalloz, glossaire, p. 953). Selon nous, ce nouveau critère risque d'être la source d'un contentieux non négligeable initié par les employeurs.

(53) Critère de l'indépendance dont nous pouvons rappeler qu'il est présumé être rempli par le syndicat. Voir en ce sens notamment : Cass. Soc. 22 juillet 1981, D. 1982, IR, p. 391, obs. Ph. Langlois.

(54) Nous nous permettons de renvoyer à notre étude : Le critère de l'indépendance au sein de l'article L 133-2 du Code du travail, Dr. Ouv. 2003, pp. 135 et s.

organisations syndicales dont la plus connue est certainement le chèque syndical (55).

Si l'attribution de ce type de financement patronal n'entraîne pas systématiquement la perte de l'indépendance du syndicat (56), encore faut-il, que l'employeur respecte le principe d'égalité entre les différentes organisations syndicales (57).

Or, l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 10 octobre 2007 énonce dans son attendu de principe que « *ni l'article 6 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, ni l'article 6 du préambule de la Constitution, ni l'article L. 120-2 du Code du travail, ne font obstacle à ce qu'un accord collectif établisse des règles de répartition inégalitaire d'une contribution au financement du dialogue social entre les organisations syndicales représentatives, dès lors, d'une part, que cette répartition n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer à quiconque l'adhésion ou le maintien de l'adhésion à une organisation syndicale, aucune organisation syndicale représentative n'en étant exclue, et que, d'autre part, la différence de traitement est justifiée par des raisons objectives matériellement vérifiables liées à l'influence de chaque syndicat dans le champ de l'accord* » (58).

Le raisonnement des hauts magistrats n'emporte pas entièrement la conviction. En particulier, on peut se demander en quoi l'influence se justifie par des raisons objectives et matériellement vérifiables. Le critère de l'influence est par nature flou (59). Ensuite, ce financement patronal n'est prévu que pour les organisations syndicales représentatives, c'est-à-dire, celles qui remplissent l'ensemble des critères énoncés aujourd'hui à l'article L. 2121-1 du Code du travail. Or, la loi du 20 août 2008 a mis en place trois critères qui permettent à une organisation syndicale certes non représentative, de créer une section syndicale et de désigner un représentant de celle-ci et également de présenter des candidats au premier tour des élections professionnelles (60). Les organisations syndicales remplissant ces trois critères ne doivent pas être écartées d'un procédé de financement patronal sous peine de heurter le principe d'égalité (61). D'ailleurs, la Cour de cassation énonce qu'un accord ne peut exclure un syndicat représentatif du bénéfice d'une prérogative qu'il accorde

aux organisations syndicales représentatives au plan national (62).

Indépendance financière, transparence financière, effectifs et cotisations sont des critères qui établissent en partie l'existence de la légitimité sociale d'une organisation syndicale de salariés. Toutefois, cette notion connaît un second volet auquel sont associés d'autres critères.

## **B. La légitimité sociale sur le plan de l'action**

La légitimité sociale d'une organisation syndicale est mise à l'épreuve sur le plan financier comme nous venons de le voir mais également sur le plan de l'action. Ici encore, c'est avant tout l'indépendance du syndicat qui est en jeu (63). Indépendance par rapport à l'employeur bien évidemment, mais également indépendance par rapport à tout autre organe comme un parti politique ou une société commerciale.

A ce titre, la loi du 20 août 2008 fait référence à trois critères qui entrent dans ce champ. Il s'agit de l'ancienneté, de l'influence et du respect des valeurs républicaines.

Le critère de l'ancienneté existait déjà sous l'ancien article L. 133-2 du Code du travail. Il était rattaché à l'expérience. L'article L. 2121-1 du Code du travail précise aujourd'hui que cette ancienneté minimale du syndicat pour être représentatif est de deux ans à compter de la date de dépôt légal des statuts de celui-ci. Il abandonne également la mention relative à l'expérience. Autrement dit, une organisation syndicale nouvellement créée doit obligatoirement patienter deux ans avant de pouvoir prétendre être représentative, ou même avant de pouvoir présenter des candidats au premier tour des élections, ou de constituer une section syndicale (64). L'on se méfie en quelque sorte des organisations syndicales nouvellement créées, notamment celles qui auraient tendance à se constituer quelques jours ou quelques semaines avant un nouveau scrutin électoral. Il est en effet concevable d'imaginer qu'une constitution aussi tardive du syndicat puisse, le cas échéant, être sollicitée par l'employeur et que l'organisation en question soit ainsi un « syndicat-maison » (65).

(55) Voir notamment : G. Auzero, Les accords d'entreprise relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel, Thèse, Bordeaux IV, Dir. J. Pélissier, 1997, pp. 342 et s. ; S. Nadal, E. Peskine, M. Grévy, article préc., RDT 2008, pp. 438 et s. L'employeur peut également mettre à la disposition d'une organisation syndicale du personnel de l'entreprise ou effectuer directement des versements.

(56) Voir : Cass. Soc. 10 octobre 2007, Dr. Soc. 2008, p. 111 avec la chronique de G. Borenfreund, Le financement des syndicats sous l'emprise de l'autonomie collective ?, p. 106 et s.

(57) Voir Cass. Soc. 10 juillet 2001, Bull. V., n° 261 ; Dr. Ouv. 2001, p. 490. Voir également : G. Borenfreund, article préc., Dr. Soc. 2008, pp. 108 et s. ; S. Nadal, E. Peskine, M. Grévy, article préc., RDT 2008, pp. 438 et s. ; P. Rennes, Représentativité : les principes de liberté et d'égalité syndicales appréciés avec raison, Dr. Ouv. 2008, pp. 115.

(58) Cass. Soc. 10 octobre 2007, Dr. Soc. 2008, p. 111, Dr. Ouv. 2008 p. 119.

(59) Cf. *infra* B. du II.

(60) Cf. *supra*. Pour mémoire, ces trois critères sont l'indépendance, l'ancienneté et le respect des valeurs républicaines.

(61) En ce sens : G. Borenfreund, article préc., Dr. Soc. 2008, pp. 107, note n° 10 ; S. Nadal, E. Peskine, M. Grévy, article préc., RDT 2008, pp. 439 et s. Contra : P. Rennes.

(62) Voir : Cass. Soc. 16 septembre 2008, Liaisons sociales, quotidien, 2 octobre 2008, p. 1.

(63) Voir notre étude préc., Dr. Ouv. 2003, pp. 136 et s.

(64) Cf. *supra*.

(65) Expression qui vise les groupements privilégiés voire suscités par les employeurs. Voir sur ce point : J.M. Verdier, article préc., Dr. Soc. 2003, pp. 302.

Néanmoins, cela est loin d'être toujours le cas, surtout lorsque les dirigeants de ce syndicat récent sont engagés de longue date dans le mouvement syndical et qu'ils ont pu faire la preuve, par le passé, de leur attachement à défendre les intérêts des adhérents et plus largement des salariés de l'entreprise (66). Dans ces conditions, l'on comprend mal pourquoi un syndicat récemment implanté dans l'entreprise serait dans l'obligation de patienter deux ans dans une antichambre qui l'empêche de fonctionner et donc d'exister. Autrement dit, on peut ne pas être convaincu par le fait que la loi du 20 août 2008 désunisse le critère de l'ancienneté et de l'expérience. En fait, l'expérience devient un élément permettant de mettre à jour l'influence d'un syndicat.

Ce dernier critère qui apparaît à l'article L 2121-1 du Code du travail n'est pas non plus une découverte. La jurisprudence avait mis en avant ce critère et en avait même fait un des deux piliers de la représentativité syndicale (67). L'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 3 décembre 2002 en était une illustration (68). La notion d'influence accordait aux juges une certaine souplesse dans l'appréciation de la représentativité syndicale (69).

La loi du 20 août 2008 tente de clarifier le critère de l'influence en énonçant qu'il est prioritairement caractérisé par l'activité et l'expérience.

Tout d'abord, il convient de relever que l'utilisation de l'adverbe « prioritairement » montre que l'énumération des éléments caractéristiques de l'influence n'est pas exhaustive. La jurisprudence aura l'occasion d'ajouter d'autres paramètres à ceux cités par la loi pour définir ce que peut être la capacité d'entraînement du syndicat.

Ensuite, les deux éléments censés caractériser le critère de l'influence sont, par nature, matière à appréciation. En effet, il va de soi qu'il est impossible de savoir avec précision, et donc avec certitude, à partir de quand l'activité ou l'expérience d'un syndicat (70) est suffisante pour permettre au critère de l'influence d'être rempli. Ici encore, l'appréciation retenue par les magistrats sera essentielle.

Enfin, affirmer que l'activité caractérise partiellement le critère de l'influence risque d'encourager toutes les organisations syndicales (71) à renforcer ses actions. Par exemple, un syndicat n'aurait-il pas intérêt, dans cette

logique, à multiplier les appels à la grève, voire d'user de procédés à la limite de la légalité (72) ?

Contrairement au critère de l'influence, la loi du 20 août 2008 n'explicite pas le critère du respect des valeurs républicaines. Mais l'article 1-6 de la position commune du 9 avril 2008 énonce que le respect des valeurs républicaines implique le respect de la liberté d'opinion, politique, philosophique ou religieuse ainsi que le refus de toute discrimination, de tout intégrisme et de toute intolérance.

La jurisprudence a déjà eu à juger de l'indépendance d'un syndicat vis-à-vis d'un parti politique (73). Cette question était au centre de trois arrêts fondamentaux de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 10 avril 1998 (74). Les hauts magistrats avaient énoncé à l'époque, qu'une organisation professionnelle ne peut poursuivre d'objectifs essentiellement politiques, ni agir contrairement au principe de non discrimination. Dans le troisième arrêt, la Chambre mixte de la Cour de cassation constatait que le soi-disant syndicat n'était que l'instrument d'un parti politique qui est à l'origine de sa création et dont il sert exclusivement les intérêts et les objectifs en prônant des distinctions fondées sur la race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique.

La mention du critère du respect des valeurs républicaines vise donc notamment, à consacrer cette jurisprudence, tout en donnant aux magistrats un levier pouvant leur permettre d'écarter de la représentativité, voire même du premier tour des élections professionnelles, une organisation syndicale qui serait liée, par exemple, à une secte.

En somme, la loi du 20 août 2008 fait figure de tournant dans l'histoire de la représentativité syndicale. En fait, c'est la question de la légitimité syndicale qui est transformée. Ce réaménagement aboutit à deux conceptions de la légitimité, ce qui constitue à la fois une nouveauté et une avancée. En effet, les organisations syndicales connaissent à présent de nouvelles règles qui leur permettront d'être reconnues comme représentatives, tant sur le plan électoral que social, même si l'appréciation des critères par la jurisprudence va encore faire évoluer la notion de représentativité.

**Stéphane Michel**

(66) Pour une illustration d'un tel raisonnement : CA Paris 25 septembre 2002, RJS 2003, n° 295, p. 186.

(67) Avec le critère de l'indépendance.

(68) Cass. Soc. 3 décembre 2002, Dr. Ouv. 2003, p. 139 ; RJS 2003, n° 212, p. 143 ; Dr. Soc. 2003, p. 304 ; D. 2003 IR p. 43 ; JCP G 18 décembre 2002, p. 2265.

(69) Voir sur ce point l'étude complète de E. Letombe, La notion d'influence dans le droit de la représentativité syndicale - Etat des lieux à l'heure de la position commune du 9 avril 2008, JCP S n° 25 du 17 juin 2008, n° 319, p. 3 et s. Voir également J.M. Verdier, article préc., Dr. Soc. 2003, pp. 301 col. Droite.

(70) Ou le cas échéant de ses dirigeants en ce qui concerne l'expérience.

(71) Puisque la présomption irréfragable de représentativité n'existe plus.

(72) L'on peut également se demander si une organisation syndicale ne sera pas tentée de mettre en place un semblant d'activisme pour en quelque sorte tromper le juge.

(73) Voir sur ce point : J. Merlin, Liberté syndicale et spécialité syndicale (à propos des syndicats front national pénitentiaire et front national de la police, rapport sous Chambre mixte 10 avril 1998), Dr. Soc. 1998, p. 565 et s.

(74) Cass. Mixte 10 avril 1998, Dr. Soc. 1998, p. 565, rapport J. Merlin ; D. 1998, juris., p. 389, note A. Jeammaud ; Dr. Ouv. 1998, p. 469, note F. Saramito, M. Jacek.