

Le critère de représentativité des 10 % a pour effet de porter atteinte à la liberté syndicale de manière incompatible avec les conventions internationales

Autre regard sur le jugement du Tribunal d'instance de Brest

par Marie-France BIED-CHARRETON, Avocate au Barreau de Paris

PLAN

- I. Le critère de représentativité syndicale des 10 % est contraire à la Charte sociale européenne révisée telle qu'interprétée par le CEDS
- II. Le critère de représentativité syndicale des 10 % porte gravement atteinte à la liberté syndicale garantie par les conventions internationales
- III. Cette atteinte à la liberté syndicale ne constitue pas une restriction légitime autorisée par les conventions internationales

« *Créer n'est pas communiquer, c'est résister.* » Gilles Deleuze

Le jugement du Tribunal d'instance de Brest a été critiqué (1), voire même « condamné » (2). Il a en tout cas rarement été pris au sérieux. La Cour de cassation l'a censuré par arrêt du 14 avril 2010 (3). Et au surplus, par trois arrêts du 18 juin 2010, la Cour de cassation a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la constitutionnalité de l'article L. 2122-1 du Code du travail (4)

Et si son analyse du critère de représentativité des 10 %, comme portant atteinte à la liberté syndicale, était fondée ? Et si les conventions internationales interdisaient ce type de critère de représentativité, en tant que critère surdéterminant les autres, dès lors qu'aboutissant à une appréciation faussée de la représentativité, il jette en-dehors de l'activité syndicale effective et du dialogue social de nombreux syndicats réellement implantés parmi les salariés ? Et si cette « restriction » à la liberté syndicale était « illégitime » au sens de ces conventions ?

Cette étude, a pour objet de montrer qu'au-delà des faiblesses évidentes de rédaction de sa décision, c'est le Tribunal d'instance de Brest qui a pris la position juste, et non le législateur du 20 août 2008, ni à sa suite, la Cour de cassation : le critère de représentativité syndicale des 10 % (5) est contraire à la Charte sociale européenne révisée, telle qu'interprétée par le Comité européen des droits sociaux (I.), ce qui emporte pour conséquence qu'il porte atteinte de manière excessive à la liberté syndicale garantie par les conventions internationales (II.), sans que pour autant cette atteinte ne constitue une restriction légitime autorisée par ces conventions (III.).

La Cour européenne des droits de l'Homme nous invite, par son arrêt *Demir et Baycara* (5 bis), à nous référer non seulement à la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, mais aussi à l'ensemble des règles de droit international, et

plus spécifiquement à celles de droit européen, comme constituant un socle de garanties des droits et des libertés devant être respectées dans l'espace européen, parmi lesquelles figurent notamment les « *instruments du Conseil de l'Europe* » (6).

(1) TI Brest 27 octobre 2009, *UD FO du Finistère et a. c/SDMO et a. v. not. Dr. Ouv. 2009*, p. 623 et s. n. P. Rennes ; add. A. Braun et P. Rennes « Un sens à la représentativité syndicale » *supra* p. 405.

(2) Par la CFDT de façon officielle.

(3) Soc. 14 avril 2010 pourvoi n° 09-60426 publié au Bull. et reproduit p. 417.

(4) voir AP 18 juin 2010, trois arrêts publiés au bulletin, pourvis n° 10-40005, 10-40006 et 10-40007 et le commentaire de M.-F. Bied-Charreton, dans ce numéro p. 452 et s.

(5) mais non le principe même de la représentativité syndicale, qui n'a pas été remis en cause par le Tribunal d'instance contrairement à ce qu'affirme la Cour de cassation dans son arrêt du 14 avril 2010.

(5 bis) CEDH 12 novembre 2008, n° 34503/97, aff. *Demir et Baycara*, § b) Diversité des textes et instruments internationaux utilisés pour l'interprétation de la Convention (Dr. Ouv. 2009 p. 352, n. M. Bonnechère).

(6) Sur l'intercomplémentarité des normes internationales v. obs. M. Bonnechère ci-après p. 453 sous CEDH 21 avr. 2009, aff. *Energy Ya Pi Yol Sen c/Turquie*.

Elle nous incite ainsi de manière implicite mais nécessaire à nous inspirer de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (7), telle qu'elle est interprétée par le Comité européen des droits sociaux (CEDS) – composante du Conseil de l'Europe – en ce qui concerne la liberté syndicale et la liberté de négocier (8). Or, la jurisprudence du CEDS détermine de façon précise les conditions que doivent remplir les critères de représentativité syndicale en application de la Charte, de manière à ce qu'« une conclusion de représentativité n'équivaille pas directement ou indirectement à une entrave à la formation de syndicats », et à ce qu'une obligation de représentativité ne restreigne pas « de manière excessive la possibilité pour les syndicats de participer effectivement aux négociations collectives » (9) : ces critères doivent être préétablis, raisonnables, clairs et objectifs ; en outre, des voies de recours doivent être prévues en cas de contestation pour offrir des garanties contre des refus arbitraires de représentativité, et enfin, ces critères doivent tendre à assurer l'efficacité et la cohérence du système de négociation collective (10). Il appartient aux Etats de démontrer que leur législation remplit ces conditions.

Le CEDS a ainsi de manière évocatrice décidé que les critères de représentativité antérieurs à la loi du 20 août 2008 (11) étaient conformes aux conditions d'objectivité et de possibilité d'évaluation par le biais d'un contrôle juridictionnel (12).

Gageons dès lors que, de la même manière, il considérerait – en mettant pour le moment de côté le critère électoral des 10 % (13) pour les besoins du raisonnement – que les nouveaux critères de l'article

L.2121-1 du C. trav. (14) sont conformes à ces conditions, s'agissant d'une forme rénovée et actualisée des anciens critères, encore que les nouveaux critères soient cumulatifs et que leur application ne soit pas « pondérée » contrairement aux prévisions de la Position commune, ce qui rend plus difficile l'accès à la représentativité. La mise en œuvre de ces critères permet – sous réserve d'un examen plus approfondi qui ne peut avoir lieu ici – de rendre compte, de manière « raisonnable, claire et objective », de la crédibilité du syndicat aux yeux des travailleurs, c'est-à-dire dans l'élan même de son action, dans sa capacité à réagir aux décisions de l'employeur, et à impulser les luttes collectives correspondant aux aspirations des salariés (15).

C'est en effet, rappelons-le, de cette rencontre à caractère dynamique entre les aspirations des travailleurs et la traduction qu'en font les syndicats en termes de revendications adéquates que naît la représentativité d'un syndicat conformément à sa mission légale de défense des intérêts des salariés (16).

Le critère de représentativité tiré de l'obtention du score de 10 % des suffrages obtenus aux élections professionnelles remplit-il de la même manière les conditions de clarté, d'objectivité, d'absence d'arbitraire, et d'absence d'incidence perturbatrice sur la cohérence et l'efficacité du système des négociations, exigées par le CEDS ? Ou bien n'agit-il pas plutôt comme un trublion dans la cohérence des autres critères, venant en pervertir leur effet de sélection des syndicats véritablement représentatifs ? Il est permis de douter d'une réponse affirmative à la première question.

I. Le critère de représentativité syndicale des 10 % est contraire à la Charte sociale européenne révisée telle qu'interprétée par le CEDS

On oppose parfois au jugement du Tribunal d'instance de Brest, la décision du 21 mai 2002 dans l'affaire opposant le Conseil européen des syndicats de police à l'Etat du Portugal, par laquelle le CEDS a considéré, en application de la Charte sociale européenne, que le

critère de représentativité syndicale tiré de l'atteinte d'un score de 10 % aux élections professionnelles n'était pas contraire à la liberté syndicale. Et l'on en déduit qu'il en est de même de la mesure électoral de 10 % en France (17). Il suffit cependant de lire cette décision pour

(7) Reproduite au Dr. Ouv. 2004 p. 63.

(8) La liberté syndicale est garantie par la partie I, point 5, et la partie II, article 5 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 et la liberté de négocier par la partie I, point 6 et la partie II, article 6 de la Charte.

(9) Digest de jurisprudence du CEDS, et conclusions de la procédure des rapports citées, p. 49 et 58.

(10) *Ibid.*, p. 50 et note 162 : concl. XV-1, France, *ibid.*, p. 57 et 58, notes 178 et 182 : allusion aux concl. 2006, Albanie ; voir ces conclusions, spéc. p. 10 av.-dern. al. ; concl. XVIII-1 de la Belgique, p. 2 al. 4 ; décision du CEDS du 16 octobre 2007, Finlande, réclamation n° 35/2006, § 30.

(11) Art. L. 135-2 (anc.) C. trav.

(12) Concl. XV-1, France *ibid.*

(13) Art. L. 2122-1.

(14) Respect des valeurs républicaines, indépendance, transparence financière, ancienneté minimale de deux ans, influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, effectifs d'adhérents et des cotisations, en-dehors de l'audience électoral selon les niveaux de négociation.

(15) Ainsi d'ailleurs, la présomption irréfragable de représentativité qui n'avait plus d'intérêt que pour les syndicats d'entreprise ne représentant qu'eux-mêmes, a-t-elle pu être utilement supprimée par le législateur, du seul fait de ces nouveaux critères.

(16) Art. L. 2131-1.

(17) Par ex. : J. F. Akandji-Kombe, Tonnerre de Brest ou pétard mouillé, *in Sem. soc.* Lamy 2009, 16 novembre 2009, p. 10 et s.

s'apercevoir immédiatement qu'elle procède par la voie d'une simple affirmation, et qu'elle ne se prononce en réalité aucunement sur le caractère clair et objectif de ce critère. En outre, le contexte de l'espèce est différent de celui de la France puisque le critère électoral n'y est pas incontournable, l'accès aux négociations pouvant être obtenu autrement que par l'obtention du titre de représentativité au Portugal (18).

En réalité, le critère électoral français ne répond pas aux conditions posées par le CEDS de sorte qu'il constitue un barrage à la représentativité syndicale et, partant, une grave atteinte à la liberté syndicale, et ce essentiellement, comme on va le voir, en raison de son caractère surdéterminant et incontournable par rapport aux autres critères (19).

Les résultats électoraux ne donnent qu'une image figée, de nature photographique, de cette représentativité, n'ayant de ce fait qu'un rapport lointain avec l'activité réelle du syndicat – qui se développe dans le temps avec des hauts et des bas – et la crédibilité qui en découle auprès des travailleurs. Ces résultats rendent compte d'un vote effectué par chaque salarié dans un isolement, pendant le temps de travail, alors que celui-ci se trouve sous la subordination de l'employeur et qu'il est ainsi essentiellement préoccupé par ses soucis du moment, tels que dominés par les relations individuelles de travail (20). Dans un tel cadre, le salarié est plutôt enclin à exprimer son souci de protéger la sécurité de son emploi, de ses conditions de travail et de rémunération, en s'abstenant de voter pour une liste syndicale dont l'employeur a fait son bouc émissaire en raison de sa combativité, et en faisant porter son choix plutôt pour la liste qui est connue comme s'investissant dans les œuvres sociales du comité d'entreprise (arbres de Noël, spectacles, colonies de vacances, etc.).

Or ce même salarié peut parfaitement, lors d'une action collective ou lors de la défense d'un intérêt individuel malmené, exprimer sa confiance envers un autre syndicat, celui qui saura faire réussir les revendications, en particulier dans le cadre d'un élan collectif au cours d'une grève.

La représentativité se forge au travers de l'action syndicale qui contrebalance le lien individuel de subordination, et non au travers d'une campagne électorale. La représentativité d'un syndicat tire sa légitimité de sa mission légale de défense des intérêts des salariés, en particulier au travers de l'exercice du droit de grève et du droit de négocier des accords collectifs qui en est l'aboutissement (21), et non d'un mandat électoral donné par le vote des salariés (22). Cette représentativité est le fruit de l'indépendance du syndicat qui ne peut se marchander au cours d'une campagne électorale pour tenter de quémander des voix. Par conséquent, l'appréciation de cette représentativité par nature ne peut se faire qu'au travers de critères rendant compte de façon claire et objective du dynamisme du syndicat. Elle s'accorde mal avec un critère d'ordre électoral, à la différence de la représentativité par mandat des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise.

Le score à une élection professionnelle peut constituer un indice de l'influence d'un syndicat. Il ne peut caractériser un critère de représentativité prédominant comme l'est celui des 10 % qui doit impérativement se cumuler avec les autres critères, au point qu'un syndicat qui n'a pas obtenu ces 10 % ne peut invoquer les autres critères de représentativité. Un tel critère agit comme un couperet, alors même que, du fait de l'image photographique qu'il donne de la représentativité, il est en réalité dépourvu de clarté (23).

De même un tel critère est-il dépourvu de clarté dès lors qu'au cours du même scrutin, on présente à l'électeur deux questions de nature fort différente, l'une relative à la désignation des représentants du personnel, et l'autre, par ricochet, relative à la détermination des syndicats représentatifs dans l'entreprise, et même à la détermination des candidats à l'élection qui pourront être désignés comme délégué syndical par ces syndicats (24).

De même encore un tel critère n'est-il pas clair dès lors qu'il contraint les syndicats à obtenir 10 % des suffrages dans l'ensemble de l'entreprise ou de l'établissement, de sorte qu'ayant effectué un réel travail de défense des intérêts des salariés dans une seule catégorie

(18) Cf. cette décision, § 21, p. 12 *in fine* : les droits syndicaux sont reconnus aux associations n'atteignant pas ce degré de représentativité.

(19) Sur le caractère « prédominant » de ce critère : L. Pécaut-Rivolier et Y. Struillou, La représentation du personnel dans l'entreprise après la loi du 20 août 2008, RDT 2009, p. 490 et s. spéc. p.491, prem. col. § b.

(20) Sur le critère de représentativité syndical électoral au Canada vécu comme étant « suspect » car « altéré » par la position dominante de l'employeur au sein de l'entreprise : G. Vallée, Représentativité syndicale et négociation collective, RDT 2006, p. 412 à 414.

(21) CEDH 21 avril 2009, n° 68959/01, aff. *Energy Ya Pi Yol Sen c/ Turquie*, §24, commenté par J.P. Marguénaud et J. Mouly, *in* RDT 2009, p. 499 et s. et M. Bonnechère ci-après p. 453.

(22) Sur cette distinction entre la représentativité syndicale par nature et la représentativité par mandat : M.L. Morin, Des titulaires du droit à la négociation collective, Dr. Soc. 1988, p. 24 et s., spéc. p. 30.

(23) L. Pécaut-Rivolier et Y. Struillou, RDT 2009 *ibid.* spéc. p. 492, prem. col., dern. al., et sec. col., prem. al.

(24) Art. L. 2143-3 ; sur le caractère in conventionnel de cette disposition, voir note n° 54.

professionnelle, ils ne peuvent se voir conférer aucun titre de représentativité correspondant à la crédibilité ainsi acquise auprès des travailleurs de cette catégorie, à moins d'être dotés du statut de syndicat catégoriel (25).

De même enfin ce critère électoral est-il cette fois dépourvu de toute objectivité dès lors qu'étant insusceptible de donner une image claire de la représentativité syndicale comme on vient de le voir, il a en réalité pour finalité essentielle, non pas d'apprécier la représentativité réelle des syndicats, mais de recomposer le paysage syndical au profit des syndicats qui, dans les entreprises, obtiennent le plus facilement un score supérieur à 10 %.

Au prétexte de combattre « l'émiettement syndical », on jette en quelque sorte « le bébé avec l'eau du bain » : les syndicats crédibles, c'est-à-dire représentatifs sur le terrain, avec ceux qui ne le sont pas ; ceux qui seraient susceptibles de remplir les autres critères de représentativité avec ceux qui ne représentent qu'eux-mêmes.

Et c'est bien cela que le législateur appelle « *la rénovation de la démocratie sociale* » : il s'agit de contraindre les syndicats à des « regroupements » pour obtenir le score légal de 10 %, regroupements dont les travailleurs n'ont pourtant jamais demandé qu'ils se réalisent ; s'ils se prononcent généralement pour l'unité syndicale, ils ne sont pas pour autant favorables à la fusion des syndicats pour que ne soient plus présents dans les entreprises que les syndicats ayant les plus forts scores électoraux (26).

Cette recomposition – qui est dénuée de caractère démocratique dès lors qu'étant imposée par un critère légal de représentativité non clair, elle n'est pas le fruit du mouvement et de la créativité des travailleurs – prive de toute objectivité ce critère de représentativité, de manière rédhitoire.

Il est au demeurant significatif que, dans les pays où se pratique un critère de représentativité de nature électoral, celui-ci n'est jamais incontournable comme l'est celui des 10 % en France : le syndicat qui a une véritable implantation parmi les salariés peut toujours d'une manière ou d'une autre accéder à la table des négociations nonobstant son absence de titre de représentativité, comme on l'a vu pour le Portugal (27).

En outre, il n'est aucun pays où le critère électoral se cumule avec pas moins de six autres critères.

Il s'agit bien en France d'un critère de nature éliminatoire, et ce d'autant que, comme certains auteurs l'ont observé (28), ce chiffre de 10 % est très élevé, contrairement à son apparence. Dans une entreprise comprenant par exemple un effectif de plusieurs milliers de salariés, il n'est pas facile pour un syndicat d'être implanté de manière sérieuse dans tous les secteurs d'activités ou dans toutes les catégories professionnelles et d'obtenir ainsi ce chiffre de 10 % sur l'ensemble de l'entreprise. La division du travail induite par l'organisation de l'entreprise a pour effet de différencier fortement les conditions de travail, de rémunération et d'emploi selon les différentes catégories professionnelles : les aspirations, préoccupations, mentalités et réflexes, qu'ils soient d'ordre culturel, éthique, philosophique ou autre, s'y manifestent de manière radicalement différente. De la sorte, il peut être extrêmement difficile pour des militants syndicaux d'une catégorie de « rencontrer » – au sens syndical du terme – les travailleurs d'une autre catégorie – et donc d'y « fabriquer » la représentativité de leur syndicat. Ces militants rencontreront inévitablement des obstacles – quand ils ne sont pas d'ordre tout simplement géographique – pour traduire efficacement les aspirations de cette catégorie en revendications et en thèmes de négociation pertinents. De leur côté, les travailleurs ne leur feront pas spontanément confiance, précisément en raison de cet éloignement, dû aux cloisonnements de l'entreprise qui traversent le personnel de part en part. Pourtant mieux vaut pour les salariés une bonne activité syndicale dans un seul secteur de l'entreprise avec une bonne connaissance des conditions d'emplois propres à ce secteur qu'un travail superficiel d'implantation sur l'ensemble de l'entreprise par la voie des sempiternelles distributions de tracts aux portes de cette entreprise sans autre contact avec les travailleurs.

N'étant ni clair ni objectif, ce critère ne peut au surplus protéger les syndicats – ni les travailleurs – d'un refus arbitraire de représentativité par l'exercice d'un quelconque recours juridictionnel, puisque ce critère est lui-même intrinsèquement arbitraire : les travailleurs ne pourront jamais comprendre pour quelle raison l'octroi du titre de représentativité est accordé à un syndicat

(25) Pour cette raison, on ne peut qu'approuver le TI de Brest pour avoir vu une discrimination entre les syndicats catégoriels et les autres, contraire aux art. 11 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

(26) Voir sur cette question le commentaire de M.F. Bied-Charreton de Soc. 3 mars 2010 pourvoi n° 09-60.283, dans ce numéro p. 449 et s.

(27) Voir notamment, pour le cas des Etats-Unis et du Royaume-Uni : Représentativité syndicale et négociation collective, sous

la responsabilité de P. Lokiec et S. Robin-Olivier, RDT 2006, p. 336 et s. ; pour le cas du Portugal, décision du CEDS précitée du 21 mai 2002, *Conseil européen des syndicats de police c/ Portugal* § 21.

(28) L. Pécaut-Rivolier et Y. Struillou, RDT 2009 *ibid.* spéc. p. 491, prem. col., av.-dern. al. ; Interview de J.M. Verdier par Chronique ouvrière, Quelques interrogations sur la Position commune, p. 3.

ayant obtenu 10,01 % des suffrages et ne l'est pas à un syndicat ayant obtenu 9,99 % de ces suffrages (où est la différence de crédibilité aux yeux des travailleurs ?). En raison même de l'application automatique de ce critère, le juge ne peut lui-même apporter aucune appréciation. Il ne peut que prendre acte du score obtenu, sauf à remettre en cause la régularité des opérations électorales. Il ne peut rien faire pour sauver de l'arbitraire le syndicat victime des conséquences de son résultat électoral : en-dessous de 10 %, point de juge, point de salut.

Enfin ce critère de représentativité ne remplit pas la dernière condition prévue par le CEDS, en ce que, loin de garantir la cohérence et l'efficacité du système des négociations, il est susceptible d'avoir pour effet inverse de briser le mécanisme normal de la négociation. Dès lors que la motivation du travailleur peut être différente selon qu'il vote ou se met en grève, selon qu'il est seul face à l'employeur ou qu'il exerce avec le syndicat son droit de contester les décisions patronales, l'application du critère des 10 % aboutit à ce que les syndicats réunis autour de la table des négociations dans le cadre d'un conflit collectif (ceux qui bénéficient du titre de représentativité pour avoir atteint les 10 %) ne sont pas nécessairement ceux qui – au cours de la grève, voire de chaque grève – sont reconnus par les travailleurs pour leur sérieux et leur efficacité dans la défense de leurs intérêts par l'action collective. Et les travailleurs sont, dans ce dernier cas de figure, privés du syndicat qui les représente réellement pour faire valoir leurs revendications en tant qu'enjeux de négociation : seuls se trouvent face à l'employeur – si tant est qu'il en existe – les syndicats qui, à leurs yeux, connaissent peu ou mal, voire pas du tout, leurs aspirations et les ressorts qui les ont poussés à faire grève.

Cette situation va à l'encontre de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui a consacré le libre exercice du droit de grève comme étant indissociablement lié au droit de négocier des syndicats

(29). Que vaut un système de négociation dans lequel les syndicats qui négocient ne sont pas ceux qui représentent le rapport de force instauré par un conflit collectif ? Et dans un autre sens, que vaut le titre de représentativité d'un syndicat qui ne s'appuie pas sur ce rapport de force pour faire contrepoids à la domination de l'employeur dans le cadre d'une négociation ? La réponse à ces deux questions se résout par le constat qu'un tel système de négociation est privé de cohérence et, partant, d'efficacité : la composition de la table des négociations ne coïncide pas avec la composition du paysage syndical dans l'entreprise en terme de crédibilité s'exprimant au cours de l'exercice du droit de grève.

Au demeurant, en l'absence même d'un climat de tension collective, on peut trouver aussi cette absence de coïncidence entre la crédibilité réelle d'un syndicat telle que manifestée de manière collective par les travailleurs et la composition syndicale autour de la table des négociations. Tel est le cas du syndicat qui, bien implanté dans une catégorie, n'a pas réussi à passer la barre des 10 % dans l'ensemble de l'entreprise : cette catégorie ne peut se voir représenter aux négociations par le syndicat qui connaît bien ses conditions de travail et de rémunération pour négocier les accords collectifs qui lui sont spécifiques. A quoi servent des négociations qui n'ont pour objet, en définitive, que d'entériner les décisions déjà prises par l'employeur pour cette catégorie, en l'absence de toute possibilité pour les travailleurs de discuter efficacement ces décisions par l'intermédiaire de leur syndicat ?

Le caractère cumulatif du critère de représentativité des 10 % avec les autres critères pervertit le titre de représentativité syndicale et, partant, l'intégralité des relations sociales dans l'entreprise. Et par voie de conséquence, comme on va le voir maintenant, il porte gravement atteinte à la liberté d'exercice des droits syndicaux dans l'entreprise, tel que garanti par les dispositions conventionnelles internationales, en particulier européennes.

II. Le critère de représentativité syndicale des 10 % porte gravement atteinte à la liberté syndicale garantie par les conventions internationales

Les dispositions conventionnelles protègent cette liberté, spécifiquement sous la forme du droit pour les

salariés à constituer librement le syndicat de leur choix et à adhérer librement à un tel syndicat (30). Elles

(29) Arrêt *Energy Ya Pi Yol Sen*, ibid. § 24 et CEDH 6 février 1976, *Schmidt et Dahlström c. Suède*, § 34 : la grève « permet à un syndicat de faire entendre sa voix ».

(30) La liberté syndicale est garantie par la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (art. 11 al. 1), la Charte sociale européenne révisée de 1996 (part. I, point 5, et part. II, art. 5), la Convention n° 87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical (art. 2 à 8),

la Convention n° 98 de l'OIT sur l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective (art. 1 à 3), la convention n° 135 de l'OIT relative à la protection des représentants des travailleurs (art. 1 et 2), la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 12-1), le pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 22), et la Déclaration universelle des droits de l'Homme (art. 23-4).

protègent en outre expressément le droit de négocier (31) comme se rattachant à la liberté syndicale depuis que la Cour européenne des droits de l'Homme a posé pour principe que « *le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts énoncé à l'article 11 de la Convention* » (32). Figure également le droit de faire grève parmi les droits syndicaux se rattachant au droit de négocier, protégé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (33).

Par conséquent, ce critère de représentativité des 10 % est contraire, non seulement aux conditions posées par le CEDS pour qu'un critère de représentativité soit conforme à la Charte sociale européenne, mais aussi au principe de la liberté syndicale – dont la liberté de négocier et le droit de faire grève – en ce qu'il élimine de la scène des relations sociales des syndicats qui logiquement devraient bénéficier du titre de représentativité en raison de leur implantation, de leur crédibilité et de leur dynamisme, au lieu d'éliminer uniquement les syndicats dépourvus de base réelle parmi les travailleurs.

Car, bien entendu, un syndicat qui perd son titre de représentativité n'est plus véritablement un syndicat, non seulement parce qu'il ne peut plus négocier, mais aussi parce que, ne pouvant désigner de délégué syndical, il n'a plus la possibilité, par l'intermédiaire de celui-ci, d'exercer les prérogatives propres à tout syndicat (communiquer avec les salariés par tracts et affiches, les visiter sur leur lieu de travail, récolter les cotisations, effectuer des démarches auprès de l'employeur et de la hiérarchie, suivre la vie du syndicat à l'extérieur de l'entreprise, contacter l'inspection du travail, l'avocat, etc.) (34).

Et ce n'est pas la possibilité pour un syndicat non représentatif de constituer une section syndicale d'entreprise qui peut lui permettre de pallier l'absence de titre de représentativité puisque, d'abord, la section syndicale ne peut pas négocier (35), qu'ensuite, le représentant de section ne dispose que d'un crédit mensuel de quatre heures pour remplir son rôle en

terme d'exercice des droits syndicaux (36), et qu'enfin, ce représentant est démis de ses fonctions sitôt les élections passées s'il n'atteint pas le score de 10 % (37), et ce, jusqu'à la période de six mois précédant les prochaines élections professionnelles, c'est-à-dire pendant trois ans et demi (38). En réalité, cette section syndicale risque d'être la plupart du temps un « *lot de consolation sans lendemain* » : elle ne peut pallier à l'absence de représentativité ni même faciliter l'obtention du titre de représentativité, puisque cette section risque, à chaque élection, de se heurter à la barre des 10 % si elle ne réussit pas à s'implanter suffisamment dans l'ensemble des catégories de l'entreprise (voire dans une seule catégorie, mais alors à une écrasante majorité). Ce syndicat, dépourvu de toute possibilité réelle d'agir, est condamné à disparaître. Et les syndiqués n'ont plus qu'à se détourner de lui, comme l'a souligné le Tribunal d'instance de Brest (39).

Et à ce moment-là se manifeste inévitablement une nouvelle atteinte à la liberté syndicale. Les travailleurs qui étaient adhérents de ce syndicat sont contraints, soit de trouver un autre syndicat, soit d'abandonner tout engagement syndical. C'est ici la liberté pour un travailleur d'adhérer au syndicat de son choix qui est atteinte de plein fouet, car contrairement à ce que peuvent penser certains, un travailleur ne change pas facilement de syndicat. Le syndicat n'est pas un fournisseur de services qui peut laisser sa place au plus offrant en cas de difficulté sur « *le marché des services offerts par les syndicats* ». Un tel marché n'existe pas, les « prestations » d'un syndicat n'étant pas soumises à la loi du profit ni à celle de l'offre et de la demande, mais à l'esprit de solidarité entre travailleurs, à leur conscience de ne pas être remplis de leurs droits, et à leur volonté de résistance collective pour plus de justice dans l'entreprise, voire dans toute la société. L'adhésion à un syndicat représente pour les salariés, non seulement un choix revendicatif pour leurs intérêts matériels, mais aussi un engagement pour une conception d'un certain type de société, sous-tendue, consciemment ou non, par des préoccupations d'ordre éthique, philosophique, voire religieux.

(31) La liberté de négocier est garantie par la Charte sociale européenne révisée de 1996 (partie I, point 6, et partie II, article 6, point 6), la Convention n° 98 de l'OIT (art. 4), et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 28).

(32) Arrêt *Demir et Baycara*, *ibid.*, § 154.

(33) Arrêt *Energy Ya Pi Yol Sen*, *ibid.*, § 24 ; art. 6, point 4 de la part. II de la Charte sociale européenne révisée ; en application des art. 3.1 et 10 de la convention n° 87 de l'OIT relatifs au droit d'organisation des travailleurs, le Comité de la liberté syndicale et la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations ont posé pour principe que le droit de grève est un droit fondamental des travailleurs et de leurs organisations.

(34) Art. L. 2141-9, et L. 2142-2 à L. 2142-1.

(35) Art. L. 2142-1, al. 2.

(36) Art. L. 2142-1-3.

(37) Sur l'incompatibilité du seuil électoral pour la désignation des délégués syndicaux avec les conventions internationales, voir note n° 54.

(38) Art. L. 2142-1-1, al. 3.

(39) Notons à cet égard que le Tribunal d'instance de Brest ne considère aucunement que le retour à la présomption irréfragable de représentativité constituerait une régularisation au regard des conventions internationales. Il se borne à souligner les effets anti-syndicaux du critère des 10 %, et le syndicat FO lui-même ne demandait pas un retour à cette présomption.

Il est à craindre que le départ de travailleurs d'un syndicat qui perd son titre de représentativité ne se traduise par une désyndicalisation de pans entiers de salariés, alors même que ceux-ci n'auront pas voulu cette désertion, avec, en outre, pour conséquence, un affaiblissement généralisé d'un mouvement syndical déjà peu fourni en adhérents.

Une forte syndicalisation est un garant essentiel de la liberté syndicale en terme d'exercice des droits syndicaux. Une baisse de la syndicalisation signifie donc, non seulement que les droits syndicaux risquent d'être mis à mal, mais aussi que de nombreux travailleurs auparavant syndiqués n'ont pas trouvé le syndicat qui correspond à leur sensibilité, après avoir été contraints de quitter celui auquel ils adhéraient. Dès lors qu'elle n'est pas le fruit d'une démobilisation des travailleurs dans la défense de leurs intérêts, cette baisse de syndicalisation est nécessairement le signe d'une atteinte, non seulement, à leur liberté d'adhérer au syndicat de leur choix, mais aussi à leur liberté de constituer un syndicat de leur choix puisque, à peine né, ce syndicat a déjà pour perspective une course d'obstacles électoraux sans rapport direct avec leur activité en vue d'obtenir le titre de représentativité.

Voilà un critère de représentativité qui devait avoir pour rôle d'opérer une sélection entre les vrais syndicats (ceux auxquels doit être accordé le titre de représentativité) et les autres (ceux qui ne représentent qu'eux-mêmes), et qui a pour effet de priver des travailleurs de plus en plus nombreux de ce qui est « leur » syndicat, « leur » arme de défense collective pour contrebalancer leur état de subordination, et aussi quelque part « leur » identité, puisque c'est le syndicat dans lequel ils se reconnaissent qui disparaît, en bref celui qu'ils considèrent comme représentatif.

Il n'appartient pas au législateur, dans un Etat démocratique, de décider de la disparition de pans entiers du syndicalisme avec à la clé l'émergence éventuelle de nouveaux syndicats, par l'effet de listes électorales communes, puis de fusions plus ou moins heureuses, et la plupart du temps artificielles parce que ne procédant pas de la volonté des syndiqués eux-mêmes. Il appartient aux seuls travailleurs de composer librement le paysage syndical en fonction de leurs convictions. C'est ainsi que sont nées toutes les centrales syndicales, selon l'évolution de la composition du salariat, de l'apparition et de la disparition de couches sociales ou de statuts juridiques différents au sein de ce salariat, avec des revendications et des formes de lutte nouvelles. C'est aussi de cette manière – et de cette manière seulement – que certaines de ces organisations syndicales peuvent

disparaître. C'est cela le jeu de la vraie liberté syndicale. Elle perd toute vie si c'est le législateur qui vient transformer, par le biais d'un critère de représentativité faussé, les différentes composantes du mouvement syndical.

L'argument consistant à dire que le critère des 10 % permettrait d'éviter les accords signés par des syndicats minoritaires est mal venu, en l'état, d'une part, du caractère cumulatif des autres critères qui permet déjà une appréciation resserrée de la représentativité, et, d'autre part, de la règle selon laquelle un accord collectif d'entreprise n'est valide que s'il est signé par des syndicats ayant recueilli 30 % des voix aux élections professionnelles et qu'il n'a fait l'objet d'aucune opposition de la part de syndicats majoritaires (40). Par ce double dispositif, les accords collectifs d'entreprise sont largement « légitimés » sans qu'il n'y ait besoin encore en plus d'un critère de représentativité-couperet.

Le phénomène d'élimination syndicale n'atteint d'ailleurs pas seulement les syndicats non signataires de la Position commune. Il atteint aussi – au cœur même des confédérations syndicales signataires – des syndicats d'entreprise qui n'arrivent pas à conserver leur titre de représentativité. Il en est ainsi lorsqu'ils sont implantés dans une seule catégorie, de façon limitée d'un point de vue électoral mais de façon significative du point de vue de la défense des intérêts des travailleurs. Il en est encore ainsi d'un syndicat qui est reconnu comme étant le seul à défendre efficacement les intérêts individuels et collectifs des salariés dans une entreprise comprenant une majorité de salariés votant pour un autre syndicat en raison de leur tradition idéologique ou culturelle. N'a-t-on jamais vu des cadres voter « traditionnellement » pour la CFDT ou la CGC, mais s'adresser à la CGT lorsqu'il s'agit de les défendre contre les effets nocifs sur la santé de l'articulation des forfaits-jours avec un travail en 2 x 8 ? Dans un tel contexte, le syndicat CGT ne peut que se faire éliminer de la scène des négociations et de toute action syndicale pour peu que l'entreprise comprenne une majorité de « cadres ».

De plus, les syndicats d'entreprise conservant leur représentativité verront de façon inévitable leur propre liberté de manœuvre diminuer puisqu'il devront élaborer leur programme revendicatif, non plus de manière indépendante en fonction de ce qui leur paraît juste après avoir écouté les travailleurs, mais peu ou prou de manière électoraliste, en prenant en compte les aspirations *a minima* de ces travailleurs telles qu'elles s'expriment dans l'isoloir et non dans l'action collective. La liberté syndicale, déconnectée de la construction d'un rapport de force collectif, sera dévoyée, et là encore,

(40) Art. L. 2232-12.

l'employeur trouvera à la table des négociations des syndicats qui n'auront pas la « contre-puissance » nécessaire (41) pour faire face à sa « puissance ». C'est là une autre manière pour la liberté syndicale de subir un affaiblissement en raison du critère des 10 %, le droit de négocier étant relié, non pas à la liberté de faire grève, mais à l'emprise de l'employeur sur les salariés par le biais du lien de subordination inhérent au contrat de travail, en l'absence d'un contrepoids syndical effectif.

Enfin, dans les entreprises où il n'y a pas d'élections professionnelles, il n'y a pas de syndicats représentatifs, ce qui constitue à nouveau une atteinte à la liberté syndicale par le biais du critère de représentativité des 10 %, et ce alors même que, dans certaines d'entre elles,

cette absence d'élections est le fruit d'une volonté frauduleuse de l'employeur (42).

La loi n'a rien prévu pour permettre aux syndicats de contourner les effets nocifs de ce critère de représentativité tout-puissant, qui est en mesure de détruire tout sur son passage en terme de défense syndicale, sitôt que le syndicat ou la tentative de créer un syndicat ne rentre pas dans ce moule arbitraire des 10 %, et ce, dans le périmètre de l'entreprise ou de l'établissement. L'atteinte à la liberté syndicale est absolument évidente, de manière généralisée, et non dans le cadre limité de simples « dégâts collatéraux » comme tentent de le faire accroire certains : les mêmes causes produisent partout les mêmes effets.

III. Cette atteinte à la liberté syndicale ne constitue pas une restriction légitime autorisée par les conventions internationales

Par l'instauration de ce critère des 10 %, la loi du 20 août 2008 n'opère pas une simple « actualisation » des critères de représentativité dans la perspective d'un « développement du dialogue social au regard des évolutions actuelles de la société » (43), pour lequel le législateur aurait disposé d'une « ample marge d'appréciation » telle que reconnue par la Cour européenne des droits de l'Homme « quant à la manière d'assurer la liberté syndicale et la possibilité pour les syndicats de protéger les intérêts professionnels de leurs membres » (44). Il s'agit d'une restriction illégitime de cette liberté, interdite par les conventions internationales.

Si les conventions internationales autorisent des atteintes à la liberté syndicale, c'est uniquement, comme le rappelle l'arrêt *Demir et Baycara*, dans le cadre strict de l'article 11-2 de la Convention européenne des droits de l'Homme (45), c'est-à-dire à la condition qu'il s'agisse d'une restriction légitime à la liberté syndicale, en l'occurrence celles qui sont limitativement énumérées par cette disposition, comme devant, non seulement être prévues par la loi, mais aussi constituer « des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et des libertés d'autrui » (46). Ainsi l'ingérence de

l'Etat dans l'exercice de la liberté syndicale et de la liberté de négocier doit-elle, dans cette optique, répondre à un « besoin social impérieux » (47), et en particulier être « nécessaire dans une société démocratique » (48). En outre, ces exceptions au principe de la liberté syndicale étant d'interprétation stricte, les Etats ne disposent que d'une « marge d'appréciation réduite » pour apprécier leur nécessité (49) : cette ingérence dans la liberté syndicale doit être proportionnée au but légitime poursuivi, et les motifs invoqués par les autorités nationales doivent apparaître « pertinents et suffisants » (50).

Par son arrêt *Energy Ya Pi Yol Sen*, la CEDH a conforté ces principes en se référant explicitement à l'arrêt *Demir et Baycara* (51) pour ce qui concerne l'exercice du droit de grève comme étant l'un des aspects de la liberté syndicale. Après avoir retenu que « ce qu'exige la Convention, c'est que la législation permette aux syndicats, selon les modalités non contraires à l'article 11, de lutter pour la défense des intérêts de leurs membres », et qu'en outre, « la Charte sociale européenne reconnaît aussi le droit de grève comme un moyen d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective », elle a précisé que, dès lors que la restriction à ce droit doit être dirigée vers l'un des buts légitimes de l'article 11-2 et être nécessaire dans une société démocratique pour atteindre ces buts, il appartient à

(41) Sur cette notion de « contre-puissance » en Allemagne comme capacité à exercer une pression et une contrepression sur la partie patronale pour que celle-ci prenne au sérieux les propositions du syndicat lors des négociations : U. Wendeling-Schöder, RDT 2006 *ibid.*, p. 408 et s., spéc. p. 409, § Quels indices de la « capacité conventionnelle » d'une organisation, et p. 410 et 411, § Le pluralisme externe au DGB.

(42) L. Pécaut-Rivolière et Y. Struillou, *ibid.*, p. 491, sec. col. ; G. Borenfreund, Le nouveau régime de la représentativité syndicale, RDT 2008, p. 712 et s., spéc. p. 713 *in fine*.

(43) Position commune du 9 avril 2008.

(44) CEDH 11 janvier 2006, n° 52562/99, aff. *Rasmussen c/ Danemark*, § 58.

(45) voir aussi : Charte sociale européenne révisée, part. II, art. 5.

(46) Arrêt *Demir et Baycara*, *ibid.* § 119 et 154 ; voir aussi sur ces restrictions : Charte sociale européenne révisée, part. II, art. 5.

(47) *Ibid.* § 164.

(48) *Ibid.* § 169.

(49) *Ibid.* § 119.

(50) *Ibid.* § 119.

(51) Arrêt *Energy Ya Pi Yol Sen* § 31.

l'Etat de démontrer la nécessité dans une société démocratique de la restriction en procédant à une mise en balance des impératifs de cet article 11-2, faute de quoi il n'y a pas de besoin social impérieux (52).

Or l'atteinte à la liberté syndicale – et par voie de conséquence à la liberté de faire grève et de négocier – que constitue le critère de représentativité des 10 % par ses effets ne caractérise aucunement une restriction légitime de cette liberté répondant à un besoin social impérieux tel que prévue par les articles 11-2 de la Convention européenne des droits de l'Homme et 5 de la partie II de Charte sociale européenne. Le seuil de 10 % ne constitue nullement une « *mesure nécessaire, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et des libertés d'autrui* ». Il ne répond à aucun besoin social impérieux au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Au demeurant, le législateur – et avant lui, les auteurs de la Position commune – ne démontre aucunement qu'une telle ingérence de sa part dans l'exercice de la liberté syndicale et dans ses corollaires, la liberté de faire grève et la liberté de négocier, soit « *nécessaire dans une société démocratique* » (53). La rénovation de la démocratie sociale, en admettant même qu'elle puisse être considérée comme une restriction légitime à la liberté syndicale, n'apparaît pas comme « pertinente » dès lors qu'elle ne justifie pas que les résultats électoraux aient un impact déterminant et incontournable, tant sur le titre de représentativité des syndicats que sur leur degré d'indépendance dans la désignation des délégués syndicaux (54), au point de compromettre l'existence même de nombreux syndicats. Bien au contraire, comme il a été dit, la démocratie dans les entreprises s'oppose à ce que le législateur redécoupe d'autorité, par le biais d'un critère de représentativité dépourvu de clarté et d'objectivité, un paysage syndical, qui, par nature, est le fruit des luttes et des aspirations collectives des travailleurs.

Le vote est un droit fondamental dans une société démocratique. Cependant, lorsqu'il est organisé dans un contexte de fortes inégalités entre les citoyens, il peut être utilisé à des fins contraires à la démocratie. C'est pourquoi dans le contexte fortement inégalitaire de l'entreprise où la liberté d'expression des travailleurs est dérisoire et où le combat anti-syndical des employeurs est usuel, la présence et l'indépendance du syndicat – y compris vis-à-vis des salariés – sont si importantes pour la concrétisation d'une réelle démocratie dans l'entreprise : elles constituent, d'un côté, la garantie que les élections professionnelles sont conformes à leur fonction légale démocratique, et qu'ainsi les représentants du personnel sont indépendants de l'employeur ; elles constituent, de l'autre, la garantie que les normes conventionnelles découlant des négociations d'entreprise plongent leurs racines dans la représentativité des syndicats. Telle est l'essence même de la démocratie sociale telle qu'elle est consacrée par les arrêts *Demir et Baycara* et *Energy Ya Pi Yol Sen*, au travers des liens que cette jurisprudence dégage entre la liberté syndicale, le droit de négocier et le droit de grève.

Le critère de représentativité des 10 % revêt un caractère pernicieux parce qu'au lieu de « *renover la démocratie sociale* », il la fait tendanciellement disparaître, permettant à certains syndicats de « *dialoguer socialement* » sans autre bénéfice pour les travailleurs (55), et conduisant les autres sur la voie de l'extinction sans que les juges n'aient pu les protéger contre l'arbitraire d'un chiffre.

Et c'est malheureusement ce que ne paraît pas avoir aperçu la Cour de cassation dans ses arrêts du 14 avril 2010 et du 18 juin 2010, lesquels ne tiennent aucun compte des problèmes posés par le présent article, problèmes que rencontrent pourtant quotidiennement les organisations syndicales et les salariés dans les entreprises.

Marie-France Bied-Charreton

(52) Ibid. § 24, 26 et 32.

(53) Arrêt *Demir et Baycara*, *ibid.*, § 169.

(54) Contrairement à ce qu'a jugé la Cour de cassation dans son arrêt du 14 avril 2010, l'obligation pour les syndicats de désigner les délégués syndicaux parmi les candidats ayant obtenu le score électoral de 10 % est incompatible avec l'art. 5 de la Part. II de la Charte sociale européenne qui, selon le CEDS (Digest de jurisprudence, p. 48 *in fine*, et p. 49 al. 1 : résumés de conclusions du Comité), exige que l'indépendance soit accordée « *de manière substantielle* » aux syndicats, ceux-ci ayant « *le droit de choisir leurs propres membres et leurs représentants* ». L'art. L. 2143-3 du C. trav. constitue bien une « immixtion » dans la liberté organique des syndicats comme l'ont souligné H.J. Legrand (Les questions en suspens, Sem. soc. Lamy du 7 décembre 2009, p. 15 et s.), et P. Masson, responsable des activités Droits, Libertés et Actions juridiques de la CGT (Une brèche est ouverte, Sem. soc. Lamy du 13 octobre 2008, p. 24 et s., spéc. p. 25 *in fine*), ainsi que A. Braun et P. Rennes « Un sens à la représentativité

syndicale », ci-dessus p. 405 spec. p. 411 B La figure du représentant. Aucune jurisprudence internationale ne s'est encore prononcée sur un cas similaire à celui de l'article L. 2143-3. Si à l'occasion d'une plainte contre l'Espagne, l'organe chargé de l'OIT a affirmé que la subordination de la désignation des délégués syndicaux à la présence de représentants élus des travailleurs affiliés au syndicat auteur de la désignation n'était pas une atteinte à la liberté syndicale, cette décision ne concerne pas l'utilisation du critère électoral des 10 % et elle est en outre motivée dans le contexte particulier des relations sociales espagnoles. Ce seuil de 10 % pour la désignation des DS encourt par ailleurs les mêmes critiques que le critère électoral de représentativité dans la mesure où, n'étant ni clair ni objectif, il n'offre pas de protection juridictionnelle contre l'arbitraire et est susceptible de briser la cohérence et l'efficacité du système de négociation.

(55) voire de conclure des accords dérogatoires, tels que ceux prévus par le volet « Réforme du temps de travail » de la loi du 20 août 2008.