

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

Représentativité syndicale et égalité de traitement

par *Christophe RADÉ*, Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux

PLAN

I. L'inégalité entre syndicats représentatifs et non-représentatifs

A. Validité des différences de traitement introduites par le législateur

B. Légalité des différences introduites par les partenaires sociaux

II. Les différences de traitement introduites entre syndicats représentatifs

A. Validité des différences entre syndicats catégoriels et inter-catégoriels

B. Validité des différences selon l'audience réelle

La question de l'égalité de traitement entre syndicats est aussi ancienne, sans doute, que la question de la légalité des syndicats elle-même (1). En subordonnant l'accès à la reconnaissance juridique des syndicats à certaines formalités déclaratives, la loi du 21 mars 1884 avait, en effet, créé une première différence de traitement entre les syndicats « officiels » et ceux qui préféraient demeurer dans la clandestinité pour ne pas avoir à révéler l'identité de leurs administrateurs.

La deuxième différence de traitement fut introduite dès 1936 avec la création de la représentativité syndicale, destinée à identifier, au sein des branches professionnelles, les organisations professionnelles les plus pertinentes pour négocier des accords applicables à tous les salariés et toutes les entreprises de la branche (2). Cette différence majeure, construite autour du critère de la représentativité, s'est d'ailleurs perpétuée jusqu'à la réforme de la démocratie sociale intervenue en 2008 et pouvait même être, jusque-là, considérée alors comme une *summa divisio* du droit de la représentation collective : les syndicats représentatifs exerçaient, en effet, l'ensemble des prérogatives syndicales dans l'entreprise (droit syndical et négociation collective) et les autres syndicats n'avaient quasiment aucun pouvoir (3).

La loi du 20 août 2008, dans son volet démocratie sociale, a doublement renouvelé la question de l'égalité de traitement entre syndicats dans le cadre de la représentativité (4).

En premier lieu, l'alternative représentativité/non-représentativité s'est enrichie d'une troisième branche et d'une catégorie intermédiaire, celle des syndicats qui, par leur affiliation confédérale ou leur activité locale, ont vocation à devenir, ou redevenir, représentatifs lors de la prochaine mesure de l'audience, et qui héritent de prérogatives importantes dans les entreprises puisque, désormais, ils pourront y créer une section

(1) V. sur la question des syndicats, l'ouvrage classique de J.-M. Verdier, *Traité de droit du travail*. Tome 5. *Syndicats*, Dalloz, 1966. On observera que le thème de l'égalité n'apparaît pas dans l'index, ce qui est révélateur du caractère contemporain de la problématique. Sur l'égalité entre syndicats : G. Borenfreund, « La licéité des accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel », *Dr. soc.* 1992, p.894 ; J.-M. Verdier, « Liberté et égalité : le pluralisme syndical à l'épreuve des accords collectifs relatifs à l'exercice du droit syndical », *Mélanges Sinay*, 1994, p.69 ; G. Auzero, *Les accords d'entreprise relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel*, thèse, Bordeaux, 1997, p.256 ; G. Borenfreund, « Égalité entre syndicats, égalité dans la négociation collective », in *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2013, p.145 s. ; Y. Struillou, « Le concept politico-juridique de représentativité : clé de voûte de l'armature de l'égalité en matière syndicale », *Dr. Ouv.* 2013, p.91 ; notre étude

« L'exercice du droit syndical après la loi du 20 août 2008 : Liberté, égalité, représentativité, ou la nouvelle devise de la démocratie sociale », *Dr. Soc.* 2011, p.1229.

(2) C'est dans ce sens que Brun et Galland envisagent la question de l'inégalité de traitement : *Droit du travail*. Tome 2. *Les rapports collectifs de travail*, Sirey, 2^{ème} éd. 1978, n°765.

(3) Ainsi Brun et Galland, préc. : « L'égalité est la condition nécessaire de la liberté ; à l'évidence, si certains syndicats bénéficiaient de prérogatives exceptionnelles, c'est à eux qu'iraient les adhésions et le libre choix des syndiqués serait faussé ».

(4) V. sur le sujet notre étude, « L'exercice du droit syndical après la loi du 20 août 2008 : Liberté, égalité, représentativité, ou la nouvelle devise de la démocratie sociale », *Dr. Soc.* 2011, p.1229 ; F. Petit, « L'égalité de traitement entre les syndicats », *D.* 2002, p.34. Du même auteur, « La protection de la liberté syndicale par la Constitution », *Dr. Soc.* 2014, p.340.

syndicale et exercer toutes les prérogatives qui s'y attachent, participer au processus électoral en négociant le protocole et présenter des listes dès le premier tour afin d'y faire mesurer leur audience. La question de l'égalité de traitement entre syndicats suppose désormais que soient pris en compte ces syndicats d'un troisième type, ce qui n'est pas sans rendre l'analyse plus délicate (I).

En second lieu, l'introduction d'un critère chiffré d'audience électorale, situé à un seuil relativement bas pour la représentativité (10%), ainsi que de seuils fixés plus haut pour la validité des accords collectifs (5), a introduit de nouvelles différences de pouvoirs entre syndicats, selon leur audience, qui obligent à reconsidérer plus globalement la question des différences de traitement *entre* syndicats représentatifs (II).

I. L'inégalité entre syndicats représentatifs et non-représentatifs

Ces différences de traitement sont, tout d'abord, le fait du législateur lui-même, ce qui est susceptible de heurter un certain nombre de principes issus du droit international et du droit constitutionnel (A). Pareilles différences peuvent également résulter d'accords collectifs et dérogent alors au principe légal d'égalité de traitement entre syndicats (B).

A. Validité des différences de traitement introduites par le législateur

La question s'est d'abord posée sur le terrain du contrôle de conventionnalité (1.), avant que de connaître un épilogue sur le plan constitutionnel (2.).

1. Conventionnalité des différences

Le Comité européen des droits sociaux, en charge du respect, par les États membres du Conseil de l'Europe, de la Charte sociale européenne, a le premier considéré, en 2004, que le critère de représentativité syndicale pouvait valablement justifier des différences de traitement entre syndicats, et exclu qu'il puisse y avoir de ce fait violation des articles 5 (droit syndical) et 6 §1 (droit de négociation collective) de la Charte : « Pour rendre efficace la participation des syndicats aux diverses procédures de consultation et de négociation collective, les États parties peuvent leur imposer une obligation de représentativité, sous certaines conditions générales. S'agissant de l'article 5, il ne faut pas qu'une obligation de représentativité fasse obstacle, directement ou indirectement, à la constitution des syndicats. Pour ce qui est de l'article 6 §1, une obligation de représentativité ne doit pas restreindre de manière excessive la possibilité pour les syndicats de participer effectivement aux consultations. Pour déterminer si l'obligation de représentativité

emporte un tel effet, il est tenu compte du fait que les critères de représentativité sont prévus par la loi, qu'ils sont objectifs et raisonnables, et peuvent faire l'objet d'un recours en justice »(6).

La Cour EDH a considéré à son tour, en 2008, dans l'affaire *Demir et Baykara c/ Turquie*, que les États pouvaient réserver certaines prérogatives aux syndicats représentatifs sans porter atteinte à l'article 11 de la convention EDH (liberté syndicale) : « *Eu égard aux développements du droit du travail, tant international que national, et de la pratique des États contractants en la matière, (...) 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, étant entendu que les États demeurent libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs »* (7).

Ces arguments ont été repris par la Chambre sociale de la Cour de cassation en 2000 pour mettre un terme à la fronde bretoise et à la tentative de neutralisation des nouveaux critères de la représentativité syndicale issus de la loi du 20 août 2008 : « *Si le droit de mener des négociations collectives est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats, pour la défense de ses intérêts, énoncé à l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, les États demeurent libres de réserver ce droit aux syndicats représentatifs, ce que ne prohibent ni les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne, ni l'article 28 de la Charte des*

(5) 30% des suffrages exprimés pour la conclusion, 50% pour certains accords, éventuellement calculés sur les seuls suffrages exprimés en faveur des organisations reconnues représentatives à l'issue du premier tour, et 50% pour l'opposition.

(6) CEDS, Décision sur le bien-fondé du 07 septembre 2004, 23/2003, *Syndicat occitan de l'éducation c. France*.

(7) CEDH, 12 novembre 2008, req. n°34503/97, n°154 : D. 2009, p.739, n. J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; RDT, 2009, p.288, n. Hervieu ; JCP éd. G, 2009, II 10018, n. F. Sudre ; Dr. Ouv. 2009, p.352 n. M. Bonnechère.

droits fondamentaux de l'Union européenne, ni les conventions n°98 et 135 de l'OIT » (8).

2. Constitutionnalité des différences

Compte tenu du caractère tardif de la mise en place, en droit français, d'une question préjudicielle de constitutionnalité (applicable depuis le 1^{er} mars 2010), le Conseil constitutionnel n'a eu à connaître de cette même question qu'une fois la question de la conventionnalité réglée, ce qui n'a pas été sans incidence sur sa propre analyse. Il a, en effet, considéré que cette même différence de traitement entre syndicats représentatifs et non-représentatifs ne heurtait ni le principe d'égalité devant la loi, ni la liberté syndicale, et pour des raisons comparables (9) : 1°) il est « loisible au législateur, pour fixer les conditions de mise en œuvre du droit des travailleurs de participer, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises, de définir des critères de représentativité des organisations syndicales » ; 2°) le législateur a (...) entendu éviter la dispersion de la représentation syndicale ; que la liberté d'adhérer au syndicat de son choix, prévue par le sixième alinéa du Préambule de 1946, n'impose pas que tous les syndicats soient reconnus comme étant représentatifs, indépendamment de leur audience ; 3°) « en fixant le seuil de cette audience à 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles, quel que soit le nombre de votants, le législateur n'a pas méconnu les principes énoncés aux sixième et huitième alinéas du Préambule de 1946 ».

La question de la conformité des dispositions légales aux principes de liberté syndicale et d'égalité devant la loi étant réglée, reste à observer la situation lorsque ce sont les partenaires sociaux qui introduisent pareilles différences.

B. Légalité des différences introduites par les partenaires sociaux

La réforme de la démocratie sociale intervenue en 2008 a imposé par la loi une égalité de traitement entre syndicats représentatifs et syndicats non-représentatifs

affiliés ou implantés, désormais autorisés à exercer les prérogatives syndicales dans l'entreprise, ce qui a considérablement réduit le champ de la justification (1.). Mais cette égalité de traitement a ses limites, dans la mesure où toutes les prérogatives syndicales n'ont pas été élargies ; des différences demeurent donc pertinentes, singulièrement lorsqu'elles ont trait à la négociation collective (2.).

1. L'égalité légale

La loi du 20 août 2008 a élargi l'exercice du droit syndicat dans l'entreprise à des syndicats non-représentatifs, mais qui ont vocation à le devenir, ou à le redevenir, lors des prochaines élections professionnelles, soit en raison de leur affiliation à l'une des cinq confédérations syndicales reconnues représentatives sur le plan national et interprofessionnel, soit en raison de leur implantation dans l'entreprise (10).

L'élargissement de ces conditions d'exercice fait bien entendu difficulté dans la mesure où, antérieurement à la réforme, les accords relatifs à l'exercice du droit syndical pouvaient valablement en réserver le bénéfice aux seuls syndicats représentatifs, puisque les syndicats non-représentatifs ne pouvaient créer de section syndicale, et donc exercer aucune des prérogatives qui y étaient attachées dans l'entreprise.

La Cour de cassation a été amenée, logiquement, à imposer une application elle-même élargie des accords conclus avant 2008, s'agissant singulièrement du droit de communication syndicale dans l'entreprise, généralement via l'accès à l'intranet et à la messagerie électronique de l'entreprise (11). La Haute juridiction a considéré que cette différence de traitement mettait en jeu le principe d'égalité de traitement entre syndicats ; il nous semble, toutefois, que, s'agissant du respect des principes établis par la loi, c'est plus de *légalité* dont il s'agit.

L'application de ces accords au-delà des prévisions des parties, pour tenir compte de l'évolution du contexte légal, risque d'accroître les charges induites pour l'entreprise et d'amener l'employeur à demander la révision des accords, voire à les dénoncer purement

(8) Cass. Soc., 14 avril 2010, n° 09-60.426, publié : Dr. soc. 2010, p.647, obs. L. Pécaut-Rivolier, p.1168, chron. L. Pécaut-Rivolier et F. Petit ; RDT 2010, p.374, chron. J.-F. Akandji-Kombé ; D. 2010, p.1150, obs. B. Inès ; Dr. Ouv. 2010, p.405, n. A. Braun et P. Rennes.

(9) Décision n°2010-42 QPC du 7 octobre 2010, consid. 6 : La lettre juridique n°413 du 21 octobre 2010, et la chron. - Cons. const., 12 novembre 2010, n°2010-63/64/65 QPC : Lexbase Hebdo édition sociale n°418 du 25 novembre 2010, et la chron.

(10) Ces syndicats, qui doivent être indépendants de l'employeur et respecter les valeurs républicaines, doivent avoir une ancienneté minimale de deux ans : C. trav., art. L.2142-1.

(11) Cass. Soc., 21 septembre 2011 : La lettre juridique Lexbase n°456 du 6 octobre 2011, et la chron. Ch. Radé ; 11 janvier 2012 : Lexbase Hebdo édition sociale n°471 du 2 février 2012, chron. G. Auzero (l'accord du 22 mai 2003 accordait des droits plus importants en matière d'affichage au sein de l'entreprise et l'accord du 4 octobre 2005 fixait les moyens techniques de diffusion de l'information syndicale, notamment par l'intermédiaire d'un réseau intranet, aux salariés de l'entreprise) ; 23 mai 2012, n°11-14.930 : Lexbase Hebdo édition sociale n°488 du 7 juin 2012, chron. G. Auzero.

et simplement si aucun accord n'est possible, afin d'en renégocier l'économie générale.

2. L'inégalité conventionnelle

L'égalité dans la loi ne vaut que pour les prérogatives qui bénéficient désormais aux syndicats affiliés et implantés, ce qui n'est pas le cas de la *négociation collective* , qui continue d'être traitée différemment par le législateur, puisque, sous réserve des règles relatives à la négociation en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise, le pouvoir de négocier et de conclure des accords demeure l'apanage des syndicats représentatifs. C'est la raison pour laquelle des différences de traitement en relation avec cette différence de prérogatives peuvent être mises en place par les partenaires sociaux (12).

On s'est également demandé si les dispositions de la loi du 4 mai 2004, subordonnant l'accès à la messagerie et à l'intranet de l'entreprise à un accord collectif, ne contrarieraient pas la liberté syndicale, dans la mesure où les syndicats représentatifs, seuls à même de conclure ces accords, peuvent ainsi encadrer l'exercice de prérogatives syndicales reconnues à des syndicats

non-représentatifs. La Cour de cassation avait jugé les arguments suffisamment sérieux pour transmettre une QPC au Conseil constitutionnel (13), mais ce dernier a validé le dispositif en considérant qu'en confiant à un accord d'entreprise le soin d'autoriser la mise à disposition des publications et tracts de nature syndicale, soit sur un site syndical mis en place sur l'intranet de l'entreprise, soit par diffusion sur la messagerie électronique de l'entreprise, le législateur n'a pas opéré de conciliation manifestement déséquilibrée entre, d'une part, la liberté de communication des syndicats et, d'autre part, la liberté tant de l'employeur que des salariés (14).

De nombreux auteurs considèrent que le pluralisme syndical doit être scrupuleusement respecté par les partenaires sociaux et que l'égalité entre syndicats s'impose, en toutes hypothèses, aux partenaires sociaux, y compris pour l'attribution de prérogatives syndicales accordées au-delà du socle légal. La jurisprudence a fini par faire confiance aux partenaires sociaux eux-mêmes et par admettre que des différences de traitement puissent être instaurées, notamment pour tenir compte de l'audience réelle des syndicats dans l'entreprise.

II. Les différences de traitement introduites entre syndicats représentatifs

Le législateur lui-même a repris les propositions faites par les signataires de la position commune d'avril 2008 et réservé un régime particulier aux syndicats catégoriels affiliés (A). Les partenaires sociaux se sont également vus conférer une certaine marge opérationnelle pour moduler les moyens supplémentaires alloués par l'employeur à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise pour tenir compte de l'audience réelle des syndicats (B).

A. Validité des différences entre syndicats catégoriels et inter-catégoriels

La loi du 20 août 2008 a réservé aux syndicats catégoriels affiliés à la CFE-CGC une règle de mesure d'audience particulière pour l'établissement de l'audience de représentativité de 10%, ainsi que pour celle de conclusion (30%) ou d'opposition (50%) (15).

Ce régime dérogatoire a d'abord été validé par le Conseil constitutionnel en 2010, qui a considéré que

« les organisations syndicales qui, selon leurs statuts, ont vocation à représenter certaines catégories de travailleurs et qui sont affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale, ne se trouvent pas dans la même situation que les autres organisations syndicales », et « qu'en prévoyant que, pour les organisations syndicales catégorielles, le seuil de 10% est calculé dans les seuls collèges dans lesquels elles ont vocation à présenter des candidats, le législateur a institué une différence de traitement en lien direct avec l'objet de la loi » (16).

Il a ensuite été confirmé, sur le plan conventionnel, par la Cour de cassation en 2011 qui, au visa combiné *« des articles 11 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme, L. 2121-1, L. 2122-1 et L. 2143-3 du Code du travail »* a considéré à son tour, marchant dans les traces du Conseil, *« que les organisations syndicales qui, selon leurs statuts, ont vocation à représenter certaines catégories de travailleurs et qui sont affiliées à une confédération syndicale catégorielle*

(12) Cass. Soc., 5 avril 2011, n° 10-15.341, non publié.

(13) Cass. Soc., 11 juillet 2013, n° 13-40.021 : Lexbase Hebdo édition sociale n° 537 du 25 juillet 2013, et la chron.

(14) Cons. const., décision n°2013-345 QPC du 27 septembre 2013 : La lettre juridique n°543 du 10 octobre 2013, et le comm.

(15) Sur cette question, v. notre étude « Les syndicats catégoriels et la réforme de la démocratie sociale », Dr. Soc. 2010, pp. 821-825.

(16) Décision n°2010-42 QPC du 7 octobre 2010 : La lettre juridique n°413 du 21 octobre 2010, et la chron.

interprofessionnelle nationale, ne se trouvent pas dans la même situation que les autres organisations syndicales » et que « *dès lors, constitue une justification objective et raisonnable à la différence de traitement instituée par le législateur la volonté de prendre en compte la différence de champ statutaire d'intervention des syndicats catégoriels affiliés à une confédération catégorielle nationale pour leur permettre de participer à la négociation collective pour les catégories qu'ils ont vocation à représenter* » (17).

La Cour de cassation a, par ailleurs, validé l'exigence d'une affiliation à une confédération catégorielle représentative sur le plan national et interprofessionnel (en réalité à la CFE-CGC, qui est la seule organisation à pouvoir répondre à cette définition) comme condition supplémentaire exigée des syndicats catégoriels pour qu'ils bénéficient de la règle particulière de mesure (18), et qui a pour conséquence de traiter les syndicats catégoriels non affiliés comme des syndicats inter-catégoriels (19).

B. Validité des différences selon l'audience réelle

Il convient de distinguer l'examen des règles légales (1.) de celles des règles conventionnelles (2.).

1. Conformité des règles légales

Le Comité européen des droits sociaux a statué favorablement, en 2002, sur la conformité d'un seuil d'audience de 10% imposé par la loi portugaise pour qu'un syndicat puisse valablement exercer pleinement ses prérogatives dans la police (20).

La question s'est également posée, sur le terrain constitutionnel, après la réforme de la démocratie sociale et la modification des conditions posées à la présence de représentants syndicaux dans les comités d'entreprise dont l'effectif est d'au moins trois cents salariés (21). La Cour de cassation a commencé par

trouver, en 2010, que l'argument n'était pas sérieux et n'a pas transmis une première QPC (22), puis elle a finalement accepté de transmettre une nouvelle question, ce qui a permis au Conseil constitutionnel de valider cette disposition, considérant que le législateur n'avait « *méconnu ni le principe d'égalité entre les organisations syndicales, ni la liberté syndicale, ni aucune autre exigence constitutionnelle* » (23).

La Cour de cassation n'a pas jugé autrement lorsqu'elle a été saisie de la même question au regard des articles 11 et 14 de la Convention EDH, et a considéré que « *le choix du législateur de réserver aux seules organisations syndicales ayant des élus la possibilité de désigner un représentant syndical au comité d'entreprise ne méconnaît pas* » ces dispositions « *qui laissent les États libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial à certains syndicats en fonction de la nature des prérogatives qui leur sont reconnues* » (24).

Le législateur pouvait donc substituer au critère de représentativité celui de l'audience, mais il pouvait également ne pas le faire, ou revenir en arrière sur son choix, ce qu'il a fait d'ailleurs dans la loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, en revenant aux règles applicables avant 2008 (25).

2. Sort des règles conventionnelles

La question des différences de traitement introduites entre syndicats représentatifs par accords collectifs fait classiquement difficulté car la doctrine y voit, depuis les origines, à la fois une atteinte à la liberté syndicale, car il s'agit d'orienter le vote des salariés en rendant l'adhésion à certains syndicats plus attractive (26), et de déroger à un principe d'ordre public qui voudrait que les syndicats représentatifs doivent tous être traités pareillement, à l'image des dispositions légales qui ne les différencieraient pas.

(17) Cass. Soc., 2 mars 2011, n°10-60214, non publié ; 14 décembre 2011, n°10-18.699 : Hebdo édition sociale n°468 du 12 janvier 2012, et la chron.

(18) Cass. Soc., 28 septembre 2011, n°10-19.113 : Dr. Ouv. 2012, p.27 n. C. Saltzmann ; Lexbase Hebdo social n°457 du 12 octobre 2011, et la chron.

(19) Ce qui est problématique puisqu'en tant que syndicats catégoriels, ils n'ont pas vocation à présenter de listes dans tous les collèges.

(20) CEDS, Décision sur le bien-fondé du 21 mai 2002, n°11/2001, *Conseil européen des syndicats de police c. Portugal*.

(21) On sait que cette règle a fini par être abandonnée par l'article 30, XX, de la loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, qui a rétabli le régime antérieur à 2008 et le critère de représentativité syndicale.

(22) Cass. Ass. Plén., 18 juin 2010, n°10-14.749 : Lexbase Hebdo social n°403 du 13 juillet 2010, et la chron.

(23) Cons. const., décision n°2011-216 QPC, 3 février 2012, *M. Franck Simon*, consid. 5 : Dr. Ouv. 2012, p.673 n. P.Y. Gahdoun ; Lexbase Hebdo édition sociale n°473 du 16 février 2012, et la chron.

(24) Cass. Soc., deux arrêts, 24 octobre 2012, n°11-25.530, publié et n°11-18.885, FS-P+B publié : Dr. Ouv. 2012 p.745, n. M.F. Bied-Charreton ; Lexbase Hebdo édition sociale n°505 du 15 novembre 2012, et la chron.

(25) Sur ces dispositions, v. le commentaire de Gilles Auzero dans Lexbase Hebdo édition sociale n°563 du 20 mars 2014. On observera d'ailleurs que cette loi n'a pas été déférée au contrôle initial du Conseil constitutionnel, ce qui ouvre largement la voie à d'éventuelles QPC.

(26) V. en ce sens l'analyse de Brun et Galland, préc., s'agissant du critère de représentativité : « *L'égalité est la condition nécessaire de la liberté ; à l'évidence, si certains syndicats bénéficiaient de prérogatives exceptionnelles, c'est à eux qu'iraient les adhésions et le libre choix des syndiqués serait faussé* ». Dans le même sens : G. Borenfreund, Dr. Soc. 1992, préc. ; M. Grévy, E. Peskine, S. Nadal, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008 », RDT 2008, pp.431 et s.

Dès avant la réforme de la démocratie sociale, la Cour de cassation avait admis, à partir de 2007, que des différences de traitement puissent être opérées entre syndicats représentatifs pour tenir compte de leur audience électorale réelle, et ce pour moduler le financement du dialogue social ; la Haute juridiction ayant considéré « *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 inégale 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* » (27).

Cette solution a été reprise après la réforme de 2008 dans un arrêt du 29 mai 2013, la Chambre sociale de la Cour de cassation ayant admis qu'un accord collectif puisse introduire des différences de traitement entre syndicats représentatifs (28). Il s'agissait, dans cette affaire, d'un accord collectif signé en 2012 au sein de la société Axa France, qui prévoyait la possibilité, pour les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, de désigner, en sus du délégué syndical central institué par l'article L. 2143-5 du Code du travail, un délégué syndical central supplémentaire lorsque l'organisation syndicale était représentative dans cinq ou six établissements, et deux délégués syndicaux centraux supplémentaires lorsque l'organisation syndicale était représentative dans au moins sept établissements. La Haute juridiction a considéré « *qu'une disposition conventionnelle plus favorable peut instaurer, pour son application, une différence de traitement entre syndicats représentatifs dès lors, d'une part, que la disposition ne prive pas ces syndicats de l'exercice de leurs droits légaux, et, d'autre part, que cette différence est justifiée par des raisons objectives matériellement vérifiables liées à l'influence de chaque syndicat en rapport avec l'objet de l'accord* ».

Contrairement aux doutes et réserves parfois émises, il nous semble que la prime à l'audience est justifiée, car

le Code du travail lui-même fait varier les prérogatives des syndicats représentatifs en fonction de leur audience, loin de l'idée d'un traitement parfaitement uniforme de tous les syndicats représentatifs. L'influence du syndicat, qui constitue l'un des sept critères de la représentativité syndicale exigé par l'article L. 2121-1 (6°) du Code du travail, doit ainsi être appréciée globalement en tenant compte de l'audience réelle du syndicat, au-delà du seuil minimum de 10% , de ses effectifs d'adhérents, de ses cotisations et de son ancienneté, dès lors que celle-ci sera supérieure à deux ans (29). Par ailleurs, les seuils d'audience fixés à 30% des suffrages exprimés, pour la conclusion d'un accord collectif, et à 50% pour s'opposer, ainsi que les nouveaux seuils majoritaires imposés par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 pour la conclusion des accords de mobilité interne ou des accords de maintien de l'emploi, investissent les syndicats qui remplissent ces conditions de responsabilités particulières dans la négociation, qui peuvent se trouver conduits à déployer une activité plus importante dans l'entreprise, notamment pendant les phases de négociation, justifiant alors que des moyens supplémentaires leur soient accordés.

En affirmant que c'est au législateur, et à lui seul (ces règles légales là étant d'ordre public), qu'il appartient de fixer les conditions d'attribution des moyens *légaux* réservés aux syndicats, mais que les partenaires sociaux disposent d'une certaine marge d'appréciation pour attribuer les avantages supplémentaires accordés par l'employeur, entreprise par entreprise, voire branche par branche, il nous semble que la Cour de cassation a choisi la juste voie, sans traiter la question des moyens syndicaux avec trop de raideur, et en faisant confiance à la négociation collective.

Conclusion. La possibilité reconnue au législateur de rompre avec l'égalité des droits pour entrer dans une logique de différenciation raisonnée, tout comme celle, qui lui fait écho, désormais reconnue aux partenaires sociaux, témoigne de la maturité acquise par le principe d'égalité. Il appartiendra au juge de vérifier, lorsque le traitement juridique sera différencié, que de justes motifs existent, et que les différences constatées sont proportionnées aux différences de situation constatées. Il ne s'agit donc pas de « donner un chèque en blanc » aux partenaires sociaux ; que ceux qui pouvaient s'en inquiéter se rassurent !

Christophe Radé

(27) Cass. Soc., 10 octobre 2007, n°05-45.347, publié : La lettre juridique Lexbase n° 278 du 25 octobre 2007, chron. G. Auzero ; Dr. Soc. 2008, p. 106, chron. G. Borenfreund ; RDT 2013, p. 639, n. I. Odoul-Asorey ; Dr. Ouv. 2008, p. 113 n. P. Rennes.

(28) Cass. Soc., 29 mai 2013, n° 12-26.955, publié : Dr. Soc. 2013 p. 597, rapport L. Pécaut-Rivolier, p. 604, n. Ch. Radé ; JCP S 2013, 1296, n. L. Dauxerre.

(29) Cass. Soc., 29 février 2012, n°11-13.748, publié. Sur le rôle du critère de l'effectif : Cass. Soc., 14 novembre 2013, n°12-29.984, publié : Lexbase Hebdo édition sociale n° 549 du 28 novembre 2013, et la chron.