

## **Les relations collectives de travail**

En quoi consistent les relations collectives de travail ? Elles concernent, non plus les rapports entre l'employeur et les salariés en tant que parties au contrat de travail, mais les relations entre l'employeur et la collectivité des travailleurs. C'est la communauté de travail qui est l'objet de cette partie du droit du travail. Les salariés, à partir d'un certain nombre, peuvent avoir des représentants qu'ils élisent, qui sont leur relai auprès de l'employeur sur toutes les questions qui intéressent la communauté de travail (en matière sociale, économique, en matière de santé, de sécurité...). Les intérêts des salariés peuvent par ailleurs être défendus par des organisations syndicales présentes dans l'entreprise. Ce sont elles, en principe, qui négocient les accords collectifs de travail (ou conventions collectives) qui ont vocation à s'appliquer, là encore, à la collectivité des salariés.

Toutes les entreprises sont concernées : si les syndicats sont en pratique surtout présents dans les grandes entreprises et dans quelques moyennes entreprises, la représentation élue est prévue dans toutes les entreprises d'au moins onze salariés. Quant à la négociation collective, elle se déroule dans les moyennes et dans les grandes entreprises mais la conclusion d'accords collectifs est aujourd'hui rendue possible dans toutes les entreprises dès lors qu'elles comptent au moins deux salariés.

Le droit des relations collectives de travail a été réformé en profondeur ces quinze dernières années. Le droit syndical a été réorganisé par la loi du 20 août 2008. Les institutions représentatives du personnel ont été radicalement transformées par l'une des ordonnances du 22 septembre 2017 qui en a remplacé les institutions préexistantes – le comité d'entreprise, le CHSCT et les délégués du personnel – par le comité social et économique (CSE). Quant au droit de la négociation collective, il a été substantiellement modifié par la loi Travail du 8 août 2016 puis, plus encore, par une autre des ordonnances du 22 septembre 2017.

### **Première partie La représentation syndicale**

C'est l'une des libertés les plus chèrement acquise : la liberté syndicale a été reconnue en pleine révolution industrielle par une loi du 21 mars 1884. On sait que, depuis l'interdiction des corporations au lendemain de la révolution de 1789, le législateur était hostile aux groupements professionnels et plus généralement à toute forme d'association

si l'on excepte les sociétés. La liberté d'association ne sera d'ailleurs consacrée que plus tardivement encore, par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901. En 1884, c'est donc un progrès social considérable que de permettre aux ouvriers de se constituer en syndicats pour défendre leurs intérêts face à des patrons tout puissants. Il faut se souvenir que, à cette époque, le droit du travail comme on le connaît aujourd'hui n'existe pas et que seules quelques lois ouvrières ont été adoptées depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle.

Après la seconde guerre mondiale, la liberté syndicale est affirmée dans le préambule de la constitution de 1946 et est en conséquence aujourd'hui intégrée au bloc de constitutionnalité. A la même époque, l'Organisation internationale du travail (OIT) a adopté deux conventions, en 1948 et en 1949 : la convention 87 relative à la liberté syndicale et à la protection du droit syndical et la convention 98 concernant l'application des principes de négociation collective, toutes deux ratifiées par la France en 1951. Sur le plan international, la liberté syndicale est également proclamée à l'article 23 de la Déclaration universelle des droits de l'homme en des termes repris mot pour mot à l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle est inscrite aussi à l'article 12 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Si la liberté syndicale présente un caractère fondamental pour tous les travailleurs subordonnés – salariés comme agents publics – la liberté de se grouper pour défendre des intérêts professionnels concerne, au-delà, les travailleurs indépendants ainsi que les employeurs eux-mêmes. On parle plus volontiers, en ce qui les concerne, d'organisations professionnelles plutôt que d'organisations syndicales ; mais les principes sont voisins. Dans tous les cas, la liberté syndicale est une liberté à la fois positive et négative, individuelle et collective. Positivement, c'est la liberté d'adhérer à un syndicat. Négativement, c'est la liberté de ne pas se syndiquer ; ce qui n'est pas partout le cas.

D'un point de vue collectif, la liberté syndicale implique la liberté de constituer des syndicats, sous réserve de respecter des conditions pour que le groupement se voie reconnaître cette qualité. La liberté de constitution des syndicats est garantie par la convention 87 de l'OIT qui dispose que la création d'un syndicat ne doit dépendre d'aucune autorisation préalable. Dans son aspect individuel, la liberté syndicale est celle, pour les travailleurs comme pour les employeurs, de s'affilier à un syndicat de leur choix. A cet égard, peuvent adhérer à un syndicat non seulement les travailleurs actifs mais également les retraités et les travailleurs sans emploi, non seulement les travailleurs du secteur privé et les agents du secteur public. Cette liberté n'est plus refusée aujourd'hui qu'aux officiers ministériels (notaires, huissiers de justice et commissaires-priseurs) et aux membres du corps préfectoral. Elle était également refusée aux militaires jusqu'à un arrêt de la CEDH du 2 octobre 2014 qui a jugé contraire

à l'article 11 de la Convention européenne l'interdiction absolue des syndicats au sein de l'armée. Prenant acte de cette décision, une loi du 28 juillet 2015 a organisé une représentation collective des militaires sous une forme associative très nettement inspirée du modèle syndical.

Le caractère fondamental de cette liberté fonde, toujours au plan individuel, une protection particulière des salariés syndiqués. C'est le droit des discriminations qui déploie ici ses règles pour sanctionner, sur le terrain civil et pénal, les décisions de l'employeur prises sur le fondement de l'appartenance syndicale, *a fortiori* de l'activité syndicale. Les discriminations syndicales n'en demeurent pas moins fréquentes, ce qui montre, comme souvent, l'insuffisance de la démarche répressive. Depuis quelques années, les partenaires sociaux abordent autrement la question en faisant en sorte de valoriser les engagements et les parcours syndicaux. Une autre garantie pour la protection des salariés syndiqués est le caractère d'ordre privé de l'adhésion syndicale. La Cour de cassation, en particulier dans un arrêt du 8 juillet 2009, a rattaché cette adhésion à la vie personnelle du salarié, s'opposant en conséquence à ce que l'identité des salariés soit rendue publique dans le cadre d'un contentieux malgré le principe du contradictoire, s'agissant en l'occurrence d'un contentieux portant sur l'effectif réel d'un syndicat pour pouvoir désigner un représentant de la section syndicale.

## Chapitre I

### Les structures syndicales

Il existe un nombre très important de syndicats professionnels, certains étant propres à une entreprise, d'autres ne concernant que certaines catégories de salariés. Ces microstructures côtoient des macrostructures que sont les organisations interprofessionnelles. Ces dernières sont communes à toutes les professions et existent au niveau national, voire européen et mondial.

#### Section I : Les macrostructures (nationales et internationales)

On examinera ici les organisations syndicales interprofessionnelles reconnues au niveau national puis au niveau européen et mondial.

##### § 1. Les organisations syndicales nationales

Parmi les organisations nationales, cinq sont reconnues représentatives, ce qui signifie en particulier qu'elles peuvent négocier des accords collectifs au niveau national

et interprofessionnel (on utilise l'acronyme d'ANI : accord national interprofessionnel). Il s'agit, dans l'ordre d'importance en termes d'audience électorale, de la CFDT, de la CGT, de FO, de la CFTC et de la CFE-CGC.

La CFDT, confédération française démocratique du travail, est aujourd'hui la première organisation syndicale interprofessionnelle (depuis 2008). Elle est l'ancienne CFTC, confédération française des travailleurs chrétiens, constituée en 1919 et renommée en 1946 après l'abandon de la référence confessionnelle. La CGT, confédération générale du travail, est la doyenne des organisations syndicales françaises, créée en 1895. A la différence de la CFDT qui est un syndicat réformiste, la CGT est un syndicat contestataire qui présente, ou du moins présentait, une dimension politique puisqu'il a longtemps été étroitement lié au parti communiste français. Le troisième syndicat en termes d'audience est FO, comme force ouvrière ou plus exactement, selon son appellation complète, CGT – FO. Le sigle CGT vient de ce que ce syndicat a été constitué en 1947 avec l'aide de la CIA par des militants CGT qui s'opposaient à la ligne politique calquée sur celle du parti communiste. Le quatrième syndicat est la CFTC créée en 1964 par des militants qui s'opposaient à l'abandon de la référence confessionnelle lors de la création de la CFDT. Le cinquième syndicat, enfin, est un peu particulier car son audience électorale n'est mesurée qu'au regard des suffrages exprimés dans le collège des cadres : il s'agit de la CGC – CFE ou Confédération française de l'encadrement – Confédération générale des cadres (son nom lui vient de son origine, à la Libération, en tant que regroupement de plusieurs associations d'ingénieurs).

Deux autres organisations interprofessionnelles ont une implantation significative parmi les salariés sans avoir réussi le test de l'audience électorale au niveau national et interprofessionnel. Il s'agit, d'une part, de l'UNSA, Union nationale des syndicats autonomes, créée en 1993 et, d'autre part, de SUD comme « Solidaires, Unitaires, Démocratiques ». Son vrai nom est l'Union syndicale solidaires qui a son origine dans un regroupement de syndicats autonomes formé en 1981 sous le nom de « Groupe des dix ». Son orientation concurrence la CGT sur le terrain du radicalisme et son influence contribue à freiner l'évolution de la CGT vers un syndicalisme de négociation.

Chacune de ces organisations d'envergure nationale comporte des structures professionnelles constituées en fédérations qui correspondent à une ou plusieurs branches professionnelles (chimie, métallurgie, etc.) et des structures interprofessionnelles établies dans un cadre territorial à l'échelle des collectivités territoriales (ville, département, région, etc.).

A côté de ces organisations syndicales nationales au sens stricts existent des organisations professionnelles nationales. Les unes sont des organisations d'employeurs, qui ont pour particularité d'avoir pour adhérents non seulement des

personnes physiques mais aussi et surtout des personnes morales. La principale organisation patronale est le MEDEF (« Mouvement des entreprises de France ») créée en 1919 sous le nom de « Confédération générale de la production française » - CGPF devenu le CNPF en 1946). L'autre organisation importante est la CGPME, Confédération générale des petites et moyennes entreprises.

Parmi les professions libérales, enfin, certaines sont représentées par des syndicats concurrents, notamment chez les médecins ou les avocats (le SAF ou syndicat des avocats de France et Avosial, syndicat des avocats d'employeurs). Une confédération, l'UNAPL (Union nationale des professions libérales), regroupe 65 de ces syndicats.

## § 2. Les organisations syndicales européennes et mondiales

Au niveau de l'Union européenne, toutes les confédérations syndicales représentatives au niveau national interprofessionnel, excepté la CFE-CGC, sont membres de la Confédération européenne des syndicats (CES), ce qui est également le cas de l'UNSA. La CES s'est donné comme but principal de promouvoir le modèle social européen et d'œuvrer au développement d'une Europe unifiée au sein de laquelle les travailleurs peuvent profiter pleinement des droits humains et civils. Seule organisation syndicale reconnue par l'Union européenne, elle est, au titre de la représentation des salariés, l'unique interlocuteur de la Commission européenne lorsque celle-ci consulte les partenaires sociaux avant de présenter une proposition en matière sociale ou lorsqu'elle propose d'engager la négociation d'un accord-cadre.

Au niveau mondial, les travailleurs sont représentés par deux organisations : la première est la Confédération internationale des syndicats (CIS) née en 2006 de la fusion de deux organisations et qui revendique la représentation de 168 millions de membres à travers ses 306 organisations adhérentes issues de 154 pays ; la seconde est la Fédération syndicale mondiale dominée par les partis communistes. Longtemps majoritaire sur l'échiquier syndical, elle a perdu de son influence à la suite de l'effondrement du bloc communiste mais conserve toute de même des positions solides dans les pays du sud et en Europe.

## Section II : Les microstructures

### § 1. Les syndicats d'entreprise

Un syndicat affilié à une organisation syndicale nationale (CFDT, CGT...) peut être implanté dans une entreprise. La majorité des syndicats présents dans les entreprises sont d'ailleurs affiliés à des organisations syndicales nationales. Cela étant, un syndicat

peut n'exister que dans une entreprise sans relever d'une confédération syndicale nationale. On parle parfois, à son propos, de « syndicat maison », encore que cette appellation corresponde plus étroitement à un syndicat dont l'implantation dans l'entreprise, voire sa création même, est due à l'initiative de l'employeur. Dans ce dernier cas, la représentativité du syndicat peut être contestée pour défaut d'indépendance, l'indépendance et en particulier l'indépendance à l'égard de l'employeur constituant une condition organique pour qu'un syndicat soit reconnu juridiquement comme tel et bénéficie des prérogatives syndicales.

## § 2. Syndicat professionnel et Union syndicale

Lorsqu'un syndicat n'est pas affilié à une organisation syndicale représentative nationale et interprofessionnelle (CFDT, CGT...), il doit regrouper des personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes concourant à l'établissement de produits déterminés (C. trav., article L. 2131-2). On parle alors de syndicat primaire qui doit alors respecter dans ses statuts les prescriptions de l'article L. 2131-2, si bien qu'il ne peut prétendre représenter tous les salariés et tous les secteurs d'activité.

Les syndicats professionnels peuvent cependant se regrouper unions de syndicats pour se concerter pour la défense de leurs intérêts matériels et moraux. Les unions de syndicats peuvent être, elles, intercatégorielles.

La différence entre les syndicats dits primaires et les unions de syndicats a été clairement faite par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 21 octobre 2020. Cette décision est relative au Syndicat des artistes-interprètes et enseignants de la musique, de la danse, des arts dramatiques, et autres métiers connexes du spectacle (SAMUP) qui a modifié ses statuts en février 2020 pour se donner la possibilité de représenter tous les salariés sans exclusive dans tous les secteurs d'activité. Ce syndicat n'est pas affilié à une organisation syndicale représentative nationale et interprofessionnelle et ne constitue pas non plus une union de syndicats. Dans ces conditions, il a été jugé qu'il ne peut pas être candidat à des élections professionnelles faute de pouvoir être encore qualifié de syndicat professionnel primaire puisqu'un tel syndicat ne peut pas être intercatégoriel.

## § 3. Les syndicats catégoriels

Les syndicats catégoriels ont la particularité de ne représenter qu'une catégorie de salariés. A cet égard, la notion de catégorie peut s'entendre de deux façons. Dans le premier sens, un syndicat catégoriel est celui qui représente les salariés d'une partie

seulement des collèges électoraux, sachant qu'il existe deux ou trois collèges selon les entreprises : les ouvriers et employés (premier collège), les techniciens et agents de maîtrise (deuxième collège) et les cadres (ingénieurs, chefs de service, cadres administratifs...) (troisième collège). Dans un second sens, le caractère catégoriel s'entend d'un syndicat qui ne représente que les salariés exerçant certains métiers. Cette seconde acception n'a pas toutefois été retenue par la Cour de cassation (Cass. soc., 14 décembre 2011, à propos du SNPNC, syndicat du personnel navigant commercial des compagnies aériennes). L'enjeu est important car l'intérêt pour un syndicat d'être qualifié de catégoriel est que son audience est mesurée dans le seul collège dans lequel il a vocation à présenter des candidats aux élections professionnelles, ce qui lui permet plus facilement d'être représentatif alors que, normalement, la représentativité doit être établie tous collèges confondus. Un autre intérêt est de pouvoir négocier des accords collectifs catégoriels.

Il n'existe aujourd'hui qu'une confédération interprofessionnelle catégorielle, la CFE-CGC. Seules, en conséquence, les organisations syndicales catégorielles affiliées à la CFE-CGC bénéficient de l'appréciation de leur représentativité et en particulier de leur audience électorale dans le cadre du ou des collèges dans lesquels elles ont vocation à présenter des candidats, c'est-à-dire dans les collèges de l'encadrement (2<sup>e</sup> et, lorsqu'il existe, 3<sup>e</sup> collège). Les autres syndicats catégoriels ne bénéficient pas de cet avantage, ce qui signifie de leur représentativité est appréciée tous collèges confondus. Il leur est en conséquence très difficile d'être représentatifs lorsque la catégorie qu'ils représentent constitue une part minoritaire de l'effectif de l'entreprise. Leur seule possibilité d'avoir des élus est de se fondre dans un syndicat intercatégoriel.

Il existe toutefois des exceptions propres à certains métiers pour lesquels la loi admet des syndicats catégoriels indépendants. Il s'agit des syndicats de journalistes : les journalistes dans les entreprises de presse écrite ou audiovisuelle forment un collège spécifique dans le cadre duquel leur représentativité est appréciée (C. trav., article L. 7111-7). C'est également le cas du personnel navigant technique dans le transport aérien (les PNT, c'est-à-dire les pilotes) depuis une loi du 8 décembre 2009 (C. transports, article L. 6524-2). Les personnels navigants commerciaux (PNC) ont été en revanche les oubliés de cette réforme sur mesure.

## Chapitre II

### La représentativité syndicale

La représentativité d'un syndicat est la qualité nécessaire pour que celui-ci puisse participer activement à la représentation des salariés dans l'entreprise. Elle conditionne

la possibilité pour l'organisation de se faire représenter par un ou des délégués syndicaux dans l'entreprise ainsi que son aptitude à participer aux négociations collectives. Un syndicat non représentatif peut exister dans l'entreprise mais il ne peut être représenté que par un représentant de la section syndicale (RSS) aux prérogatives réduites et ne peut pas participer à la négociation collective. Il bénéficie néanmoins de certaines prérogatives et en particulier de l'aptitude à présenter des candidats aux élections professionnelles.

Avant la réforme majeure du 20 août 2008 qui a modifié les règles en la matière, la représentativité pouvait être établie de deux manières. D'une part, il existait une présomption irréfragable de représentativité qui bénéficiait aux cinq confédérations nationales qui sont aujourd'hui encore les cinq confédérations représentatives : la CGT, la CFDT, FO, la CFTC et la CFE-CGC. Cette présomption avait été instaurée par une loi du 11 février 1950 compte tenu de l'attitude patriotique de ces organisations syndicales pendant l'occupation. Il en résultait qu'il suffisait à un syndicat d'être affilié à l'une de ces confédérations pour être lui-même présumée représentatif. D'autre part, l'accès à la représentativité restait ouvert à toute autre organisation syndicale, mais à charge pour elle de faire la preuve de sa représentativité, notamment d'après ses résultats électoraux.

La loi du 20 août 2008 a mis fin à la présomption de représentativité. Désormais, qu'il soit confédéré ou indépendant, catégoriel ou non, tout syndicat doit faire la preuve de sa représentativité et cette preuve est remise en jeu périodiquement. C'est l'autre changement majeur opéré par la loi de 2008 : afin de renforcer la légitimité du dialogue social comme source de normes régissant les relations de travail, le législateur a fait de l'audience électorale, et donc de l'élection, le principal élément pour établir la représentativité. Tout syndicat peut s'implanter dans une entreprise et y créer une section syndicale mais il ne devient représentatif que s'il obtient un certain pourcentage des suffrages aux élections professionnelles. A cet effet, tous les quatre ans en principe (la périodicité peut être moindre par accord collectif dans la limite de deux ans), des élections sont organisées pour désigner les représentants du personnel appelés à siéger au sein du comité social et économique (CSE). A cette occasion, seules les organisations syndicales peuvent présenter des candidats au premier tour des élections et c'est à l'issue du premier tour qu'est calculée l'audience électorale de chacune : si elle est au moins de 10 %, le syndicat satisfait à ce critère principal de la représentativité et peut désigner un ou des délégués syndicaux. Les résultats dans chaque entreprise sont ensuite consolidés par le ministère du Travail au niveau des branches professionnelles pour déterminer les syndicats représentatifs au niveau de la branche, puis au niveau national et interprofessionnel pour déterminer les syndicats représentatifs au niveau national. Cette

opération a été réalisée pour la première fois en 2013 et la dernière fois en 2017. Elle le sera à nouveau en 2021.

Ces règles concernent la représentativité des organisations syndicales de salariés. La représentativité patronale n'était pas en revanche organisée par la loi avant 2014 et résultait de la pratique sociale. Une loi du 5 mars 2014, complétée en 2015 et en 2016, a introduit dans le Code du travail un nouveau titre consacré à la représentativité patronale qui instaure une procédure de reconnaissance de cette représentativité et en fixe les critères.

## Section I : La représentativité des salariés

On examinera les critères de représentativité posés par la loi du 20 août 2008 avant de dire un mot de la durée de la représentativité.

### § 1. Les critères de représentativité

Après avoir présenté les différents critères, il faut voir la façon dont ils sont appréciés.

#### A. Présentation des critères

La loi décline sept critères de représentativité qui n'ont pas chacun la même fonction. Les critères sont énoncés à l'article L. 2121-1 du Code du travail qui vise, de façon cumulative : le respect des valeurs républicaines ; l'indépendance ; la transparence financière ; une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation ; l'audience électorale ; l'influence ; et enfin les effectifs d'adhérents et les cotisations. Parmi ces critères, certains présentent un caractère organique en ce qu'ils déterminent la qualification juridique de syndicat et permettent à celui-ci d'exercer les prérogatives primaires d'un syndicat, c'est-à-dire de s'organiser et d'agir dans l'entreprise en y établissant une section syndicale, en bénéficiant d'un représentant de la section syndicale, en communiquant au moyen d'affichages et de tracts ou encore en participant aux élections professionnelles dans l'entreprise. Ces critères organiques sont : l'ancienneté, l'indépendance et le respect des valeurs républicaines. Les autres critères sont plutôt des critères fonctionnels en ce qu'ils conditionnent la qualité de syndicat représentatif et lui permettent d'accéder au plein exercice des droits syndicaux et de participer aux négociations collectives. Les critères fonctionnels sont : l'influence, les effectifs et les cotisations, la transparence financière et enfin, et surtout, l'audience électorale.

## 1) Les critères organiques

Le premier critère est strictement objectif : pour être reconnu comme un syndicat avec certaines des prérogatives qui sont attachées à cette qualité, l'organisation doit avoir une ancienneté d'au moins deux ans. Ce délai de deux ans doit être écoulé depuis le dépôt des statuts du syndicat, dépôt qui conditionne d'ailleurs l'acquisition par le syndicat de la personnalité juridique. L'idée est que, pour mériter la qualification de syndicat, l'organisation doit justifier d'un fonctionnement régulier, l'action syndicale ne se concevant que dans la durée. Cela exclut en conséquence les groupements éphémères, les groupements de circonstances constitués notamment à la faveur d'un conflit (type comité de grève), voire des groupements manipulés par des acteurs extra-syndicaux. Pour cette raison, on comprend que la condition d'ancienneté n'est pas requise lorsqu'un syndicat qui s'établit dans une entreprise est affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national : il peut immédiatement créer une section syndicale et présenter des candidats aux élections professionnelles. Encore une fois, il s'agit de prévenir l'apparition, en particulier juste avant des élections, de syndicats autonomes dont l'indépendance peut être suspecte.

Le deuxième critère organique est l'indépendance de l'organisation syndicale. L'indépendance est une condition fondamentale de l'aptitude du syndicat à représenter la collectivité des travailleurs. Elle peut se comprendre de deux manières. Lors des débats parlementaires, l'indépendance était conçue par rapport aux partis politiques et aux mouvements religieux. Mais l'histoire a montré que l'indépendance n'est jamais, de ce point de vue, absolue : la CGT a longtemps été liée au parti communiste français ; la CFTC avait une coloration confessionnelle. Ce qui est en réalité prohibé, c'est qu'une organisation syndicale ne soit que l'instrument d'un parti politique comme l'a rappelé la Chambre mixte de la Cour de cassation à propos du « Front national police » (Cass. ch. mixte, 10 avril 1998). L'indépendance s'envisage ensuite et surtout par rapport à l'employeur. C'est l'hypothèse du syndicat maison dont l'implantation dans l'entreprise est favorisée par l'employeur, voire à son initiative. C'est aussi ce qui disqualifie le syndicat indépendant à l'origine mais qui bénéficie d'un traitement de faveur de la part de l'employeur qui en attend en retour une attitude complaisante. Dans un arrêt du 26 février 2020, la Cour de cassation l'exprime d'ailleurs ainsi : « *Le critère d'indépendance posé par l'article L. 1121-1 du Code du travail comme condition de représentativité des syndicats s'entend d'une indépendance vis à vis de l'employeur et d'une indépendance financière* ». La Chambre sociale a précisé à cet égard que, ni le fait pour un syndicat de faire l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, ni celui de disposer de l'appui financier de la confédération à laquelle il est affilié ne lui fait perdre son indépendance financière (Cass. soc., 9 décembre 2020). La solution est

compréhensible car il n'y a pas de risque pour l'indépendance du syndicat qu'il reçoive un appui financier de la confédération à laquelle il est affilié. Et la circonstance que le syndicat, en état de cessation des paiements, bénéficie d'un plan de continuation et qu'un administrateur judiciaire a été désigné pour l'assister dans sa gestion mesure ne l'empêche pas non plus de continuer à fonctionner avec indépendance (v. déjà en ce sens : Cass. soc., 26 février 2020).

Le troisième critère organique est le respect des valeurs républicaines qui a remplacé l'attitude patriotique pendant l'occupation. C'est sur la base de ce critère que la Cour de cassation a jugé incompatible avec l'exercice des droits syndicaux de la préconisation de discriminations pénalement sanctionnées par le « Front national police ». La question s'est plus récemment posée à propos du syndicat des travailleurs corses. Mais, bien que la profession de foi diffusée par ce syndicat en vue des élections professionnelles prônât une politique de préférence identitaire, défendant une corsisation des emplois (priorité à l'embauche local, priorité aux fonctionnaires qui voudraient revenir en Corse), la Cour de cassation a estimé qu'il ne poursuivait pas dans son action un objectif illicite, contraire aux valeurs républicaines (Cass. soc., 9 septembre et 12 décembre 2016).

## 2) Les critères fonctionnels

Les critères fonctionnels sont ceux qui donnent au syndicat sa représentativité au sens étroit du terme et lui permettent d'exercer une pleine compétence en désignant des délégués syndicaux et en participant à la négociation collective. Il s'agit tout d'abord de l'influence du syndicat, « *principalement caractérisée par l'activité et l'expérience* » selon les termes du texte. L'influence s'apprécie en particulier au regard de la réalité des actions menées par le syndicat qui témoignent de l'effectivité de la présence syndicale.

Le deuxième critère se dédouble : ce sont les effectifs d'adhérents et les cotisations. Les deux forment un couple indissociable : les cotisations attestent de l'intensité du lien syndical entre les adhérents et leur organisation. Si les cotisations sont inexistantes ou trop modiques, il est douteux que le syndicat ait les moyens de fonctionner et d'avoir une activité significative. Et si les adhérents sont peu nombreux, le total des cotisations est généralement faible. La question des effectifs est, il est vrai, délicate en raison du déclin de la syndicalisation, encore que les situations entre les entreprises et les branches d'activité soient très contrastées. Si, en moyenne, 11 % des salariés adhèrent à une organisation syndicale, le niveau de syndicalisation est deux fois plus élevé dans la fonction publique. Les salariés dans le domaine des transports sont plus syndiqués que dans l'industrie (18 % contre 12 %). Le taux de syndicalisation varie également selon la taille de l'entreprise (5 % dans les entreprises de moins de 50 salariés contre 14 % dans les entreprises d'au moins 200 salariés). La stabilité de l'emploi est aussi un facteur de

syndicalisation : 1 % des salariés en intérim et 2 % des salariés en CDD sont syndiqués. L'importance de l'activité en est un autre : les salariés à temps complet sont plus syndiqués que ceux qui travaillent à temps partiel (12 % contre 8 %). Cela étant, on compare parfois à tort le faible taux de syndicalisation des salariés français avec celui des salariés d'autres pays. Mais il y a des pays, comme le Brésil, où l'appartenance à un syndicat est obligatoire. Surtout, dans de nombreux pays, comme l'Allemagne, l'appartenance syndicale conditionne le bénéfice de règles et en particulier celui des accords collectifs de travail. En France, les accords collectifs s'appliquent à tous les salariés, qu'ils soient syndiqués ou non. De même, à la différence des pays d'Europe du Nord où l'adhésion à un syndicat conditionne le bénéfice de prestations comme l'assurance complémentaire de frais de santé, ces prestations sont déconnectées en France de l'appartenance syndicale, ce qui explique en partie la faiblesse des effectifs syndicaux. On comprend en tout cas que, si les effectifs d'adhérents et les cotisations sont un critère de représentativité, la loi n'a fixé aucun seuil, même en valeur relative. Au demeurant, un syndicat peut avoir une audience électorale importante et compter peu d'adhérents. Or, l'audience électorale est devenue depuis 2008 le critère prévalant. Cela étant, il faut tout de même plusieurs adhérents pour avoir le droit de constituer une section syndicale ; il en faut donc plus de deux pour être représentatif.

Le troisième critère fonctionnel est la transparence financière. Celle-ci permet de connaître l'origine de son financement qui doit en principe venir principalement des cotisations des membres. Corrélativement, la transparence financière permet d'accréditer l'indépendance du syndicat, particulièrement à l'égard de l'employeur. Cela montre au passage que, si les critères sont cumulatifs, ils sont liés les uns aux autres. Dans le dernier état de sa jurisprudence, la Cour de cassation semble d'ailleurs faire de la transparence financière un critère organique comme l'indépendance. Elle a en effet jugé, le 22 février 2017, que « *tout syndicat doit, pour pouvoir exercer des prérogatives dans l'entreprise, satisfaire au critère de transparence financière* ».

Reste le dernier critère, celui que des auteurs ont qualifié de « *sésame de la représentativité* », qui est l'audience électorale. Ce critère est devenu depuis 2008 le critère décisif de la représentativité, même s'il ne doit pas éclipser les autres et que tous les critères doivent être caractérisés en cas de contestation de la représentativité du syndicat. Il doit sa prévalence au souci du législateur de 2008 de renforcer la légitimité des partenaires sociaux. Or, il n'y a pas de meilleure source de légitimité que celle puisée dans l'élection et les suffrages des salariés. En outre, si l'audience électorale était déjà prise en compte par la jurisprudence antérieure à 2008 pour apprécier la représentativité syndicale, elle est désormais quantifiée. La loi a fixé à 10 % des suffrages exprimés le seuil nécessaire pour qu'un syndicat soit représentatif dans une entreprise. Ce seuil est abaissé à 8 % pour accéder à la représentativité au niveau de la branche et au niveau

national interprofessionnel. A cet égard, l'audience électorale est calculée à l'occasion de l'élection des membres du CSE, au regard des résultats du premier tour des élections dans la mesure où seuls les syndicats peuvent présenter des candidats au premier tour. Toutes les entreprises d'au moins onze salariés, qui est le seuil pour mettre en place un CSE, ont donc vocation à être concernées, bien que, en pratique, les candidatures syndicales sont rares dans les petites et même dans les moyennes entreprises.

## B. L'appréciation des critères

Il résulte des termes de l'article L. 2121-1 du Code du travail que les critères de représentativité sont cumulatifs. Ils n'ont cependant pas la même autorité. La Cour de cassation décide que seuls les critères tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière doivent être satisfaits de manière autonome et permanente. Les autres critères, à savoir l'influence, les effectifs et les cotisations, l'ancienneté à condition d'être au moins égale à deux ans et l'audience électorale à condition d'atteindre au moins 10 % doivent faire l'objet d'une appréciation globale pour toute la durée du cycle électoral. Cela signifie qu'un syndicat peut remplir certains des critères mais ne pas être considéré comme représentatif au regard des critères globalement appréciés. Par exemple, il a été jugé qu'un syndicat qui avait obtenu plus de 43 % des suffrages aux élections professionnelles n'était pas représentatif au niveau de l'entreprise dans la mesure où il n'avait d'adhérents que dans un établissement sur trois, qu'il n'avait pas présenté de candidats dans les deux autres établissements et qu'il ne comptait que 16 adhérent sur les 291 salariés de l'entreprise. La représentativité pour désigner un représentant syndical central, c'est-à-dire au niveau de l'entreprise, devant être appréciée par rapport à l'ensemble du personnel de l'entreprise, l'appréciation globale des critères excluait sa représentativité à ce niveau. Ce syndicat pouvait en revanche être reconnu représentatif au niveau de l'établissement où il avait des adhérents et des élus, ce qui lui permettait de désigner un représentant syndical dans cet établissement.

Cette appréciation différenciée selon le niveau de représentativité résulte du principe dit de concordance qui, comme son nom l'indique, commande une concordance entre le cadre d'appréciation de la représentativité et le cadre d'exercice des droits. En application de ce principe, un syndicat peut être représentatif uniquement au niveau d'un établissement s'il ne satisfait aux critères de représentativité qu'à ce niveau et, en particulier, n'a atteint le seuil de 10 % des suffrages au premier tour des élections uniquement s'agissant de celles organisées au sein de cet établissement. Il peut alors exercer les droits syndicaux dans le cadre de l'établissement et y désigner en particulier un délégué syndical. Il ne peut en revanche désigner un délégué central et doit se

contenter, dans les autres établissements d'un représentant de la section syndicale (RSS qui est un représentant syndical « diminué » lorsque le syndicat ne remplit pas tous les critères de représentativité). Suivant la même logique, un syndicat peut être représentatif dans une ou plusieurs entreprises appartenant à un même groupe sans être représentatif au niveau du groupe. Il ne peut dans ce cas exercer ses droits que dans les entreprises où il est représentatif mais ne peut en particulier participer à la négociation collective au niveau du groupe.

En cas de contentieux portant sur la représentativité d'un syndicat, c'est au syndicat dont la représentativité est contestée de rapporter la preuve de celle-ci. Il y a toutefois des exceptions, la Cour de cassation décidant que l'indépendance et le respect des valeurs républicaines sont présumés. C'est donc à celui qui conteste l'un ou l'autre de ces critères de rapporter la preuve de l'absence d'indépendance ou du non-respect des valeurs républicaines. En toute hypothèse, c'est aujourd'hui le tribunal judiciaire qui est compétent pour connaître ce type de contentieux.

## § 2. La durée de la représentativité

En raison de la prééminence de l'audience électorale, du caractère cumulatif des critères et du fait que la représentativité n'est plus reconnue que dans un cadre déterminé, la représentativité d'une organisation syndicale, qu'elle soit indépendante ou affiliée à une fédération ou une confédération nationale, n'est plus acquise de manière définitive. C'est la rupture opérée par la loi de 2008 puisque, auparavant, les cinq confédérations principales étaient irréfragablement présumées représentatives.

Désormais, la représentativité fait l'objet d'une appréciation périodique, à l'occasion de chaque cycle électoral. Les élections professionnelles se tenant en principe tous les quatre ans, à moins qu'un accord collectif fixe une durée des mandats inférieure dans la limite de deux ans, la représentativité est elle-même remise en cause et reconsidérée tous les quatre ans.

Peu importe les événements qui sont susceptibles d'affecter, pendant cette durée, l'entreprise, notamment en cas de modification du périmètre de celle-ci. Des transferts d'entité économique peuvent en particulier intervenir, par l'inclusion de nouvelles entités ou au contraire leur cession, qui affectent la composition de l'entreprise. La communauté de travail peut, autrement dit, évoluer, ce qui est susceptible d'affecter la représentativité d'un ou de plusieurs syndicats (arrivée ou départ de nouveaux adhérents, évolution de l'audience, etc.). La question est alors de savoir si ces facteurs intervenant en cours de cycle électoral doivent être pris en compte pour ajuster en conséquence la représentativité syndicale. La Cour de cassation, depuis une série d'arrêts rendus le 19 février 2014, a écarté une révision de la représentativité en cours de cycle qui aurait

singulièrement compliqué la vie des entreprises. Elle a posé en principe que « *la représentativité des organisations syndicales est établie pour toute la durée d'un cycle électoral* ». Il en résulte que, si un établissement de l'entreprise est cédé, ce qui fait passer un syndicat représentatif sous le seuil de 10 % des suffrages dans les établissements restants, le syndicat conserve sa qualité d'organisation représentative et peut désigner un représentant syndical en remplacement de celui qui est parti avec l'établissement cédé. A l'inverse, le principe d'intangibilité de la représentation syndicale pendant le cycle électoral exclut qu'un syndicat non représentatif au niveau de l'entreprise le devienne du fait de l'intégration d'un nouvel établissement dans lequel la centrale syndicale aurait obtenu un score supérieur à 10 %. La règle à l'avantage de la simplicité, même si elle peut égratigner la légitimité syndicale.

## Section II : La représentativité patronale

La question de la représentativité patronale se présente dans des termes différents de celle des organisations syndicales de salariés. La première raison est que la représentativité n'est exigée côté patronal que pour conclure des accords de branche susceptibles d'extension ou des accords nationaux interprofessionnels. Au niveau de l'entreprise, c'est l'employeur qui est appelé à conclure les accords d'entreprise ou les accords d'établissement. La seconde raison est que, à la différence des organisations syndicales représentatives de salariés qui sont habilitées à conclure des accords qui s'appliquent à tous les salariés, qu'ils soient ou non adhérents de l'organisation, les accords conclus par les organisations patronales n'ont vocation à s'appliquer qu'aux employeurs adhérents, sauf s'il s'agit d'un accord de branche qui fait l'objet d'un arrêté d'extension (mais c'est alors l'arrêté d'extension qui rend l'accord applicable à toutes les entreprises de la branche).

Pour ces raisons, la représentativité patronale n'était pas encadrée jusqu'en 2014, ni même évoquée par les textes. C'est la loi du 5 mars 2014 qui a posé les règles en la matière, ces règles ayant été complétées par les lois du 17 août 2015 et du 8 août 2016 pour entrer en vigueur en 2017. Les nouvelles règles n'affectent cependant que peu les conditions de conclusion des accords collectifs qui, du côté patronal, n'exigent la représentativité que pour conclure un accord de branche étendu ou un accord national interprofessionnel, et ce sans condition de majorité.

La loi instaure, pour les organisations patronales, une procédure de reconnaissance de la représentativité. A cet effet, l'organisation employeur doit se déclarer candidate auprès de l'administration du travail en déposant, pendant la période de dépôt des candidatures, un dossier indiquant le nombre des entreprises adhérentes et des salariés qu'elles emploient et les pièces établissant qu'elle remplit les critères de représentativité.

C'est le ministre du Travail qui est chargé de statuer sur la représentativité qui est reconnue, par arrêté, pour quatre ans. Quant aux critères de la représentativité, ce sont les mêmes que ceux requis pour les syndicats de salariés à l'exception de l'audience qui est mesurée au regard des adhésions des entreprises (la représentativité n'ayant d'effet qu'au niveau de la branche ou de l'interprofessionnel, le taux est de 8 %). Pour être représentative, l'organisation patronale doit disposer d'un nombre d'adhérents correspondant à au moins 8 % de l'ensemble des entreprises adhérentes à des organisations patronales présentes au niveau de la branche ou au niveau national et interprofessionnel ou à au moins 8 % des salariés de ces mêmes entreprises. Le choix de l'adhésion, qui était celui des milieux patronaux, a ainsi été retenu de préférence à l'élection.