

**A propos de la représentativité syndicale.
Réflexions autour de l'arrêt du Conseil d'Etat Ass. du 5 novembre 2004
*Union nationale des syndicats autonomes, req. n° 257878***

Guillaume TUSSEAU
Docteur en droit
Centre de Théorie et Analyse du droit – UMR CNRS 7074

Résumé – A travers la décision par laquelle le Conseil d'Etat a refusé de reconnaître le caractère représentatif de l'U.N.S.A. au niveau national et interprofessionnel, cette étude analyse les critères de la représentativité, tels que les a légués l'histoire du syndicalisme, et surtout tels que les interprètent les juridictions internationales, les arbitres, la Chambre sociale de la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat. Cette décision a pour spécificité de limiter la pertinence de l'examen de la satisfaction des critères législatifs de la représentativité syndicale au secteur privé, ainsi qu'au secteur public soumis à des conventions collectives. L'implantation de la requérante étant principalement forte dans le secteur public, le juge administratif ne la considère pas, pour l'instant, représentative au niveau national. Il semble ainsi préserver l'avenir et laisser au pouvoir politique l'initiative d'une modification du paysage syndical français. Plusieurs considérations suggèrent néanmoins qu'en pérennisant, au terme d'une argumentation dont certains éléments n'emportent pas la conviction, la situation privilégiée de la C.G.T., de F.O., de la C.F.D.T., de la C.F.T.C. et de la C.F.E.-C.G.C., le Conseil d'Etat a pu contribuer à hypothéquer la dynamique du syndicalisme contemporain.

| | |
|--|----|
| Introduction..... | 1 |
| I. Les critères de la représentativité syndicale, entre poids de l'histoire et légèreté de l'interprétation..... | 4 |
| A. Origine et énoncé des critères de la représentativité syndicale..... | 4 |
| 1. L'exigence de représentativité syndicale..... | 5 |
| 2. Les conditions et les effets de la reconnaissance de représentativité..... | 6 |
| B. La malléabilité des critères..... | 12 |
| 1. L'individualisation de chaque critère..... | 12 |
| 2. Les relations entre les différents critères..... | 17 |
| II. L'appréciation de la satisfaction des critères par le Conseil d'Etat, entre innovation prudente et attentisme..... | 21 |
| A. La relativisation des critères..... | 21 |
| 1. Les relativisations traditionnelles..... | 21 |
| 2. La distinction entre secteur public et secteur privé..... | 24 |
| B. Le Conseil d'Etat, à la recherche d'un équilibre incertain..... | 28 |
| 1. Un avenir ouvert..... | 28 |
| 2. Un avenir hypothéqué..... | 31 |
| Conclusion..... | 35 |

INTRODUCTION

I.1. Rares sont les décisions juridictionnelles qui, tout en s'inscrivant dans une pratique préexistante et concordante partagée par différents types d'acteurs, peuvent envisager

de la prolonger de manière innovante. Encore plus rares sont celles qui, par un curieux paradoxe, sont susceptibles de peser d'un poids déterminant sur l'avenir en raison même de ce qu'elles se refusent à trancher. Telle est pourtant la situation remarquable de l'arrêt rendu par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat le 5 novembre 2004.

I.2. L'Union nationale des syndicats autonomes (U.N.S.A.) a été fondée en 1993 à la suite d'un regroupement de syndicats autonomes, c'est-à-dire ne relevant pas des cinq centrales principales, essentiellement issus de la fonction publique. Elle revendique 307 000 adhérents, dont 97 670 dans le secteur privé. Elle a réalisé un score de 5% aux élections prud'homales de 2002, en passant de 35 000 voix en 1997 à 260 000. Membre de la Confédération européenne des syndicats, reconnue représentative au niveau de la fonction publique, elle siège dans les hauts conseils de la fonction publique de l'Etat, de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière. Forte de cette progression, remarquable dans un contexte syndical français atteint d'une crise ininterrompue depuis plusieurs années¹, l'organisation a demandé le 16 janvier 2003 au Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité à figurer parmi les organisations syndicales représentatives au niveau national. Elle sollicitait de ce fait la modification de l'arrêté du 31 mars 1966² qui, modifiant un précédent arrêté du 8 avril 1948³, détermine la liste de ces organisations. Elle entendait également bénéficier immédiatement de l'un des avantages associés par les articles R. 136-1 et R. 136-2 du Code du travail à la reconnaissance de représentativité, et désirait se voir attribuer deux sièges au sein de la Commission nationale de la négociation collective. Ces demandes ont été implicitement rejetées par le Ministre.

Coutumière des procès en vue de faire reconnaître sa représentativité aux divers niveaux de la négociation collective⁴, l'U.N.S.A. a donc formé le 20 juin 2003 un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. Elle sollicitait également que le juge administratif enjoigne au Ministre, dans les deux mois à compter de l'annulation de son refus, de prendre toutes les mesures nécessaires à la reconnaissance de la représentativité du syndicat et de modifier les dispositions en cause.

Deux remarques d'ordre procédural méritent d'être formulées. Premièrement, le Conseil d'Etat était en effet compétent en premier et dernier ressort. Le recours mettait en cause, de manière indissoluble, un refus de modifier des dispositions réglementaires du Code du travail ayant valeur de décret⁵. Deuxièmement, la requête était recevable dans un délai

¹ Pour une comparaison internationale, v. p. ex. G. Ribes, R. Mouriaux (dir.), *Les syndicats européens à l'épreuve*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1990, spéc. pp. 47-168.

² *J.O.* du 2 avril 1966, p. 2675, *J.C.P. C.I.* 1966.78673.

³ Décision interministérielle D. Mayer - R. Schumann du 8 avril 1948 relative à la détermination des organisations appelées à la discussion et à la négociation des conventions collectives de travail, *J.O.* du 9 avril 1948, p. 3541, *Droit social* 1948, p. 156 note P.D., *Droit ouvrier* 1948, p. 166.

⁴ V. J. Le Goff, *Droit du travail et société. 2. Les relations collectives de travail*, postf. E. Morin, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2002, p. 106, avançant le chiffre de 339 procès en 1999.

⁵ En revanche, la compétence directe du Conseil d'Etat au titre de l'art. R. 311-1, 5° du Code de justice administrative n'était pas en cause. V. C.E. référé 12 mai 2003 *Fédération nationale des syndicats libres de la Poste et de France Telecom*, req. n° 256164, T. p. 916 : « les décisions qui reconnaissent ou qui refusent à un syndicat le caractère d'organisation syndicale représentative, qui n'ont pas de portée réglementaire, doivent être regardées comme ne recevant application qu'au lieu où le syndicat concerné a son siège ; que ces décisions ne sont donc pas au nombre des actes administratifs dont le champ d'application s'étend au-delà du ressort d'un seul tribunal administratif ; que, par suite, elles ne relèvent pas de la compétence du Conseil d'Etat en premier ressort ; qu'il en va nécessairement de même des décisions par lesquelles l'administration accorde ou refuse à un syndicat des avantages ou des moyens dont l'octroi dépend de son caractère d'organisation syndicale représentative ».

aussi large en raison de ce que les décisions implicites de rejet sont formées, concernant le ministère de l'emploi et de la solidarité, non après un délai de deux mois⁶, mais en général après un délai de quatre mois⁷.

Suivant les conclusions du Commissaire du gouvernement J.-H. Stahl, l'Assemblée du contentieux a refusé de considérer que l'U.N.S.A. satisfaisait aux critères de représentativité. En conséquence, elle n'a pas fait droit à sa requête.

II.1. Située à l'intersection du droit administratif – en ce qu'il s'agit d'un recours pour excès de pouvoir présenté par une organisation syndicale issue de la fonction publique – et du droit du travail – en ce que la requête porte sur la détermination, au regard de dispositions du Code du travail, des organisations syndicales représentatives en vue de la négociation collective⁸ –, cette décision du Conseil d'Etat mérite de retenir l'attention. Elle était pourtant uniquement chargée de mettre en œuvre des critères de représentativité syndicale bien connus. Jusqu'à une époque récente, ceux-ci faisaient l'objet d'un large consensus, à la fois dans leur formulation et leur mise en œuvre, de la part des syndicats, des pouvoirs publics, des juges internationaux, des arbitres et des juges administratif et judiciaire. Ce consensus était de plus hérité d'une longue pratique. Seuls des conflits très localisés, situés par exemple au sein d'une entreprise donnée, dans le cadre d'une instance représentative déterminée⁹ ou bien à propos de l'élaboration d'un accord collectif précis venaient troubler cette ambiance pacifiée.

De ce point de vue, la requête de l'U.N.S.A. constituait une rupture. Elle présentait à juger une question très générale. En répondant à la première contestation directe de l'arrêté de 1966 qui fixe sur le plan national et interprofessionnel la liste des organisations syndicales représentatives, la décision du juge administratif, quel qu'en soit le sens, comportait un enjeu décisif concernant la configuration globale du paysage syndical français. Soit celui-ci s'en trouvait bouleversé, soit il s'en trouvait conforté et, aux dires d'un certain nombre de syndicalistes, cristallisé dans l'état qui était le sien au sortir de la Seconde Guerre Mondiale. En raison de cet enjeu, le juge administratif a été conduit à problématiser sa propre démarche. Il a notamment dû reconsidérer la mise en œuvre des « méthodes¹⁰ » en fonction desquelles la représentativité d'une organisation déterminée est appréciée. La décision *U.N.S.A.*, éclairée par les conclusions de J.-H. Stahl, s'avère de ce point de vue riche d'enseignements. Le Conseil d'Etat s'est également interrogé sur les implications pratiques de ses décisions. Derrière la technicité d'une requête en excès de pouvoir, il s'agissait en effet rien moins que de déterminer des éléments essentiels de l'environnement économique et social français. Dans sa formation la plus solennelle, le juge administratif a donc rendu sa décision en s'appuyant

⁶ Art. 21 de la loi n° 2000-231 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *J.O.* du 13 avril 2000, p. 5646.

⁷ V. Décret n° 2001-532 du 20 juin 2001 relatif au régime des décisions implicites prises par les autorités administratives relevant du ministère de l'emploi et de la solidarité et portant application des articles 21 et 22 de la loi n° 2000-231 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *J.O.* du 22 juin 2001, p. 9891.

⁸ V. p. ex. à ce sujet X. Prétot, « Le juge administratif et le droit du travail », in *Justices. Revue générale de droit processuel*, octobre-décembre 1997, pp. 41-49 ; Id., « Droit administratif et droit social », in *R.D.P.*, 1998, pp. 959-969.

⁹ V. p. ex. C.E. Sect. 9 février 2005 *Union professionnelle artisanale*, req. n° 276064 à propos de la représentativité aux fins de l'éligibilité au collège des organisations professionnelles dans les Chambres des métiers de l'artisanat.

¹⁰ V. sur ce thème Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, préf. G. Vedel, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », t. 108, 1972.

sur une certaine conception de son propre rôle et de sa propre place au sein des institutions françaises¹¹.

II.2. Lourd d'interrogations fondamentales, l'arrêt rendu le 5 novembre 2004 impose de porter un regard général sur le régime juridique de la représentativité syndicale. Comprendre cette décision implique en effet de revenir de manière détaillée sur les éléments fondamentaux de la pratique juridique au sein de laquelle elle prend place. Il s'agit ainsi de déterminer l'architecture d'ensemble et les rouages fondamentaux de la mécanique institutionnelle que la requérante mettait en cause et que le juge administratif a préservés. Ceci permet de comprendre comment se joue, dans l'arrêt *U.N.S.A.*, toute la problématique de la représentation professionnelle telle qu'elle est aujourd'hui organisée en France. Cette décision cristallise en effet la mise en œuvre d'un système dont les différents éléments sont fermement ancrés et dont les effets pervers ne sont pas toujours perçus ni correctement envisagés. Bien qu'elle conduise parfois à rappeler des éléments connus, cette approche s'avère nécessaire afin de mesurer l'originalité de la décision du Conseil d'Etat et d'en saisir, aussi précisément que possible, tout l'impact.

Analysé de la sorte, l'arrêt *U.N.S.A.* apparaît comme le lieu de deux séries de tensions. En eux-mêmes, les critères en vertu desquels est appréciée la représentativité d'une organisation syndicale sont anciens. Dans la pratique quotidienne, ils n'en laissent pas moins une liberté considérable à l'acteur qui est chargé de les interpréter et de les mettre en œuvre (I). C'est pourquoi la démarche du Conseil d'Etat en la matière se montre pragmatique et prudente. La volonté de procéder à des évolutions mesurées et de se garder de tout bouleversement majeur ne s'avère pas moins susceptible d'emporter des conséquences considérables (II).

I. LES CRITERES DE LA REPRESENTATIVITE SYNDICALE, ENTRE POIDS DE L'HISTOIRE ET LEGERETE DE L'INTERPRETATION

Bien qu'il repose sur la participation de nombreux intervenants, le système français de représentation syndicale se présente comme un dispositif doué d'une cohérence et d'une homogénéité remarquables. Il constitue de ce fait un mécanisme bien rodé et fortement ancré dans le droit du travail. L'égués par l'histoire du syndicalisme et reproduits à l'identique dans de nombreux textes, les critères actuels de la représentativité se sont cristallisés à partir du deuxième tiers du XX^e siècle (A). Mais la fixité des dispositions juridiques qui les ont énoncés n'a eu d'égal que la souplesse de leur mise en œuvre par les arbitres et les juges international, judiciaire et administratif (B).

A. Origine et énoncé des critères de la représentativité syndicale

Produit d'un héritage historique et de contraintes d'ordre technique (1), la représentativité syndicale est reconnue à certains critères et emporte des conséquences importantes (2).

¹¹ V. sur ce thème D. Loschak, *Le rôle politique du juge administratif français*, préf. P. Weil, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », t. 107, 1972.

1. L'exigence de représentativité syndicale

a. La notion d'organisation syndicale représentative est d'origine internationale. Elle résulte de la partie XIII du Traité de Versailles du 28 juin 1919¹², qui a créé l'Organisation Internationale du Travail. L'article 389 al. 3 de cette convention (actuel art. 3.5 de la Constitution de l'O.I.T.) prévoyait que « Les Membres s'engagent à désigner [à la Conférence générale] les délégués et conseillers techniques non gouvernementaux *d'accord avec les organisations professionnelles les plus représentatives* soit des employeurs, soit des travailleurs du pays considéré, sous la réserve que de telles organisations existent. » L'avis de la Cour permanente de justice internationale du 31 juillet 1922 a interprété ces stipulations, et considéré que l'« on doit évidemment tenir pour les organisations les plus représentatives celles qui représentent respectivement au mieux les employeurs et les travailleurs. Préciser quelles sont ces organisations, c'est une question d'espèce qui doit être résolue pour chaque pays au moment où se fait la désignation. Certes, le nombre d'adhérents n'est pas le seul critère pour juger le caractère représentatif, mais c'est un facteur important ; toutes choses égales d'ailleurs, l'organisation comprenant le plus grand nombre d'adhérents sera l'organisation la plus représentative. Le Gouvernement de l'Etat a le devoir de déterminer, d'après les éléments dont il dispose, quelles organisations sont, en fait, les plus représentatives¹³. »

Le droit interne a ensuite retenu cette exigence dans un décret de 1921¹⁴ à propos de l'élection au Conseil supérieur du travail, puis dans un décret du 16 janvier 1925¹⁵ portant sur la constitution du Conseil national économique. Lors du Front Populaire, la loi du 24 juin 1936¹⁶ a conféré un statut particulier aux conventions collectives conclues par les organisations les plus représentatives. Le ministre du travail était en mesure d'en étendre les effets à tous les employeurs, tous les employés et toutes les régions compris dans leur champ d'application. Divers textes ont ensuite eu recours à cette notion¹⁷. Dans leur majorité, lorsqu'ils sont encore en vigueur, ils sont incorporés au Code du travail.

b. L'exigence de la représentativité tient à un souci de structurer l'espace professionnel¹⁸. Cette idée répond tout d'abord à un impératif d'ordre technique. Il s'agit pour les pouvoirs publics de n'avoir à entrer en relation qu'avec un nombre limité d'interlocuteurs sérieux et crédibles, susceptibles de recueillir, d'agrégier et de formuler correctement les

¹² *J.O.* du 13 octobre 1919, p. 11294.

¹³ C.P.J.I. 31 juillet 1922 *Décision au sujet de l'interprétation de l'article 389 du Traité de Versailles*, Bureau international du travail. *Bulletin officiel* du 16 août 1922, Vol. VI, n° 7, p. 299.

¹⁴ Décret du 31 janvier 1921, *J.O.* du 5 février 1921, p. 1639 et du 8 février 1921, p. 1774 (errata).

¹⁵ Décret du 16 janvier 1925 portant constitution d'un Conseil national économique, *J.O.* du 17 janvier 1925, p. 698, *D.* 1925.4.68, art. 4 prévoyant que les membres du Conseil national économique seront désignés dans chaque catégorie par la ou les organisations les plus représentatives des grands intérêts professionnels.

¹⁶ Loi du 24 juin 1936 modifiant et complétant le chapitre IV « bis » du titre II du livrer I^{er} du Code du travail : « De la convention collective de travail », *J.O.* du 26 juin 1936, p. 6698, *D.* 1936.4.369 comm. M. Debré, art. 1^{er}.

¹⁷ V. p. ex. Loi du 4 mars 1938 sur les procédures de conciliation et d'arbitrage, *J.O.* du 5 mars 1938, p. 2570 ; Loi n° 46-2924 du 23 décembre 1946 relative aux conventions collectives de travail, *J.O.* du 25 décembre 1946, p. 10932 ; Ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprises, *J.O.* du 23 février 1945, p. 954 ; Loi n° 46-730 du 16 avril 1946 portant statut des délégués du personnel dans les entreprises, *J.O.* du 17 avril 1946, p. 3224 ; Loi n° 50-205 du 11 février 1950 sur les conventions collectives, *J.O.* du 12 février 1950, p. 1688 ; Décret n° 59-479 du 27 mars 1959 fixant les conditions de désignation des membres du Conseil économique et social, *J.O.* du 29 mars 1959, p. 3762 ; Loi n° 68-1176 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises, *J.O.* du 31 décembre 1968, p. 12403.

¹⁸ V. spéc. sur ce point P. Rosanvallon, *La question syndicale. Histoire et avenir d'une forme sociale*, Paris, Calmann-Lévy, coll. « Liberté de l'esprit », 1988 ; J. Le Goff, *Droit du travail et société*, op. cit., pp. 95-98.

demandes des salariés ou des employeurs. A la Libération, le gouvernement entendait de la sorte s'appuyer sur certaines structures stables, dignes d'après leur passé et susceptibles de participer à réorganisation du pays¹⁹.

Dans un contexte de très faible syndicalisation – moins de 10% en France –, la représentativité des organisations syndicales remplit ensuite une autre fonction. Par le jeu d'une qualification juridique, elle permet de pallier la faible représentativité de fait des syndicats. En dépit du constat arithmétique que très peu de salariés sont syndiqués, ces organisations sont considérées comme des interlocuteurs propres à parler au nom du monde du travail dans son ensemble ou d'une fraction conséquente de celui-ci. Il est donc possible de légitimer ainsi leur participation à la production de normes qui lient un grand nombre de salariés et d'employeurs²⁰.

Afin de pouvoir contribuer de la sorte à la réglementation des relations professionnelles, ces syndicats doivent présenter certaines caractéristiques déterminées.

2. Les conditions et les effets de la reconnaissance de représentativité

a. En France²¹, les critères au vu desquels la représentativité d'une organisation est appréciée proviennent notamment de circulaires de 1936 et 1945²². Mis en œuvre dès cette époque par les surarbitres et le juge administratif²³, ils ont ensuite été incorporés à la loi du 11 février 1950. Ce texte, qui « n'a fait que 'codifier' les éléments dégagés par la pratique administrative antérieure²⁴ », a donné sa rédaction à l'article L. 133-2 du Code du travail, repris par la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982. Insérés dans un titre relatif aux conventions et accords collectifs de travail, ces critères ne sont pourtant pas limités à la détermination du régime de la négociation collective, et notamment aux hypothèses dans lesquelles une convention ou un accord conclus par certains acteurs sociaux déterminés peuvent être étendus à d'autres acteurs. Ils ont au contraire été considérés d'application générale, tant par le juge judiciaire²⁵ que par le juge administratif²⁶. Aussi fixent-ils les exigences qui doivent être

¹⁹ V. circulaire A. Parodi du 28 mai 1945 relative à l'appréciation du caractère représentatif des organisations syndicales, *J.O.* du 28 juin 1945, p. 3915, *Droit social* 1945, p. 275.

²⁰ Les limites d'une telle légitimité conduisent toutefois à mettre en valeur la « logique majoritaire », c'est-à-dire à s'intéresser, au-delà de la qualification de « représentatif », à la place réelle du syndicat dans les suffrages de ceux qu'il représente. V. en ce sens l'évolution qu'illustre, à la suite de la Position commune (entre le M.E.D.E.F., la C.G.P.M.E. et l'U.P.A., d'une part, et la C.F.D.T., la C.F.E.-C.G.C., la C.F.T.C. et la C.G.T.-F.O., d'autre part) du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective, in *Droit social*, 2003, pp. 92-95, la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *J.O.* du 5 mai 2004, p. 7983 et v. *infra*, I.B. Pour une comparaison internationale, v. M.-L. Morin, « Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé », in *Droit social*, 2000, pp. 1080-1090.

²¹ Pour une comparaison internationale, v. A. Doumenge, *Recherche sur la représentativité des partenaires sociaux dans le cadre de l'Union européenne*, Th. Paris II, 1996, pp. 18-26 ; *La représentativité syndicale. Chronique internationale de l'I.R.E.S.*, n° 66, octobre 2000.

²² Circulaire J. Lebas du 17 août 1936, *J.O.* du 3 septembre 1936, p. 9392 ; Circulaire du 28 mai 1945, préc. Pour une étude historique plus complète, v. H. Trouvé, *La notion des syndicats les plus représentatifs de la profession. Contribution à l'histoire du droit syndical*, Th. Paris, Sirey, 1942, pp. 208-271.

²³ V. la jurisprudence citée *infra*.

²⁴ A. Arseguet, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, Th. Toulouse, 1976, t. 1, p. 156. V. de même B. Teyssié, *Droit du travail. Relations collectives*, 3^e éd., Paris, Litec, coll. « Jurisclasseur. Manuels », 2002, p. 34.

²⁵ Cass. soc. 18 octobre 1972 *Domengot c/ Condemine*, *Bull.* V, n° 557 ; Cass. soc. 23 juillet 1980 *Association pour la protection de l'enfance, la formation intellectuelle et technique de la jeunesse, l'aide aux malades et aux*

satisfaites dès lors qu'un texte fait référence à la représentativité d'une organisation aux fins du droit du travail ou du droit de la fonction publique²⁷. De même, la liste des organisations représentatives des salariés – dont il sera exclusivement question ici – établie en 1966 est d'application générale²⁸.

L'article L. 133-2 du Code du travail prévoit que « La représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères suivants : – les effectifs ; – l'indépendance ; – les cotisations ; – l'expérience et l'ancienneté du syndicat ; – l'attitude patriotique pendant l'occupation. »

Le critère des effectifs est destiné à garantir que l'organisation est en mesure de parler au nom d'un nombre conséquent de salariés. Il conduit à repousser la représentativité d'organisations trop faibles sur le plan numérique²⁹. Au contraire, d'importants effectifs incitent à l'admettre³⁰.

Le critère de l'indépendance vise à s'assurer que le syndicat n'a pas été créé par l'employeur et ne lui est pas inféodé. Les adhésions doivent être librement consenties³¹, de

vieillards c/ Syndicat Union des travailleurs de l'enfance inadaptée et autre, Bull. V, n° 686, J.C.P. C.I. 1981.I.9484 obs. B. Teyssié.

²⁶ V. p. ex. R. Denoix de Saint-Marc, concl. sur C.E. Ass. 21 janvier 1977 *C.F.D.T. et C.G.T.*, Rec. Lebon, spéc. pp. 43-44 ; C.E. 26 avril 2000 *Fédération de l'enseignement et de la recherche C.F.E. - C.G.C.*, req. n° 191763.

²⁷ V. p. ex. à ce dernier égard l'art. 14 al. 6 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, *J.O.* du 12 janvier 1984, p. 271 modifiée, qui renvoie à l'art. L. 133-2 C. trav. pour la détermination des organisations syndicales de fonctionnaires représentatives, autorisées à présenter des listes de candidats aux élections aux commissions administratives paritaires. D'où l'idée que ces dispositions auraient davantage leur place dans une partie du Code du travail relative aux principes généraux du droit du travail. V. en ce sens J.-C. Javillier, *Droit du travail*, 7^e éd., Paris, L.G.D.J., coll. « Manuel », 1999, p. 560.

²⁸ Cass. soc. 20 juillet 1981 *Dame Machefer et autre c/ Service sarthois de médecine du travail*, Bull. V, n° 719, D. 1982.IR.397 obs. P. Langlois.

²⁹ V. p. ex. C.E. Sect. 17 juillet 1936 *Union des syndicats professionnels de la région de Cherbourg*, p. 792 ; C.E. 21 décembre 1949 *Confédération française des travailleurs chrétiens*, p. 560 ; C.E. Sect. 21 décembre 1956 *Fédération des cadres fonctionnaires C.G.C.*, p. 493 ; C.E. 5 février 1960 *Sieur Milza et autres*, p. 81 ; C.E. 11 avril 1962 *Confédération française des travailleurs chrétiens*, p. 275 ; C.E. Sect. 26 octobre 1973 *Fédération nationale des syndicats indépendants des industries chimiques et similaires et Confédération générale des syndicats indépendants*, p. 599, A.J.D.A. 1973.II.608 et I.585 chr. M. Franc, M. Boyon, *Droit social* 1975, p. 40 note F. Moderne ; C.E. 10 juillet 1992 *Syndicat des médecins libéraux et autres*, p. 290, J.C.P. G. 1992.IV.2276 note M.-C. Rouault ; Cass. soc. 6 octobre 1971 *Syndicat S.I.T.A.-C.F.T. des Automobiles Berliet (Vénissieux) c/ Syndicat C.G.T. et E.T.D.A. des Automobiles Berliet (Vénissieux)*, *Droit Ouvrier* 1972, p. 197 ; Cass. soc. 22 mars 1972 *Bourbao et Syndicat C.F.D.T. des personnels du C.E.A. c/ Guérin et autres*, Bull. V, n° 245, *Droit ouvrier* 1973, p. 221, J.C.P. G. 1972.IV.116 ; Cass. soc. 17 mars 1971 *Union régionale des chauffeurs professionnels du Nord de la France et autres c/ S.A.R.L. Fosse et Compagnie*, Bull. V, n° 219 ; Cass. soc. 29 mai 1972 *Syndicat du personnel du C.E.A.-C.F.D.T. c/ Union des syndicats de l'énergie nucléaire C.G.T. et autres*, *Droit social* 1973, p. 590 obs. J. Savatier.

³⁰ Sentence du surarbitre Gaspard du 16 février 1938 *Hôtellerie de Nice, La Journée industrielle. Quotidien de l'industrie, du commerce et de l'agriculture*, 6-7 mars 1938, p. 5 ; Cour supérieure d'arbitrage 22 juin 1938 arrêts n° 121 et 121 bis *Syndicats de Boulogne-Calais, J.O.*, annexe, 1938, p. 1268 ; Cour supérieure d'arbitrage 23 novembre 1938 arrêt n° 714 *Industries électro-métallurgiques de la Savoie, J.O.*, annexe, 1939, p. 181 ; C.E. 24 mars 1939 *Chambre syndicale des entrepreneurs de menuiserie et parquets*, p. 211 ; C.E. 7 novembre 1947 *Confédération française des travailleurs chrétiens*, p. 415 ; C.E. 2 juillet 1954 *Fédération générale des syndicats chrétiens de fonctionnaires*, p. 412 ; Cass. soc. 23 juillet 1980 *Association pour la protection de l'enfance, la formation intellectuelle et technique de la jeunesse, l'aide aux malades et aux vieillards c/ Syndicat Union des travailleurs de l'enfance inadaptée et autre*, préc.

³¹ Sentence du surarbitre Pinot du 5 mars 1937 *Chambre syndicale des transports, Chambre syndicale des employés de la région parisienne, J.O.*, annexe, 1937, p. 642 ; C.E. Ass. 6 juin 1947 *Syndicat des cadres de l'assurance*, p. 252, *Droit ouvrier* 1948, p. 211, S. 1948.3.6 ; C.E. 19 janvier 1949 *Fédération algérienne des*

sorte que le syndicat puisse discuter de manière sincère avec le patron de l'intérêt de ceux qu'il représente. Tel n'est pas le cas lorsque l'employeur le subventionne³² ou bien exerce des pressions sur lui, prend à sa charge certains de ses frais et se montre complaisant vis-à-vis de lui³³. De même, un syndicat qui s'aligne sur la position de l'employeur lors d'un mouvement social ne fait pas preuve de l'indépendance d'action requise³⁴.

Le critère des cotisations est le signe d'un attachement durable des adhérents à l'organisation, et de leur satisfaction vis-à-vis de l'action qu'elle mène. Elles doivent contribuer de manière substantielle au financement du syndicat et de ses actions, de sorte qu'elles assurent son autonomie³⁵. Les cotisations de l'U.N.S.A. représentaient 46% de son budget, et satisfaisaient donc cette exigence.

Le critère de l'expérience et de l'ancienneté tend à garantir la crédibilité de l'organisation au vu de ses réalisations, du caractère effectif et continu de son action. Ainsi, un syndicat créé quelques jours avant une élection des délégués du personnel n'est pas représentatif³⁶.

Le critère de l'attitude patriotique pendant l'occupation visait essentiellement à pénaliser les organisations compromises avec la Charte du travail du régime de Vichy³⁷.

En vertu de ces critères fermement établis dans le droit syndical français, un arrêté du Premier ministre et du Ministre du travail du 31 mars 1966 a fixé à cinq la liste des organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national. L'U.N.S.A. sollicitait précisément la modification de cette énumération, conçue comme limitative³⁸, afin de rejoindre la C.G.T., la C.G.T.-F.O., la C.F.D.T., la C.F.T.C. et, pour les cadres uniquement, la C.F.E.-C.G.C.

b. La volonté d'obtenir une telle reconnaissance tient à l'importance de ses conséquences juridiques. Il en résulte en effet pour les organisations syndicales représentatives au niveau national de multiples avantages.

syndicats des ingénieurs et assimilés des concessions de distribution et des entreprises de production d'électricité et de gaz d'Algérie, p. 23.

³² Cass. soc. 31 janvier 1973 *Syndicat autonome du personnel de la manufacture de confection Daudignon c/ Syndicat C.F.D.T. des Landes*, Bull. V, n° 50.

³³ Cass. soc. 10 octobre 1990 *Union locale C.G.T. c/ Mme Macles et autre*, Bull. V, n° 455, R.J.S. 1990, n° 877, *Gaz. Pal.* 13 mars 1991, *Panor.* p. 70.

³⁴ Cass. soc. 11 janvier 1979 *Dame Payelle et autres c/ la Confédération autonome du travail et autres*, Bull. V, n° 31, p. 23, *D.* 1979.IR.326 obs. P. Langlois.

³⁵ Cass. soc. 17 octobre 1990 *Syndicat C.S.L. du personnel composites Aquitaine et autres c/ Syndicat F.O. de la métallurgie et autres*, Bull. V, n° 485 ; Cass. soc. 22 juillet 1981 *Syndicat autonome du personnel de la Société anonyme à responsabilité limitée Florimond Desprez veuve et fils et autres c/ Union locale des syndicats C.G.T. de Lille et environs et autres*, Bull. V, n° 748, *J.C.P. G.* 1981.IV.367.

³⁶ Cass. soc. 13 novembre 1975 *Roussel, Syndicat C.G.T. des V.R.P. c/ Syndicat autonome des Etablissements Gestetner, D.* 1975.IR.244. V. également Cass. soc. 8 juillet 1970 *Dame Jouvernaux c/ Syndicat C.G.T. Confection pour hommes région parisienne*, Bull. V, n° 472, *J.C.P.* 1970.IV.234 ; Cass. soc. 4 mars 1970 *Daret et autre c/ Lapeyre et autre*, Bull. V, n° 161 ; Cass. soc. 22 juillet 1970 *Centre national des salariés c/ Syndicat C.G.T. des métaux du Bourget*, Bull. V, n° 493 ; Cass. soc. 2 décembre 1970 *Tranchant et autres c/ l'union des syndicats C.G.T. de la Vienne et autres*, Bull. V, n° 682.

³⁷ V. circulaire du 28 mai 1945, préc. Pour des exemples d'allégation infondée de telles compromissions, v. C.E. 6 février 1948 *Fédération nationale des syndicats d'ingénieurs et autres*, T. p. 665 ; C.E. 14 janvier 1949 *Fédération nationale des syndicats d'ingénieurs et assimilés des mines*, T. p. 787.

³⁸ V. en ce sens Cass. soc. 9 décembre 1982 *Association haut-saonoise de sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence c/ Syndicat national des personnels des communautés éducatives et autre*, *Jurisdata* n° 702770 ; Cass. soc. 19 novembre 1986 *Syndicat départemental santé sociaux C.F.D.T. c/ Fédération de l'éducation nationale*, Bull. V, n° 546 ; Cass. soc. 4 mai 1994 *Editions J. c/ Syndicat national des journalistes*, Bull. V, n° 163, *D.* 1994.IR.145, *Gaz. Pal.* 3 juillet 1994, *Panor.* p. 134, *R.J.S.* 1994, n° 721.

Ceux-ci tiennent en premier lieu à un renforcement de la visibilité de leur action et de leurs revendications. Elles bénéficient d'un accès privilégié à l'administration, à travers 2 000 à 3 000 instances consultatives³⁹. A titre essentiel, seules les organisations représentatives au plan national disposent d'un siège au Conseil économique et social⁴⁰. Elles peuvent ainsi être consultées par le Gouvernement sur tout problème de caractère économique ou social, sont obligatoirement saisies pour avis de tout plan ou de tout projet de loi de programme à caractère économique ou social⁴¹, peuvent se saisir de toute question d'ordre économique et social⁴². Leur audience est également accrue par le fait que ces organisations bénéficient d'un temps d'antenne déterminé par le Conseil supérieur de l'audiovisuel⁴³.

En deuxième lieu, les organisations syndicales représentatives occupent un rôle essentiel dans la définition et la mise en œuvre de la politique sociale dans ses diverses branches⁴⁴. Ainsi, le Conseil de la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés se compose entre autres « d'un nombre égal de représentants des assurés sociaux désignés par les organisations nationales de salariés représentatives au sens de l'article L. 133-2 du code du travail et de représentants d'employeurs désignés par les organisations professionnelles nationales d'employeurs représentatives⁴⁵. » Les conseils d'administration de la Caisse d'assurance vieillesse des travailleurs salariés et de la Caisse nationale des allocations familiales comportent également chacun « treize représentants des assurés sociaux désignés par les organisations syndicales de salariés interprofessionnelles représentatives au plan national⁴⁶. » Les Unions pour le recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales sont administrées par un conseil d'administration comprenant entre autres « huit représentants des assurés sociaux désignés par les organisations syndicales de salariés interprofessionnelles représentatives au plan national⁴⁷. » Ces dernières participent en outre de manière décisive à la mise en place et à la mise en œuvre des garanties pour les travailleurs privés d'emploi⁴⁸.

³⁹ Pour une liste suggestive des organismes dans lesquels siègent les syndicats les plus représentatifs, v. R. Bricchet, *Associations et syndicats. Régimes juridique, fiscal et social*, 6^e éd., Paris, Litec, 1992, p. 516.

⁴⁰ V. Ordonnance n° 58-1360 du 29 décembre 1958 portant loi organique relative au Conseil économique et social, *J.O.* du 30 décembre 1958, p. 12033.

⁴¹ Art. 70 de la Constitution ; art. 2 al. 2 de l'ordonnance n° 58-1360 du 29 décembre 1958 préc. V. sur ce point le contrôle du juge constitutionnel : C.C. Décision n° 86-207 DC des 25-26 juin 1986 *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, p. 61, *R.J.C.* p. I-254, *L.P.A.* n° 95, 9 août 1995, p. 19 note J.-P. Amadei, *A.J.D.A.* 1986, p. 575 note J. Rivero, *Rev. Soc.* 1986, p. 606 note Y. Guyon, *A.I.J.C.* 1986, pp. 427, 454 note B. Genevois, *R.D.P.* 1989, p. 399 note L. Favoreu, *Pouvoirs* 1987 (40), p. 178 note P. Avril, J. Gicquel, *G.D.C.C.*, p. 661, cons. 6-8. V. récemment la censure prononcée par C.C. Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, *J.O.* du 24 avril 2005, p. 7173, cons. 14.

⁴² Art. 3 de l'ordonnance n° 58-1360 du 29 décembre 1958, préc.

⁴³ Pour l'année 2005, v. la décision de l'Assemblée plénière du 16 novembre 2004.

⁴⁴ Sur les rôles respectifs des divers organes mentionnés, v. art. L. 221-1 (C.N.A.M.), L. 222-1 (C.N.A.V.), L. 223-1 (C.N.A.F.) et L. 224-5 (U.C.N.S.S.) du Code de la sécurité sociale.

⁴⁵ Art. L. 221-3 al. 2 du Code de la sécurité sociale. V. également art. L. 211-2 du Code de la sécurité sociale concernant le conseil des Caisses primaires d'assurance maladie ; L. 215-2 du Code de la sécurité sociale concernant les caisses régionales d'assurance maladie.

⁴⁶ V. respectivement Art. L. 222-5 al. 2 du Code de la sécurité sociale, d'une part, et art. L. 223-3 al. 2 du Code de la sécurité sociale, d'autre part. V. également art. L. 212-2 du Code de la sécurité sociale concernant les Caisses d'allocations familiales et art. L. 224-5-1 al. 2 du Code de la sécurité sociale concernant le conseil d'orientation de l'Union des caisses nationales de sécurité sociale.

⁴⁷ Art. L. 213-2 du Code de la sécurité sociale.

⁴⁸ V. Art. L. 351-22, L. 352-2 et L. 352-2-1 C. trav. ; art. 4 du Statut de l'Unédic.

En troisième lieu, les organisations représentatives occupent un rôle essentiel dans le cadre de la négociation collective. Elles bénéficient d'un pouvoir de proposition à la désignation par le Ministre des dix-huit représentants des salariés et des dix-huit représentants des employeurs à la Commission nationale de la négociation collective⁴⁹. Elles exercent de la sorte, lors de cette nomination, un pouvoir de co-décision avec l'administration⁵⁰. L'U.N.S.A. sollicitait précisément, outre la modification de l'arrêté de 1966, que le pouvoir réglementaire en tire les conséquences sur le plan de la composition de la Commission nationale de la négociation collective. Elle demandait la modification des articles R. 136-1 et R. 136-2 du Code du travail afin d'obtenir les deux sièges qui reviennent à toute organisation représentative. En prenant place au sein de cette Commission, ces organisations exercent une influence considérable sur l'extension des conventions collectives⁵¹. Les conventions ou accords collectifs de travail, et notamment les accords nationaux et interprofessionnels, ne peuvent être négociés et conclus qu'entre organisations syndicales représentatives⁵². Le nouvel article L. 132-2-2-I du Code du travail prévoit que « La validité d'un accord interprofessionnel est subordonnée à l'absence d'opposition de la majorité des organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de l'accord. » S'il s'agit d'un accord national, cette faculté est donc réservée aux organisations mentionnées dans l'arrêté de 1966. Seuls une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel négociés et conclus par de telles organisations sont susceptibles d'être étendus et élargis⁵³. Outre le ministre du travail, seuls ces syndicats peuvent solliciter cette extension ou cet élargissement⁵⁴, c'est-à-dire que leurs stipulations soient rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs compris dans leur champ d'application, quand bien même ces derniers n'y seraient pas parties. La Commission nationale de la négociation collective doit dans ce cadre être consultée et rendre un avis motivé. Un avis favorable de sa part autorise en outre le ministre à procéder à l'extension de conventions ou d'arrêtés qui ne remplissent pas les conditions normalement exigées pour ce faire⁵⁵. Les organisations représentatives sont de la sorte à l'origine et au terme du processus de négociation collective.

En quatrième lieu, sur le plan de l'exercice des droits syndicaux, ces avantages tiennent encore au fait qu'une organisation présente dans un établissement, une entreprise ou dans une branche d'activité et rattachée à une organisation représentative sur le plan national bénéficie

⁴⁹ Art. R. 136-2 et R. 136-3 C. trav.

⁵⁰ En ce sens, du point de vue de la théorie de l'acte administratif, v. p. ex. M. Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, préf. R. Cassin, Paris, Athènes, Sirey, coll. de l'Institut français d'Athènes, 1954, pp. 130-131 ; C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1983, pp. 195-206 ; H. Belrhali, *Les coauteurs en droit administratif*, préf. J.-P. Biays, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », t. 231, 2003, pp. 34-43, 96-104, 201-204 ; C.E. Ass. 9 mai 1958 *Sieur Fau*, p. 268 ; C.E. 26 avril 1978 *Minjoz*, p. 186, *A.J.D.A.* 1978, p. 673 concl. J. Massot ; C.E. 24 octobre 1980 *Dames P. et W. et Ministre de la santé*, *D.* 1981.J.179 note J.-M. Auby ; C.E. 30 juillet 1997 *Confédération nationale de la production française des vins doux naturels d'appellation d'origine contrôlée*, p. 304, *R.F.D.A.* 1997, p. 1100.

⁵¹ Sur ses attributions, v. art. L. 136-2 C. trav.

⁵² Art. L. 132-2 C. trav. Sur les relatives dérogations introduites par la loi n° 2004-391, préc., v. B. Teyssié, « La négociation d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandatés », in *D.*, 2004, chr., pp. 2383-2391 ; J.-E. Ray, « Les curieux accords dits 'majoritaires' de la loi du 4 mai 2004 », in *Droit social*, 2004, pp. 590-600 ; G. Borenfreund, « Les syndicats et l'exigence majoritaire dans la loi Fillon du 4 mai 2004 », in G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac, I. Vacarie (dir.), *La négociation collective à l'heure des révisions*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, pp. 7-32.

⁵³ Art. L. 133-1 C. trav.

⁵⁴ Art. L. 133-8 C. trav.

⁵⁵ Art. L. 133-11 C. trav.

eo ipso d'une présomption irréfragable de représentativité⁵⁶. Elle peut de ce seul fait, par exemple, présenter des candidats aux élections des délégués du personnel⁵⁷ et aux élections au comité d'entreprise⁵⁸. Elle peut conclure des accords d'intéressement⁵⁹ et de participation des salariés aux résultats de l'entreprise⁶⁰, constituer une section syndicale et désigner des représentants syndicaux⁶¹. Dans la Fonction publique, dans les bâtiments de plus de 50 agents, l'administration doit mettre à la disposition des syndicats les plus représentatifs ayant une section syndicale un local commun, et si possible un local distinct pour chacun d'entre eux. Le local séparé est de droit lorsque le bâtiment accueille plus de 500 agents. Ces organisations ont le droit de tenir une réunion mensuelle d'information d'une durée maximale d'une heure pendant le temps de travail. Elles bénéficient en outre d'autorisations spéciales d'absence, de congés pour formation syndicale avec traitement⁶² et de la possibilité exclusive de déclencher une grève⁶³.

Ces organismes bénéficient en cinquième lieu, outre les indemnités auxquelles donne droit la participation aux diverses instances déjà mentionnées, d'avantages financiers⁶⁴. A titre d'exemple, les articles L. 452-1 et L. 452-2 du Code du travail prévoient respectivement que « La formation des salariés appelés à exercer des responsabilités syndicales, notamment au sein d'organismes de caractère économique et social, peut être assurée [...] par des centres spécialisés, directement rattachés aux organisations syndicales les plus représentatives [...] » et que « L'Etat apporte une aide financière à la formation des salariés telle qu'elle est assurée par les centres, instituts et organismes mentionnés à l'article précédent. Des crédits sont inscrits à cet effet au budget du ministère chargé du travail. Des crédits destinés à contribuer

⁵⁶ Art. L. 412-4 al. 2 C. trav. ; Cass. soc. 5 juillet 1977 *Syndicat national des pilotes de ligne c/ Helm*, Bull. V, n° 457, *Droit ouvrier* 1978, p. 45, D. 1977.IR.420 ; Cass. soc. 16 mars 1978 *Crédit mutuel d'Alsace et de Lorraine c/ Dame Lucas (représentante syndicale de la CGT) et autre*, Bull. V, n° 211 ; Cass. soc. 7 juillet 1983 *Union départementale C.G.T. et autres c/ Syndicat autonome des Etablissements Vincent Gosme et autre*, Bull. V, n° 431, *Droit social* 1984, p. 86 ; C.E. 7 juin 2000 *Syndicat national des pilotes de ligne*, req. n° 203669.

⁵⁷ V. Art. L. 423-2 C. trav. ; Cass. soc. 7 juillet 1983 *Union départementale C.G.T. et autres c/ Syndicat autonome des Etablissements Vincent Gosme et autre*, préc.

⁵⁸ V. art. L. 433-2 al. 2 C. trav. ; Cass. soc. 23 juin 1983 *Société I.B. Gérard c/ Union locale C.G.T.*, Bull. V, n° 359.

⁵⁹ Art. L. 441-1 C. trav.

⁶⁰ Art. L. 442-10 C. trav.

⁶¹ Art. L. 412-4, L. 412-6 et L. 412-11 C. trav.

⁶² V., dans la Fonction publique de l'Etat, Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, préc., art. 34, 7° ; Décret n° 82-447 du 28 mai 1982 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique, à compter du 1^{er} janvier 1982, par les agents publics dans les administrations de l'Etat et dans les établissements publics ne présentant pas un caractère industriel et commercial, *J.O.* du 30 mai 1982, p. 1726 ; Circulaire du 18 novembre 1982, *J.O.* du 9 février 1983, p. 1593. Dans la Fonction publique territoriale, v. Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, *J.O.* du 27 janvier 1984, p. 441, art. 100 ; Décret n° 85-397 du 3 avril 1985 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique territoriale, *J.O.* du 4 avril 1985, p. 3934.

⁶³ Loi n° 63-777 du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics, *J.O.* du 2 août 1963, p. 7156 ; art. L. 521-3 C. trav. V. sur ce point P. Terneyre, « Le déclenchement de la grève dans les services publics », in *R.F.D.A.*, 1988, pp. 815-824.

⁶⁴ Pour un aperçu, v. M. Bazex, *L'administration et les syndicats. Essai d'analyse des relations entre l'administration et les organisations syndicales du secteur privé*, Paris, Berger-Levrault, coll. « L'administration nouvelle », 1973, pp. 146-149 ; F. Rey, « Représentativité syndicale : la rente du club des cinq », in *Liaisons sociales. Magazine*, juin 1999, pp. 26-28.

en la matière au fonctionnement des instituts d'université ou de faculté sont également inscrits au budget du ministère de l'éducation nationale⁶⁵. »

L'importance des conséquences associées à la reconnaissance de la représentativité syndicale et le souci de structuration de l'espace social auquel elle correspond impliquent que soient définis avec rigueur les critères permettant d'identifier une telle organisation. Si leur formulation porte la marque de l'histoire du syndicalisme français, la mise en œuvre de ces critères n'est pas pour autant figée.

B. La malléabilité des critères

Différents types d'acteurs sont susceptibles d'apprécier le caractère représentatif d'une organisation syndicale. Cette reconnaissance est fréquemment l'œuvre d'une autorité administrative. Tel est par exemple le cas de l'appel à des syndicats afin de participer à une consultation. En conséquence, le juge administratif exerce son contrôle sur la décision par laquelle la représentativité est admise ou niée. Mais il est possible que l'autorité administrative n'intervienne pas. Dans cette hypothèse, telle qu'elle se présente par exemple dans le cadre d'une entreprise ou d'une branche d'activité, un commun accord entre les différents participants détermine ceux qui, en vertu de leur représentativité, sont appelés à participer. Le juge d'instance est alors normalement compétent en premier et dernier ressort concernant les contestations d'ordre électoral et en matière de désignation des délégués syndicaux, sous le contrôle de la Cour de cassation⁶⁶. Hors cette compétence d'attribution, le Tribunal de grande instance est compétent en principe. Des arbitres, sous le contrôle de la Cour supérieure d'arbitrage, peuvent également être appelés à apprécier la représentativité des syndicats dans le cadre de conflits collectifs⁶⁷. La démarche de ces divers intervenants s'avère particulièrement pragmatique et, dans le même temps, concordante. Son étude permet tout d'abord de mettre en évidence, chez les uns et les autres, la souplesse de l'individualisation de chaque critère (1). Elle témoigne ensuite de l'indétermination des relations qui existent entre ces critères (2).

1. L'individualisation de chaque critère

Considérés individuellement, les critères de la représentativité syndicale présentent plusieurs particularités de nature à en assouplir l'apparente rigueur.

a. En premier lieu, l'énumération fournie par l'article L. 133-2 du Code du travail présente à l'heure actuelle deux types d'insuffisances.

Tout d'abord, selon une opinion dominante, l'un de ces critères, celui qui est lié à l'attitude patriotique pendant l'occupation, est dépourvu de pertinence. Il a pu, en son temps, justifier les réticences vis-à-vis de la Confédération française du travail⁶⁸. Mais il n'a été appliqué qu'à de rares occasions⁶⁹. Sa présence dans le Code du travail tient au fait que la loi du 13 novembre 1982 a repris sans modification les dispositions de la loi du 11 février 1950.

⁶⁵ D'après N. Catala, « Les moyens du pouvoir syndical », in *Pouvoirs*, Vol. 26, 1983, p. 86, les subventions du ministère du travail atteignaient 34 307 000 francs en 1982. Selon les chiffres communiqués par le Ministère du travail, ces crédits sont actuellement de 25 000 000 d'euros.

⁶⁶ Art. L. 412-15, L. 423-15 et L. 433-11 C. trav.

⁶⁷ Art. L. 525-1 et suivants et art. R. 525-1 et suivants C. trav.

⁶⁸ V. G. Adam, « Le syndicalisme 'indépendant' », in *Droit social*, 1970, p. 504.

⁶⁹ V. p. ex. C.E. Ass. 6 juin 1947 *Syndicat des cadres de l'assurance*, préc. ; C.E. 19 janvier 1949 *Fédération algérienne des syndicats des ingénieurs et assimilés des concessions de distribution et des entreprises de production d'électricité et de gaz d'Algérie*, préc.

Il ne revêt plus qu'un caractère historique⁷⁰ et peut sembler caduc⁷¹. Tel était notamment le cas pour l'U.N.S.A., créée en 1993. C'est pourquoi cette exigence n'apparaît pas dans le raisonnement du Conseil d'Etat, ni dans celui du Commissaire du gouvernement, ailleurs que dans le rappel des termes de l'article L. 133-2.

Ensuite, d'autres critères, jurisprudentiels, se sont ajoutés et parfois substitués aux exigences légales. Tel est premièrement le cas de l'audience de l'organisation. Il est en effet possible que des salariés non syndiqués entendent favoriser ou bénéficier de l'activité d'une organisation et que celle-ci recueille en conséquence leurs suffrages. L'audience et l'influence d'un syndicat peuvent de la sorte s'étendre au-delà de la seule population de ses adhérents. Elles concourent à asseoir sa représentativité au regard de l'ensemble du monde du travail. La prise en compte des résultats aux dernières élections – notamment aux élections professionnelles ou aux élections au comité d'entreprise – a été introduite par une circulaire du 14 décembre 1939⁷² et reprise par une circulaire du 4 décembre 1947⁷³. Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont également prêté attention à ce type de considérations⁷⁴. Ainsi, un syndicat dont les résultats électoraux sont médiocres n'est-il pas considéré comme représentatif⁷⁵. La jurisprudence récente de la Cour de cassation met expressément en valeur les idées d'indépendance et d'« influence » des syndicats, que le juge du fond doit respectivement constater et caractériser⁷⁶. Mais l'évolution est moins profonde qu'il n'y

⁷⁰ V. p. ex. Réponse ministérielle, *J.O. Débats parlementaires A.N.* 1^{er} septembre 1979, n° 17971, p. 7073. Concernant la négociation et la conclusion des conventions qui régissent les rapports entre les différentes professions médicales (médecins généralistes et spécialistes, chirurgiens-dentistes, sages-femmes, auxiliaires médicaux, infirmiers, masseurs-kinésithérapeutes, pharmaciens), d'une part, et les organismes d'assurance maladie, d'autre part, l'art. L. 162-33 du Code de la sécurité sociale, dont la rédaction est issue de l'art. 6 de la loi n° 75-603 du 10 juillet 1975 relative aux conventions entre les caisses d'assurance maladie du régime général de la sécurité sociale, du régime agricole et du régime des travailleurs non salariés des professions non agricoles et les praticiens et auxiliaires médicaux, *J.O.* du 11 juillet 1975, p. 7127, omet ainsi l'attitude patriotique pendant l'occupation. Elle énonce les critères de représentativité suivants : effectifs, indépendance, cotisations, expérience et ancienneté.

⁷¹ V. en ce sens A. Arseguel, *La notion d'organisations syndicales...*, *op. cit.*, t. 1, p. 358 ; J. Rivero, J. Savatier, *Droit du travail*, 13^e éd., Paris, P.U.F., coll. « Thémis. Droit privé », 1993, p. 140 ; D. Marchand, *Le droit du travail en pratique*, 15^e éd., Paris, Editions d'organisation, 2002, p. 293 ; R. Brichet, *Associations et syndicats*, *op. cit.*, p. 509 ; J. Le Goff, *Droit du travail et société*, *op. cit.*, p. 99.

⁷² Circulaire du ministre du travail relative à l'application du titre II du décret du 19 novembre 1939, en ce qui concerne la désignation des délégués du personnel, *J.O.* du 16 décembre 1939, p. 13972.

⁷³ Circulaire D. Mayer TR 97/47 du 4 décembre 1947 *concernant la détermination du caractère représentatif des organisations syndicales sur le plan de l'entreprise*, *Droit social*, 1948, p. 117.

⁷⁴ V. p. ex. C.E. Sect. 26 octobre 1973 *Fédération nationale des syndicats indépendants des industries chimiques et similaires et Confédération générale des syndicats indépendants*, préc. ; C.E. 2 février 2004 *Confédération générale du travail Force Ouvrière, Fédération des employés et cadres*, req. n° 226516 ; Cass. soc. 27 mars 1952 *Pasquini c/ Thiévant, Villette et autres*, *Bull. V*, n° 267, *D.* 1952.J.418, *Droit social* 1952, p. 398 ; Cass. soc. 7 janvier 1970 *Prunier et autres c/ Berte et autres et Bignos et autre c/ Société C.E.C.A. et autres* (deux espèces), *Bull. V*, n° 4 et 5, *D.* 1970.Somm.125, *Droit ouvrier* 1970, p. 120 pour le second arrêt ; Cass. soc. 26 mars 1980 *Syndicat C.G.T. de la chaussure des Etablissements Pellet c/ S.A. Pellet et autres*, *Bull. V*, n° 304 ; Cass. soc. 7 janvier 1982 *Union syndicale des employés, gradés et cadres du Crédit de la région parisienne C.G.T. et autres c/ Banque nationale de Paris et autres*, *Bull. V*, n° 6.

⁷⁵ Cass. civ. 2^e 26 novembre 1954 *Syndicat général du personnel des compagnies aériennes C.F.T.C.*, *Droit social* 1955, p. 166.

⁷⁶ V. Cass. soc. 3 décembre 2002 *Caisse d'épargne et de prévoyance d'Alsace c/ Syndicat S.U.D. Caisses d'épargne*, *Bull. V*, n° 364, *D.* 2003.IR.43, *Droit social* 2003, p. 298 note J.-M. Verdier ; Cass. soc. 29 janvier 2003 *Caisse d'épargne et de prévoyance des pays de l'Adour c/ Syndicat Sud Caisse d'épargne*, *R.J.S.* 2003, n° 481 ; Cass. soc. 12 mars 2003 *C.G.T. Construction du Rhône c/ Société Colas Rhône-Alpes*, *R.J.S.* 2003, n° 630 ; Cass. soc. 21 mai 2003 *G.I.E. Vivalis c/ Syndicat S.U.D. Caisse d'épargne*, *Droit social* 2003, p. 779 obs. F. Duquesne.

paraît. En effet, si ces deux critères semblent ainsi régir à eux seuls l'appréciation de la représentativité syndicale, le juge doit établir de manière précise et circonstanciée leur satisfaction « au regard des critères de l'article L. 133-2 du Code du travail », c'est-à-dire notamment des cotisations, des effectifs, de l'expérience, etc. Cette « recomposition » des critères n'évince donc pas les autres exigences traditionnellement prises en compte. De ce fait, elle ne détonne pas véritablement vis-à-vis du raisonnement très souple qui domine en la matière⁷⁷.

Tel est deuxièmement le cas du critère de l'« activité réelle » du syndicat, qui tend à être associé au critère de l'expérience et de l'ancienneté, voire à le remplacer⁷⁸. J.-M. Verdier estime ainsi que « l'activité réelle et suffisante du syndicat paraît bien [...] constituer un élément déterminant de la représentativité et, en définitive, un nouveau critère principal, dont l'ancienneté et l'expérience ne sont que des signes⁷⁹. » Cette activité recouvre aussi bien la distribution de tracts que l'organisation de réunions, la présentation de revendications à la direction, le déclenchement ou la participation à des grèves⁸⁰.

Tel est troisièmement le cas d'un critère sur lequel J.-H. Stahl attire l'attention dans ses conclusions sur l'arrêt *U.N.S.A.* Celui-ci a selon lui conduit les juges du Palais Royal à maintenir la C.F.T.C. parmi les organisations représentatives après la scission d'avec la C.F.D.T.⁸¹. Il s'agit du critère tiré de « la place qu[e l'organisation syndicale représentative au plan national] occupe dans la vie sociale du pays, de la contribution intellectuelle, morale et politique qu'elle apporte au débat national, par l'expression d'un courant de pensée ou d'une tendance originale, ainsi que de la diversité et de la richesse qui en résulte[nt] pour le pluralisme syndical français⁸². » La tradition du catholicisme social a permis de préserver la représentativité de la C.F.T.C. en dépit de sa récente apparition. Egalement mis en valeur par R. Odent⁸³ et M. Morisot⁸⁴, ce critère revêtait une importance particulière vis-à-vis de

⁷⁷ V. *infra*.

⁷⁸ Sentence du surarbitre Fouan du 25 mars 1937 *Chambre syndicale de la couture parisienne*, *J.O.*, annexe, 1937, p. 675 ; Sentence du surarbitre Blondel du 12 octobre 1937 *Techniciens et assimilés des industries chimiques de l'Oise*, *Droit social* 1938, p. 31 ; Sentence du surarbitre R. Giscard d'Estaing du 30 janvier 1939 *Groupement d'étude des grands magasins d'Alger c/ Syndicat des employés de commerce d'Alger*, *La Journée industrielle. Quotidien de l'industrie, du commerce et de l'agriculture*, 8 mars 1939, p. 5 ; C.E. Sect. 3 mars 1939 *Confédération patronale des coiffeurs de France et des colonies*, p. 140 ; C.E. Sect. 24 mars 1939 *Chambre syndicale des entrepreneurs de menuiserie et parquets, et autres*, préc. ; Cass. soc. 7 janvier 1970 *Syndicat des chauffeurs routiers C.G.T. c/ Syndicat autonome du personnel des courriers du Roussillon et du Languedoc*, *Droit ouvrier* 1970, p. 120, *D.* 1970.Somm.125.

⁷⁹ J.-M. Verdier, « Réalité, authenticité et représentativité syndicales », in *Etudes de droit du travail offertes à André Brun*, Paris, Librairie sociale et économique, 1974, p. 580.

⁸⁰ V. p. ex. Cass. soc. 4 avril 1973 *Syndicat C.F.D.T. de la métallurgie de la région lyonnaise c/ Syndicat C.F.D.T. et C.I.A.P.E.M.*, *Droit social* 1973, p. 589 obs. J. Savatier ; Cass. soc. 29 mai 1991 *S.A. Comatec c/ C.N.T.-A.I.T. et autres*, *R.J.S.* 1991, n° 856 1° esp.

⁸¹ C.E. Ass. 17 avril 1970 *Confédération française démocratique du travail et Confédération générale des syndicats indépendants*, p. 263, *Droit social* 1970, p. 368 concl. M. Morisot.

⁸² J.-H. Stahl, concl. sur C.E. Ass. 5 novembre 2004 *U.N.S.A.*, *U.N.S.A. Magazine*, n° 70, novembre 2004, p. 11. Ces conclusions sont également publiées in *Droit social*, 2004, pp. 1098-1106 et in *R.F.D.A.*, 2005, pp. 400-407.

⁸³ R. Odent, concl. sur C.E. Ass. 22 juin 1951 *Confédération générale du travail*, *Droit social* 1952, p. 112 : « Bien que vos arrêts soient demeurés assez imprécis sur ce qui étaient ces autres éléments [caractéristiques des organisations les plus représentatives], on peut penser que cette expression volontairement vague vise notamment l'activité syndicale, les réalisations sociales et peut-être surtout, l'originalité de ses tendances et l'étendue ou la profondeur de leur résonance soit dans les catégories professionnelles dont il s'agit, soit même, le cas échéant, dans l'ensemble du mouvement syndical. [...] L'importance réelle d'un groupement [...] dépend aussi de l'influence intellectuelle, sociale et politique qu'une organisation exerce, de son dynamisme, de son rayonnement. »

l'U.N.S.A. Celle-ci elle est notamment issue de l'éclatement de l'ancienne Fédération de l'éducation nationale, qui était restée autonome en 1947, lors de la scission de la C.G.T. Le Commissaire du gouvernement reconnaît que « L'U.N.S.A. est ainsi née du regroupement de cinq organisations, dont l'ancienne FEN, la Fédération autonome des fonctionnaires (FGAF), la Fédération autonome des transports et la Fédération Maîtrise et cadres techniciens et agents de maîtrise de la SNCF. L'U.N.S.A. est ainsi l'héritière d'un courant original, le mouvement autonome⁸⁵. »

b. En second lieu, la consistance de la définition de chacun de ces critères est très imprécise.

Tout d'abord, chacun des critères énoncés par le législateur se présente sous la forme d'un « standard⁸⁶ » ou d'un « principe⁸⁷ ». Ils ne fonctionnent donc pas selon une logique binaire, en vertu de laquelle ils seraient soit remplis, soit méconnus. Ils sont uniquement susceptibles d'être plus ou moins satisfaits selon les circonstances concrètes⁸⁸. Ils invitent de la sorte à l'optimisation graduelle de certaines considérations, dont la réunion permet de conclure à la représentativité de l'organisation. Les critères des effectifs et de l'audience, des cotisations et de l'ancienneté se prêtaient pourtant à des formulations plus précises. Aussi la définition de seuils chiffrés a-t-elle pu être envisagée. A titre d'exemple, concernant les effectifs, un arrêté du 13 mars 1947⁸⁹ exigeait afin de participer à l'élaboration des stipulations d'une convention collective communes à l'ensemble des catégories de salariés la réunion de 10% des effectifs syndiqués de la branche et 25% des effectifs syndiqués de l'une des catégories professionnelles en cause. Elle exigeait par ailleurs, afin de participer à la négociation des chapitres des conventions collectives nationales propres à une catégorie de salariés déterminée, la réunion soit de 10% des effectifs syndiqués de la branche d'activité considérée et de 25% des effectifs syndiqués de la catégorie professionnelle en cause, soit de 33% des effectifs syndiqués de la catégorie professionnelle en cause. Mais la difficulté d'atteindre ces seuils⁹⁰ conduisit à l'abroger. Aussi n'y a-t-il pas de nombre minimal d'adhérents pour qu'un syndicat soit représentatif⁹¹. Concernant l'audience, le Commissaire

⁸⁴ M. Morisot, concl. sur C.E. Ass. 17 avril 1970 *Confédération française démocratique du travail et Confédération générale des syndicats indépendants*, *Droit social* 1970, pp. 373-374 : « La C.F.T.C. peut même soutenir qu'elle est actuellement la seule organisation qui se réclame ouvertement d'un mouvement du syndicalisme français, fondé sur la morale chrétienne. [...] La représentativité n'est pas seulement matérielle, mais également spirituelle. Un organisme qui, tel la Commission supérieure des conventions collectives, doit obligatoirement comprendre toutes les organisations qui, par leur importance ou la tendance qu'elles expriment, représentent les aspects les plus importants du syndicalisme français. »

⁸⁵ J.-H. Stahl, concl. préc., p. 16. La cinquième est la Fédération générale des salariés des organisations professionnelles de l'agriculture et de l'industrie agro-alimentaire. Sur l'originalité du syndicalisme autonome, v. J.-M. Denis, *Le groupe des dix : un modèle syndical alternatif ?*, Paris, La documentation française, coll. « Cahier travail et emploi », 2001.

⁸⁶ V. spéc. sur cette notion S. Rials, *Le juge administratif et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, préf. P. Weil, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », t. 135, 1980, spéc. pp. 13-122.

⁸⁷ V. spéc. sur cette notion R. Dworkin, « Le modèle des règles I », in Id., *Prendre les droits au sérieux* [1978], trad. fr. M.-J. Rossignol, F. Limare, F. Michaut, préf. P. Bouretz, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 1995, pp. 69-107 ; Id., « Le modèle des règles II », *ibid.*, pp. 109-151 ; R. Alexy, « Rechtsregeln und Rechtsprinzipien », in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft NF 25*, 1985, pp. 13-29.

⁸⁸ Sur ce point, v. *infra*, II.A.

⁸⁹ Décision A. Croizat - P. Ramadier du 13 mars 1947, *J.O.* du 15 mars 1947, p. 2444, *Droit social* 1947, p. 118.

⁹⁰ V. A. Arseguet, *La notion d'organisations...*, *op. cit.*, t. 1, pp. 150-151.

⁹¹ G. Adam, B.P. Granger, « La représentativité syndicale dans l'entreprise », in *Droit social*, 1972, p. 91 ; R. Bricquet, *Associations et syndicats*, *op. cit.*, p. 505.

du gouvernement M. Morisot a suggéré en vain dans ses conclusions sur l'arrêt d'Assemblée *C.F.D.T. et C.G.S.I.* un seuil de 5% des suffrages aux élections aux comités d'entreprises pour être représentatif⁹². De même n'existe-t-il aucun taux minimal valable *erga omnes* et *in abstracto*, que devraient atteindre les cotisations dans le budget de l'organisation syndicale, ni de montant minimal de cotisation annuelle par syndiqué. Enfin, aucune durée déterminée ne permet de dire à coup sûr qu'une organisation bénéficie d'une ancienneté suffisante. Les différents acteurs – pouvoirs publics, juges et syndicats – ont renoncé à formuler ces critères au moyen de seuils quantitatifs. Ils ont préféré une technique susceptible d'applications plus nuancées. D'où les écarts considérables qui, d'une espèce à l'autre, affectent la satisfaction des différents critères⁹³.

Ensuite, tels qu'ils sont définis et interprétés, ces critères ne sont pas exclusifs les uns des autres. Ainsi l'indépendance d'un syndicat se matérialise-t-elle à titre principal par son autonomie financière. Ce critère est de la sorte étroitement corrélé avec celui des cotisations⁹⁴. C'est pourquoi plusieurs arrêts semblent faire du montant des cotisations l'un des éléments permettant de prouver l'indépendance d'une organisation vis-à-vis de l'employeur⁹⁵. Les critères énumérés par le Code du travail se trouvent donc sur des plans différents, puisque l'un peut être sous la dépendance de l'autre⁹⁶. Pour sa part, le critère des cotisations est fonction des effectifs de l'organisation, et constitue la traduction la plus tangible de son audience⁹⁷. Cette dernière, telle que la manifestent les résultats électoraux, constitue également une manière de prouver l'indépendance du syndicat. En effet, le fait que celui-ci bénéficie d'une audience large atteste que ses sympathisants sont plus nombreux que ses adhérents. Ceci permet de présumer que l'adhésion n'est pas contrainte, et ne résulte donc pas de pressions patronales. L'importance de l'activité d'un syndicat, qui touche à son expérience, est également le signe de son indépendance⁹⁸. Aussi, témoignant de l'enchevêtrement des critères légaux et jurisprudentiels de la représentativité syndicale, J.-H. Stahl estime-t-il dans ses

⁹² M. Morisot, concl. préc., p. 369. V. également B. Genevois, concl. sur C.E. 25 mai 1979 *Fédération des chirurgiens dentistes de France*, *Droit social*, 1979, p. 364. Pour un aperçu des propositions en ce sens, v. A. Arseguel, *La notion d'organisations...*, op. cit., t. 1, pp. 360-363.

⁹³ Ainsi une organisation bénéficiant d'un taux de syndicalisation de 0,38% (25 adhérents sur 6 500 salariés) a-t-elle pu être dite représentative (J. Le Goff, *Droit du travail et société*, op. cit., p. 100). Au contraire, un syndicat regroupant 13 adhérents sur 25 cadres n'a-t-il pas été dit représentatif (Cass. soc. 21 juillet 1986 *Syndicat national des cadres supérieurs des chemins de fer S.N.C.S. et autre c/ Marechaux et autres*, Bull. V, n° 455), ni un syndicat regroupant la moitié des salariés d'une entreprise (Cass. soc. 31 janvier 1973 *Syndicat autonome du personnel de la manufacture de confection Daudignon c/ Syndicat C.F.D.T. des Landes* (deux espèces), Bull. V, n° 50 et 51). Comparant des jugements « stricts » et des jugements « doux » au regard du critère de l'ancienneté, v. G. Adam, B.P. Granger, « La représentativité syndicale dans l'entreprise », op. cit., p. 97.

⁹⁴ A. Arseguel, *La notion d'organisations...*, op. cit., t. 2, pp. 490-498, 510 ; S. Yannakourou, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur. Etude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, préf. A. Lyon-Caen, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 247, 1995, pp. 169, 171.

⁹⁵ V. Cass. soc. 4 novembre 1971 *Fédération française des syndicats d'agents des organismes de sécurité sociale et des institutions sociales C.F.D.T. c/ Caisse autonome de retraite et de prévoyance des infirmiers et autres*, Bull. V, n° 619, D. 1972.Somm.76 ; Cass. soc. 29 octobre 1973 *Union locale des syndicats C.G.T. de Saint-Etienne et autre c/ S.A. Etablissements Pichon frères et autres*, Bull. V, n° 530 ; Cass. soc. 27 octobre 1982 *Union syndicale des travailleurs de la métallurgie C.G.T. c/ Syndicat indépendant de l'entreprise Solitram et autre*, Bull. V, n° 591, *Droit ouvrier* 1983, p. 318.

⁹⁶ En ce sens, v. p. ex. J. Desplats, « La notion d'organisations syndicales les plus représentatives », in *Droit social*, 1945, pp. 270-275, faisant de l'importance des effectifs le seul critère de représentativité, et considérant les autres éléments comme les conditions d'une aptitude à être considéré comme représentatif.

⁹⁷ Considérant ainsi que le critère des cotisations a pour fonction essentielle de corroborer celui des effectifs, v. P. Nicolaÿ, concl. sur C.E. 2 mars 1962 *Confédération nationale artisanale*, *Droit social* 1962, p. 548.

⁹⁸ S. Yannakourou, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur*, op. cit., pp. 171-173.

conclusions sur l'arrêt *U.N.S.A.* que « le critère des cotisations rejoint ceux tirés de l'indépendance, des effectifs et de l'audience⁹⁹. »

Aucun de ces critères, dont l'imprécision ménage le pouvoir du juge, n'est à lui seul suffisant pour établir la représentativité d'une organisation. C'est pourquoi plusieurs critères sont fréquemment mis en œuvre de manière combinée, voire examinés de manière globale.

2. Les relations entre les différents critères

Considérés du point de vue de leurs relations, les critères de la représentativité syndicale appellent trois remarques, étroitement liées.

a. En premier lieu, ces critères ne sont pas cumulatifs. Si la satisfaction d'un seul d'entre eux est insuffisante à établir la représentativité, il n'est pas pour autant nécessaire que tous soient satisfaits à la fois. Ainsi la chambre sociale de la Cour de cassation a-t-elle cassé un jugement au motif qu'« en énonçant que les critères de représentativité sont cumulatifs [...], le tribunal d'instance n'a pas donné de base légale à sa décision¹⁰⁰. » Les juges du fond admettent cette exigence, le Tribunal d'instance de Neuilly-sur-Seine estimant ainsi que « les critères légaux de représentativité définis à l'article L. 133-2 du Code du travail ne sont pas cumulatifs¹⁰¹. »

b. En deuxième lieu, ces critères s'ordonnent selon une hiérarchie. Certains d'entre eux peuvent ainsi être plus ou moins négligés, à condition que des critères jugés plus importants soient satisfaits. Mais il est nécessaire de préciser que cette hiérarchie n'est pas stable selon les cas d'espèce. Selon J.-H. Stahl, les effectifs, l'audience et l'incarnation d'un courant de pensée original priment ainsi les autres critères, tels l'indépendance ou l'ancienneté et l'expérience¹⁰². A la fois chez les juges et de la part de l'administration, le critère des effectifs est fréquemment considéré comme le plus important¹⁰³. Mais ce constat appelle immédiatement un certain nombre de nuances. Ce critère n'est pas considéré suffisant ni même toujours décisif¹⁰⁴, si l'organisation n'établit pas la preuve d'une activité conséquente

⁹⁹ J.-H. Stahl, concl. préc., p. 11.

¹⁰⁰ Cass. soc. 5 novembre 1986 *Syndicat national des cadres supérieurs des chemins de fer S.N.C.S. c/ Comité d'établissement S.N.C.F. d'Amiens*, Bull. V, n° 512.

¹⁰¹ T.I. Neuilly-sur-Seine 6 janvier 1999 *Syndicat général Force ouvrière de la métallurgie de la région parisienne et autres c/ Avenir syndicat et Activités connexes U.N.S.A. et autres*, *Droit ouvrier* 1999, p. 465.

¹⁰² J.-H. Stahl, concl. préc., p. 11.

¹⁰³ V. p. ex. M. Barbet, concl. sur C.E. Ass. 4 février 1949 *Fédération nationale des travailleurs du sous-sol et assimilés, Fédération nationale des travailleurs du sous-sol et assimilés, Fédération régionale des mineurs et similaires du Gard et des départements limitrophes* (trois espèces), S. 1950.3.57 ; R. Odent, concl. préc., pp. 112-113 ; Réponse ministérielle, *J.O. Débats parlementaires A.N.* 25 juin 1971, n° 11181, pp. 3425-3426 ; Cass. soc. 29 mai 1972 *Syndicat du personnel du C.E.A.-C.F.D.T. c/ Union des syndicats de l'énergie nucléaire C.G.T. et autres*, préc. ; C.E. 28 février 1958 *Sieur Denis et autres*, p. 135 ; C.E. 17 juin 1960 *Confédération autonome du travail, Droit social* 1961, p. 170 ; C.E. Sect. 26 octobre 1973 *Fédération nationale des syndicats indépendants des industries chimiques et similaires et Confédération générale des syndicats indépendants*, préc. ; C.E. 5 février 1960 *Sieur Milza et autres*, préc. ; C.E. 2 mars 1962 *Union nationale des chambres syndicales des miroitiers et de négociants en verres à vitres*, p. 141, *Droit social* 1962, p. 604 concl. P. Nicolaÿ ; C.E. Ass. 2 novembre 1973 *Ministre du travail, de l'emploi et de la population c/ Confédération nationale des chauffeurs routiers et des salariés de France*, p. 614, *A.J.D.A.* 1974.II.273, *Droit social* 1974, p. 469 obs. J. Savatier.

¹⁰⁴ V. circulaire du 17 août 1936, préc. ; circulaire du 28 mai 1945, préc. ; C.E. Ass. 4 février 1949 *Fédération nationale des travailleurs du sous-sol et assimilés, Fédération nationale des travailleurs du sous-sol et assimilés, Fédération régionale des mineurs et similaires du Gard et des départements limitrophes* (trois espèces), préc. ; C.E. 2 mars 1962 *Confédération nationale artisanale*, p. 145, *Droit social* 1962, p. 544 concl. P. Nicolaÿ, D.

ou de ressources appropriées. Au contraire, un arrêt récent de la Cour de cassation affirme pour la première fois très nettement que l'influence et l'indépendance sont les deux critères essentiels¹⁰⁵. Mais les résultats aux élections professionnelles, qu'ils soient bons ou mauvais, sont insuffisants à eux seuls à établir la représentativité d'une organisation¹⁰⁶. Seul le critère de l'indépendance vis-à-vis du patronat fait figure de condition nécessaire de la représentativité¹⁰⁷. Celui-ci conditionne en effet la pertinence de tous les autres critères. Une organisation très puissante en raison de son appui patronal ne saurait être considérée représentative des salariés. Ainsi un syndicat n'est-il pas représentatif en dépit de ses nombreux effectifs et de son succès électoral en raison des doutes que fait peser sur son indépendance la faiblesse des cotisations qu'il perçoit¹⁰⁸. Toutefois, la Cour de cassation a admis le financement direct d'un syndicat par le patron, à condition que celui-ci bénéficie à tous les syndicats¹⁰⁹. L'indépendance des syndicats vis-à-vis de l'employeur, présentée à l'origine comme devant être absolue, s'affadit de la sorte en une simple condition d'« égale dépendance » vis-à-vis de lui. Ces critères sont donc à la fois très souples et dotés d'une importance variable.

c. En troisième lieu, la satisfaction de ces critères fait l'objet d'une appréciation globale, selon une méthode dite du « faisceau de critères¹¹⁰ » ou du « faisceau d'indices¹¹¹ ». C'est pourquoi « si les critères mentionnés par l'article L. 133-2 du Code du travail ne sont pas cumulatifs, le juge ne peut, au seul vu de l'activité et de l'audience d'un syndicat, s'interdire d'examiner les autres critères de représentativité¹¹². » Le juge est tenu de prendre en compte

1962.J.740 note J.-J. Dupeyroux ; C.E. Sect. 13 juillet 1966 *Ministre du travail c/ Syndicat des fabricants de salaisons, conserves de viande et charcuterie en gros du Nord et du Pas-de-Calais*, p. 504 ; J.-H. Stahl, concl. préc., p. 10 ; R. Odent, concl. préc., p. 112 ; Cass. soc. 11 mars 1971 *André Georges c/ Union des cadres et techniciens des Industries et établissements Kuhlmann*, Bull. V, n° 202, *Droit ouvrier* 1972, p. 41 ; Cass. soc. 4 novembre 1971 *Fédération française des syndicats d'agents des organismes de sécurité sociale et des institutions sociales C.F.D.T. c/ Caisse autonome de retraite et de prévoyance des infirmiers et autres*, préc. ; Cass. soc. 3 novembre 1972 *Section de Nice du syndicat général du personnel d'Air-France (C.G.T.) c/ Canton et Union syndicale Air-France, Section Côte d'Azur (C.F.T.)*, *Droit ouvrier* 1973, p. 77.

¹⁰⁵ Cass. soc. 3 décembre 2002 *Caisse d'épargne et de prévoyance d'Alsace c/ Syndicat S.U.D. Caisses d'épargne*, préc.

¹⁰⁶ Cass. civ. 2^e 24 avril 1953 *Duin*, Bull. II, n° 133 ; Cass. civ. 2^e 8 février 1968 *Confédération générale des syndicats indépendants c/ Syndicat C.G.T. produits chimiques (Société Air liquide)*, J.C.P. G. 1969.II.16127 obs. H. Sinay.

¹⁰⁷ V. en ce sens G. Adam, B.P. Granger, « La représentativité syndicale dans l'entreprise », *op. cit.*, pp. 95-96 ; S. Michel, « Le critère de l'indépendance au sein de l'article L. 133-2 du Code du travail », in *Droit ouvrier*, 2003, pp. 133-139.

¹⁰⁸ V. Cass. soc. 10 octobre 1990 *Union locale C.G.T. c/ Malcles*, préc. ; Cass. soc. 31 janvier 1973 *Syndicat autonome du personnel de la manufacture de confection Daudignon c/ Syndicat C.F.D.T. des Landes* (deux espèces), préc. ; Cass. soc. 29 octobre 1973 *Union locale des syndicats C.G.T. de Saint-Etienne et autre c/ S.A. Etablissements Pichon frères et autres*, préc. ; Cass. soc. 27 octobre 1982 *Union syndicale des travailleurs de la métallurgie C.G.T. c/ Syndicat indépendant de l'entreprise Solitram et autre*, préc. ; J. Le Goff, *Droit du travail et société*, *op. cit.*, p. 103.

¹⁰⁹ Cass. soc. 29 mai 2001 *C.G.T. c/ Société Cégélec, Lamy* 2001, n° 1032, *Liaisons sociales* 11 juin 2001, n° 722 obs. B. Boubli, *Droit social* 2001, p. 821 note G. Borenfreund.

¹¹⁰ A. Arseguel, *La notion d'organisations syndicales...*, *op. cit.*, t. 1, p. 335 ; A. Doumenge, *Recherche sur la représentativité...*, *op. cit.*, p. 225 ; J. Frossard, « Syndicats professionnels. Action syndicale. Représentativité », in *Jurisclasseur Travail*, fasc. 12-20, n° 144.

¹¹¹ S. Yannakourou, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur*, *op. cit.*, p. 166 n. 53 ; J. Le Goff, *Droit du travail et société*, *op. cit.*, p. 103 ; J.-M. Verdier, « Critères de la représentativité syndicale : recomposition et contrôle du juge de cassation ? », in *Droit social*, 2003, p. 301.

¹¹² Cass. soc. 8 février 1994 *Syndicat C.F.D.T. du personnel des organismes d'assurances et autre c/ S.A. Union des assurances de Paris I.R.A.D.*, R.J.S. 1994, n° 273.

ces différentes considérations¹¹³. Ce type de raisonnement est rendu nécessaire par la présentation de ces critères sous forme de standards, d'une part, et l'absence d'exclusivité de leur définition, d'autre part¹¹⁴.

De ce fait, ils peuvent se conforter ou se contredire. Ainsi, la faiblesse des effectifs peut être compensée par une activité et un dynamisme suffisants¹¹⁵ ou bien par la satisfaction des critères d'ancienneté, de cotisations, d'indépendance financière et d'action effective¹¹⁶. Une activité importante et une audience suffisantes peuvent de même compenser la faiblesse des effectifs et le caractère récent de la mise en place de l'organisation¹¹⁷. L'importance numérique et l'audience d'un syndicat peuvent pallier le fait que sa constitution soit récente¹¹⁸. L'absence d'ancienneté n'est pas dirimante, si le syndicat dispose d'effectifs et d'une audience importants, exerce une activité réelle et jouit de ressources suffisantes¹¹⁹ ou si ses dirigeants ou ses membres ont acquis antérieurement une expérience suffisante¹²⁰. Une audience importante et/ou une action effective suppléent le caractère récent de l'organisation¹²¹. Réciproquement, le cumul d'indices défavorables convergents, tels une

¹¹³ Cass. soc. 5 mai 1998 *Syndicat national des journalistes c/ Syndicat libre et unifié représentatif du personnel et autres*, *Droit social* 1998, p. 726 obs. J. Savatier, *R.J.S.* 1998, n° 755, *Liaisons sociales*, *Juris. Hebdo*, n° 7865 du 26 mai 1998 ; Cass. soc. 13 avril 1999 *Syndicat indépendant C.S.L. du personnel de la société Brink's c/ Société Brink's*, *Droit social* 1999, p. 643 obs. G. Borenfreund.

¹¹⁴ V. *supra*, I.B.1.

¹¹⁵ Cass. soc. 8 novembre 1988 *Syndicat national des cadres supérieurs de la S.N.C.F. c/ Durand et autres*, *Bull. V*, n° 576, *D.* 1988.IR.291 ; Cass. soc. 20 mars 1990 *Syndicat C.G.T. des employés des agences du Crédit lyonnais de Paris et de la petite couronne c/ Président du Comité d'établissement des agences de Paris du Crédit lyonnais*, *Jurisdata* n° 001006 ; Cass. soc. 2 novembre 1993 *Sté Delta diffusion c/ Syndicat U.S.G.S. et autre*, *R.J.S.* 1993, n° 1219.

¹¹⁶ Cass. soc. 16 décembre 1998 *Compagnie nationale Air France c/ Syndicat national des pilotes de lignes Air Inter*, *Jurisdata* n° 005045.

¹¹⁷ Cass. soc. 7 janvier 1970 *Bignos et Daugey c/ Société C.E.C.A.*, préc. ; Cass. soc. 26 mars 1980 *Syndicat C.G.T. de la chaussure des Etablissements Pellet c/ S.A. Pellet et autres*, préc. ; Cass. soc. 11 février 1982 *Syndicat C.F.D.T. de la clinique Claude Bernard c/ Syndicat autonome de la clinique Claude Bernard*, *Bull. V*, n° 91 ; Cass. soc. 12 février 1985 *Saint-Cas c/ Thomas*, *Bull. V*, n° 92, *J.C.P. G.* 1985.IV.157 ; C.A.A. Bordeaux 28 mai 2002 *Syndicat S.U.D. A.N.P.E. Aquitaine, A.J.F.P.* novembre-décembre 2002, p. 51 concl. J.-L. Rey.

¹¹⁸ Cass. soc. 7 janvier 1970 *Syndicat des chauffeurs routiers C.G.T. c/ Syndicat autonome du personnel des courriers du Roussillon et du Languedoc*, préc.

¹¹⁹ Cass. soc. 5 mai 1998 *Syndicat national des journalistes c/ Syndicat libre et unifié représentatif du personnel et autres*, préc. ; Cass. soc. 5 novembre 1986 *Syndicat autonome Printemps-Prisunic c/ Société Prininform et Compagnie*, *Bull. V*, n° 513.

¹²⁰ V. en ce sens Cass. soc. 27 octobre 1971 *Confédération autonome du travail c/ Brun et autres*, *Bull. V*, n° 597, *Droit ouvrier* 1972, p. 40, *D.* 1972.J.44 ; Cass. soc. 23 juillet 1980 *Association pour la protection de l'enfance, la formation intellectuelle et technique de la jeunesse, l'aide aux malades et aux vieillards c/ Syndicat Union des travailleurs de l'enfance inadaptée et autre*, préc. ; Cass. soc. 12 juillet 1994 *Syndicat C.F.D.T. de la vente par correspondance de Roubaix-Tourcoing et autres c/ S.A. Redoute catalogue et autres*, *Droit social* 1994, p. 812, *R.J.S.* 1994, n° 1007.

¹²¹ Cass. soc. 19 février 1970 *Hardy (C.G.T.) et autres c/ Etablissements Dunlop, Confédération générale des syndicats indépendants aux Etablissements Dunlop à Amiens*, *Droit ouvrier* 1970, p. 176 ; Cass. soc. 27 octobre 1971 *Confédération autonome du travail c/ Brun et autres*, préc. ; Cass. soc. 7 janvier 1982 *Union syndicale des employés, gradés et cadres du Crédit de la région parisienne C.G.T. et autres c/ Banque nationale de Paris et autres*, préc. ; Cass. soc. 14 janvier 1982 *Syndicat C.G.T.-F.O. et autres c/ Syndicat démocratique des Banques B.N.P.*, *J.C.P. G.* 1982.IV.112 ; Cass. soc. 12 février 1985 *Saint-Cas c/ Thomas*, préc.

création récente, une faible activité et un défaut d'indépendance avéré¹²² ou bien un faible résultat électoral associé à des effectifs insuffisants¹²³ conduisent à refuser la représentativité.

Le raisonnement par faisceau d'indices avait été mis en pratique par les Commissaires du gouvernement R. Odent et M. Morisot dans les principales décisions du juge administratif en la matière¹²⁴. Tel a également été le cas dans l'arrêt *U.N.S.A.* Aussi J.-H. Stahl¹²⁵, et à sa suite le Conseil d'Etat, dressent-ils un bilan de la satisfaction des critères de représentativité par cette organisation. Si la question du patriotisme de l'U.N.S.A. est hors de propos, son indépendance vis-à-vis des employeurs est admise. Son existence et son action depuis dix années, ainsi que l'héritage dont elle bénéficie de la part des organisations dont elle est issue, satisfont le critère d'expérience et d'ancienneté. Les cotisations qu'elle perçoit sont suffisantes. Mais la comparaison de ces indices favorables à sa représentativité et des considérations tirées de ses effectifs et de son audience conduisent le Commissaire du gouvernement à estimer que l'organisation n'est pas représentative. L'Assemblée du contentieux a fait sien ce bilan. Les quatrième et cinquième considérants de l'arrêt s'attachent expressément à ces deux derniers critères, auxquels ils accordent un poids décisif. Les juges du Palais Royal considèrent à ce titre que les effectifs et l'audience de l'organisation en cause sont encore trop réduits, et que « dans ces conditions, le ministre n'a pas fait une inexacte application des dispositions [...] du Code du travail en estimant que l'U.N.S.A. ne pouvait pas être regardée comme étant au nombre des organisations syndicales les plus représentatives au niveau national. » Au terme d'un raisonnement parfaitement courant en la matière, le juge administratif rejette donc son recours.

Le système français de détermination de la représentativité syndicale bénéficie d'une assise stable. Il repose sur la pratique concordante d'acteurs variés qui partagent un mode raisonnement semblable. Au vu de ces critères et de la manière dont ils sont mis en œuvre, il n'est pas interdit de considérer que la requête de l'U.N.S.A. aurait pu espérer un sort plus favorable. En dépit de leur ancienneté et de la cristallisation historique qu'illustre leur formulation à l'article L. 133-2 du Code du travail, les critères de représentativité syndicale laissent en effet une large marge d'appréciation aux acteurs juridiques. Aux yeux de J.-H. Stahl, c'est précisément cette difficulté qui justifiait le renvoi de l'affaire devant l'Assemblée du contentieux. La pratique juridictionnelle se complique en effet d'un autre élément d'appréciation, qui conditionne de surcroît les enseignements de chacun des critères. Il s'agit de la détermination du champ dans lequel sont examinées leur plus ou moins grande satisfaction, leur plus ou moins grande méconnaissance, ainsi que la possibilité de les compenser les uns avec les autres. C'est de ce dernier point de vue, plus que dans la mise en œuvre souple et pragmatique des critères, que la décision rendue par le Conseil d'Etat peut

¹²² Cass. soc. 8 janvier 1997 *Confédération des syndicats libres c/ Union départementale des syndicats confédérés Force ouvrière de Paris*, Bull. V, n° 14. V. également Cass. civ. 19 juin 1969 *Syndicat autonome des travailleurs des usines Kremlin c/ Viralu*, D. 1970.Somm.10 ; Cass. soc. 16 mai 2001 *Daniel Noble c/ Syndicat S.U.D. Plastic Omnium*, Jurisdata n° 009761.

¹²³ Cass. soc. 6 octobre 1971 *Syndicat S.I.T.A.-C.F.T. des Automobiles Berliet (Vénissieux) c/ Syndicat C.G.T. et E.T.D.A. des Automobiles Berliet (Vénissieux)*, préc. ; Cass. soc. 29 mai 1972 *Syndicat du personnel du C.E.A.-C.F.D.T. c/ Union des syndicats de l'énergie nucléaire C.G.T. et autres*, préc. ; C.E. Sect. 26 octobre 1973 *Fédération nationale des syndicats indépendants des industries chimiques et similaires et Confédération générale des syndicats indépendants*, préc.

¹²⁴ V. R. Odent, concl. préc., p. 110 ; M. Morisot, concl. préc., p. 369.

¹²⁵ J.-H. Stahl, concl. préc., pp. 17-21.

présenter un aspect innovant du point de vue de la réglementation juridique des activités syndicales.

II. L'APPRECIATION DE LA SATISFACTION DES CRITERES PAR LE CONSEIL D'ETAT, ENTRE INNOVATION PRUDENTE ET ATTENTISME

Le cœur de l'argumentation du juge administratif, et ce pourquoi, à la suite du Commissaire du gouvernement, il a considéré que le faisceau des indices de la représentativité de l'U.N.S.A. était en sa défaveur, tient au niveau d'appréciation de la satisfaction des critères auquel il a décidé de se situer. En relativisant de la sorte la mise en œuvre des critères de la représentativité syndicale (A), les juges du Palais Royal semblent avoir tenté, d'une manière qu'il importe d'examiner, de préserver un certain équilibre dans le paysage syndical français (B).

A. La relativisation des critères

Ainsi que le note A. Arseguel, « l'appréciation de la représentativité syndicale obéit à un principe de relativité¹²⁶. » De ce fait, l'examen de la satisfaction des différents critères ne s'opère pas *in abstracto*, mais dans des cadres déterminés. Traditionnelle dans la jurisprudence (1), cette technique a connu dans l'arrêt *U.N.S.A.* une application originale (2).

1. Les relativisations traditionnelles

Parfois dénommée « règle de concordance », la relativisation des critères de la représentativité syndicale conduit à apprécier celle-ci au niveau et dans le cadre où se pose la question pratique pour laquelle la représentativité est exigée. Elle consiste à déterminer le cadre temporel¹²⁷, territorial et professionnel dans lequel la satisfaction des différents critères est examinée et leur éventuelle compensation mise en œuvre¹²⁸.

a. Sur le plan territorial, tout d'abord, il convient de distinguer selon que la question de la représentativité se pose au niveau du collège électoral, de l'établissement, de l'entreprise, de la région ou, comme c'était le cas dans l'arrêt *U.N.S.A.*, au niveau national. Ainsi l'entreprise est-elle le cadre pertinent de l'appréciation de la représentativité en vue de la présentation de listes de candidats au premier tour des élections professionnelles¹²⁹. Au contraire, un cadre régional ou national s'imposent respectivement concernant la représentativité qu'exige la conclusion de conventions collectives régionales ou nationales¹³⁰. La représentativité s'apprécie au niveau national pour la composition du Conseil supérieur de la fonction publique¹³¹ ou la conclusion des accords relatifs aux retraites et au chômage¹³², au niveau de la seule fonction publique territoriale et non au regard de l'ensemble des fonctions publiques pour la composition du Conseil supérieur de la fonction publique territoriale¹³³, au

¹²⁶ A. Arseguel, *La notion d'organisations...*, *op. cit.*, t. 2, p. 635.

¹²⁷ Sur cet aspect, v. *infra*, II.A.2.

¹²⁸ V. en ce sens la circulaire du 28 mai 1945, préc.

¹²⁹ Cass. civ. 2^e sect. 26 novembre 1954 *Syndicat général de la traction sur les voies navigables*, *Droit social* 1955, p. 164 ; Cass. soc. 18 juillet 2000 *Société Electricité de France et autres c/ Syndicat S.U.D. énergie Hérault et autres*, *Jurisdata* n° 003248.

¹³⁰ Cass. soc. 15 octobre 1981 *Syndicat national professionnel autonome des délégués visiteurs médicaux c/ Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, *Bull.* V, n° 795, *J.C.P. G.* 1982.IV.4.

¹³¹ C.E. 2 juillet 1954 *Fédération générale des syndicats chrétiens de fonctionnaires*, préc.

¹³² C.E. 2 mars 1962 *Confédération nationale artisanale*, préc.

¹³³ C.E. 24 novembre 2003 *Fédération S.U.D. des collectivités territoriales*, req. n° 249821.

niveau de la région pour composer les comités économiques et sociaux régionaux instaurés par la loi du 5 juillet 1972¹³⁴ et au niveau départemental concernant la commission départementale de conciliation¹³⁵.

La distinction de ces différents niveaux territoriaux d'appréciation est importante. Il est en effet possible d'observer une intransitivité de la représentativité. Ainsi, un syndicat reconnu représentatif au niveau national peut ne pas l'être au niveau local, dans un établissement ou une entreprise¹³⁶. De même, un syndicat représentatif dans plusieurs entreprises d'une même branche professionnelle ne l'est pas nécessairement dans toutes ces entreprises aux fins de l'élection de délégués du personnel¹³⁷. Un syndicat représentatif dans un établissement d'une société peut ne pas l'être dans l'entreprise dans son ensemble¹³⁸ ou inversement¹³⁹. Le Conseil d'Etat censure ainsi un arrêté du ministre des Postes et télécommunications qui, « sans rechercher quelles étaient les organisations les plus représentatives du personnel dans chacun de ces services, groupes de services ou circonscriptions autres que les départements dotés d'un comité technique paritaire [...] a donné à l'ensemble de ces organismes une composition uniforme et a appelé à y désigner des représentants du personnel les organisations qu'il tenait pour représentatives à l'échelon national¹⁴⁰. » La représentativité d'une même organisation peut être admise ou refusée dans différentes régions¹⁴¹. Ainsi, « en imposant une représentativité nationale aux délégués syndicaux locaux, le tribunal a violé le principe général de représentativité et la règle dite de concordance¹⁴². » Il est donc indispensable d'évaluer en détail, à chaque niveau territorial, la représentativité des organisations syndicales¹⁴³.

b. Sur le plan professionnel, ensuite, la relativisation des critères de la représentativité tient au fait qu'un organisme reconnu représentatif d'une certaine catégorie de salariés peut ne pas l'être pour une autre catégorie¹⁴⁴. Ainsi convient-il par exemple de distinguer les

¹³⁴ C.E. Ass. 21 janvier 1977 *C.F.D.T. et C.G.T.*, p. 39 concl. R. Denoix de Saint-Marc, *Droit social* 1977, p. 174 concl., *D.* 1978.J.514 note O. Passelecq.

¹³⁵ C.E. 22 mars 1939 *Union départementale des syndicats professionnels de l'Aveyron*, p. 202 ; C.E. 7 novembre 1947 *Confédération française des travailleurs chrétiens*, préc.

¹³⁶ V. en ce sens C.E. 21 juillet 1972 *Fédération syndicale chrétienne des travailleurs des Postes et télécommunications*, p. 1134, *A.J.D.A.* 1973.II.376 obs. V.S.

¹³⁷ Cass. soc. 27 octobre 1971 *Gaudin et autres c/ Syndicat graphique indépendant, Jerhine et autres c/ Syndicat graphique indépendant*, *Bull.* V, n° 595, *Droit ouvrier* 1972, p. 358.

¹³⁸ Cass. soc. 10 octobre 1990 *Szpirko c/ Société usine Chausson*, *Jurisdata* n° 004382.

¹³⁹ Cass. soc. 9 mars 1972 *Syndicat C.G.T. c/ Syndicat autonome C.F.T. de la Mobil Oil française et Etablissement de la Mobil Oil française*, *Droit ouvrier* 1972, p. 194.

¹⁴⁰ C.E. 15 octobre 1969 *Fédération syndicale chrétienne des travailleurs des P.T.T.*, p. 436, *A.J.D.A.* 1970, p. 245 note V.S. Dans le même sens, v. C.E. 22 mars 1995 *Union des syndicats des cadres de La Poste et de France Telecom*, p. 137, *D.A.* 1995, n° 347, *Gaz. Pal.* 29 décembre 1995, *Panor.* p. 160.

¹⁴¹ C.E. Ass. 4 février 1949 *Fédération nationale des travailleurs du sous-sol et assimilés et Fédération régionale des mineurs et similaires du Gard et des départements limitrophes* (deux espèces), préc., à propos de la représentativité de la C.F.T.C. selon les bassins houillers.

¹⁴² Cass. soc. 3 décembre 2002 *Syndicat S.U.D. du groupe Compass et Eurest France c/ Eurest France*, *Jurisdata* n° 016956.

¹⁴³ C.E. 18 juin 1997 *Fédération syndicale S.U.D. des P.T.T.*, p. 244, *Droit social* 1998, p. 94 obs. C.-A. Garbar.

¹⁴⁴ C.E. 2 mars 1962 *Union nationale des chambres syndicales des miroitiers et de négociants en verres à vitres*, préc. ; C.E. Sect. 5 décembre 1947 *Fédération nationale des syndicats d'ingénieurs et assimilés des mines, de leurs industries et commerces accessoires*, p. 461 ; Cass. soc. 20 juillet 1977 *Syndicat des cadres, gradés et employés de la banque S.N.B. c/ Union syndicale C.G.T. des employés gradés et cadres du Crédit de la région parisienne*, *Bull.* V, n° 505, *D.* 1978.241 note A. Arseguel ; Cass. soc. 20 juin 1973 *Société nancéienne et Varin-Bernier S.A. c/ Union départementale des syndicats C.G.T. Hante-Marne et autre*, *Bull.* V, n° 393.

employés ou les techniciens et les agents de maîtrise des établissements métallurgiques¹⁴⁵. De même, un syndicat représentatif pour les cadres et agents de maîtrise ne l'est pas pour les ouvriers et les employés¹⁴⁶. Dans un arrêt de 1971, la Cour de cassation a clairement estimé que « le caractère représentatif d'une organisation syndicale doit être apprécié par rapport à l'ensemble du personnel, constituant une unité de l'entreprise considérée [...] même si la C.G.C.-O.D.E.R.T.E.S. était représentative sur le plan national ainsi que sur celui de l'entreprise, pour le collège ingénieurs et cadres, il ne s'ensuivait pas nécessairement qu'elle le fût également pour l'ensemble du personnel de la Compagnie, ni par suite pour la catégorie distincte des ouvriers et employés¹⁴⁷. » La détermination des organisations représentatives doit donc s'opérer distinctement pour chaque catégorie de salariés ayant des intérêts professionnels spécifiques à faire valoir¹⁴⁸.

c. Une fois précisé le cadre territorial et professionnel de mise en œuvre des critères, les acteurs peuvent prendre en compte la situation des autres organisations syndicales afin, comparativement, d'apprécier la représentativité de l'une d'entre elles. Les juges prêtent ainsi attention au caractère peu favorable à l'implantation du syndicalisme de l'environnement dans lequel se présente l'organisation en cause¹⁴⁹. Dans un tel contexte, la faiblesse des effectifs d'un syndicat peut ne pas s'avérer dirimante. Tel a notamment été le cas de l'admission de la représentativité de la C.G.T. et de la C.G.T.-F.O. dans le monde agricole, traditionnellement très peu syndiqué¹⁵⁰. Plus récemment, le juge administratif a estimé que « Si le Syndicat national de l'enseignement de la conduite et de l'éducation routière (SNCR-FEN) ne regroupe qu'une faible part des salariés du secteur de l'enseignement de la conduite routière, il établit, dans un secteur où le taux de syndicalisation est très bas et où les entreprises sont très dispersées, avoir une activité effective, être présent dans un nombre important de départements et avoir obtenu des sièges au Conseil supérieur de l'enseignement de la conduite automobile, témoignant ainsi d'une audience réelle dans la profession et supérieure à celle de toute autre organisation syndicale de salariés du même secteur¹⁵¹. » De même, la Cour de cassation a considéré qu'en raison du taux de syndicalisation du secteur, un syndicat était représentatif en dépit du fait qu'il ne comptait que 24 adhérents sur 6 500 salariés et qu'il

¹⁴⁵ C.E. 13 mai 1938 *Syndicat des ingénieurs et agents de maîtrise des industries métallurgiques du Nord*, *Droit social* 1938, p. 377 note J. Rivero, *D.H.* 1938, p. 441. V. également C.E. Ass. 6 juin 1947 *Syndicat des cadres de l'assurance*, préc.

¹⁴⁶ Cass. soc. 7 mars 1974 *Nevière c/ S.C.I.P. et autres*, *Bull. V*, n° 164, *J.C.P.* 1974.IV.144, *D.* 1974.IR.83.

¹⁴⁷ Cass. soc. 12 mai 1971 *Syndicat national des cadres et techniciens assimilés des organismes d'études et de réalisations techniques, économiques et sociales, dit O.D.E.R.T.E.S.-C.G.C. de la Compagnie nationale d'aménagement de la région du Bas-Rhône et du Languedoc c/ C.G.T. et C.F.D.T.*, *Gaz. Pal.* 10-12 octobre 1971, note Groutel, *Bull. V*, n° 349, *Droit ouvrier* 1972, p. 22, *D.* 1971.Somm.209, *J.C.P.* 1971.IV.56.

¹⁴⁸ M. Barbet, concl. préc., p. 57 ; Cass. soc. 26 novembre 2003 *Syndicat des pilotes d'Air France c/ François Gandet*, *Juridata* n° 021311.

¹⁴⁹ Cass. soc. 15 octobre 1981 *Syndicat national professionnel autonome des délégués visiteurs médicaux c/ Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, préc. ; M. Barbet, concl. préc., p. 57 ; C.E. 11 avril 1962 *Confédération française des travailleurs chrétiens*, préc.

¹⁵⁰ C.E. Ass. 22 juin 1951 *Confédération générale du travail*, p. 366, *Droit social* 1951, p. 472, *Droit social* 1952, p. 110 concl. R. Odent.

¹⁵¹ C.E. 17 janvier 1997 *Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ Syndicat national de l'enseignement de la conduite et de l'éducation routière (SNCR-FEN)*, p. 23, *J.C.P. G.* 1997.IV.1371 note M.-C. Rouault, *Gaz. Pal.* 30 mai 1997 n° 150-151 Lettre de jurisprudence, p. 6, *Gaz. Pal.* 28 septembre 1997, *Panor.* p. 147. V. également C.A.A. Bordeaux 28 mai 2002 *Syndicat S.U.D. A.N.P.E. Aquitaine*, préc.

avait été constitué deux mois avant la désignation des délégués syndicaux et du représentant syndical au comité d'entreprise¹⁵².

L'arrêt *U.N.S.A.* illustre cette démarche. Ainsi J.-H. Stahl et le Conseil d'Etat comparent-ils la situation de la requérante et celle des autres organisations à la liste desquelles elle prétend être associée. Insistant sur les critères des effectifs et de l'audience, le Commissaire du gouvernement note l'infériorité numérique des adhérents de l'U.N.S.A. – 307 000 – vis-à-vis de ceux de la C.F.D.T. – 873 877 – et de la C.G.T. – 650 000. Mais elle en compte davantage que la C.F.T.C. et la C.G.C. Aux élections au comité d'entreprise en 2000, l'U.N.S.A. devance la C.F.D.T. et la C.G.T., mais se place derrière la C.F.D.T., la C.G.T. et F.O. Enfin, aux élections prud'homales, son score de 5% reste très inférieur aux 32% de la C.G.T., aux 25% de la C.F.D.T. et aux 18% de F.O. Il s'avère en outre en-deçà de l'audience de la C.F.T.C. (9,65%) et de la C.G.C. (7%). Aussi la comparaison semble-t-elle dans son ensemble défavorable à la représentativité de l'U.N.S.A.¹⁵³.

Le fait de prendre en considération le terrain sur lequel va avoir des effets le bénéfice de la qualité de représentativité se comprend aisément. Il s'avère conforme à une doctrine administrative ainsi qu'à une jurisprudence arbitrale, judiciaire et administrative constante. Dans le cas de l'arrêt *U.N.S.A.*, où était en cause la représentativité nationale et interprofessionnelle, elle a néanmoins conduit le Conseil d'Etat à opérer une innovation.

2. La distinction entre secteur public et secteur privé

a. La requête de l'U.N.S.A. conduisait à faire porter l'appréciation des différents critères au niveau national et interprofessionnel, soit le plus important et le plus riche de conséquences juridiques. A ce niveau, seule une confédération ou une union au sens des articles L. 411-21 et suivants du Code du travail, et non un syndicat de branche, peut être dite représentative¹⁵⁴. Son audience et son influence doivent être convenablement répartis entre les différentes zones géographiques et les différents secteurs professionnels¹⁵⁵. Ainsi, la Fédération de l'éducation nationale, qui ne regroupe que des salariés d'une seule branche d'activité, ne peut apparaître comme une organisation syndicale nationale et interprofessionnelle appelée à siéger au conseil d'administration des caisses nationales, régionales et primaires d'assurance maladie¹⁵⁶. De même, un syndicat dont l'activité se déploie essentiellement dans une seule profession ou une seule branche ne peut prétendre être

¹⁵² Cass. soc. 12 juillet 1994 *Syndicat C.F.D.T. de la vente par correspondance de Roubaix-Tourcoing et autres c/ S.A. Redoute catalogue et autres*, préc.

¹⁵³ Sur les limites de la pertinence de ces données, en raison notamment du fait que l'existence de comités d'entreprise ne concerne que les entreprises de plus de 50 salariés et du fort taux d'abstention aux élections prud'homales, v. J.-E. Ray, « Les curieux accords dits 'majoritaires' de la loi du 4 mai 2004 », *op. cit.*, p. 594.

¹⁵⁴ C.E. Ass. 2 novembre 1973 *Ministre du travail, de l'emploi et de la population c/ Confédération nationale des chauffeurs routiers et des salariés de France*, préc.

¹⁵⁵ V. Réponse ministérielle, *J.O. Débats parlementaires A.N.* 6 février 1971, n° 13545, p. 364 ; Lettre du Premier ministre au Secrétaire général de la C.F.T. du 16 février 1973, *Droit social* 1973, p. 432.

¹⁵⁶ C.E. 6 novembre 1970 *Fédération de l'éducation nationale*, p. 659, *J.C.P.* 1970.II.16566, *R.A.* 1971, p. 35, *J.C.P. G.* 1970.II.16566 note P. Level, *J.C.P. C.I.* 1970.10039, *Droit ouvrier* 1972, p. 378. V. également P. Nicolaj, concl. préc., p. 545.

représentatif au niveau national et interprofessionnel¹⁵⁷. L'exigence d'interprofessionnalité est donc importante et traditionnelle¹⁵⁸.

Le raisonnement de J.-H. Stahl¹⁵⁹, suivi par l'Assemblée du contentieux, procède en deux étapes. Tout en la conduisant à son terme extrême, la première partie s'inscrit parfaitement dans cette ligne jurisprudentielle. La séparation que connaît le droit français entre le droit du travail et le droit de la fonction publique, qui ignore les conventions collectives, conduit à situer l'examen de la satisfaction des critères de représentativité dans le seul cadre du droit commun, c'est-à-dire abstraction faite de la situation de la requérante dans la fonction publique. J.-H. Stahl se fonde sur l'idée que les questions en jeu, c'est-à-dire la composition de la Commission nationale de la négociation collective et la modification de l'arrêté de 1966 s'inscrivent dans le cadre de relations de droit privé déterminées par le Code du travail. Circonscrite de la sorte, la démarche aboutit à mettre en évidence la difficulté pour l'U.N.S.A. de se prétendre représentative au plan national et interprofessionnel. Celle-ci ne compte dans le secteur privé que 93 670 adhérents. De plus, son implantation traditionnelle demeure la fonction publique, notamment la police, l'éducation nationale et les transports. La place de l'U.N.S.A. dans le secteur public ne saurait constituer un élément pertinent pour reconnaître sa représentativité au regard du monde du travail soumis au Code du travail. Si ses progrès dans le secteur privé sont indéniables, le Commissaire du gouvernement note qu'ils demeurent récents et, dans ce cadre, inférieurs au niveau des autres organisations. De plus, l'implantation de la requérante traduit de fortes disparités selon les secteurs professionnels. Sa représentativité n'est établie que dans 24 branches sur 300. Ce caractère trop sectoriel ne permet pas, aux yeux de J.-H. Stahl, d'admettre sa représentativité interprofessionnelle.

Au regard de la règle de concordance qui domine le contentieux de la représentativité syndicale, le raisonnement proposé par J.-H. Stahl n'avait donc rien pour surprendre. L'innovation dont il fait preuve mérite d'autant plus d'être nuancée que le Conseil d'Etat a déjà procédé de la sorte dans un arrêt de 1960¹⁶⁰. Cette affaire présentait à juger une situation en partie analogue à celle de l'arrêt *U.N.S.A.* La Confédération autonome du travail formait un recours pour excès de pouvoir afin de faire annuler le décret n° 59-164 du 7 janvier 1959. Ce texte attribuait à la Confédération générale des syndicats indépendants un siège supplémentaire à la Commission supérieure des conventions collectives. La requérante contestait, au nom de son caractère représentatif sur le plan national, le fait que le décret n'ait pas prévu sa participation à cette Commission. Pour rejeter sa requête, le Conseil d'Etat a notamment souligné la faiblesse des effectifs de la Confédération autonome du travail¹⁶¹. Mais il a également repoussé son argumentation en considérant que « la requérante ne peut se prévaloir de sa participation à des commissions administratives paritaires qui ne sont constituées que dans des secteurs relevant de la fonction publique et échappant ainsi à la législation sur les conventions collectives, pour démontrer son caractère représentatif. » Le raisonnement suivi à propos de l'U.N.S.A. est analogue. Faute d'être suffisamment implantée dans le champ soumis aux conventions collectives, une organisation n'est pas fondée à se prétendre représentative afin de bénéficier d'un rôle accru dans l'établissement des

¹⁵⁷ Cass. soc. 6 Mai 1975 *Syndicat des ouvriers et employés des transports de Saône-et-Loire c/ régie des transports de Saône-et-Loire et Fédération nationale des chauffeurs routiers*, *Droit social* 1975, p. 451 obs. J. Savatier. Dans le même sens, v. C.E. Sect. 9 février 2005 *Union professionnelle artisanale*, préc.

¹⁵⁸ V. également S. Yannakourou, *L'Etat, l'autonomie collective et le travailleur*, *op. cit.*, pp. 131, 146-160 sur l'importance considérable accordée en droit italien à la présence dans divers secteurs productifs, à la diffusion sur l'ensemble du territoire et à la preuve d'une activité continue et systématique.

¹⁵⁹ J.-H. Stahl, concl. préc., pp. 15-16.

¹⁶⁰ C.E. 17 juin 1960 *Confédération autonome du travail*, préc.

¹⁶¹ V. *supra*, I.A.2.

conventions collectives à travers un siège à la Commission supérieure des conventions collectives ou à la Commission nationale de la négociation collective.

La seconde étape du raisonnement est plus originale. De manière cohérente avec les prémisses de son argumentation, il semble nécessaire au Commissaire du gouvernement de prendre en compte la satisfaction des critères dans la fraction de secteur public qui est pour l'essentiel soumise au droit privé du travail. Tel est le cas des entreprises publiques et notamment, ainsi que le prévoit le Code du travail, des établissements publics à caractère industriel et commercial et des établissements publics à double visage pour la participation à la négociation collective et l'exercice du droit syndical¹⁶². En posant ce principe, l'arrêt innove essentiellement, dans le contexte actuel de mutation des activités économiques publiques, par la précision qu'il apporte.

Le Conseil d'Etat a ratifié en tous points ce raisonnement dans le troisième considérant de sa décision. Il estime que le Ministre doit apprécier la représentativité en tenant compte du champ d'application des conventions collectives, à la fois dans le secteur public et dans le secteur privé. Il a également rejoint sa conclusion, en estimant que la place de l'U.N.S.A. dans le champ d'application des conventions collectives demeurerait trop réduite pour que soit admise sa représentativité au niveau national et interprofessionnel.

b. En dépit de son caractère relativement intuitif, la représentativité d'un syndicat devant être appréciée en fonction de ce pour quoi elle conditionne l'existence de prérogatives spécifiques, le raisonnement du juge administratif peut se heurter à un certain nombre d'objections.

En premier lieu, elles tiennent au fait que le raisonnement opposé à l'U.N.S.A. vaut également, dans une certaine mesure, à l'encontre des autres organisations professionnelles reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel. A la C.G.T., ce sont les salariés du secteur public qui sont les plus syndiqués¹⁶³. De même, F.O. est très implantée parmi eux, sans que cela fasse obstacle à sa représentativité interprofessionnelle. Aussi l'U.N.S.A. a-t-elle mis en cause le fait que la ventilation des effectifs entre le secteur public et le secteur privé n'est pas prise en compte pour les autres confédérations.

En deuxième lieu, ces objections ont trait à l'évolution générale du droit de la fonction publique. Il est notamment possible de mettre en doute la pertinence du dualisme du secteur privé et du secteur public¹⁶⁴. Sur le plan du droit professionnel, des principes qui leur sont communs existent¹⁶⁵. Signe d'une certaine indifférence, le Conseil d'Etat a ainsi admis, quelques jours avant l'arrêt *U.N.S.A.*, l'application de l'article L. 122-12 du Code du travail au cas du transfert d'activités au profit d'un service public administratif, et laissé aux personnes publiques reprenant des salariés de droit privé le choix entre le maintien de leur

¹⁶² V. art. L. 131-2, L. 134-1, L. 412-1, L. 421-1, L. 431-1 C. trav.

¹⁶³ R. Mouriaux, *Le syndicalisme en France depuis 1945*, 2^e éd., Paris, La découverte, coll. « Repères », Vol. 143, 2004, p. 96.

¹⁶⁴ V. Conseil d'Etat, *Rapport public 2003. Perspectives pour la fonction publique, Etudes et documents n° 54*, Paris, La documentation française, 2003 ; O. Dubos, « L'exorbitance du droit de la fonction publique », in F. Melleray (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Paris, L.G.D.J., coll. « Université de Poitiers. Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales », 2004, pp. 243-276 ; F. Melleray, « Le bouleversement du paysage syndical n'aura pas lieu », in *A.J.D.A.*, 2004, p. 2129.

¹⁶⁵ V. p. ex. C.E. Ass. 8 juin 1973 *Dame Peynet*, p. 406, concl. S. Grévisse, *A.J.D.A.* 1973, p. 587 chr. M. Franc, M. Boyon, *J.C.P. G.* 1975.II.17957 note Y. Saint-Jours ; C.A.A. Paris 5 octobre 2004 *Amba M. M.*, req. n° 02PA02622.

contrat de droit privé et la proposition d'un contrat de droit public¹⁶⁶. Ainsi un service public administratif peut-il aller de pair avec des personnels de droit privé. En outre, à la suite de la transposition de la directive communautaire n° 1999/70/CE, l'instauration de contrats à durée indéterminée dans la fonction publique est envisagée¹⁶⁷. Un principe traditionnel du droit public¹⁶⁸ est de la sorte sur le point de vaciller. Le peu de pertinence de l'opposition du secteur public et du secteur privé est d'ailleurs implicitement admis par le juge administratif dans l'arrêt *U.N.S.A.* Elle le conduit en effet à fonder sa décision moins sur cette distinction que sur celle des personnels soumis à des conventions collectives et des personnels non soumis à de telles conventions. Une telle attitude tient notamment au fait que la séparation entre secteur public et secteur privé s'avère très imprécise sur le plan juridique. A titre essentiel, elle ne coïncide pas avec une distinction entre l'application de régimes de droit public et de droit privé.

En troisième lieu, le raisonnement du Conseil d'Etat se situe dans le cadre strict du champ d'application des conventions collectives. Il s'avère pertinent pour la partie de la requête de l'*U.N.S.A.* tendant à ce qu'elle soit admise à la Commission nationale de la négociation collective. Aux yeux du Conseil d'Etat, la situation de l'*U.N.S.A.* dans la fonction publique ne permet pas d'admettre sa représentativité pour l'application des articles L. 133-1, L. 133-2, L. 136-1 et R. 136-2 du Code du travail. Ces articles concernent uniquement la négociation collective. Or l'importance de la reconnaissance de la représentativité d'une organisation syndicale ne se limite pas à ce domaine¹⁶⁹. C'est pourquoi cette approche ne se justifie plus de manière aussi évidente concernant la modification de l'arrêté de 1966 et toutes les conséquences juridiques qui en découlent. Tel est par exemple le cas de la présence au sein du Conseil économique et social. Cet organisme est en mesure de proposer des études et des propositions de réformes visant la fonction publique¹⁷⁰. Or suivant le raisonnement qui inspire le Conseil d'Etat, il serait légitime que les organisations syndicales les plus représentatives dans la fonction publique soient, en tant que telles, autorisées à désigner un représentant au Conseil économique et social, puisque toutes les activités professionnelles entrent dans le champ de sa compétence. De manière symptomatique, aux fins d'une étude sur la fonction publique territoriale, cet organisme a d'ailleurs pris la peine de solliciter, outre les cinq principales centrales syndicales, l'*U.N.S.A.* Tel est également le cas de l'octroi par le C.S.A. d'un temps d'antenne. A nouveau, il convient de noter à ce propos que l'*U.N.S.A.* est admise par le C.S.A. parmi les organisations les plus représentatives. Enfin, le fait d'appartenir à la Commission nationale de la négociation collective n'est pas indifférent pour les salariés du secteur public. Cet organisme est chargé de donner au Ministre du travail un avis motivé sur la fixation du salaire minimum de croissance. Or ceci importe à des personnels non soumis aux conventions collectives. En effet, le Conseil d'Etat a estimé que la rémunération dans le

¹⁶⁶ C.E. Sect. 22 octobre 2004 *M. Lamblin*, req. n° 245154, *A.J.D.A.* 2004, pp. 2020, 2153 chr. C. Landais, F. Lenica, *J.C.P. A.* 2004, n° 49, p. 1788 note D. Jean-Pierre, *R.F.D.A.* 2005, p. 187 concl. E. Glaser.

¹⁶⁷ V. le projet de loi portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, n° 172, déposé au Sénat le 2 février 2005. V. *Dossier : le droit de la fonction publique au risque du droit communautaire*, *A.J.D.A.*, 2003, p. 1906 ; *A.J.D.A.*, 2004, p. 2424 ; *A.J.D.A.*, 2005, pp. 4, 240, 401, 692, 749, 804, 857 ; D. Jean-Pierre, « Les contrats à durée indéterminée de droit public dans la fonction publique », in *J.C.P. A.*, 2003, pp. 395-398 ; C. Hervouet, « Droit communautaire et droit de la fonction publique territoriale », in *J.C.P. A.*, 2003, pp. 1723-1729.

¹⁶⁸ V. C.E. Sect. 27 octobre 1999 *Bayeux*, p. 335, *Collectivités territoriales - Intercommunalité* 2000, n° 10, p. 13 note J. Moreau.

¹⁶⁹ V. *supra*, I.A.2 et *infra*, II.B.2.

¹⁷⁰ V. p. ex. l'étude, effectuée après une autosaisine de la part du Conseil économique et social, et adoptée le 12 décembre 2000, M.-A. Rognard, *La fonction publique territoriale, acteur de la décentralisation, de l'aménagement du territoire et du développement local*, sur <http://www.conseil-economique-et-social.fr>.

secteur public ne pouvait être inférieure au S.M.I.C.¹⁷¹. Une connexion importante s'établit de la sorte. Ces diverses prérogatives, impliquées par la reconnaissance de la représentativité au niveau national et interprofessionnel, sont indépendantes de l'établissement de conventions collectives. C'est pourquoi le raisonnement qui semblait pertinent à leur propos afin d'exclure la prise en compte de la place de l'U.N.S.A. dans la fonction publique ne présente pas la même force de conviction pour les autres avantages dont entendait bénéficier la requérante. L'arrêt de 1966 et les critères sur lesquels il se fonde ont une portée générale. Ces éléments sont donc détachables de tout contexte spécifique, et notamment du titre du Code du travail dans lequel apparaît l'article L. 133-2. Or les conclusions de J.-H. Stahl reposent sur le présupposé selon lequel la représentativité de l'U.N.S.A. doit être appréciée dans le champ des conventions collectives. Il peut donc sembler qu'il situe la question dans un domaine circonscrit qui n'a pas lieu d'être.

En procédant à une appréciation *in concreto* de la représentativité de l'U.N.S.A., le Conseil d'Etat a inscrit son raisonnement dans une tradition jurisprudentielle bien établie. En fondant son argumentation sur le présupposé d'une distinction entre secteur public et secteur privé, le juge administratif a dans une certaine mesure renouvelé cette approche, et tenté de parvenir à une décision nuancée.

B. Le Conseil d'Etat, à la recherche d'un équilibre incertain

L'idée que le juge administratif serait parvenu, avec la décision *U.N.S.A.*, à une position équilibrée, a été défendue par ses premiers commentateurs¹⁷². Il peut paraître en effet que le refus de reconnaître la représentativité de cette organisation au niveau national laisse l'avenir ouvert (1). Il n'en demeure pas moins qu'à certains égards, la position du Conseil d'Etat, en raison de sa retenue même, peut s'avérer lourde de conséquences (2).

1. Un avenir ouvert

a. En premier lieu, le fait que l'U.N.S.A. ne soit pas reconnue représentative au niveau national et interprofessionnel prive incontestablement les organisations qui pourraient lui être affiliées du bénéfice d'une présomption irréfragable de représentativité¹⁷³. Mais la représentativité dont bénéficient les cinq principales centrales syndicales au niveau national ne constitue pas un monopole. Il est en effet possible aux divers syndicats, à chaque niveau, d'établir à toutes fins utiles leur représentativité. L'U.N.S.A. peut donc prouver ponctuellement qu'elle satisfait les critères de représentativité dans chaque cadre où elle entend en bénéficier. Elle n'est donc pas exclue de la négociation collective ou des élections professionnelles du fait de la confirmation par le Conseil d'Etat de la décision du Ministre. Pour signer une convention collective, elle devra par exemple faire la preuve de sa représentativité dans son champ d'application territorial et professionnel.

Au contraire, d'autres ordres juridiques font de la représentativité accordée à un syndicat une propriété qui, une fois reconnue, n'admet ni contestation ni concurrence¹⁷⁴. Tel

¹⁷¹ C.E. Sect. 23 avril 1982 *Ville de Toulouse c/ Madame Aragnou*, p. 151 concl. D. Labetoulle, *A.J.D.A.* 1982, p. 400 chr. F. Tiberghien et B. Lasserre, *D.* 1983.J.8 note J.-B. Auby. V. également C.A.A. Douai 29 juillet 2004 *Onodi*, *A.J.F.P.* janvier-février 2005, p. 42.

¹⁷² C. Landais, F. Lenica, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », in *A.J.D.A.*, 2004, pp. 2391-2393.

¹⁷³ V. *supra*, I.A.2.

¹⁷⁴ A. Arseguel, *La notion d'organisations...*, *op. cit.*, t. 1, pp. 88-130 ; G. Borenfreund, « Propos sur la représentativité syndicale », in *Droit social*, 1988, p. 476 ; A. Doumenge, *Recherche sur la représentativité...*, *op. cit.*, pp. 237, 242 ; J.-C. Javillier, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 558.

est notamment le cas en Australie, aux Etats-Unis, en Nouvelle-Zélande et au Québec. En France, une telle thèse, un moment défendue par L. Blum¹⁷⁵, a échoué¹⁷⁶. Ainsi que le note R. Denoix de Saint-Marc, « alors qu'on aurait pu croire que l'usage de cette notion [d'organisation les plus représentatives] devait conduire à un régime de représentation majoritaire à peine atténuée au profit des organisations les plus fortes, l'évolution a conduit à donner à cette expression le sens d'organisation 'suffisamment représentative' et à assurer un droit à représentation à toutes les organisations bénéficiant simplement d'une audience appréciable et remplissant par ailleurs les autres conditions posées par l'article L. 133-2 du code du travail¹⁷⁷. » En accord avec le Traité de Versailles, la jurisprudence de la C.P.J.I., les arbitres et les juges internes ont en effet admis que plusieurs organisations syndicales puissent simultanément être reconnues représentatives¹⁷⁸. La voie de la représentativité prouvée reste donc pleinement ouverte à l'U.N.S.A. en dépit de l'échec de son recours.

b. En second lieu, la décision par laquelle la représentativité de l'U.N.S.A. n'est pas admise se présente, à deux titres, comme strictement située dans le temps.

Elle est tout d'abord rendue en matière de recours pour excès de pouvoir. En conséquence, la légalité de la décision ministérielle a été appréciée à la date où elle avait été prise¹⁷⁹. Le rejet de la requête de l'U.N.S.A. est donc parfaitement circonstancié. Il est possible que sa situation évolue, et conduise à reconsidérer la légalité d'un refus de modifier l'arrêté de 1966. J.-H. Stahl précise d'ailleurs en ce sens : « que la progression de l'U.N.S.A. se confirme, que son implantation dans le secteur privé s'affermisse, que ses bons résultats électoraux se répètent, et la question se poserait alors dans des termes renouvelés¹⁸⁰. »

A la faveur de son développement, puisqu'il n'existe aucun seuil précis valable *erga omnes* et en raison du flou du mécanisme de compensation entre critères, l'U.N.S.A. pourra envisager périodiquement de présenter des demandes au Ministre. Les refus pourront être suivis de recours jusqu'à ce que le juge admette sa requête en vertu de la jurisprudence administrative sur les effets d'un changement des circonstances sur la légalité des actes

¹⁷⁵ V. p. ex. *J.O. Débats parlementaires Sénat*, 17 juin 1936, p. 523 : « Nous tentons un commencement d'organisation [de la profession] et cette tentative est condamnée d'avance [...] si à l'intérieur des débats d'où sortiront les conventions collectives nous introduisons la multiplicité d'organisations patronales et d'organisations ouvrières, déjà animées les unes contre les autres d'un esprit de concurrence et de rivalité [...]. Tout au long de la législation du travail, dans ce pays, on a considéré que la plus importante, la plus représentative des organisations représentant soit le patronat, soit la classe ouvrière, avait qualité pour traiter en son nom. »

¹⁷⁶ A. Arseguel, *La notion d'organisations...*, *op. cit.*, t. 1, pp. 189-190 ; G. Couturier, *Traité de droit du travail. 2/ Les relations collectives du travail*, Paris, P.U.F., coll. « Droit fondamental », 2001, p. 347 n. 2.

¹⁷⁷ R. Denoix de Saint-Marc, *concl. préc.*, p. 44.

¹⁷⁸ V. p. ex. C.P.J.I. 31 juillet 1922 *Décision au sujet de l'interprétation de l'article 389 du Traité de Versailles*, *préc.*, pp. 300-301 ; Sentence du surarbitre Blondel du 12 octobre 1937 *Techniciens et assimilés des industries chimiques de l'Oise*, *préc.*, p. 31 : « S'il existe dans une branche un certain nombre d'organisations soit patronales, soit ouvrières, suffisamment représentatives, elles doivent toutes participer à la discussion et à la conclusion de la convention collective » ; Sentence du surarbitre Delfau du 26 février 1938 *Edition parisienne, La Journée industrielle. Quotidien de l'industrie, du commerce et de l'agriculture*, 13-14 mars 1938, p. 5 ; C.E. 1^{er} octobre 1954 *Syndicat des ingénieurs des mines de Provence*, T. p. 843. V. également H. Trouvé, *La notion des syndicats...*, *op. cit.*, pp. 31-46, 179-200.

¹⁷⁹ R. Chapus, *Droit administratif général*, 15^e éd., Paris, Montchrestien, coll. « Domat. Droit public », 2001, t. 1, p. 787 ; Id., *Droit du contentieux administratif*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, coll. « Domat. Droit public », 2004, pp. 214-216.

¹⁸⁰ J.-H. Stahl, *concl. préc.*, p. 21.

administratifs¹⁸¹. En tant qu'il présente une liste, l'arrêté de 1966 n'est pas un acte réglementaire¹⁸². En tant que décision reconnaîtive¹⁸³, il n'est pas créateur de droits. Son abrogation est donc toujours possible, qu'il soit illégal ou non. Mais s'il est illégal, l'administration a l'obligation de l'abroger. Ainsi que l'a affirmé le Conseil d'Etat, « il appartient à tout intéressé de demander à l'autorité compétente de procéder à l'abrogation d'une décision illégale non réglementaire qui n'a pas créé de droits, si cette décision est devenue illégale à la suite de changements dans les circonstances de droit ou de fait postérieures à son édicition¹⁸⁴. » Or la légalité d'une décision reconnaîtive dépend « de la constatation d'une situation de fait à un moment déterminé¹⁸⁵. » C'est pourquoi, à la faveur de son essor, l'U.N.S.A. pourra tenter de faire constater par le juge qu'elle est devenue représentative, entraînant par là même l'obligation pour l'administration d'abroger l'arrêté de 1966. Si cette dernière ne s'exécute pas, le juge pourra lui enjoindre de prendre la mesure d'abrogation¹⁸⁶, et assortir sa décision d'une astreinte en vertu de l'article L. 911-3 du Code de justice administrative.

Ensuite, la reconnaissance de la représentativité syndicale obéit à une règle constante. Les juges, nationaux et internationaux, les arbitres et l'administration s'accordent à considérer que la représentativité s'apprécie au moment où doit être accomplie l'opération qui la requiert¹⁸⁷. Il est possible d'y voir, à l'égal du territoire et de la profession, une troisième relativisation de l'appréciation des critères¹⁸⁸. Ainsi, le fait que la représentativité ait été admise ou refusée à l'occasion d'une élection professionnelle déterminée ne préjuge-t-il en rien de l'attitude à adopter lors d'un prochain scrutin¹⁸⁹. De même, le fait qu'une organisation

¹⁸¹ V. spéc. C.E. Sect. 10 janvier 1930 *Despujol*, p. 30, *D.* 1930.3.16 not P.L.J., *S.* 1930.3.41 note R. Alibert, *G.A.J.A.*, p. 267 ; C.E. Ass. 3 février 1989 *Compagnie Alitalia*, p. 44, *R.F.D.A.* 1989, p. 391 concl. Chahid-Nourai, notes O. Beaud, L. Dubouis, *A.J.D.A.* 1989, p. 387 note Fouquet, *R.T.D.E.* 1989 note Vergès, *G.A.J.A.*, p. 685 ; C.E. Ass. 26 octobre 2001 *Ternon*, *R.F.D.A.* 2002, p. 77 concl. F. Séners, note P. Delvolvé, *A.J.D.A.* 2001, p. 1034 chr. M. Guyomar et P. Collin, *A.J.D.A.* 2002, p. 738 note Y. Gaudemet, *D.A.* 2001 n° 253 note Michallet, *L.P.A.* 2002 n° 31, p. 7 note F. Chaltiel, *R.G.C.T.* 2001, p. 1183 note A. Laquière, *G.A.J.A.*, p. 869.

¹⁸² J.-H. Stahl, concl. préc., pp. 12-13. V. de même C.E. 7 juin 2000 *Syndicat national des pilotes de ligne*, préc., à propos d'un arrêté fixant la liste des organisations syndicales représentatives des personnels navigants au niveau national.

¹⁸³ V. en ce sens J.-H. Stahl, concl. préc., p. 13. V. également P. Mozol, « Les enseignements de la notion d'acte reconnaîtif », in *R.R.J.D.P.*, 2004, pp. 2443-2456.

¹⁸⁴ C.E. Sect. 30 novembre 1990 *Association « Les Verts »*, p. 339, *R.F.D.A.* 1991, p. 571 concl. M. Pochard, *A.J.D.A.* 1991, p. 114 chr. E. Honorat et R. Schwartz.

¹⁸⁵ Selon la formule employée à propos de la délimitation du domaine public naturel, v. p. ex. C.E. 27 juillet 1988 *Bellay*, p. 301, *A.J.D.A.* 1988, p. 763 obs. J.-B. Auby.

¹⁸⁶ V. C.E. 21 février 1997 *Calbo*, p. 1018, *D.A.* 1997, n° 218 obs. R.S., *J.C.P. G.* 1997.II.22866 note M. Lascombes.

¹⁸⁷ V. C.P.J.I. 31 juillet 1922 *Décision au sujet de l'interprétation de l'article 389 du Traité de Versailles*, préc. p. 295 ; Cour supérieure d'arbitrage 22 mars 1939 n° 997 *Chambre syndicale des entrepositaires de bière de la région parisienne*, *J.O.*, annexe, 1939, p. 697, *La Journée industrielle. Quotidien de l'industrie, du commerce et de l'agriculture*, 20 avril 1939, p. 5 ; C.E. Sect. 21 décembre 1956 *Fédération des cadres fonctionnaires C.G.C.*, préc. ; C.E. 10 février 1961 *Fédération générale des cadres fonctionnaires*, T. p. 1199 ; C.E. 15 octobre 1969 *Fédération syndicale chrétienne des travailleurs des P.T.T.*, préc. ; C.E. Sect. 26 octobre 1973 *Fédération nationale des syndicats indépendants des industries chimiques et similaires et Confédération générale des syndicats indépendants*, préc. ; Cass. soc. 25 février 1971 *Syndicat C.G.T. Massey-Ferguson c/ Pages et autres*, *Bull. V.*, n° 161 ; Cass. soc. 24 février 1972 *Etablissements Carrefour c/ Demoiselle Santini, Demoiselle Maurin, Demoiselle Bou*, *Bull. V.*, n° 155.

¹⁸⁸ V. *supra*, II.A.1.

¹⁸⁹ Cass. soc. 25 février 1971 *Syndicat C.G.T. Massey-Ferguson c/ Pages et autres*, préc. ; Cass. soc. 27 novembre 1974 *Syndicat industriel national du personnel des caisses de crédit agricole et autre c/ Caisse*

ait pu, en conséquence de sa représentativité, négocier et signer une convention collective n'implique en rien qu'elle puisse participer ensuite à la modification de cette convention. L'appréciation de la représentativité peut et doit changer en fonction des circonstances de fait *hic et nunc*¹⁹⁰. La décision du Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité s'est donc placée à la date de la demande de l'U.N.S.A. Elle ne prédétermine pas son évolution, ni n'exclut la possibilité que son développement puisse conduire à reconnaître sa représentativité au niveau national et interprofessionnel.

Bien qu'elle semble ainsi se garder de toute influence déterminante sur l'avenir du syndicalisme français, la décision du Conseil d'Etat n'en demeure pas moins lourde de conséquences potentielles.

2. Un avenir hypothéqué

a. Outre la mise en œuvre, globale, comparative et concrète des critères de la représentativité syndicale, dont on sait à quel point elle est empreinte de nuances et laisse place à un large pouvoir d'appréciation, la décision du Conseil d'Etat se fonde, si l'on en croit les conclusions de J.-H. Stahl, sur une certaine forme de retenue juridictionnelle. « Eu égard aux conséquences lourdes qui s'attachent à une reconnaissance de représentativité au plan national et interprofessionnel [...], il nous paraît que seule une évolution franche et suffisamment durable des paramètres pris en considération pour apprécier la représentativité est de nature à justifier que le juge de la légalité des actes administratifs censure un refus de reconnaissance opposé par l'autorité publique¹⁹¹. » C'est pourquoi la situation de l'U.N.S.A., outre qu'elle est pour l'heure trop incertaine dans le champ d'application des conventions collectives, n'est pas suffisamment affermie pour que le juge puisse se permettre de prendre une décision si déterminante pour le paysage syndical français. Des prises de position novatrices telles que la reconnaissance de la représentativité nationale et interprofessionnelle de l'U.N.S.A., sont « éminemment politiques en ce qu'elles affectent des éléments structurants de la vie du pays, [et] relèvent avant tout de l'autorité politique. [...] Nous ne pensons pas qu'il appartienne au juge administratif de forcer ces évolutions, en suscitant en opportunité une modification des équilibres syndicaux ou en provoquant une recomposition du paysage syndical¹⁹². » Conscient de l'importance des conséquences qu'emportait la représentativité d'un sixième syndicat, notamment du risque d'atomisation de la représentation du monde du travail, le Conseil d'Etat a préféré en laisser l'appréciation à l'autorité administrative.

b. Mais le refus de prendre cette décision peut ne pas avoir pour seul effet le maintien des choses en l'état. Il équivaut en effet à une décision de pérenniser une situation qui va peser sur l'avenir à travers la prorogation des avantages des cinq grandes centrales.

régionale du crédit agricole mutuel de la Beauce et du Perche, D. 1975.IR.12 ; Cass. soc. 1^{er} février 1983 *Syndicat des employés gradés et cadres de la banque et du crédit S.B.C. c/ Boyer et autres*, Jurisdata n° 700397 ; Cass. soc. 26 juin 1985 *Darnon c/ Valsoano*, Bull. V, n° 361.

¹⁹⁰ Cass. soc. 24 juillet 1979 *Gouez délégué syndical F.G.S.O.A. c/ l'Union départementale du syndicat des salariés de l'agriculture F.G.A.C.F.D.T. du Finistère et autre, Société coopérative agricole La Rurale c/ l'Union départementale du syndicat des salariés de l'agriculture F.G.A.C.F.D.T. du Finistère et autre*, Bull. V, n° 655 ; Cass. soc. 21 juillet 1986 *Société Sage c/ Syndicat autonome Printemps Prisunic S.A.P.P. et autres*, Bull. V, n° 457 ; Cass. soc. 3 mars 1993 *Syndicat C.G.T.-F.O. C.R.V.A. Rhône Poulenc Rover c/ Syndicat Force ouvrière Rhône Poulenc Vitry*, R.J.S. 1993, n° 415, *Gaz. Pal.* 16 juin 1993, *Panor.* p. 128.

¹⁹¹ J.-H. Stahl, *concl. préc.*, p. 22.

¹⁹² *Ibid.*

En effet, les syndicats présents dans la liste de 1966 sont dispensés de la charge de prouver leur représentativité. Les autres sont privés de la possibilité de la contester, et se voient imposer de faire la preuve de la leur¹⁹³. S'il reste possible à toute autre organisation d'établir *hic et nunc* sa représentativité, la mise à l'écart de la règle de concordance pour les cinq grandes centrales leur confère un avantage comparatif important. Il suffit ainsi à un syndicat représentatif au niveau national de disposer d'un seul et unique adhérent dans une entreprise où ce syndicat est par ailleurs inexistant pour pouvoir *eo ipso* constituer une section d'entreprise et désigner cet adhérent comme délégué, bénéficiaire de crédits d'heures mensuels, percevoir des cotisations dans l'entreprise¹⁹⁴, avoir la liberté d'afficher et de distribuer des tracts¹⁹⁵, se voir affecter un local et y tenir des réunions¹⁹⁶. Celui-ci aura la possibilité de négocier et de conclure, éventuellement seul, un accord collectif d'entreprise¹⁹⁷. Ce dernier liera tous les salariés¹⁹⁸, sans leur consentement voire contre la majorité d'entre eux, quand bien même il s'agirait d'un accord « dérogatoire » ou de concessions, dont les stipulations ne sont pas totalement favorables aux employés¹⁹⁹. Même s'il n'a aucun adhérent dans l'entreprise, un syndicat affilié à une organisation représentative est néanmoins considéré représentatif²⁰⁰. Il doit en conséquence être invité à négocier le protocole d'accord qui précède les élections professionnelles²⁰¹. Seuls les syndicats représentatifs peuvent présenter des candidats au premier tour des élections professionnelles²⁰². Un syndicat qui ne l'est pas se trouve exclu de cette procédure et, paradoxalement, se voit privé d'un moyen d'établir son audience auprès des salariés. Il est également exclu des nombreuses dispositions qui lui permettent de renforcer sa visibilité. Seule son action revendicative peut lui ouvrir la voie de la représentativité prouvée. Or il risque de se heurter à l'hostilité de l'employeur, à un moment où il ne bénéficie pas de la protection de son délégué contre le licenciement²⁰³. Le

¹⁹³ Cass. soc. 17 décembre 1984 *M. Dagnes et autre c/ Société France-Régions 3 et autres*, Bull. V, n° 497 ; Cass. soc. 17 octobre 1989 *S.N.C.F. c/ Syndicat indépendant des contrôleurs du service électrique de la fonction équipement de la S.N.C.F. et autres*, Bull. V, n° 597, D. 1989.IR.279, J.C.P. G. 1989.IV.407, *Gaz. Pal.* 18 mars 1990, *Panor.* p. 31 ; C.E. avis 23 novembre 1978, *Droit social* 1979, p. 259.

¹⁹⁴ L. 412-7 C. trav.

¹⁹⁵ L. 412-8 C. trav.

¹⁹⁶ L. 412-9 et L. 412-10 C. trav.

¹⁹⁷ Art. L. 132-2 C. trav.

¹⁹⁸ Sur les difficultés de ce type de situations du point de vue d'une appréhension « démocratique » de la représentativité, v. p. ex. J.-M. Verdier, « Négociation collective et représentativité syndicale. Du pluralisme intégral au pluralisme tempéré », in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Paris, Dalloz-Litec, 1983, pp. 578-580 ; Id., *Syndicats et droit syndical*, Vol. I *Liberté, structures, action*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1987, pp. 482-484 ; G. Borenfreund, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », in *Droit social*, 1991, pp. 685-695 ; A. Arseguel, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, pp. 406-409, 414 ; B. Teyssié, « La négociation des conventions et accords collectifs après la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 », in *D.*, 2004, chr., p. 2060.

¹⁹⁹ Sur ce point, v. R. Soubie, « Quelques observations sur les accords 'donnant-donnant' », in *Droit social*, 1985, pp. 614-616 ; G. Borenfreund, « Propos sur la représentativité syndicale », *op. cit.*, p. 482.

²⁰⁰ V. p. ex. Cass. soc. 4 juillet 1990 *Syndicat S.N.E.P.-F.O. c/ Institut supérieur d'agriculture et autres*, Bull. V, n° 351, D. 1990.IR.183.

²⁰¹ Cass. soc. 4 juillet 1990 *Syndicat S.N.E.P.-F.O. c/ Institut supérieur d'agriculture et autres*, préc. ; Cass. soc. 4 février 1997 *Syndicat F.O. des hôtels cafés restaurants c/ Syndicat des copropriétaires des Hespérides « Les Manèges »*, *Droit social* 1997, p. 434 obs. G. Couturier ; Cass. soc. 1^{er} avril 1998 *Société Longuesserre c/ U.P. C.F.D.T. de Villeneuvois*, *Droit social* 1998, p. 724 obs. G. Couturier.

²⁰² Art. L. 423-14 al. 2 C. trav.

²⁰³ J. Savatier, obs. sous Cass. soc. 5 mai 1998 *Syndicat national des journalistes c/ Syndicat libre et unifié représentatif du personnel et autres*, *Droit social*, 1998, p. 727. Sur ce thème, v. M. Miné, H. Rose, Y. Struillou, *Droit du licenciement des salariés protégés*, 2^e éd., préf. G. Gélinau-Larrivet, Paris, Economica, 2002.

bénéfice de la représentativité présumée dispense dès lors le syndicat de nombreux litiges et de coûteux efforts. En effet, sauf pour le critère de l'indépendance²⁰⁴, il revient au syndicat qui s'en prévaut de prouver sa représentativité. De plus, même si l'U.N.S.A. prouve sa représentativité nationale et interprofessionnelle, elle ne pourra jamais être en mesure, du fait de la règle de concordance qui joue en matière de représentativité prouvée, d'en tirer des conséquences nécessaires sur le plan local. Rien n'autorise à inférer de la représentativité établie à ce niveau que tel est également le cas à d'autres échelons des relations professionnelles²⁰⁵.

Les syndicats qui sont dits représentatifs non en raison de ce qu'ils satisfont au faisceau de critères fixé par l'article L. 133-2 du Code du travail et la jurisprudence, mais en raison de leur affiliation à l'une des organisations mentionnées dans l'arrêté de 1966 sont de la sorte très attractifs pour les salariés, même très peu nombreux et très peu actifs, qui bénéficieront ainsi d'une puissance et de moyens importants. Il est donc beaucoup plus intéressant pour eux de se placer sous la bannière d'une des cinq grandes centrales et de bénéficier ainsi d'un nombre considérable d'avantages, que de se former en tant que syndicat autonome²⁰⁶. Ils y sont également incités sur le plan financier. La loi de finances rectificative pour 2004²⁰⁷ modifie l'article 199 quater C du Code général des impôts et prévoit que la cotisation qui est versée aux syndicats représentatifs au sens de l'article L. 133-2 ouvre droit à une réduction d'impôts de 66% de leur montant, dans la limite de 1% du salaire imposable si les salariés n'ont pas opté pour la déduction de leurs frais réels. Ainsi les syndicats qui bénéficient d'une présomption de représentativité tendent-ils à s'attirer davantage de salariés, en conséquence de quoi, mécaniquement, ils satisfont davantage les critères de représentativité²⁰⁸. Le mode de raisonnement même en vertu duquel est admise la représentativité est ainsi en cause. Il pose comme un préalable de l'octroi d'une qualité ce qui peut en être le résultat. La représentativité juridique est analysée comme un aboutissement, une reconnaissance juridique d'une situation de fait. Or, en raison des avantages qu'elle comporte, elle peut être l'un des facteurs d'une action syndicale forte. Cette seconde dimension est totalement éludée.

De nombreux auteurs ont ainsi critiqué le mécanisme de la « représentativité d'emprunt²⁰⁹ », « par irradiation²¹⁰ » ou « par affiliation²¹¹ », apparu dans les années 1947-

²⁰⁴ Cass. soc. 22 juillet 1981 *Syndicat autonome du personnel de la Société anonyme à responsabilité limitée Florimond Desprez veuve et fils et autres c/ Union locale des syndicats C.G.T. de Lille et environs et autres*, préc.

²⁰⁵ V. *supra*, II.A.1. V. en ce sens F. Petit, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, préf. P. Rodière, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 291, 2000, p. 399.

²⁰⁶ Pour un exemple de conflit opposant deux organisations qui se prévalent de l'affiliation à une même centrale afin de bénéficier de l'article L. 412-4 C. trav., v. Cass. soc. 15 décembre 2004 *Confédération française de l'encadrement (C.F.E.-C.G.C.) et autres c/ S.N.C.F. et autres*, *Droit social* 2005, p. 348 obs. J. Savatier.

²⁰⁷ Loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004, *J.O.* du 31 décembre 2004, p. 22522.

²⁰⁸ En ce sens, v. G. Borenfreund, « Propos sur la représentativité syndicale », *op. cit.*, pp. 483-484 ; J. Rivero, J. Savatier, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 143 ; J. Savatier, obs. sous Cass. soc. 5 mai 1998 *Syndicat national des journalistes c/ Syndicat libre et unifié représentatif du personnel et autres*, *op. cit.*, p. 727. Certains arrêts se montrent sensibles à ce type de raisonnement. Ainsi le juge judiciaire repousse un argument tiré du caractère réduit de l'activité d'un syndicat en soulignant qu'une activité supérieure requerrait au préalable la reconnaissance de la représentativité et l'attribution corrélative de délégués et d'heures de délégation. V. Cass. soc. 19 mai 2004 *Société Renault et Société Renault Douai c/ Syndicat U.N.S.A. Renault Douai et autres*, *Jurisdata* n° 023851.

²⁰⁹ H. Groutel, « La réforme du droit des conventions collectives (Commentaire de la loi du 13 juillet 1971) », in *J.C.P. G.* 1972.I.2462, n° 27 ; G. Couturier, *Traité de droit du travail*, *op. cit.*, pp. 347-348.

²¹⁰ J.-M. Verdier, « Réalité, authenticité et représentativité syndicales », *op. cit.*, p. 585.

²¹¹ A. Arseguet, *La notion d'organisations...*, *op. cit.*, t. 2, p. 559.

1948²¹² puis consacré par la loi du 27 décembre 1968. Celui-ci aboutit à leurs yeux à détacher de tout lien effectif entre l'organisation et les travailleurs l'aptitude à parler en leur nom. Certains syndicats ultra-minoritaires peuvent ainsi n'avoir d'autre titre que leur affiliation à une organisation présente dans la liste de 1966²¹³. « La présomption de représentativité favorise donc indirectement l'attraction vers les structures syndicales reconnues au plan national et conforte ainsi leur cohésion²¹⁴. » La représentativité s'auto-entretient de la sorte. Elle contribue à faire du champ syndical un secteur dominé par un oligopole d'organisations qui tirent un bénéfice de leur situation passée, et en exclut les nouveaux entrants. La retenue du Conseil d'Etat concourt de ce fait à entretenir la situation en vertu de laquelle, précisément, il n'admet pas la représentativité de l'U.N.S.A. C'est pourquoi il est possible d'estimer qu'en refusant de censurer la décision ministérielle, le Conseil d'Etat n'a pas seulement préservé la situation existante, tout en laissant à l'U.N.S.A. la possibilité de recourir, jusqu'à nouvel ordre, à la technique de la représentativité prouvée. En confortant l'attractivité des cinq grandes centrales historiques, en préservant ce que certains auteurs considèrent comme leur « rente²¹⁵ » ou leur « chasse gardée²¹⁶ », le juge administratif pérennise une situation où la sclérose du syndicalisme français et l'exclusion des tendances nouvelles demeurent.

Le principe fondamental de la liberté syndicale peut ainsi sembler limité²¹⁷. Pourtant, le Conseil constitutionnel n'a pas remis en cause, au nom du principe d'égalité, de la liberté syndicale proclamée à l'alinéa 6 du préambule de la Constitution de 1946 ou du principe de participation posé à l'alinéa 8 du même texte, les modalités de composition des organismes du régime général de Sécurité sociale²¹⁸, ni l'existence de syndicats ayant la particularité d'être représentatifs et de bénéficier ainsi de prérogatives spécifiques²¹⁹. D'ores et déjà, les juges ordinaires ont admis la conformité du procédé vis-à-vis des engagements internationaux de la France²²⁰. Dès que la décision du Conseil d'Etat a été connue, l'U.N.S.A. n'en a pas moins

²¹² *Ibid.*, t. 1, pp. 151-154, 172. V. Circulaire du 20 janvier 1948 ; Décision interministérielle du 8 avril 1948, préc. Pour une critique radicale, v. M.-A. Rotschild, *Les accords au niveau de l'entreprise*, Th. Paris I, 1986.

²¹³ V. p. ex. J. Savatier, « Les transformations de la fonction représentative des syndicats », in *Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, pp. 179-191, spéc. pp. 180-183.

²¹⁴ A. Arseguel, *La notion d'organisations...*, *op. cit.*, t. 1, p. 185.

²¹⁵ F. Rey, « Représentativité syndicale : la rente du club des cinq », *op. cit.*

²¹⁶ G. Adam, « Le syndicalisme 'indépendant' », *op. cit.*, p. 504.

²¹⁷ V. en ce sens G. Couturier, *Traité de droit du travail*, *op. cit.*, p. 345 ; B. Mathieu, M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., coll. « Manuel », 2002, pp. 624-625.

²¹⁸ C.C. Décision n° 82-148 DC du 14 décembre 1982 *Loi relative à la composition des conseils d'administration des organismes du régime général de sécurité sociale*, p. 73, *R.J.C.* p. I-137, *Droit social* 1984, p. 170 note L. Hamon, *R.D.P.* 1983, p. 333 note L. Favoreu, *Pouvoirs* 1983 (25), p. 197 note P. Avril, J. Gicquel.

²¹⁹ C.C. Décision n° 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983 *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, p. 49, *R.J.C.*, p. I-157, *Droit social* 1984, p. 163 note L. Hamon, *R.D.P.* 1986, p. 395 note L. Favoreu, cons. 83-86, 93-95 ; C.C. Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989 *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, p. 59, *R.J.C.*, p. I-358, *Droit social* 1989, p. 701 note X. Prétot, *A.I.J.C.* 1989, pp. 488, 503, 504 note B. Genevois, *A.J.D.A.* 1989, p. 796 note F. Rohmer-Benoit, *Pouvoirs* 1990 (52), p. 187 note P. Avril, J. Gicquel, spéc. cons. 20-26 ; C.C. Décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996 *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*, p. 128, *R.J.C.*, p. I-686, *Cahiers du Conseil constitutionnel* 1997, p. 12, *D.* 1998.Somm.152 note J. Tremeau, *R.F.D.C.* 1997, p. 107 note J. Tremeau, *L.P.A.* n° 88, 23 juillet 1997, p. 26 note B. Mathieu, *R.J.S.* 1996, n° 1296, *D.* 1997, Chr. p. 152 B. Mathieu, *Droit ouvrier* 1996, p. 479 comm. G. Lyon-Caen, *Droit social* 1997, p. 25 note M.-L. Morin.

²²⁰ V. C.E. 15 mars 2002 *Fédération nationale des syndicats autonomes F.N.S.A. P.T.T.*, req. n° 225275, à propos des art. 10 et 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et des art. 22 et 24 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre

exprimé son intention d'intenter une action devant la Cour européenne des droits de l'homme pour « atteinte à la liberté syndicale²²¹ ». Les chances de prospérer d'un tel recours semblent faibles. En la matière, la Cour de Strasbourg s'est montrée prudente²²². Elle considère la liberté syndicale comme de second ordre, l'article 11 de la Convention ne garantissant pas de traitement précis de la part des Etats²²³. Dans un arrêt de 1975, elle a estimé que les avantages en matière de consultation par les pouvoirs publics dont bénéficient les syndicats représentatifs ne constituent pas une discrimination au sens de la Convention²²⁴, ni ne portent atteinte à la liberté individuelle d'adhérer au syndicat de son choix²²⁵. Concernant les accords de *closed shop*, selon lesquels un salarié ne peut être embauché qu'à condition de s'affilier à un syndicat déterminé, la Cour a fait preuve de vigilance. Cette pratique ne doit pas imposer de contrainte insupportable²²⁶. Mais elle a admis le principe de la conformité à la Convention de cette absence de liberté de ne pas adhérer à une organisation syndicale de son choix. Il semble en conséquence peu probable que la Cour accueille un recours fondé sur le désavantage que subit l'U.N.S.A. par rapport aux autres organisations.

CONCLUSION

Témoignage de l'oscillation du droit de la représentativité syndicale entre un ancrage historique demeuré figé, à l'instar de la formulation des critères, et une interprétation juridictionnelle malléable, la réserve dont fait preuve le Conseil d'Etat à l'égard de l'U.N.S.A., justifiée au regard de la jurisprudence traditionnelle en la matière, s'avère significative des inconvénients que comporte aux yeux de nombreux auteurs le système français de représentation des intérêts professionnels. Loin de se limiter à ménager l'avenir en prolongeant le passé, la décision d'Assemblée du 5 novembre 2004 peut sembler contribuer activement à entretenir le conservatisme du paysage syndical français. D'aucuns peuvent y voir de ce fait l'une des occasions manquées du syndicalisme français, à moins que le

1966 ; C.E. 24 novembre 2003 *Fédération S.U.D. des collectivités territoriales*, préc. concernant les art. 11 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; C.E. 10 décembre 2003 *Syndicat S.U.D. Douanes*, req. n° 219093 concernant l'art. 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

²²¹ A. Olive, « Editio : Représentativité. Nous gagnerons ! », in *U.N.S.A. Magazine*, n° 70, novembre 2004, p. 3.

²²² F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^e éd., Paris, P.U.F. coll. « Droit fondamental », 2005, pp. 474-478.

²²³ C.E.D.H. 27 octobre 1975 *Syndicat national de la police belge c/ Belgique*, série A, n° 19, § 38 ; C.E.D.H. 6 février 1976 *Schmidt et Dahlström c/ Suède*, série A, n° 21, § 34 ; C.E.D.H. 2 juillet 2002 *Wilson, National Union of Journalists et autres c/ Royaume-Uni*, Rec. 2002-V, § 42.

²²⁴ C.E.D.H. 27 octobre 1975 *Syndicat national de la police belge c/ Belgique*, préc., § 48.

²²⁵ *Ibid.*, § 41 : « En ce qui concerne l'atteinte alléguée à la liberté individuelle d'adhérer au syndicat requérant ou d'y rester affilié, la Cour souligne que tout fonctionnaire de la police communale conserve en droit cette liberté en dépit de l'arrêté royal du 2 août 1966. Il se peut que la baisse constante et importante des effectifs du Syndicat national de la police belge s'explique au moins en partie, ainsi qu'il le soutient, par la situation désavantageuse dans laquelle il se trouve par rapport à des syndicats jouissant d'un régime plus favorable. Il se peut aussi que cette situation en arrive à réduire l'utilité réelle et la valeur pratique de l'appartenance au syndicat requérant. Toutefois, elle dérive d'une politique générale de l'Etat belge consistant à restreindre le nombre des organisations à consulter. Cette politique n'est pas à elle seule incompatible avec la liberté syndicale ; les mesures par lesquelles elle se traduit échappent au contrôle de la Cour pourvu qu'elles n'enfreignent pas les articles 11 et 14 (art. 14+11) combinés. »

²²⁶ C.E.D.H. 13 août 1981 *Young, James et Webster c/ Royaume-Uni*, série A, n° 44, §§ 51-57 ; C.E.D.H. 20 avril 1993 *Sibson c/ Royaume-Uni*, série A, n° 258.

législateur ne prenne la mesure des difficultés qu'elle soulève, et n'entreprenne de réformer sur ce point le droit des relations professionnelles²²⁷.

²²⁷ Tel ne semble pas devoir être le cas, ainsi qu'en témoignent les débats parlementaires relatifs à la loi n° 2004-391, préc. V. spéc. J.-P. Anciaux, Rapport A.N. au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n° 1233) relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, décembre 2003, p. 36. Pour des propositions de réforme, v. G. Borenfreund, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *op. cit.*, pp. 692-695 ; J. Le Goff, *Droit du travail et société*, *op. cit.*, pp. 107-108 ; A. Arseguel, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », *op. cit.*, pp. 411-427.