



Représentativité des syndicats : les premiers effets de la réforme de 2008

Emmanuelle Barbara¹

La France est le pays de l'OCDE où le taux de syndiqués est le plus faible (autour de 8% au total, 5% dans le secteur privé) et où il a le plus fortement baissé depuis 30 ans. Ce faible taux coexiste, paradoxalement, avec un nombre exceptionnellement élevé d'organisations syndicales.

Plusieurs facteurs ont été mis en avant pour expliquer le déclin syndical : on cite souvent des facteurs exogènes tels que la hausse du chômage, les transformations de l'appareil productif ou encore la tertiarisation de la population active, ainsi que des facteurs endogènes (éloignement croissant entre les représentants syndicaux et la base, complexification et lourdeur des structures syndicales, politisation et division des syndicats). **Dans ce contexte se pose la question de la capacité des syndicats à représenter les salariés**

La notion de « représentativité syndicale », apparue dans l'entre-deux-guerres, a progressivement été codifiée, et **en 1966², la représentativité a été accordée de droit aux cinq confédérations que sont la CGT, la CFDT, la CGT-FO, la CGC et la CFTC**. Ces dernières disposaient dès lors d'une « présomption irréfutable de représentativité » au niveau national, quel que soit leur poids réel dans les entreprises ou dans les branches. Elles pouvaient de ce fait représenter tous les salariés sans avoir à apporter la preuve de leurs effectifs et disposaient notamment de l'exclusivité des candidatures au premier tour des élections professionnelles. La désyndicalisation, l'apparition de nouveaux acteurs syndicaux, la déconnection entre le monde salarié et le monde syndical ont conduit les décideurs publics à repenser les critères de représentativité.

A la suite des recommandations du rapport Hadas-Lebel³ remis en mai 2006, le Conseil économique et social, dans un avis adopté le 29 novembre 2006, affirme que pour renforcer le dialogue social, la représentativité des organisations syndicales doit être fondée sur des élections périodiques. Dans ce contexte, les partenaires sociaux ont engagé

¹ Maître Barbara est avocate, spécialisée en droit social, associée-gérante de la SCP August et Debouzy, Managing Partner.

² Voir les arrêtés du 8 avril 1948 et du 31 mars 1966, qui fondent la représentativité de la CGT, de la CGT-FO, de la CFTC, de la CGC et de la CFDT.

³ Hadas-Lebel Raphaël, *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, mai 2006.



des négociations sur le thème de la représentativité en janvier 2008. **La loi du 20 août 2008 dans sa partie portant rénovation de la démocratie sociale, transpose le résultat de la « Position commune »**, conclue le 10 avril 2008 par la CGT et la CFDT pour les salariés, d'une part, et le MEDEF et la CGPME pour le patronat, d'autre part.

L'objectif avoué de cette loi consiste à redessiner le paysage syndical français, figé depuis une quarantaine d'années, en conférant une plus grande légitimité aux acteurs sociaux et par conséquent à leur travail normatif, tous niveaux de négociation confondus (interprofessionnel, branche et entreprise). En introduisant un nouveau paradigme suivant lequel la représentation syndicale reflète désormais les sensibilités de l'entreprise en cause, la loi apporte indéniablement un renouveau. Mais les premiers moments de son application montrent que cette nouveauté n'est pas sans risque, à la fois compte tenu d'une période transitoire délicate et de lacunes du dispositif.

L'Institut Montaigne a réuni depuis plusieurs mois un groupe de travail qui formulera prochainement des propositions sur le fonctionnement de notre démocratie sociale et, notamment, des institutions représentatives du personnel (IRP) dans les entreprises.

La loi du 20 août 2008 a donné lieu à de nombreux débats. A notre connaissance, elle n'avait pas encore fait l'objet d'une évaluation : c'est l'objet du présent document de travail.



Sommaire

1. La réforme de 2008 a apporté une plus grande légitimité aux organisations syndicales.....	4
1.1. La fin de la présomption automatique de représentativité des cinq syndicats.....	4
1.2. La loi a permis de clarifier certaines notions.....	5
<i>Définition des critères de constitution d'une section syndicale par une organisation syndicale non représentative.....</i>	<i>5</i>
<i>Clarification du sort des salariés mis à disposition.....</i>	<i>6</i>
<i>Possibilité de négociation collective en cas d'absence de délégué syndical.....</i>	<i>6</i>
1.3. La réforme a permis un véritable changement de paradigme.....	7
<i>Un nouveau souffle pour la démocratie sociale.....</i>	<i>7</i>
<i>Un rôle à réinventer pour les organisations non représentatives.....</i>	<i>7</i>
2. Une transition délicate.....	9
2.1. Vers une fragilisation des élections des institutions représentatives du personnel ?...	9
2.2. Une jurisprudence importante pour clarifier la période de transition.....	10
2.3. Le cas des TPE.....	11
2.4. Le poids des organisations catégorielles.....	12
2.5. En cas de modification du périmètre de l'entreprise ou de l'établissement.....	13



1. La réforme de 2008 a apporté une plus grande légitimité aux organisations syndicales

1.1. La fin de la présomption automatique de représentativité des cinq syndicats

La loi du 20 août 2008 a tout d'abord mis fin à la présomption dite « irréfragable » de représentativité dont bénéficiaient jusqu'à présent les cinq organisations syndicales représentatives au niveau national.

Compte tenu de l'abandon de cette présomption, chaque organisation syndicale devra à l'horizon 2013 démontrer sa représentativité effective au regard de sept nouveaux critères cumulatifs édictés par la loi, à savoir :

- le respect des valeurs républicaines ;
- l'indépendance ;
- la transparence financière ;
- une ancienneté minimale de deux ans ;
- l'audience ;
- l'influence ;
- les effectifs d'adhérents et les cotisations.

Si certains anciens critères ont été réactualisés⁴ et si de nouveaux critères sont apparus (c'est notamment le cas du critère de « transparence financière »), **c'est la consécration d'un nouveau critère qui fait révolution, celui de « l'audience »**. Cette « audience » est désormais mesurée, au niveau de l'entreprise, lors du premier tour des élections⁵ des membres titulaires du comité d'entreprise (CE), de la délégation unique du personnel (DUP), ou à défaut des délégués du personnel (DP) et ce, quel que soit le nombre de votants⁶, hors votes blancs et nuls. Ces résultats sont ensuite consolidés au niveau de la branche et au niveau interprofessionnel.

⁴ Par exemple en remplaçant le critère de « l'attitude patriotique pendant l'occupation » par celui du respect des valeurs républicaines.

⁵ Dans les entreprises de plus de 11 salariés, les élections professionnelles désignent les délégués du personnel (DP). Dans les entreprises de plus de 50 salariés, le chef d'entreprise doit mettre en place un comité d'entreprise (CE) composé de représentants élus du personnel et de représentants syndicaux. Dans les entreprises de moins de 200 salariés, il est possible de mettre en place une délégation unique du personnel (DUP) commune aux CE et aux délégués du personnel.

⁶ Ce qui met un terme définitif à la jurisprudence « Adecco » aux termes de laquelle, lorsque le quorum n'était pas atteint au premier tour des élections professionnelles, il n'y avait pas lieu de décompter les suffrages exprimés (*Cass. soc., 20 décembre 2006, n°05-60.345*).



Désormais, pour être représentative, une organisation syndicale doit obtenir 10% des suffrages exprimés au premier tour des élections des membres titulaires des comités d'entreprise, résultat apprécié tous collèges confondus⁷. Les délégués syndicaux seront ceux des organisations syndicales représentatives qui auront obtenu 10% des suffrages exprimés sur leur nom propre dans le collège où ils ont été candidats⁸.

Ensuite, la loi, après avoir légitimé les organisations syndicales autorisées à négocier les accords collectifs par le truchement de leurs délégués syndicaux, **renforce les conditions de validité des accords résultant de la négociation collective, en subordonnant celle-ci à la signature d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant obtenu au moins ensemble 30% des suffrages exprimés** lors des dernières élections, ainsi qu'à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors de ces élections.

Ces nouvelles dispositions bouleversent le paysage syndical français en ne permettant qu'aux organisations syndicales représentant au mieux les personnels au sein des entreprises de jouer un rôle prépondérant dans la négociation collective.

1.2. La loi a permis de clarifier certaines notions

La loi du 20 août 2008 ainsi que les jurisprudences postérieures y afférentes ont tout d'abord permis de définir ou de clarifier certaines notions juridiques auxquelles on se référerait par le passé sans définition légale.

Définition des critères de constitution d'une section syndicale par une organisation syndicale non représentative

Afin de constituer une section syndicale, les organisations syndicales non représentatives doivent :

- disposer de plusieurs adhérents dans l'entreprise (au moins deux) ;
- satisfaire aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance ;
- être légalement constituées depuis au moins deux ans ;
- avoir un champ professionnel et géographique qui couvre l'entreprise ou l'établissement concerné.

⁷ Ce principe s'applique à tous les syndicats, sauf les syndicats catégoriels affiliés à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale (CFE-CGC) et le SNJ, qui doivent obtenir 10% des suffrages appréciés sur le corps électoral des collèges concernés.

⁸ Dans le cadre des élections CE ou DP, en tant que titulaire ou suppléant.



Les syndicats représentatifs dans l'entreprise et les syndicats affiliés à une organisation reconnue représentative au niveau national et interprofessionnel doivent, quant à eux, uniquement justifier d'une pluralité d'adhérents (deux).

Clarification du sort des salariés mis à disposition

Les salariés mis à disposition doivent être intégrés dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice, dès lors qu'ils sont présents dans les locaux et qu'ils y travaillent depuis au moins un an.

Ces salariés pourront, s'ils le souhaitent :

- être électeurs au sein de l'entreprise utilisatrice pour l'élection des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise dès lors qu'ils justifient d'une ancienneté, dans l'entreprise, d'au moins 12 mois continus ;
- être éligibles au sein de l'entreprise utilisatrice pour l'élection des délégués du personnel dès lors qu'ils justifient d'une ancienneté, dans l'entreprise, d'au moins 24 mois continus.

Possibilité de négociation collective en cas d'absence de délégué syndical

Dans certains cas, le recours à la négociation peut se faire avec :

- les élus (membres du comité d'entreprise ou à défaut délégués du personnel) ou avec les salariés mandatés, même en l'absence d'accord de branche étendu l'autorisant ;
- **des « représentants de section syndicale » (RSS) désignés par des organisations syndicales non représentatives** dans l'entreprise ou dans l'établissement⁹. Seul un RSS désigné par une organisation représentative au niveau national interprofessionnel (les « quatre » hors CGC-CFE) pourra être mandaté par celle-ci pour négocier et conclure un accord d'entreprise ou d'établissement (Article L. 2143-23 du Code du travail)¹⁰.

⁹ Dans les entreprises de moins de 50 salariés, il doit nécessairement s'agir d'un DP.

¹⁰ Cette négociation avec le RSS ne pourra intervenir qu'en l'absence d'élu susceptible de négocier ou dans les hypothèses où ni les élus ni les salariés mandatés par une organisation syndicale représentative dans la branche ne seraient habilités à négocier ou alors dans les entreprises n'appartenant pas au champ d'application d'un accord de branche organisant des modes supplétifs de négociation conformément aux anciens articles L. 2232-21 à L. 2232-29 du Code du travail.



1.3. La réforme a permis un véritable changement de paradigme

Un nouveau souffle pour la démocratie sociale

Calquer la représentation syndicale de telle entreprise sur les sensibilités effectivement constatées au sein de celle-ci est apparue comme un moyen pertinent de redonner du souffle aux organisations syndicales dont l'audience s'érode.

L'enjeu politique au moment des élections des institutions représentatives du personnel (IRP) crée sans aucun doute une incitation pour ces mêmes organisations syndicales à conquérir les électeurs pour les élections de la délégation du personnel élue. Cette situation pose immédiatement la question de la qualité de « l'offre » proposée par ces organisations.

Ainsi donc, l'organisation syndicale au sein de telle entreprise sera réputée représentative à la condition qu'elle ait obtenu au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des élections du comité d'entreprise (voir *supra*). La présente situation est fondamentalement différente de celle qui s'appliquait avant la loi de 2008, puisqu'il suffisait pour une organisation bénéficiant de la présomption de représentativité de désigner ses délégués dans toute entreprise de plus de 50 salariés. **L'effort de conquête de suffrages à l'occasion des élections des IRP, et ce pour toutes les organisations syndicales, renforce indéniablement le fonctionnement de notre démocratie sociale. Il n'y a plus « d'effet de rente ».**

Un rôle à réinventer pour les organisations non représentatives

Pour autant, les organisations syndicales non représentatives ne perdent pas, de manière définitive, tout droit dans le cadre de l'exercice des prérogatives syndicales. En effet, **celles-ci peuvent constituer des sections syndicales, leur permettant ainsi de collecter des cotisations, d'utiliser les panneaux d'affichage et de diffuser des tracts, de tenir des réunions syndicales mensuelles dans l'entreprise ou de disposer d'un local**, l'ensemble de ces éléments contribuant à l'administration de la preuve de leur représentativité lors des élections professionnelles suivantes. Aux termes de l'article L. 2142-1 du Code du travail « *dès lors qu'ils ont plusieurs adhérents dans l'entreprise ou dans l'établissement, chaque syndicat (...) peut constituer au sein de l'entreprise ou de l'établissement une section syndicale (...)* ». La Cour de cassation considère que la condition de « *plusieurs adhérents* » signifie ... « *au moins deux adhérents* »¹¹. Elle a également précisé qu'il était possible pour une confédération syndicale sans adhérent direct dans l'entreprise de constituer une section syndicale, quand les adhérents relèvent directement du syndicat national autonome¹².

¹¹ Cass. soc., 8 juillet 2009 n°09-60.031, 09-60.032 et 09-60.011 et n°08-60.599.

¹² Cass. soc., 13 janvier 2010 n°09-60.155



Le cœur des modifications réside dans la mise en œuvre du processus destiné à permettre à chaque organisation syndicale et ce, de manière périodique, de faire la preuve de sa représentativité au sein de chaque entreprise. Le protocole préélectoral devient dès lors un enjeu majeur qui ne peut être négocié par les seules organisations syndicales « en place ».

Auparavant, la validité du protocole préélectoral était uniquement conditionnée à sa conclusion par l'employeur et par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives. Aujourd'hui, pour assurer un consensus sur les clauses les plus essentielles du protocole électoral, la validité de certaines de ses dispositions est subordonnée à sa signature par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation, dont les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise¹³. Ainsi, doivent être invitées à la table des négociations relatives à l'organisation des élections de comités d'entreprise et de délégués du personnel, les organisations syndicales ayant constitué une section syndicale ainsi que celles satisfaisant aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concerné, en sus des syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et des syndicats ayant fait la preuve de leur représentativité dans l'entreprise.

Ce qui signifie pratiquement que dans certaines entreprises ou entités économiques et sociales¹⁴, **le nombre de négociateurs autour de la table risque, avec le temps, d'être de plus en plus élevé à raison de l'éventuel « morcellement » des forces syndicales ainsi encouragé.** La finalité de la loi consistant essentiellement à définir une démocratie sociale renouvelée pourrait toutefois se traduire, compte tenu de l'enjeu politique que constitue(ra) celui d'être autour de la table pour négocier l'accord préélectoral, par le constat corrélatif d'une forme d'inefficacité dans la dynamique de négociation dudit protocole préélectoral. **Il est désormais évident que le processus actuel donnera lieu à une recrudescence de contentieux...**

¹³ Uniquement en ce qui concerne la répartition du personnel et des sièges entre les collèges, la détermination et la perte de la qualité d'établissement distinct, les conditions de mises en place des délégués de site et l'augmentation du nombre de membres du CE. Pour les autres dispositions du protocole, un simple accord entre l'employeur et les organisations syndicales appelées à la négociation du protocole suffit (sauf pour la modification du nombre et de la composition des collèges électoraux qui restent soumises à l'unanimité).

¹⁴ Constituées de plusieurs entreprises.



Une réforme ratée ?

Dans leur livre « *Les réformes ratées du président Sarkozy* » publié en mars 2009, les économistes Pierre Cahuc et André Zylberberg dressent un tableau inquiétant de la situation syndicale : loin d'être représentatifs, les syndicats semblent être plus préoccupés de leur survie que des intérêts des salariés.

Pour les auteurs, le déclin du syndicalisme et la faiblesse des organisations syndicales sont liées au faible nombre d'adhérents. A l'opposé des systèmes nordiques, dans lesquels l'adhésion à un syndicat va de pair avec de nombreux avantages, le système français garantit les mêmes droits aux syndiqués et aux non-syndiqués.

La loi du 20 août 2008 n'apporte pas de solution en ne proposant aucune incitation à l'adhésion des salariés. Pourtant, seule l'ouverture vers un syndicalisme de services pourrait régler ce problème de fond. « Ayant toujours aussi peu d'adhérents, les syndicats seront en réalité toujours aussi peu représentatifs et leur financement restera aussi opaque ».

Par ailleurs, cette loi profite en réalité essentiellement aux deux syndicats les plus forts, la CGT et la CFDT. A travers les seuils imposés, elle écorne sérieusement les pouvoirs des petits syndicats représentatifs.

2. Une transition délicate

2.1. Vers une fragilisation des élections des institutions représentatives du personnel ?

On peut se demander si le choix du législateur d'adosser la représentativité syndicale aux élections des membres titulaires du comité d'entreprise était finalement le meilleur moyen de légitimer leur représentativité.

En effet, le rôle des comités d'entreprises et celui des organisations syndicales sont fondamentalement différents : tandis que les premiers sont informés et/ou consultés sur les questions relatives au fonctionnement et à la bonne marche de l'entreprise, les secondes sont chargées de la négociation collective en vue notamment de la satisfaction des revendications des salariés.

Ainsi, si l'objectif consiste à conférer une plus grande légitimité aux organisations syndicales et à leurs délégués syndicaux, **n'aurait-il pas été plus opportun d'organiser des élections au suffrage direct mesurant effectivement leur représentativité et ainsi détachables de celles des institutions du personnel ?** Il n'est pas acquis qu'un salarié votant pour les membres du CE donne *mutatis mutandis* sa voix à la désignation d'un délégué syndical de tel syndicat. Si les délégués syndicaux sont le reflet des forces syndicales élues au CE, on pourrait qualifier de « doublon » le délégué syndical désigné



suite aux élections, ce qui ne caractérise pas nécessairement une manifestation de démocratie sociale.

La solution retenue actuellement présente incidemment l'inconvénient de fragiliser les opérations d'élections des IRP. En effet, outre le contentieux classique relatif à l'organisation et au déroulement des élections des IRP, **on voit se développer un contentieux spécifique émanant d'organisations syndicales excipant de motifs inattendus de manière à mettre en cause une élection dont le résultat ne serait pas jugé approprié**, puisqu'entraînant la perte de la qualité de syndicat représentatif. Par ailleurs, il peut y avoir un autre effet intéressant attaché à cette loi, consistant à mettre en cause les UES antérieurement reconnues qui seraient désormais jugées contraires à leurs intérêts au titre du périmètre d'appréciation de leur représentativité. L'inverse est aussi possible ; la recherche acharnée de la reconnaissance d'une unité économique et sociale pourrait être entreprise pour les motifs identiques à ceux exposés ci-dessus.

Cette judiciarisation excessive des élections des représentants du personnel risque de mettre en péril le fonctionnement normal des institutions, jusqu'à entraîner leur paralysie temporaire.

D'autres solutions sont aujourd'hui envisagées. Certains auteurs¹⁵ proposent notamment de déterminer la représentativité des organisations syndicales sur la base des résultats des élections prud'homales, de manière à redonner un peu de couleurs à cette élection dite « moribonde ».

2.2. Une jurisprudence importante pour clarifier la période de transition

La construction qui résulte de la loi pose d'inextricables problèmes –ayant donné lieu à jurisprudence importante – s'agissant de la période transitoire entre deux « cycles » d'élections, puisque la logique a été bouleversée dans l'intervalle, sans qu'un référentiel pertinent ne soit connu. La période transitoire prendra fin au plus tard le 22 août 2012 (Cass. soc., 10 février 2010, n° 09-60.244).

L'intervention de la jurisprudence a en effet été nécessaire pour :

- **préciser la nature des présomptions de représentativité transitoires.** Selon la Cour de cassation, la représentativité de plein droit et irréfutable dont bénéficiaient antérieurement les cinq confédérations syndicales énumérées dans l'arrêté du 31 mai 1966 est maintenue pendant la période transitoire jusqu'à la date des premières élections organisées dans l'entreprise. Par suite, la représentativité d'un syndicat affilié à l'une des confédérations reconnues représentatives au plan national antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du

¹⁵ Bélier Gilles, Legrand Henri-José, *La négociation collective après la loi du 20 août 2008*, janvier 2009 et Adam Gérard, *Les syndicats entre déclin et renouveau*, 2009.



20 août 2008 ne peut pas être contestée (*Cass. soc.*, 8 juillet 2009, n°09-60.032, n°0960.011 et n°09-60.031) ;

- **trancher la question du terme de la période transitoire lorsque les premières élections postérieures à la loi du 20 août 2008 débouchent sur un procès-verbal de carence**¹⁶. Dans cette circonstance, selon la Cour de cassation, la présomption de représentativité irréfragable des syndicats demeure applicable jusqu'à ce que l'employeur organise de nouvelles élections permettant un décompte effectif des suffrages exprimés au premier tour des élections des membres titulaires du comité d'entreprise, de la délégation unique du personnel ou à défaut des délégués du personnel. Toutefois, et en tout état de cause, ces présomptions tomberont définitivement au 22 août 2012. *La question est : que se passe-t-il entre le 22 août 2012 et la date des élections en cause ? ...*

- **déterminer si des organisations syndicales pouvaient apporter la preuve de leur représentativité, au cours de la période transitoire**, avant l'épreuve des premières élections professionnelles postérieures à la loi du 20 août 2008. Les nouvelles dispositions légales n'excluent pas qu'un syndicat qui ne bénéficie pas de cette présomption puisse établir sa représentativité pendant la période transitoire : soit par une affiliation à l'une des organisations syndicales représentatives au niveau national ou interprofessionnel ; soit en apportant la preuve qu'il remplit les critères énoncés à l'article L. 2121-1 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi de 2008¹⁷. Dans ce deuxième cas, la Cour de cassation a élaboré un régime spécifique de représentativité qui doit être prouvée à l'aide des nouveaux critères légaux inscrits à l'article L. 2121-1 du Code du travail, à la seule exception du critère de l'audience, qui devra être satisfait dès les premières élections professionnelles organisées dans l'entreprise (*Cass. soc.* 10 mars 2010 n°09-60.246 et n°09-60.065).

2.3. Le cas des TPE

La loi du 20 août 2008 avait prévu l'intervention d'une loi ultérieure permettant de porter remède à l'absence de mesure d'audience dans les très petites entreprises (TPE), les élections professionnelles n'étant pas obligatoirement organisées dans ces entreprises de moins de onze salariés

¹⁶ Document établi à l'occasion des élections des IRP lorsque l'institution n'a pu être mise en place ou renouvelée.

¹⁷ A savoir : le respect des valeurs républicaines, l'indépendance, la transparence financière, une ancienneté minimale de deux ans, l'audience, l'influence, et les effectifs d'adhérents et les cotisations.



C'est ainsi que la loi du 15 octobre 2010¹⁸ complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi du 20 août 2008, vise à prendre en compte les choix des salariés des entreprises de moins de onze salariés dans la détermination de l'audience des organisations syndicales au niveau des branches comme au niveau interprofessionnel.

Selon cette loi, l'audience des syndicats dans les TPE sera mesurée sur la base d'un scrutin organisé au niveau régional, par le Ministère du Travail, tous les quatre ans. Les salariés des TPE seront amenés à voter pour une étiquette syndicale, par voie électronique ou par correspondance.

Un décret d'application non encore paru à ce jour définira les modalités d'organisation de ce vote.

2.4. Le poids des organisations catégorielles

De la même manière, on peut s'interroger sur le poids des organisations catégorielles non affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale.

Celles-ci pourraient-elles prétendre voir leur représentativité calculée uniquement au regard des résultats obtenus dans la catégorie de personnel où elles ont vocation à présenter des candidats à l'instar de la CFE CGC¹⁹ ou du syndicat national des journalistes (SNJ) ?

Ce décompte de représentativité pourrait ainsi permettre à ces organisations syndicales catégorielles non affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale de négocier des accords spécifiques aux catégories de salariés qu'elles représentent.

Toutefois, autoriser la détermination de la représentativité des organisations syndicales catégorielles non affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale uniquement sur la base des suffrages exprimés au sein de la catégorie de salariés qu'elles représentent pourrait conduire à « **la démultiplication catégorielle d'organisations intercatégorielles qui y verraient un moyen d'augmenter leurs droits syndicaux** »²⁰.

¹⁸ Loi n°2010-1215 relative au dialogue social dans les TPE.

¹⁹ Seule organisation syndicale catégorielle affiliée à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale à ce jour.

²⁰ Béliet Gilles, Legrand Henri-José, La négociation collective après la loi du 20 août 2008, janvier 2009, p70.



2.5. En cas de modification du périmètre de l'entreprise ou de l'établissement

On peut également s'interroger sur l'appréciation de la représentativité en cas de modification du périmètre de l'entreprise ou de l'établissement concerné consécutive à des mouvements de personnel (notamment en cas de transfert d'entreprise au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail).

En cas de modification du périmètre de l'entreprise ou de l'établissement, il pourrait être souhaitable de déterminer rapidement la nouvelle représentativité des organisations syndicales par adjonction ou retranchement des suffrages exprimés par les salariés entrants ou sortants.

Toutefois, cette solution ne semble pouvoir trouver à s'appliquer qu'en cas de transfert d'une entité qui « conserve son autonomie juridique »²¹ et non en cas de transferts ne concernant qu'une partie seulement des salariés.

Il convient de noter que cette même difficulté se rencontre au sein des groupes de sociétés dans lesquels l'appréciation de la représentativité des organisations syndicales est nécessairement impactée par les prises ou les cessions de contrôle de sociétés.

La loi n'a prévu aucune disposition permettant de recalculer en cas de modification du périmètre du groupe, la représentativité des nouvelles forces en présence et par conséquent les modalités de révision des accords. L'absence de toute disposition en la matière posera nécessairement d'importantes difficultés notamment en cas de volonté de conclure un avenant à l'accord de groupe.

On relèvera, au passage, l'absence de toute mesure transitoire en matière d'appréciation de représentativité et de négociation au niveau du groupe où il n'existe, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, plus aucune présomption de représentativité !

²¹ Au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail.



La réforme de 2008 : un pari structurel

La démarche très actuelle et légitime qui vise à organiser une démocratie sociale plus pertinente, plus solide à raison d'une représentativité appréciée au plus près du corps social concerné ne devrait susciter, malgré quelques difficultés techniques, qu'approbation et satisfaction.

Le recours à ces nouveaux critères de représentativité des organisations syndicales au sein de l'entreprise porte toutefois en germe l'idée que, pour être représentatif, il faudra désormais plaire, à l'instar du phénomène constaté des prises de position publiques des leaders politiques dictées par le sens des sondages ou par celui des consultations « participatives ».

Mais à la différence de la vie politique, dans le cadre de la démocratie sociale, la manifestation du souci de plaire pour se ménager une représentativité renouvelée réside dans la décision de participer à l'édification du dialogue social et de conclure les accords. Il faut espérer que la légitimation de leur représentativité par les urnes selon les modalités rappelées ici ne finisse par rendre automatique la consultation du corps électoral dans la conduite du dialogue social par les organisations syndicales, au point d'affaiblir en définitive l'institution que la loi voulait renforcer. L'exercice de la démocratie est un art difficile...