



Commentaire

Décision n° 2020-835 QPC du 30 avril 2020

M. Ferhat H. et autre

(Condition de transparence financière des organisations syndicales)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 29 janvier 2020 par la Cour de cassation (chambre sociale, arrêt n° 243 du même jour) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Ferhat H. et le syndicat Union des syndicats anti-précarité (USAP) portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L. 2121-1 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

Dans sa décision n° 2020-835 QPC du 30 avril 2020, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution le 3° de l'article L. 2121-1 du code du travail, dans cette rédaction.

I. – Les dispositions contestées

A. – Historique et objet des dispositions contestées

La loi du 20 août 2008 précitée a entendu moderniser les règles relatives à la représentativité des organisations syndicales et à leur financement en refondant les critères de représentativité et les prérogatives reconnues aux différentes institutions représentatives du personnel. Si l'exercice de l'action syndicale a vocation à être pleinement assuré par les organisations qui satisfont de tels critères (1.), certaines prérogatives sont désormais également confiées aux syndicats non représentatifs, sous réserve qu'ils respectent certaines exigences légales, parmi lesquelles figurent, selon la jurisprudence, celle de transparence financière (2.).

1. – Les critères de représentativité syndicale

Prenant appui sur une « *Position commune sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme* » signée le 9 avril 2008 par les partenaires sociaux¹, l'article premier de la loi du 20 août 2008 a procédé à la

¹ À savoir le MEDEF, la CFDT, la CGPME, la CFE-CGC, l'UPA, la CFTC, la CGT-FO et la CGT.

réécriture de l'article L. 2121-1 du code du travail qui fixait jusqu'alors cinq critères à prendre en compte pour déterminer la représentativité des organisations syndicales : les effectifs ; l'indépendance ; les cotisations ; l'expérience et l'ancienneté du syndicat ; l'attitude patriotique pendant l'Occupation².

Ces cinq critères de représentativité ont laissé place à sept critères qui précisent ou remodelent ceux qui étaient déjà prévus en tenant compte de leur application prétorienne et complètent, pour le reste, les exigences faites aux organisations désireuses d'exercer pleinement leurs prérogatives syndicales :

- le respect des valeurs républicaines³ ;
- l'indépendance ;
- la transparence financière ;
- une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation ;
- une audience électorale suffisante, établie selon les niveaux de négociation ;
- une influence caractérisée par l'activité et l'expérience ;
- les effectifs d'adhérents et les cotisations.

Il en est résulté un durcissement des règles de représentativité⁴, perceptible non seulement à travers l'ajout ou la redéfinition de certains critères pris isolément, mais aussi dans le fait que le législateur a expressément prévu qu'ils seraient cumulatifs⁵.

* Alors que les rédacteurs du projet de loi avaient souhaité que ces critères cumulatifs s'apprécient dans un cadre global, dans le prolongement de la jurisprudence

² Ce dernier critère avait été ajouté par la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail. Pour rappel, le mécanisme de la représentativité, synonyme de « sélection » des syndicats, a été mis en place par une loi du 24 juin 1936. Jusqu'à l'adoption de la loi précitée du 20 août 2008, il suffisait toutefois à un syndicat de s'affilier à l'une des cinq confédérations syndicales reconnues représentatives par un arrêté du 31 mars 1966 (CGT, CFDT, FO, CFTC, CFE-CGC) pour bénéficier d'une présomption irréfragable de représentativité. Seuls les autres syndicats étaient tenus de prouver leur représentativité sur la base d'une liste de critères définis par la loi.

³ Ce critère se substitue à celui, devenu obsolète, tiré de l'attitude patriotique pendant l'Occupation.

⁴ Pascal Lokiec, *Droit du travail*, PUF, coll. Thémis droit, 2019, § 521, p. 517.

⁵ Ajoutons que l'abandon de la présomption de représentativité, qui bénéficiait jusque-là aux syndicats « affiliés », a pour effet d'obliger désormais tout syndicat à prouver sa représentativité, même si la jurisprudence n'exige cette preuve qu'en cas de contestation de la capacité dudit syndicat à exercer une prérogative réservée aux organisations représentatives (voir, par exemple, Cass. soc., 31 mars 2010, n° 09-60.115, *Bull. civ.* V, n° 84).

antérieure⁶ et de la position commune arrêtée par les partenaires sociaux⁷, la chambre sociale de la Cour de cassation a opéré de sa propre initiative une répartition des sept critères de l'article L. 2121-1 du code du travail en deux catégories distinctes. Par un arrêt du 29 février 2012, elle a jugé que « *si les critères posés par l'article L. 2121-1 doivent être tous réunis pour établir la représentativité d'un syndicat et si ceux tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière doivent être satisfaits de manière autonome, ceux relatifs à l'influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, aux effectifs d'adhérents et aux cotisations, à l'ancienneté dès lors qu'elle est au moins égale à deux ans et à l'audience électorale dès lors qu'elle est au moins égale à 10 % des suffrages exprimés, doivent faire l'objet d'une appréciation globale* »⁸.

La Cour a ainsi considéré qu'en dépit des termes généraux de la loi, il y avait lieu de distinguer parmi les sept critères de représentativité entre :

– d'un côté, ceux qui s'apprécient de façon autonome et qui doivent être satisfaits de manière permanente car ils participent en quelque sorte de l'essence même du syndicat, à savoir le respect des valeurs républicaines, l'indépendance et la transparence financière ;

– de l'autre, ceux qui peuvent faire l'objet d'une appréciation globale et qui, une fois satisfaits en début de cycle électoral, sont réputés l'être pendant toute la durée du cycle : l'audience électorale ; l'influence ; les effectifs d'adhérents et les cotisations ; l'ancienneté. Ces critères-là paraissent conditionner la légitimité du syndicat à participer à la négociation collective⁹.

⁶ En ce sens, voir les observations du rapport d'activité de la Cour de cassation pour 2002 sous l'arrêt de la chambre sociale du 3 décembre 2002 (*Bull. civ. V*, n° 364) : « *Selon l'article L. 133-2 du Code du travail, la représentativité syndicale est déterminée d'après cinq critères : les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté, l'attitude patriotique pendant l'occupation. Hormis le cinquième critère, aujourd'hui obsolète, l'appréciation de ces critères implique, selon une jurisprudence constante, que le juge les examine tous, sans toutefois que soit exigé leur cumul pour la reconnaissance de la représentativité syndicale. Cette jurisprudence laissait donc déjà au juge un large pouvoir d'appréciation de l'importance relative de chaque critère au regard de la représentativité appréciée dans une entreprise donnée* ».

⁷ Voir le 1-2 de l'article premier de la position commune.

⁸ Cass. soc., 29 février 2012, n° 11-13.748, *Bull. civ. V*, n° 83. Cet arrêt a été confirmé depuis (voir, par exemple, Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 12-29.984, *Bull. civ. V*, n° 268).

⁹ Bien qu'introduite par la Cour de cassation, cette distinction entre les critères de représentativité avait déjà été promue par le rapporteur de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale lors de l'examen en première lecture du projet de loi : « *Le rapporteur estime qu'il convient de mieux distinguer deux types de critères et proposera des amendements en ce sens. A l'avenir, la représentativité des organisations syndicales doit être subordonnée : – en premier lieu à des conditions de principe : le respect des valeurs républicaines ; l'indépendance ; la transparence. Seuls pourront se présenter aux élections professionnelles les syndicats respectant ces conditions. / – en second lieu à des conditions de modalité : l'ancienneté, l'audience, l'influence et les effectifs* »

Ce faisant, la Cour de cassation a tenu compte de la nature particulière des trois premiers critères, qui apparaissent comme des conditions *sine qua non* de représentativité syndicale, dont le respect doit être vérifié en toutes circonstances, par rapport aux quatre autres, dont la satisfaction est, par définition, contingente et variable dans le temps¹⁰. La représentativité et, par voie de conséquence, la « pleine » capacité d'un syndicat à exercer les prérogatives susceptibles de lui être accordées à ce titre – en particulier le pouvoir de négocier des accords collectifs par l'intermédiaire du délégué syndical – ne peuvent dès lors être reconnues si un seul de ces trois critères fait défaut. Depuis lors, l'exigence de transparence financière a donné lieu à une jurisprudence spécifique.

* Le critère de transparence financière prévu au 3° de l'article L. 2121-1 du code du travail constitue le seul critère de représentativité réellement nouveau par rapport à l'état antérieur du droit. Cette exigence est apparue nécessaire aux syndicats signataires de la position commune du 9 avril 2008 pour répondre aux critiques récurrentes sur le financement syndical¹¹. Selon les termes de son point 1-5, la transparence financière « *est assurée, pour les confédérations, les fédérations et les unions régionales, par des comptes certifiés annuels, établis suivant des modalités adaptées aux différents niveaux des organisations syndicales et conformes aux normes applicables aux organisations syndicales telles qu'elles seront fixées par la loi en préparation [devenue la loi du 20 août 2008 précitée] sur la certification et la publicité des comptes de ces dernières* ».

Ainsi, dès les prémices de l'élaboration de la loi du 20 août 2008, la transparence financière a paru intimement liée à la publication et à la certification des comptes des organisations syndicales, même si aucun « *pont* »¹² n'a été directement fait entre ces exigences dans ladite loi. L'article L. 2135-1 du code du travail impose en effet à toute organisation syndicale, et non aux seuls syndicats représentatifs, d'établir leurs comptes en respectant un certain formalisme. Plus les ressources du syndicat sont

(rapport n° 992 [Assemblée nationale – XIII^e législature] de M. Jean-Frédéric Poisson, fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, 25 juin 2008).

¹⁰ Il en va ainsi y compris pour le critère de l'ancienneté dans les champs professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation, dès lors que ces champs sont susceptibles d'être modifiés par des regroupements ou fusions de branches professionnelles.

¹¹ Sur ce point, voir Pascal Lokiec, *op. cit.*, § 510. La faiblesse du taux de syndicalisation en France – et son corollaire, le faible revenu tiré des cotisations des adhérents – est source de dépendance des syndicats à l'égard des aides publiques dont ils peuvent bénéficier, mais également des entreprises elles-mêmes puisque ces dernières peuvent participer à leur financement par la voie d'accords collectifs.

¹² Pour reprendre le mot employé dans les conclusions de la rapporteure publique, Sophie-Justine Lieber, sous la décision n° 406516 du Conseil d'État du 18 juillet 2018.

importantes, plus le formalisme exigé est strict¹³. L'article L. 2135-4 du code du travail leur impose ensuite de faire approuver leurs comptes « *par l'assemblée générale des adhérents ou par un organe collégial de contrôle désigné par les statuts* ». Enfin, l'article L. 2135-5 de ce même code leur impose d'assurer la publicité de leurs comptes¹⁴.

La Cour de cassation a admis que le critère de transparence financière pouvait être satisfait par l'accomplissement de ces obligations comptables, sans pour autant faire du respect de ces obligations une condition nécessaire de ce critère. Depuis un arrêt en date du 29 février 2012, elle juge en effet que « *les documents comptables dont la loi impose la confection et la publication ne constituent que des éléments de preuve de la transparence financière, leur défaut pouvant dès lors être suppléé par d'autres documents produits par le syndicat et que le juge doit examiner* »¹⁵. Réciproquement, la méconnaissance des obligations comptables, constatée en l'absence de toute pièce justificative à l'appui des comptes produits par un syndicat, peut justifier le refus d'admettre que le syndicat remplisse la condition de transparence financière¹⁶. Le Conseil d'État a adopté une position proche de la Cour de cassation, s'agissant du moins de la publicité des comptes, en jugeant que « *le respect de l'obligation de publicité des comptes [...] devait être regardé, pour les organisations qu'elles concernaient, comme une des conditions à remplir pour répondre au critère de transparence financière requis [...] pour établir leur représentativité, sauf à ce qu'elles puissent faire état de l'accomplissement de cette obligation de publicité par des mesures équivalentes* »¹⁷.

La jurisprudence a ainsi opéré un lien évident entre transparence financière et respect des obligations comptables, que la Cour de cassation a récemment renforcé en imposant à toute organisation syndicale, même non représentative, de satisfaire le critère de transparence financière.

¹³ Selon l'article D. 2135-2 du code du travail, « *Les comptes annuels des syndicats professionnels de salariés ou d'employeurs et de leurs unions, et des associations de salariés ou d'employeurs mentionnés à l'article L. 2135-1 dont les ressources au sens de l'article D. 2135-9 sont supérieures à 230 000 euros à la clôture d'un exercice comprennent un bilan, un compte de résultat et une annexe selon des modalités définies par règlement de l'Autorité des normes comptables* ». Lorsque les ressources annuelles du syndicat sont inférieures ou égales à ce seuil, de tels documents comptables sont rendus facultatifs par l'article D. 2135-3 du même code. L'article D. 2135-4 laisse quant à lui aux syndicats dont les ressources annuelles sont inférieures à 2 000 euros la possibilité de se contenter d'un livre mentionnant chronologiquement le montant et l'origine des ressources qu'ils perçoivent et des dépenses qu'ils effectuent, ainsi que les références aux pièces justificatives.

¹⁴ Ces mesures de publicité sont également adaptées en fonction des ressources du syndicat (articles D. 2135-7 et D. 2135-8 du code du travail).

¹⁵ Cass. soc., 29 février 2012, n° 11-13.748, *Bull. civ. V*, n° 83 ; Cass. soc., 17 octobre 2018, nos 17-19.732 et 18-60.030, publiés au *Bulletin*.

¹⁶ Cass. soc., 13 juin 2019, n° 18-24.819, inédit.

¹⁷ Conseil d'État, 18 juillet 2018, n° 406516, concl. Sophie-Justine Lieber précitées ; 14 novembre 2018, n° 406007.

2. – Les critères permettant aux syndicats non représentatifs d'exercer des prérogatives dans l'entreprise

Outre le renforcement des exigences faites aux organisations syndicales pour la reconnaissance de leur représentativité, la loi du 20 août 2008 a innové en donnant aux syndicats non encore représentatifs dans l'entreprise ou l'établissement la possibilité d'exercer certaines prérogatives visant à leur donner « *les moyens d'obtenir les résultats électoraux qui leur permettront d'établir leur représentativité au sein de ce périmètre* »¹⁸. Selon les termes du rapporteur de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales devant l'Assemblée nationale, il s'agissait de faire en sorte, là aussi dans le prolongement de la position commune du 9 avril 2008¹⁹, que le processus de représentation collective du personnel « *ne soit plus le privilège des organisations représentatives* »²⁰ en reconnaissant notamment aux autres organisations le droit de constituer une section syndicale et de désigner au sein de celle-ci un représentant de la section.

* La section syndicale est une antenne du syndicat qui assure la représentation des intérêts matériels et moraux de ses membres conformément à l'article L. 2131-1 du code du travail²¹. Elle permet au syndicat d'exercer des activités de communication dans l'entreprise (affichage²², distribution de tracts²³, communication numérique²⁴) et de désigner un référent qui sera incarné, suivant les cas, par le délégué syndical ou le représentant de la section syndicale.

Aux termes de l'article L. 2142-1 du code du travail, la constitution d'une section syndicale est ouverte à tout syndicat comprenant au moins deux adhérents dans l'entreprise ou l'établissement, dès lors qu'il y est représentatif, qu'il est affilié à un syndicat représentatif au niveau national et interprofessionnel ou que, sans être représentatif, il remplit les différentes conditions prévues par cet article :

– être légalement constitué depuis au moins deux ans ;

¹⁸ Emmanuel Dockès, Gilles Auzero et Dirk Baugard, *Droit du travail*, 33^e édition, Dalloz, coll. Précis, 2019, § 1167, p. 1418.

¹⁹ Voir l'article 10 de la position commune.

²⁰ Rapport n° 992 précité.

²¹ La section syndicale n'étant pas dotée de la personnalité juridique, elle n'a cependant pas la qualité de représentante des salariés.

²² Article L. 2142-3 du code du travail.

²³ Article L. 2142-4 du code du travail.

²⁴ Article L. 2142-6 du code du travail.

- couvrir, par son champ professionnel et géographique, l’entreprise en cause ;
- satisfaire deux critères communs aux organisations représentatives, à savoir le respect des valeurs républicaines et l’indépendance (mais pas celui de transparence financière).

* Le cas échéant²⁵, un représentant de la section syndicale peut être désigné par l’organisation non représentative (qu’elle soit affiliée ou « qualifiée », au sens où elle remplit les trois conditions précitées, prévues à l’article L. 2142-1) qui a constitué une section syndicale au sein d’une entreprise ou d’un établissement comptant au moins cinquante salariés²⁶.

L’article L. 2142-1-1 du code du travail attribue au représentant de la section syndicale un rôle comparable à celui du délégué syndical puisqu’il bénéficie des mêmes prérogatives, à l’exception du pouvoir de négocier – et donc *a fortiori* de conclure – des accords collectifs : cette prérogative reste en principe le monopole des délégués syndicaux²⁷, compte tenu de la légitimité électorale qu’ils tirent personnellement d’une audience supérieure à 10 % des suffrages exprimés²⁸. L’intérêt de disposer d’un représentant de la section syndicale est, à cet égard, de permettre au syndicat qui l’a désigné d’atteindre, grâce à son action au sein de l’entreprise, les 10 % des suffrages exprimés aux élections professionnelles suivantes et de devenir ainsi représentatif²⁹.

Au-delà de ses attributions amoindries par rapport à celles du délégué syndical, le statut de représentant de la section syndicale se distingue par sa précarité puisque son mandat prend nécessairement fin à l’issue des élections professionnelles suivant sa

²⁵ Si l’article L. 2142-1 du code du travail fixe les conditions spécifiques de constitution d’une section syndicale, celles-ci déterminent également, par voie de conséquence, la possibilité pour un syndicat non représentatif de désigner un représentant de la section, comme le confirme le renvoi opéré vers cet article par l’article L. 2142-1-1.

²⁶ Dans les entreprises qui emploient moins de cinquante salariés, cette faculté est également ouverte aux syndicats non représentatifs qui constituent une section syndicale, sous la forme d’une désignation d’un membre de la délégation du personnel au comité social et économique comme représentant de la section syndicale (article L. 2142-1-4 du code du travail).

²⁷ À titre dérogatoire, l’article L. 2143-23 du code du travail reconnaît un tel pouvoir au représentant de la section syndicale désigné par une organisation syndicale de salariés affiliée à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel lorsqu’il n’existe pas de délégué syndical au sein de l’entreprise ou de l’établissement ou qu’aucun délégué syndical n’a pu être désigné en raison d’une carence au premier tour des élections.

²⁸ Voir le rapport précité de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l’Assemblée nationale.

²⁹ En ce sens, le rapport précité soulignait que la volonté des auteurs de la position commune était de permettre au représentant de la section syndicale d’exercer « *tout le reste de l’action syndicale, qui peut être ouverte à toutes les structures qui rentrent dans des critères minimaux d’existence légitime (l’indépendance, le respect des valeurs républicaines...), cette action syndicale permettant, si elle est couronnée de succès, d’obtenir la consécration électorale qui débouchera sur la participation à la négociation collective* ».

désignation. En effet, soit le syndicat qui l'a désigné devient représentatif et peut alors désigner un délégué syndical (qui peut être incarné par le représentant de la section syndicale si ce dernier remplit les conditions requises³⁰) ; soit il échoue et ne peut alors pas désigner à nouveau le même salarié comme représentant de section jusqu'aux six mois précédant la date des élections professionnelles suivantes dans l'entreprise (dernier alinéa de l'article L. 2142-1-1 du code du travail). Le caractère temporaire de la mission du représentant de section confirme à cet égard, comme la Cour de cassation l'a elle-même relevé, que c'est bien « *en vue de permettre à ces syndicats de préparer les élections* » que « *leur a été reconnu le droit [...] de désigner un représentant de la section syndicale tant au niveau de l'entreprise que de l'établissement* »³¹.

* Alors que la loi n'imposait pas d'autres conditions que celles prévues aux articles L. 2142-1 et L. 2142-1-1 du code du travail pour permettre aux organisations non représentatives de constituer une section syndicale au sein de laquelle elles désigneraient un représentant, la Cour de cassation leur a imposé, sur le fondement de l'article L. 2121-1 du code du travail, de satisfaire en outre le critère de transparence financière.

Par un arrêt du 22 février 2017 dans lequel elle était saisie d'un pourvoi formé par un employeur qui contestait la désignation d'un représentant de la section syndicale par un syndicat non représentatif, la chambre sociale a affirmé que « *tout syndicat doit, pour pouvoir exercer des prérogatives dans l'entreprise, satisfaire au critère de transparence financière* »³².

Reprenant le lien qu'elle avait établi entre le respect de ce critère et les obligations de sincérité comptable pesant notamment sur les syndicats représentatifs, elle en a ensuite déduit, dans plusieurs affaires, que le critère de transparence financière était satisfait, lors de la désignation du représentant de section syndicale, à partir du moment où le syndicat produisait les documents comptables dont la loi impose la confection et la publication ou toute autre mesure équivalente³³.

Si une hésitation a pu naître au sein de la doctrine autour de la portée précise de cette jurisprudence, pour savoir si elle ne concernait que la désignation d'un représentant de la section syndicale ou, plus largement, l'ensemble des prérogatives susceptibles d'être exercées par les syndicats non représentatifs, un arrêt récent a confirmé qu'elle

³⁰ Voir les articles L. 2143-1 et suivants du code du travail.

³¹ Cass. soc., 13 février 2013, n° 12-19.662, *Bull. civ.* V, n° 43.

³² Cass. soc., 22 février 2017, n° 16-60.123, publié au *Bulletin*.

³³ Voir les arrêts précités du 17 octobre 2018 et Cass. soc., 30 janvier 2019, n° 17-19.238, inédit.

avait vocation à s'étendre à d'autres prérogatives telles que le droit de présenter des candidats au premier tour des élections des représentants du personnel³⁴.

Cette extension prétorienne du critère de la transparence financière au-delà du périmètre des organisations syndicales représentatives a été majoritairement approuvée par la doctrine. La plupart des auteurs ont considéré que la Cour de cassation n'avait fait que « réparer une incohérence législative »³⁵ dans la mesure où l'exigence de transparence financière déborde en définitive la question de la représentativité en ce qu'elle touche à l'essence même de la qualification de syndicat³⁶.

B. – Origine de la QPC et question posée

Par un courrier du 26 juin 2019, le syndicat USAP avait informé la société Transdev Île-de-France de la désignation de M. Ferhat H. en qualité de représentant de la section syndicale constituée au sein de l'un de ses établissements situé dans les Yvelines. Considérant que le syndicat ne remplissait pas les conditions pour procéder à cette désignation, la société avait saisi le tribunal d'instance afin d'en obtenir l'annulation.

À cette occasion, M. Ferhat H. et le syndicat USAP avaient soulevé une QPC ainsi rédigée :

« L'interprétation de la Cour [de cassation] des articles L. 2121-1, L. 2141-1 et L. 2141-1-1 ajoute une condition qui n'est pas dans la loi. Ainsi, l'interprétation contra legem de la Cour méconnaît le principe de liberté syndicale, le principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail, le principe d'égalité devant la loi et le principe de séparation des pouvoirs ; / Il y a dès lors lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel. / L'article L. 2121-1 tel qu'interprété par la Cour de cassation est-il (conforme)³⁷ à la Constitution ? »

³⁴ Cass. soc., 13 juin 2019, n° 18-24.814, inédit.

³⁵ *RJS*, 2017, p. 247.

³⁶ En ce sens, voir notamment Emmanuel Dockès, Gilles Auzero et Dirk Baugard, *op. cit.*, § 1167 ; Pascal Lokiec, *op. cit.*, § 510 ; Gwennaël François, « Le respect du critère de la transparence financière par les syndicats non représentatifs », *La Semaine juridique entreprise et affaires*, 2017, n° 15, 1208 ; Yannick Pagnerre, « La transparence financière, nouveau principe général du droit syndical », *La Semaine juridique social*, 2017, n° 13-14, 1108. Pour une opinion contraire, voir Florence Canut, *Les Cahiers sociaux*, n° 295, p. 194.

³⁷ Ce mot figure entre parenthèses, car il a été ajouté par le juge du filtre, afin de réparer une omission matérielle des auteurs de la QPC.

Par un jugement du 29 octobre 2019, le tribunal d'instance avait transmis cette QPC à la Cour de cassation après l'avoir recentrée sur « *la condition de transparence financière prévue à l'article L. 2121-1 du code du travail dans le cadre de l'application des articles L. 2142-1 et L. 2142-1-1 du même code* ».

Par l'arrêt précité du 29 janvier 2020, la chambre sociale de la Cour de cassation, après avoir restitué la formulation de la QPC telle qu'elle avait été soulevée par les requérants, a renvoyé cette question au Conseil constitutionnel. Elle a jugé, d'une part, qu'un changement de circonstances de droit résultant de sa propre jurisprudence était intervenu depuis la décision n° 2010-63/64/65 QPC du 12 novembre 2010 par laquelle le Conseil avait déclaré l'article L. 2121-1 du code du travail conforme à la Constitution³⁸. D'autre part, elle a estimé que la question présentait un caractère sérieux dès lors que, « *D'abord, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative, sous la réserve que cette jurisprudence ait été soumise à la cour suprême compétente. Ensuite, il existe une interprétation jurisprudentielle constante de l'article L. 2121-1 du code du travail par la Cour de cassation (Soc., 22 février 2017, pourvoi n° 16-60.123, Bull. 2017, V, n° 29 ; Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 18-60.030, en cours de publication) selon laquelle tout syndicat doit, pour pouvoir exercer des prérogatives dans l'entreprise, satisfaire au critère de transparence financière. Enfin, la disposition légale ainsi interprétée pourrait être regardée, s'agissant des syndicats non représentatifs, comme portant atteinte au principe de liberté syndicale* ».

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

Les requérants reprochaient à l'article L. 2121-1 du code du travail de méconnaître le principe de liberté syndicale, le principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail, le principe d'égalité devant la loi ainsi que le principe de séparation des pouvoirs, avec cette particularité que leur critique était dirigée non contre la lettre de ces dispositions, mais contre « *l'interprétation contra legem* » qu'en avait retenue, selon eux, la Cour de cassation au terme de l'arrêt précité du 22 février 2017.

Au regard de ces griefs, le Conseil constitutionnel a restreint le champ de la QPC au 3° de l'article L. 2121-1 du code du travail (paragr. 3), puisqu'il s'agit de la disposition énonçant le critère de transparence financière.

³⁸ Décision n° 2010-63/64/65 QPC du 12 novembre 2010, *Fédération nationale CFTC de syndicats de la métallurgie (Représentativité syndicale)*.

A. – La recevabilité de la QPC

De jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel juge que, « *Selon les dispositions combinées du troisième alinéa de l'article 23-2 et du troisième alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 [portant loi organique sur le Conseil constitutionnel], le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à une disposition qui a déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances* »³⁹.

Le Conseil avait déjà été saisi des dispositions de l'article L. 2121-1 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi du 20 août 2008 précitée. Il les avait déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif de sa décision n° 2010-63/64/65 QPC du 12 novembre 2010⁴⁰.

Toutefois, comme le Conseil constitutionnel l'a relevé dans la décision objet du présent commentaire, « *depuis cette déclaration de conformité* », la Cour de cassation a jugé, dans l'arrêt du 22 février 2017 précité, « *qu'il résulte de l'article L. 2121-1 du code du travail que, pour pouvoir exercer des prérogatives dans l'entreprise, tout syndicat, qu'il soit ou non représentatif, doit satisfaire au critère de transparence financière* » (paragr. 6). Le Conseil constitutionnel en a déduit l'existence d'un changement des circonstances justifiant le réexamen des dispositions contestées (même paragr.).

B. – L'examen du grief tiré de la méconnaissance de la liberté syndicale et du principe de participation des travailleurs

1. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel

* Le sixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 dispose que « *Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* ».

³⁹ Pour un exemple récent, voir la décision n° 2019-783 QPC du 17 mai 2019, *M. Nicolas S. (Cumul de poursuites et de sanctions en cas de dépassement du plafond de dépenses par un candidat à l'élection présidentielle)*, paragr. 6.

⁴⁰ Décision n° 2010-63/64/65 QPC du 12 novembre 2010, *Fédération nationale CFTC de syndicats de la métallurgie (Représentativité syndicale)*.

Dans sa décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989⁴¹, le Conseil constitutionnel a expressément rattaché la liberté syndicale au sixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Ces dispositions sont applicables aux salariés relevant du droit privé, aux agents relevant du droit public et en particulier aux fonctionnaires. Elles sont également applicables aux syndicats représentant des professionnels exerçant à titre libéral.

La liberté syndicale recouvre, tout d'abord, la liberté de se syndiquer. *A contrario*, le Conseil constitutionnel a également reconnu l'existence de la liberté de ne pas se syndiquer⁴².

Toutefois, le Conseil constitutionnel est en général amené à faire respecter la liberté syndicale collective, c'est-à-dire le rôle des syndicats dans la négociation collective⁴³, la protection des délégués syndicaux⁴⁴ et la liberté d'action des syndicats⁴⁵. À ce titre, il est souvent conduit à appliquer le sixième alinéa du Préambule de 1946 conjointement avec le huitième alinéa, qui garantit le principe de participation des travailleurs et dont il contrôle le respect en laissant une large marge de manœuvre au législateur⁴⁶.

C'est sur le fondement de ces deux alinéas que le Conseil constitutionnel s'est déjà prononcé à plusieurs reprises sur les règles de représentativité des organisations syndicales et patronales ainsi que sur les moyens dont les syndicats peuvent disposer en conséquence, ou encore sur des obligations susceptibles de leur être imposées.

* S'agissant des critères de représentativité des organisations syndicales, le Conseil constitutionnel a pour la première fois affirmé, dans sa décision n° 2010-42 QPC du

⁴¹ 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*, cons. 22.

⁴² Il a notamment jugé qu'une disposition « ne saurait permettre que soit imposé, en droit ou en fait, directement ou indirectement, l'adhésion ou le maintien de l'adhésion des salariés d'une entreprise à une organisation syndicale » (décision n° 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983, *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, cons. 85).

⁴³ 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*, cons. 8 ; décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, *Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, paragr. 5.

⁴⁴ Décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996 précitée, cons. 9 et 15 à 22.

⁴⁵ Par exemple : décision n° 2013-345 QPC du 27 septembre 2013, *Syndicat national Groupe Air France CFTC (Communication syndicale par voie électronique dans l'entreprise)*.

⁴⁶ Voir, par exemple, la décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, cons. 4 et 5. Le Conseil ne prononce de censure sur le fondement du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qu'en cas d'atteinte manifestement disproportionnée au principe de participation : décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018 précitée, paragr. 62.

7 octobre 2010, qu'« il était loisible au législateur, pour fixer les conditions de mise en œuvre du droit des travailleurs de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises, de définir des critères de représentativité des organisations syndicales ; que la disposition contestée tend à assurer que la négociation collective soit conduite par des organisations dont la représentativité est notamment fondée sur le résultat des élections professionnelles ; que le législateur a également entendu éviter la dispersion de la représentation syndicale ; que la liberté d'adhérer au syndicat de son choix, prévue par le sixième alinéa du Préambule de 1946, n'impose pas que tous les syndicats soient reconnus comme étant représentatifs indépendamment de leur audience ; qu'en fixant le seuil de cette audience à 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles quel que soit le nombre de votants, le législateur n'a pas méconnu les principes énoncés aux sixième et huitième alinéas du Préambule de 1946 »⁴⁷.

Dans sa décision n° 2010-63/64/65 QPC du 12 novembre 2010 précitée, le Conseil a considéré, dans des termes proches de la décision précédente (à laquelle il s'est directement référé), qu'« en définissant des critères de représentativité des syndicats et en fixant un seuil de représentativité à 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles quel que soit le nombre de votants, le législateur n'a pas méconnu les principes énoncés aux sixième et huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 »⁴⁸. Il a, en conséquence, jugé que l'article L. 2121-1 du code du travail, dont il était notamment saisi, et qui incluait la condition de transparence financière, n'était pas contraire à la Constitution. Le commentaire de cette décision indiquait que ce critère pouvait « se lire comme une garantie du critère d'indépendance ».

La même année, le Conseil a également jugé que les règles réservant la présentation des listes de candidats aux unions régionales des professionnels de santé à certaines organisations syndicales ne méconnaissaient pas la liberté syndicale dès lors, d'une part, que « le deuxième alinéa de l'article L. 4031-2 du code de la santé publique ne fait pas obstacle au droit des professionnels de santé de constituer librement une organisation syndicale ou d'adhérer librement à celle de leur choix »⁴⁹ et, d'autre part, que « le législateur a fondé le régime de la représentativité des organisations syndicales des professionnels de santé et celui de la passation des conventions nationales sur l'audience de ces organisations aux élections aux unions régionales

⁴⁷ Décision n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, *CGT-FO et autres (Représentativité des syndicats)*, cons. 6.

⁴⁸ Décision n° 2010-63/64/65 QPC du 12 novembre 2010 précitée, cons. 7.

⁴⁹ Décision n° 2010-68 QPC du 19 novembre 2010, *Syndicat des médecins d'Aix et région (Représentation des professions de santé libérales)*, cons. 7.

des professionnels de santé ; qu'en prenant en compte le résultat de ces élections, il a entendu établir un lien entre ces unions et les organisations habilitées à participer à la négociation des conventions nationales ; qu'en réservant la présentation des listes de candidats aux organisations syndicales bénéficiant d'une ancienneté minimale de deux ans et qui sont présentes sur le territoire national dans au moins la moitié des départements et la moitié des régions, il a voulu éviter la dispersion de la représentation syndicale sur le plan national ; qu'il n'a porté atteinte ni au principe d'égalité ni à la liberté syndicale »⁵⁰.

S'agissant des organisations professionnelles d'employeurs, dans sa décision n° 2015-519 QPC du 3 février 2016, le Conseil constitutionnel a considéré « *qu'il était loisible au législateur, pour fixer les conditions de mise en œuvre de la liberté syndicale, de définir des critères de représentativité des organisations professionnelles d'employeurs* » et que « *la liberté d'adhérer au syndicat de son choix, prévue par le sixième alinéa du Préambule de 1946, n'impose pas que toutes les organisations professionnelles d'employeurs soient reconnues comme étant représentatives indépendamment de leur audience ; qu'en fixant à 8 % le seuil minimum d'audience permettant l'accès à la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs, le législateur a entendu éviter la dispersion de la représentativité patronale et n'a pas fait obstacle au pluralisme* »⁵¹.

Le Conseil a récemment rappelé cette jurisprudence constante : « *la liberté d'adhérer au syndicat de son choix, prévue par le sixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, n'impose pas que toutes les organisations syndicales de salariés et toutes les organisations professionnelles d'employeurs soient reconnues comme étant représentatives indépendamment de leur audience* »⁵².

* S'agissant des moyens mis à disposition des syndicats, le Conseil constitutionnel a jugé, dans sa décision n° 2015-502 QPC du 27 novembre 2015, que les dispositions relatives à la répartition des crédits du fonds paritaire, prévu aux articles L. 2135-9 et suivants du code du travail, qui traitent de la même manière toutes les organisations syndicales de salariés, sans tenir compte de leur différence de représentativité, « *loin de porter atteinte à la liberté syndicale et au principe de participation des*

⁵⁰ *Ibidem*, cons. 8.

⁵¹ Décision n° 2015-519 QPC du 3 février 2016, *Mouvement des entreprises de France et autres (Critère de l'audience des organisations professionnelles d'employeurs pour l'appréciation de la représentativité)*, cons. 8 et 10.

⁵² Décision n° 2019-816 QPC du 29 novembre 2019, *Fédération nationale des syndicats du spectacle, du cinéma, de l'audiovisuel et de l'action culturelle CGT et autre (Restructuration des branches professionnelles)*, paragr. 36.

travailleurs à la détermination collective des conditions de travail, mettent en œuvre ces exigences constitutionnelles »⁵³.

* S'agissant, enfin, des obligations susceptibles d'être imposées aux syndicats, le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2013-345 QPC du 27 septembre 2013 précitée, a admis des dispositions soumettant à l'accord de l'employeur le droit des syndicats à communiquer avec les salariés soit sur un site syndical mis en place sur l'intranet de l'entreprise, soit par diffusion sur la messagerie électronique de l'entreprise. Alors qu'elles étaient contestées comme de nature à affecter l'efficacité de l'action des syndicats dans l'entreprise et la défense des intérêts des travailleurs, le Conseil a jugé que le législateur n'avait pas opéré une conciliation manifestement déséquilibrée entre la « *liberté de communication des syndicats* » (découlant du sixième alinéa du Préambule de 1946 sur la liberté syndicale, ainsi que, semble-t-il, de son huitième alinéa sur la participation des travailleurs) et « *la liberté tant de l'employeur que des salariés* »⁵⁴.

Il ressort de ces différentes décisions que le Conseil constitutionnel reconnaît une marge d'appréciation importante au législateur aussi bien pour la détermination des critères de représentativité des organisations syndicales et patronales que pour la mise en œuvre « matérielle » de leur liberté syndicale.

Ce constat est conforme à la jurisprudence constante du Conseil sur l'étendue des prérogatives du législateur en matière syndicale et de participation des travailleurs, en vertu de laquelle il considère qu'il revient à ce dernier de déterminer, dans le respect des principes énoncés par le Préambule de 1946, les conditions et garanties de mise en œuvre de ces principes⁵⁵.

2. – L'application à l'espèce

Après avoir rappelé les termes du sixième et du huitième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil constitutionnel a constaté qu'il résultait de l'interprétation constante que la Cour de cassation avait faite des dispositions contestées que celles-ci « *imposent à tout syndicat, qu'il soit ou non représentatif,*

⁵³ Décision n° 2015-502 QPC du 27 novembre 2015, *Syndicat Confédération générale du travail (Modalités de répartition, entre les organisations syndicales de salariés, des crédits du fonds paritaire alloués à la mission liée au paritarisme)*, cons. 5.

⁵⁴ Décision n° 2013-345 QPC du 27 septembre 2013 précitée.

⁵⁵ Voir notamment les décisions n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*, cons. 7 et 8, n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, cons. 25, et n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, cons. 4.

de satisfaire au critère de transparence financière pour pouvoir exercer des prérogatives dans l'entreprise. En particulier, à défaut de respecter cette exigence, un syndicat non représentatif ne peut donc pas valablement désigner un représentant de la section syndicale en application de l'article L. 2142-1-1 du code du travail » (paragr. 8). Ce faisant, le Conseil a implicitement admis que les dispositions contestées étaient susceptibles de heurter la liberté syndicale et le principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail.

Il a toutefois relevé, d'une part, qu'« *en imposant aux syndicats une obligation de transparence financière, le législateur a entendu permettre aux salariés de s'assurer de l'indépendance, notamment financière, des organisations susceptibles de porter leurs intérêts »* (paragr. 9).

Le Conseil constitutionnel a observé, d'autre part, qu'« *il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation qu'un syndicat non représentatif peut rapporter la preuve de sa transparence financière soit par la production des documents comptables requis en application des articles L. 2135-1, L. 2135-4 et L. 2135-5 du code du travail, soit par la production de tout autre document équivalent »*⁵⁶ (paragr. 10). Le Conseil a ainsi considéré que cette preuve n'était pas d'une difficulté excessive à rapporter.

Le Conseil constitutionnel a, dès lors, jugé qu'en imposant à l'ensemble des syndicats, y compris non représentatifs, de satisfaire à l'exigence de transparence financière, les dispositions contestées ne méconnaissaient ni la liberté syndicale ni le principe de participation des travailleurs (paragr. 11).

Après avoir relevé que les dispositions contestées ne méconnaissaient pas non plus le principe d'égalité devant la loi, ni en tout état de cause le principe de séparation des pouvoirs, ni aucun autre droit ou liberté constitutionnellement garanti, le Conseil constitutionnel les a donc déclarées conformes à la Constitution.

⁵⁶ Tel est notamment le sens des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation du 17 octobre 2018, mentionnés dans le visa de la décision qui fait l'objet du présent commentaire.