



Association française de Droit du travail et de la Sécurité sociale

5, rue du Renard – 75004 Paris - fax : 01.42.71.39.87
mail : afdt.asso@gmail.com - <http://www.afdt-asso.fr>

**Les premières décisions
intéressant la « rénovation de la démocratie sociale »¹
(loi n° 2009-789 du 20 août 2008)**

**par Franck PETIT
Professeur à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse**

L'été 2009 a été marqué par les premières décisions sur l'application de la loi du 20 août 2008 ; elles portent d'abord sur des questions de principe intéressant l'exercice du droit syndical dans les entreprises ; on se souvient que la loi avait réformé le concept de représentativité, d'une part en donnant une primauté à la représentativité prouvée, d'autre part en faisant une place aux syndicats dont la représentativité est seulement en cours d'acquisition.

Une des premières questions réglées par le juge intéresse la portée qu'il faut accorder à la présomption de représentativité ; en privilégiant la représentativité électorale, le législateur avait omis de préciser le rôle que peuvent encore occuper les syndicats présumés représentatifs par affiliation auprès de l'une des grandes confédérations jusqu'au jour des premières élections organisées après l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 ; soucieuse d'assurer aux syndicats en place une certaine sécurité juridique, la Cour de cassation a décidé de maintenir jusqu'au jour des prochaines élections le caractère irréfragable de la représentativité d'emprunt.

En réformant le concept de représentativité, le législateur a également renforcé la position des syndicats qui, sans être représentatifs, souhaitent le devenir ; à côté de ceux qui s'imposent par leur affiliation auprès de l'une des cinq grandes confédérations, il faut aussi compter sur les syndicats qui satisfont « aux critères de respect des valeurs républicaines, qui sont légalement constituée depuis au moins deux ans et dont le champ géographique et professionnel couvre l'entreprise ou l'établissement concerné » ; la Cour de cassation a dû se prononcer d'abord sur le critère du respect des valeurs républicaines, ensuite sur le champ géographique et professionnel de ces syndicats ; un des arrêts du 8 juillet 2009² vient même préciser le rôle des unions de syndicats, dont on pouvait craindre, en raison notamment de leur éloignement de l'entreprise et du recul de la représentativité présumée, une diminution de leurs prérogatives dans les entreprises.

La primauté donnée à la représentativité prouvée, qui implique aussi une prise en considération du critère des effectifs, va de pair avec un renforcement de la section syndicale ; on rappellera qu'en prouvant l'existence de cette section, le syndicat représentatif acquiert le droit de désigner un délégué syndical ; dans les mêmes circonstances, celui qui n'est pas représentatif peut accéder au droit de désigner le représentant de la section syndicale ; mais en

¹ Cet article rend compte d'une intervention faite à Paris le 23 octobre 2009 (Salle des criées, Palais de justice) dans le cadre des travaux de l'Association Française de Droit du Travail (AFDT) que préside le Professeur François Gaudu.

² N° 09-60012.

précisant qu'une section syndicale doit comporter plusieurs adhérents préalablement à la désignation de ces différents représentants, le législateur affichait ostensiblement la volonté de rompre avec la jurisprudence de 1997, selon laquelle la preuve de l'existence d'une section syndicale procédait de la seule désignation du délégué syndical ; un des arrêts du 8 juillet retient justement cette nouvelle exigence tirée de l'idée de renforcer la légitimité de l'action syndicale.

Faut-il en déduire une menace pour nos syndicats en place, puisque certains éprouveront quelques difficultés à se maintenir ? En réalité, ces différentes décisions contribuent à consolider la place des syndicats dans l'entreprise, d'abord en laissant aux syndicats présumés représentatifs le temps de se préparer pour affronter l'épreuve des élections professionnelles, ensuite en privilégiant des liens forts avec la base adhérente.

L'autre aspect de la réforme portant rénovation de la démocratie sociale concerne ce recours quasi systématique à l'audience électorale ; les élections professionnelles dans l'entreprise ont aujourd'hui changé de sens : l'audience électorale devient un critère légal permettant d'apprécier la représentativité des syndicats (seuil de 10 % des voix exprimées au 1er tour des dernières élections), de mesurer leur capacité à conclure des accords collectifs (seuil de 30 % des voix exprimées au 1er tour des dernières élections) et d'évaluer leur capacité à s'opposer aux accords indésirables (seuils de 50 % des voix exprimées au 1er tour des dernières élections) ; ces seuils électoraux affectent même le droit de désigner les différents représentants syndicaux, notamment les délégués syndicaux, à tel point qu'on peut constater un rapprochement entre les mandats syndicaux et les mandats électoraux.

Le dernier point qu'il est nécessaire d'aborder est celui de la définition des corps électoraux ; depuis la transformation des enjeux des élections professionnelles, les syndicats sont enclins à surveiller de plus près les listes électorales ; l'actualité s'est portée sur l'intégration des salariés mis à disposition à la communauté de travail ; on évoquera donc les premiers arrêts rendus sur cette question après la loi du 20 août 2008 qui, rendus sous l'empire de la loi antérieure, ont déjà fait écho à la loi nouvelle. On évoquera aussi les premières décisions rendues par le juge d'instance sur la méthode de décompte des salariés mis à disposition.

Mais avant d'aborder ces questions électorales qui sont la résultante de la valorisation du critère de l'audience électorale (II), il nous faut revenir sur les premières questions évoquées, celles qui ont trait à l'exercice du droit syndical et à l'implantation syndicale (I).

I) Les nouvelles conditions d'implantation du syndicat dans l'entreprise

L'implantation des syndicats dans l'entreprise est possible autant pour les syndicats représentatifs que pour ceux qui ne le sont pas ; de nouvelles règles d'appréciation de la représentativité syndicale (A) ont été instituées pour les différencier, l'idée étant qu'un syndicat non représentatif implanté dans l'entreprise a vocation à le devenir.

Par ailleurs, pour exercer le droit de désigner un délégué syndical ou un représentant de la section syndicale, il leur faudra apporter la preuve de l'existence d'une section syndicale (B).

A) Sur l'appréciation de la représentativité syndicale

Avant de présenter les décisions rendues sur certains critères de représentativité (2), on évoquera le sort qui a été réservé au concept de représentativité présumée.

1) La survivance temporaire de la représentativité présumée

Très rapidement s'est posée la question de savoir si la loi du 20 août 2008 ouvrait la possibilité de contester la représentativité des organisations syndicales qui, autrefois, bénéficiaient d'une présomption de représentativité.

A l'art. 11 de la loi dans ses paragraphes I à IV, qui porte sur la présomption de représentativité à titre transitoire, le législateur s'est contenté de la locution « est présumé représentatif », sans préciser si cette présomption était irréfragable³.

En rapprochant ce texte de l'art. L. 2122-6 C. trav. qui maintient la présomption de représentativité, « sans préjudice de la preuve contraire », dans les branches constituées d'entreprises de petites taille qui, faute d'élections internes, ne peuvent mesurer l'audience électorale des syndicats, on pouvait en déduire que cette représentativité s'appuie sur une présomption simple ; mais il est vrai aussi, à l'inverse, qu'en omettant la locution « sans préjudice de la preuve contraire », l'art. 11 de la loi du 20 août 2008 pouvait aussi signifier qu'il entendait maintenir, dans les hypothèses qu'il vise, la présomption irréfragable de représentativité.

La lettre de la loi étant d'une aide réduite, on pouvait être tenté de rechercher la solution dans les travaux préparatoires de la loi du 20 août 2008⁴; en la matière, les propos des rapporteurs - M. Poisson, M. Gournac - n'apportent aucune certitude ; ils ont présenté, tant devant l'Assemblée Nationale que devant le Sénat, les dispositions transitoires de cette loi comme instituant une présomption simple admettant la preuve contraire ; mais M. Poisson soutenait également que « le projet de loi maintient malgré tout, pendant la période transitoire, une représentativité descendante pour les syndicats affiliés à une organisation représentative au niveau national »⁵.

L'interprétation de l'art. 11 de la loi du 20 août 2008 pouvait aussi se faire par comparaison avec l'art. 13 sur la désignation des délégués syndicaux pendant la période transitoire ; à ce sujet, on note que « Jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles organisées dans les entreprises ou les établissements pour lesquels la date fixée pour la négociation du protocole préélectoral est postérieure à la publication de la présente loi, chaque syndicat représentatif dans l'entreprise ou l'établissement à la date de cette publication peut désigner un ou plusieurs délégués syndicaux pour le représenter auprès de l'employeur, conformément aux articles L. 2143-3 et L. 2143-6 du code du travail dans leur rédaction antérieure à ladite publication » ; on pouvait très bien interpréter ce texte comme maintenant pour la désignation de ces délégués syndicaux la conception alors en vigueur de l'appréciation de la représentativité syndicale, c'est-à-dire celle qui correspondait aux textes dans leur rédaction antérieure à la publication de la loi du 20 août 2008.

Enfin, la conservation de la présomption irréfragable de représentativité répondait à des raisons de sécurité juridique⁶ et d'opportunité : on risquait de déstabiliser le monde syndical en ouvrant la possibilité d'une contestation de la représentativité tant des grandes confédérations que des syndicats qui leurs sont affiliés⁷.

L'ensemble de ces raisons a milité en faveur d'un maintien provisoire de la présomption irréfragable de représentativité. C'est en ce sens que s'était prononcé le tribunal d'instance de Roubaix dans son jugement du 2 janvier 2009. C'est également en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation dans son arrêt du 8 juillet 2009 : « Mais attendu que l'article 11 IV de la loi n°2008-789 du 20 août 2008, qui dispose que "jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles dans l'entreprise ou l'établissement, pour lesquelles la date fixée pour la première réunion de la négociation du protocole d'accord préélectoral est postérieure à la publication de la présente loi, est présumé représentatif à ce niveau tout syndicat affilié à l'une des organisations syndicales de salariés présumées représentatives au niveau national et interprofessionnel à la date de publication de la présente loi" , n'a pas prévu

³ F. Petit, Représentation syndicale et représentation élue des personnels de l'entreprise depuis la loi du 20 août 2008, Dr. Ouv. Janvier 2009.

⁴ V. avis de l'avocat général M. Duplat.

⁵ Rapport de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, n° 922, p. 93.

⁶ G. Borenfreund, Le nouveau régime de la représentativité syndicale, RDT 2008, p. 712.

⁷ P. Rodière, Quelques questions sur la réforme de la réforme, Semaine Sociale Lamy, n° 1370, p. 10.

qu'il puisse être rapporté une preuve contraire ; qu'il en résulte que la représentativité de la fédération CGT commerce distribution services, affiliée à l'une des confédérations reconnues représentatives au plan national antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, ne peut être contestée pendant la période transitoire prévue par la loi »⁸.

2) La preuve des critères de représentativité

Depuis la loi du 20 août 2008, des précisions jurisprudentielles viennent éclairer le critère du respect des valeurs républicaines (a), celui de l'indépendance (b) et celui des effectifs (c).

a) Sur le critère du respect des valeurs républicaines

Le nouvel art. L. 2121-1 a placé au premier rang des critères permettant de faire la preuve de la représentativité celui du « respect des valeurs républicaines » ; préconisé par les partenaires sociaux dans leur Position commune du 9 avril 2008, ce critère, devenu légal, vise à garantir dans l'action syndicale le respect de la liberté d'opinion, politique, philosophique ou religieuse, de même le refus de toute discrimination, de tout intégrisme et de toute intolérance ; à cette occasion, le législateur a souhaité rappeler, comme l'avaient fait les signataires de la position commune du 9 avril 2008, les exigences posées par la Cour de cassation dans ses arrêts rendus par la Chambre mixte le 10 avril 1998 au sujet du syndicat Front National Police : constatant dans cette affaire que ce syndicat prônait, à l'image du parti politique dont il servait exclusivement les intérêts et les objectifs, des distinctions fondées sur la race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, la Cour de cassation avait décidé de le priver de sa qualité de syndicat professionnel. Cette décision fut rendue en application des articles 1131 du Code civil, L. 411-1 et L. 411-2 du Code du travail (devenus L. 2131-1 et L. 2131-2), qui, par leur combinaison, interdisent de fonder un syndicat professionnel sur une cause ou en vue d'un objet illicite ; il en résulte en particulier qu'un syndicat professionnel ne peut poursuivre des objectifs essentiellement politiques ni agir contrairement aux dispositions de l'article L. 122-45 du Code du travail (devenu L. 1132-1) et aux principes de non-discrimination contenus dans la Constitution, aux textes à valeur constitutionnelle et aux engagements internationaux auxquels la France est partie.

Pour le tribunal de Roanne⁹ et de Paris¹⁰, ce critère est considéré comme satisfait s'il n'est pas sérieusement contesté par le demandeur. On peut en déduire qu'il est présumé assuré ; ne pourrait-on pas, comme en matière d'indépendance, faire peser sur le demandeur la charge de la preuve de sa contestation ? Il incombe en effet à celui qui allègue le défaut d'indépendance de le prouver¹¹.

b) Sur le critère de l'indépendance

Le jugement du Tribunal de Lille¹² retient de l'indépendance qu'elle se mesure principalement à l'égard de l'employeur et d'un point de vue financier. Il n'y a rien de particulièrement nouveau dans cette affirmation ; situé au 2^{ème} rang de la liste des critères légaux, l'indépendance a toujours compté parmi les critères dirimants ; on se souvient que la

⁸ Cass. soc. 8 juillet 2009, n° 09-60011, 09-60031, 09-60032 ; v. sur cette affaire l'avis de l'Avocat général Duplat ; v. également le rapport de Mme Pécaut-Rivolier, publié à Dr. Soc. 2009, septembre-octobre, p. 961 ; sur ces arrêts, v. M.-L. Morin, La loi 2009-789 du 20 août 2008 : premières décisions de la Cour de cassation sur le droit syndical, Dr. Soc. 2009, septembre-octobre, p. 950.

⁹ Jugement du 2 janvier 2009, n° 11-08-000392, RJS 7/09, p. 571.

¹⁰ Jugement du 5 décembre 2008, n° 11-08-000619, RJS 7/09, p. 570.

¹¹ Cass. soc. 12 juin 1979, Jurisp. UIMM, n° 400 ; 22 juillet 1981, Bull. V n° 74.

¹² Jugement du 21 janv. 2009, n° 08-003994, JCP 2009, éd. S, 1165, note David Guillouet, A propos de la désignation du représentant de section syndicale.

Cour de cassation n'a jamais manqué de relever son importance, par exemple, lorsqu'elle décidait de subordonner la représentativité à la preuve de « l'indépendance » du syndicat à l'égard de l'employeur et de son « influence réelle » auprès du personnel¹³ ; le défaut d'indépendance pouvait notamment se déduire de l'absence de perception des cotisations¹⁴.

c) Sur le critère des effectifs

Un arrêt du 29 avril 2009¹⁵ porte sur les conditions d'appréciation de la représentativité d'un syndicat ayant procédé à des désignations de représentants syndicaux (représentant au comité d'établissement, représentant auprès du CHSCT, délégué syndical) ; la solution rendue reste classique, mais il peut être utile d'y revenir en raison à la fois du regain d'intérêt que connaît la représentativité prouvée depuis la loi du 20 août 2008 et de la redéfinition des critères de représentativité.

En l'espèce, il était reproché au tribunal d'instance d'avoir reconnu la représentativité d'un syndicat en raison principalement d'un manque d'effectif. Pour le demandeur, les juges auraient dû mettre en évidence l'influence du syndicat auprès des salariés, influence qui aurait dû, à son avis, se mesurer principalement au regard des effectifs syndiqués. Cette argumentation tirait manifestement son inspiration d'arrêts anciens selon lesquels la représentativité est subordonnée à la preuve de « l'indépendance » du syndicat à l'égard de l'employeur et de son « influence réelle »¹⁶ auprès du personnel ; mais la Cour de cassation rejette le pourvoi en faisant remarquer qu'après avoir constaté l'indépendance du syndicat, le juge du fond avait fait ressortir qu'une « éventuelle insuffisance de ses effectifs était compensée au titre des autres critères ». On retrouve là la marque d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation ; avant la loi du 20 août 2008, l'influence ne constituait pas un critère autonome de représentativité ; elle s'appréciait uniquement au regard des critères légaux, notamment au regard du critère des effectifs ; de caractère relatif (la loi n'imposant aucun seuil quantitatif à atteindre), ce dernier critère pouvait être compensé, en cas de faiblesse des adhésions, par « l'activité, l'audience, l'expérience et l'indépendance du syndicat »¹⁷. C'est finalement ce que suggère la Cour de cassation dans son arrêt du 29 avril 2009.

On doit tout de même se demander si cette solution restera d'actualité sous l'empire de la loi du 20 août 2008 ; trois remarques s'imposent sur ce point.

D'abord, l'influence a fait son apparition dans la liste des critères légaux : prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, elle apparaît au sixième rang de cette liste. Cette adjonction par la voie de « l'activité » ne peut surprendre : l'activité d'un syndicat a toujours été déterminante dans la preuve de sa représentativité ; on en trouve précisément une preuve dans ces arrêts faisant peser sur le syndicat l'obligation de prouver son « influence réelle »¹⁸ auprès du personnel. Autrefois, l'activité d'un syndicat, ainsi que son dynamisme, pouvait aussi servir à tempérer la faiblesse des effectifs¹⁹.

Ensuite, le critère des effectifs d'adhérents a été placé en septième et dernière position de la liste de l'art. L. 2121-1 C. trav., en association avec le critère des cotisations. Ce qui signifie qu'il ne peut être question de se contenter de sympathisants qui n'auraient pas versé leurs cotisations.

¹³ Cass. soc., 2 mars 2004, n° 02-60746 ; v. aussi Soc., 21 mai 2003, syndicat Sud c/GIE Vivalis, pourvoi n° 01-60660.

¹⁴ Cass. soc., 10 oct. 1990, Bull. V, n° 455.

¹⁵ N° 08-60480.

¹⁶ Cass. soc., 2 mars 2004, n° 02-60.746 ; v. aussi Soc., 21 mai 2003, syndicat Sud c/GIE Vivalis, n° 01-60660.

¹⁷ Cass. soc. 2 novembre 1993, RJS 12/1993, n° 1219 ; v. déjà Cass. soc., 8 nov. 1988, Bull. V, n° 22, p. 17.

¹⁸ Cass. soc., 2 mars 2004, préc. ; v. aussi Cass. soc., 21 mai 2003, préc.

¹⁹ Cass. soc., 8 nov. 1988, Bull. V, n° 22, p. 17.

Enfin, le critère des effectifs est resté relatif, ce qui permet de penser que sa faiblesse pourra toujours être compensée par la réunion des autres critères.

B) Sur la section syndicale

En donnant à la représentativité prouvée la primauté, le législateur a été conduit en même temps à redéfinir les conditions dans lesquelles un syndicat peut désigner un délégué syndical ; l'un ne pouvait aller sans l'autre : puisqu'il faut des adhérents pour être représentatif, il s'ensuit que la section syndicale se caractérisera par l'existence d'adhésions.

Cette équivalence aurait pu suffire à dispenser le syndicat de la preuve d'adhérents au sein de la section syndicale ; mais il est vrai aussi que le nouvel art. L. 2142-1 C. trav. a redéfini le droit de constituer une section syndicale en exigeant du demandeur qu'il ait plusieurs adhérents dans l'entreprise ou l'établissement ; sous l'ancienne législation, on se souvient que, depuis un arrêt du 27 mai 1997²⁰, la Cour de cassation dispensait le syndicat de faire la preuve de la présence d'adhérents au sein de la section syndicale pour en démontrer l'existence : cette dernière était établie par la seule désignation d'un délégué syndical.

Faut-il aujourd'hui faire perdurer cette jurisprudence, qui avait pour but, en dispensant le syndicat de faire état d'adhérents, de protéger leur anonymat ?

Dans l'arrêt précité du 8 juillet 2009, la Cour de cassation a choisi de donner tout son sens à la modification de l'art. L. 2142-1 C. trav. qui est d'application immédiate : ce texte conditionnant désormais la création d'une section syndicale à la présence de plusieurs adhérents dans l'entreprise ou l'établissement, le syndicat doit, pour établir la preuve de l'existence ou de la constitution d'une section syndicale, démontrer la présence de plusieurs adhérents dans l'entreprise.

A l'heure actuelle, cette nouvelle jurisprudence présente un intérêt tout particulier pour les syndicats qui tirent leur représentativité d'une affiliation auprès d'une confédération, car elles sont seulement présumées représentatives à titre transitoire ; elle sera très certainement étendue à la question de la désignation d'un représentant de la section syndicale et permettra de s'assurer que les syndicats non représentatifs visés à l'art. L. 2142-1-1 C. trav. disposent effectivement d'adhérents au sein de la section syndicale qu'ils ont constitué.

Mais faut-il déduire de cette nouvelle règle un retour à la jurisprudence antérieure à l'arrêt du 27 mai 1997 ?

Avant cette décision, le juge pouvait exiger du syndicat la communication à l'employeur des listes nominatives d'adhérents ou des bulletins individuels en vertu du principe du contradictoire ; le syndicat n'en était dispensé que s'il prouvait l'existence d'un risque de représailles²¹. Mais cette jurisprudence avait été critiquée par la doctrine, notamment parce qu'il n'était pas aisé d'apporter la preuve d'un risque de représailles pour être dispensé de la communication des noms des adhérents²².

Pour ne pas faire céder la liberté syndicale devant le principe du contradictoire, la Cour de cassation est arrivée à un nouvel équilibre faisant prévaloir le droit de tout salarié de ne pas dévoiler son acte d'adhésion syndicale : sur le fondement de l'art. 9 du Code civil, elle rattache l'adhésion du salarié à un syndicat au domaine de sa vie personnelle et fait ainsi

²⁰ Soc., 27 mai 1997, Bull. V, n° 194 ; D. 1997, p. 416, note J.-M. Verdier ; JCP 1997, II, 22899, note A. Arseguet ; JCP Ed. E., 1997, II, 980, note F. Duquesne ; Dr. soc. 1997, p. 757, obs. M. Grévy ; RJS 1997, p. 540, n° 834 et concl. Barberot p. 503 ; Cah. Soc., Barreau de Paris 1997, p. 203, A 39, note A. Philbert ; V. G. Couturier, « Que reste-t-il de la section syndicale d'entreprise », in Mélanges J.-M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 25.

²¹ Cass. soc. 19 juin 1987, Bull. n° 408 ; 20 janvier 1988, Bull. n° 679 ; 12 janvier 1993 et 4 mai 1993, Dr. Soc. 1993, p. 869.

²² V. par exemple, J.-M. Verdier, Secret et principe du contradictoire : la liberté syndicale en question ?, Dr. Soc. 1993, p. 866.

obstacle à sa divulgation sans son accord ; à défaut d'un tel accord, le syndicat qui entend créer ou démontrer l'existence d'une section syndicale dans une entreprise, alors que sa présence y est contestée ne peut produire ou être contraint de produire une liste nominative de ses adhérents ; si l'identification des adhérents du syndicat s'avère nécessaire, le juge pourra seul en prendre connaissance.

L'apport de cet arrêt réside donc dans la possibilité pour un salarié de garder secret son acte d'adhésion; une distinction est implicitement établie entre activité syndicale (qui devient le plus souvent publique dans le cadre de l'investissement personnel du salarié) et l'acte d'adhésion (qui peut se réduire au seul paiement d'une cotisation) ; pour protéger ce dernier, la Cour de cassation n'a pas hésité à viser l'art. 9 du Code civil ; cet arrêt semble traduire inévitablement une extension du domaine de ce texte dans les relations du travail, car, en même temps, les juges inscrivent le droit de garder secret l'acte d'adhésion non pas dans le cadre plus étroit de vie privée, mais à dans celui de la vie personnelle ; ce concept de vie personnelle, qui doit son succès au Doyen Waquet²³, est-il amené à se confondre avec celui de vie privée ?

En réalité, les hypothèses justifiant la protection de l'art. 9 du Code civil sont toujours resté rares²⁴ : le premier arrêt invoquant ce texte a été rendu le 22 janv. 1992, dans une affaire relative à un acte de consommation d'un salarié qu'un employeur avait contesté ; la Cour de cassation avait ensuite rapidement abandonné ce fondement à la suite des critiques assez vives qui s'étaient élevées dans la doctrine²⁵. En effet, celle-ci doutait fermement de l'existence d'une vie privée dans le cadre de la vie professionnelle. L'arrêt Nikon rendu le 2 oct. 2001²⁶ n'a pas hésité, pourtant, à faire revivre ce fondement pour interdire à l'employeur de prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié ou reçus par lui grâce à l'outil informatique²⁷. L'arrêt Abram du même jour, qui retient qu'un salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail, repose sur le même fondement²⁸. L'art. 9 du Code civil a servi également pour protéger un salarié à qui l'on reprochait de prétendus actes de harcèlement sexuel²⁹ ; il a encore été invoqué pour condamner l'organisation par un employeur d'une filature d'un salarié : ce mode de contrôle et de surveillance de l'activité des salariés constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'il implique nécessairement une atteinte à la vie privée, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur³⁰. Mais cette invocation de l'art. 9 C. civ. n'a jamais été systématisé ; il existe en effet des situations, telles que l'incarcération du salarié, qui restent étrangères au domaine de sa vie privée, sans pour autant nécessairement relever de sa vie professionnelle ; le concept de vie personnelle conserve donc toute son utilité.

²³ P. Waquet, Les libertés dans l'entreprise, RJS 5/2000, p. 335 ; Le pouvoir de direction et les libertés des salariés, Dr. soc. 2000, p. 1052.

²⁴ V. A. Lepage, La vie privée du salarié, Dr. soc. 2006, p. 364 ; C. Mathieu-Géniaut, L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question, Dr. Soc. 2006, p. 848 ; la vie personnelle du salarié, Th. Université Lyon II ; C. Jacquélet, La vie privée du salarié à l'épreuve des relations du travail, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008.

²⁵ V. J. Savatier, note sous Soc., 22 janv. 1992 ; critique reprise, par ex., par P.-Y. Gauthier, D. 2001, jurisp., p. 3148.

²⁶ Soc., 2 oct. 2001, D. 2001, note P.-Y. Gauthier, p. 3148.

²⁷ V. aussi J.-E. RAY, « L'ouverture par l'employeur des dossiers personnels du salarié », Dr. soc. 2005, p. 789 ; pour la Cour de cassation, les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence (soc. 18 oct. 2006, n° 04-47400) ; même solution pour les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur (soc. 18 oct. 2006, n° 04-48025).

²⁸ Soc., 2 oct. 2001, arrêt n° 4163, FS-P+B+R+I.

²⁹ Cass. Soc. 30 novembre 2005, n° 04-41206.

³⁰ Soc., 26 nov. 2002, arrêt n° 3388, FS-B+R+I.

II) La valorisation du critère de l'audience électorale

Cette valorisation du critère de l'audience électorale ne se manifeste pas seulement au moment de la reconnaissance de la représentativité d'un syndicat ; elle s'illustre également dans le cadre des désignations de représentants syndicaux - ces derniers devant justifiés le plus souvent d'un quota de voix obtenues aux dernières élections – et dans celui de la négociation collective. Mais cette généralisation du critère de l'audience électorale conduit à des modalités d'appréciation différente d'une institution ou d'un dispositif à l'autre (A) ; il faudra aussi s'intéresser à la question de la redéfinition des corps électoraux (A), redéfinition qui s'est faite en faveur des salariés mis à disposition (B).

A) L'appréciation du critère de l'audience électorale

L'appréciation du critère de l'audience électorale varie selon l'institution à mettre en place ; dans certains cas, il faut d'abord prendre en compte les résultats des élections du comité d'entreprise ; ce n'est qu'à défaut d'élections de ce type qu'on se tourne vers les élections des délégués du personnel : l'appréciation des résultats électoraux se fait donc selon un ordre préétabli (1) ; mais pour désigner le délégué syndical, la disparition de la locution « à défaut » conduit à une solution différente (2) ; par ailleurs, dans certaines situations, la prise en compte de l'audience électorale s'affranchit de tout dépassement d'un seuil électoral ; c'est le cas pour la désignation du représentant syndical auprès du comité d'entreprise (3) .

1) L'appréciation des résultats électoraux selon un ordre préétabli

Pour être représentatif, un syndicat doit notamment atteindre ou dépasser, dans l'entreprise, le seuil de « 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants »³¹ ; ce qui signifie qu'il faut d'abord prendre en considération les résultats électoraux des élections des comités d'entreprise ou d'établissement pour vérifier le franchissement du seuil électoral ; lorsque l'entreprise (de moins de 200 salariés) a fait le choix d'une délégation unique du personnel, c'est l'élection présidant au choix des membres de cette délégation qui servira de référence ; s'il n'existe aucun comité d'entreprise ou d'établissement, et en l'absence de délégation unique du personnel, le seuil de 10 % sera calculé sur la base des résultats électoraux pour la mise en place des délégués du personnel ; enfin, lorsque cohabitent un comité d'entreprise (ou d'établissement) et des délégués du personnel, il faudra logiquement se reporter sur les « dernières » élections professionnelles : en vertu du principe de simultanéité des élections professionnelles, on sera conduit, là encore, à prendre en compte les résultats de l'élection du comité d'entreprise.

Les articles L. 2232-2, L. 2232-6 et L. 2232-12 C. trav. qui ont trait à l'appréciation du seuil de 30 % des voix exprimées (seuil que doivent nécessairement atteindre les syndicats signataires d'une convention ou d'un accord collectif) et de 50 % (seuil que doivent nécessairement atteindre les syndicats souhaitant s'opposer à l'application d'une convention ou d'un accord collectif) ont été rédigés sur le même mode que l'art. L. 2122-1 C.trav. ; on retiendra donc à leur égard un même raisonnement construit sur l'idée d'une hiérarchie entre les élections et leurs résultats.

³¹ Au niveau national et interprofessionnel (art. L. 2122-9 C. trav.) et au niveau des branches professionnelles (art. L. 2122-5 C. trav.), ce seuil est ramené à 8 %.

2) L'appréciation des résultats électoraux sans ordre préétabli

Mais l'article L. 2143-3 C. trav. relatif à la désignation des délégués syndicaux dispose que chaque organisation syndicale représentative désigne parmi les candidats « qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel » un ou plusieurs délégués syndicaux pour la représenter auprès de l'employeur³².

La disparition de la locution « à défaut » n'a pas échappé au Tribunal d'instance de Paris qui, dans sa décision du 6 février 2009³³, a pu immédiatement constater la réalisation de la condition de 10 % dans le cadre des élections des délégués du personnel et, partant, a pu valider la désignation d'un délégué syndical.

Cette solution présente le mérite autant du bon sens que de la facilité ; tirée de la lettre de la loi, cette interprétation est inspirée de la règle selon laquelle il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas ; elle est par ailleurs conforme à la position de l'administration.

Mais plusieurs arguments peuvent aussi la fragiliser.

Depuis longtemps, une priorité est établie entre les institutions représentatives du personnel, notamment dans l'exercice de leurs prérogatives : de nombreux textes imposent à l'employeur une information ou une consultation, notamment en matière économique, en établissant un ordre entre les institutions représentatives intéressées ; le plus souvent, priorité est donnée au comité d'entreprise ; ce n'est qu'à défaut de comité qu'il convient de s'adresser aux délégués du personnel³⁴.

Le système consistant, en cas de différences de résultats, à se référer à l'élection la plus favorable procède ensuite d'une démarche qui peut apparaître complexe ; certains délégués syndicaux tireront leur légitimité de résultats obtenus lors de l'élection du comité, alors que d'autres n'atteindront le seuil de 10 % qu'au cours de l'élection des délégués du personnel ; n'était-il pas plus simple, pour éviter cette gestion à la carte, d'établir un ordre dans l'appréciation des résultats comparable à celui qui figure à l'art. L. 2122-1 C. trav. ?

Enfin, n'est-il pas paradoxal de se référer à des résultats électoraux obtenus dans une unité de représentation qui n'est pas toujours celle d'un délégué syndical ? En pratique, les « périmètres d'action respectifs »³⁵ des institutions représentatives sont très différents, en raison principalement des distorsions de seuils d'effectifs ; la mise en place des délégués du personnel est prévue à compter du 11ème salarié, alors que la désignation d'un délégué syndical nécessite de franchir le seuil de 50 salariés³⁶ ; il n'est donc pas rare qu'un délégué syndical soit installé dans un périmètre beaucoup plus large que celui de l'unité accueillant les délégués du personnel, parfois dans un périmètre comparable à celui qui préside à la mise en place ... du comité d'entreprise !

³² Pour la désignation du délégué syndical supplémentaire, l'appréciation du seuil de 10 % se fait uniquement par rapport aux « suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou des délégués du personnel » (art. L. 2143-4, al. 2 C. trav.) ; ce rétrécissement du champ de référence se justifie par la taille minimale de l'entreprise (au moins 500 salariés), qui ne peut mettre en place une délégation unique du personnel.

³³ N° 11-09-001848, RJS 6/09, n° 554, p. 484.

³⁴ V. par exemple, l'art. L. 3121-7 C. trav., dont la règle prévoit une « information et consultation du comité d'entreprise ou, en l'absence de comité d'entreprise, des délégués du personnel » ; v. aussi l'art. L. 3121-11-1 C. trav., qui utilise la locution « à défaut » ; mais il est vrai que d'autres textes n'établissent pas cette hiérarchie : v. par ex., pour la mise en place du repos compensateur de remplacement, l'art. L. 3121-24 C. trav.

³⁵ Expression utilisée par l'annotateur de la décision du TI Paris du 6 février 2009, RJS 6/09, p. 483.

³⁶ « Le but du législateur étant de renforcer la légitimité syndicale en exigeant des délégués syndicaux la preuve de leur assise électorale, il est permis de penser que cet objectif n'est qu'imparfaitement atteint, dans le cas, en particulier, où les élections de délégués du personnel sont organisées dans un cadre plus restreint que celui où doivent s'exercer les fonctions de délégué syndical. Il serait sans doute plus cohérent de privilégier, chaque fois qu'il en existe, les résultats électoraux obtenus dans le périmètre du mandat syndical », RJS 6/09, p. 484.

Ce dernier argument est sans doute très convaincant ; mais, pas plus que les autres, il n'est de nature à contrer l'interprétation suivie par le Tribunal d'instance de Paris.

D'abord, ce qui s'observe pour l'exercice des prérogatives des institutions représentatives du personnel n'interfère pas nécessairement pour le calcul des seuils électoraux.

Ensuite, pour apprécier le dépassement du seuil de 10 %, on pourrait s'en tenir à l'élection donnant au salarié le score le plus favorable, comme le suggère directement l'art. L. 2143-3 C. trav. ; en terme de stratégie électorale, cela inciterait les salariés pressentis pour le mandat de délégué syndical à se présenter aux deux élections (délégués du personnel et comité d'entreprise) ; cette solution reste fidèle à l'objectif poursuivi par la loi du 20 août 2008 – renforcer la légitimité des syndicats en les soumettant au « défi de l'audience électorale »³⁷.

Il ne faudrait pas, surtout, qu'une interprétation restrictive de l'art. L. 2143-3 conduite à raréfier les possibilités de trouver des délégués syndicaux. A l'inverse, lorsqu'il est question de mesurer la légitimité d'un délégué syndical central, on conçoit aisément qu'il soit nécessaire de revenir à une base électorale plus large (celle qui s'exprime pour la mise en place des comités d'entreprise ou d'établissement)³⁸.

Enfin, la définition de l'établissement distinct pour la mise en place des délégués du personnel ressemble sensiblement à celle de l'établissement distinct pour la mise en place des délégués syndicaux ; même si les seuils d'effectifs peuvent conduire à des périmètres d'implantation et d'action différents, on ne peut nier les rapprochements opérés depuis plusieurs années entre ces deux institutions, rapprochements justifiés notamment par leur parenté. Il n'est donc nullement absurde de mesurer la légitimité d'un délégué syndical au regard des résultats électoraux obtenus pour l'élection des délégués du personnel.

3) Le cas particulier de la désignation du représentant syndical auprès du comité d'entreprise

Moins exigeante qu'auparavant, la loi du 20 août 2008 n'exige plus qu'un syndicat soit représentatif dans l'entreprise pour désigner un représentant au comité d'entreprise³⁹ ; il n'est donc pas nécessaire qu'il ait franchi le seuil des 10% des voix lors des élections ; il suffit qu'il ait obtenu des élus lors des dernières élections. Les travaux préparatoires de la loi ne disant rien sur cette question, la Cour de cassation a donc choisi de s'en remettre à la lettre du texte et d'en tirer un élargissement du droit de désigner un représentant syndical au comité. Cette solution a certainement profité du contexte favorable à l'implantation dans l'entreprise de syndicats qui ne sont nécessairement représentatifs ; partant, c'est le principe de participation des salariés qui se trouve indirectement servi par cette solution (les adhérents des syndicats autrefois écartés du comité d'entreprise ayant désormais la possibilité d'être représentés au comité), principe qui a aussi joué un rôle important dans la redéfinition du corps électoral.

B) La redéfinition du corps électoral

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 - qui, en matière d'élections, a consacré la notion « d'intégration étroite et permanente à la communauté de travail » retenue par le juge judiciaire⁴⁰ et constitutionnel⁴¹ à l'égard des salariés mis à disposition -, la possibilité de voter à la fois dans l'entreprise nominale et dans l'entreprise d'accueil a été supprimée ; désormais

³⁷ G. Borenfreund, Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale, RDT juin 2008, p. 360.

³⁸ Pour la mise en place du délégué syndical central, on retrouve la locution « à défaut » dans le texte de l'art. L. 2143-5 C. trav. : en ce domaine, il est opportun de revenir en priorité aux élections du comité d'entreprise, afin de mettre en place une personne souhaitée par une base électorale plus large.

³⁹ Cass. soc. 8 juillet 2009, n° 09-60015.

⁴⁰ Cass. soc. 28 février 2007, RDT 2007 p. 229 note M.-L. Morin ; D. 2007, pan. p. 2270 obs. J. Péliissier.

⁴¹ Déc. du 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC, JO du 31 déc. 2006, p. 20210 ; RJS 2/07 n° 302.

ces salariés doivent choisir l'entreprise où ils souhaitent voter ou, le cas échéant, présenter leur candidature.

Pour les élections des délégués du personnel, les intéressés peuvent voter et se présenter candidats dans leur entreprise d'accueil ; mais ils peuvent aussi préférer exercer leur droit de participation au sein de leur entreprise nominale.

Plusieurs arrêts rendus le 13 novembre 2008 permettent aujourd'hui de se faire une idée plus précise de cette notion « d'intégration étroite et permanente à la communauté de travail » : sont considérés comme tels les « salariés mis à disposition par une entreprise extérieure qui, abstraction faite du lien de subordination qui subsiste avec leur employeur, sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis une certaine durée, partageant ainsi des conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs »⁴². Sur cette durée minimale de travail, on peut désormais se reporter à la loi : les votants doivent répondre à une condition d'ancienneté de douze mois continus pour être électeurs ; ils ne sont éligibles qu'à partir d'une ancienneté de vingt-quatre mois continus (art. L. 2314-18-1 C. trav.). La condition tenant à la présence dans les locaux du travail est directement inspirée des termes de la loi du 20 août 2008, mais elle n'est pas d'une utilisation facile, à l'égard notamment des travailleurs itinérants ou des salariés travaillant sur des chantiers ; enfin, la condition tenant au partage de « conditions de travail au moins en partie communes susceptibles de générer des intérêts communs » appellera d'autres prises de position de la Cour de cassation, mais un des arrêts du 13 novembre 2008 retient déjà une précision utile, inspirée d'une conception extensive du droit à participation : les salariés mis à disposition peuvent exercer leurs droits électoraux auprès de l'utilisateur même s'ils ne participent pas aux « tâches essentielles à l'activité » de cette dernière ; il leur suffit d'être affectés aux « tâches nécessaires aux activités » de l'entreprise d'accueil.

Pour les élections au comité d'entreprise, le choix des salariés mis à disposition n'est pas aussi large : les électeurs choisissent librement l'entreprise dans laquelle ils vont exercer leur droit de vote ; en revanche, ils ne sont pas éligibles dans l'entreprise utilisatrice.

Ces possibilités de choix posent en particulier la question de leur expression ; à ce sujet, la Cour de cassation a imposé la règle selon laquelle « l'employeur est tenu, dans le cadre de la négociation préélectorale, de fournir aux syndicats participant à la négociation les éléments nécessaires au contrôle de l'effectif de l'entreprise et de la régularité de la liste électorale »⁴³. Cette décision fait donc peser sur l'employeur une obligation d'information dans le cadre de la négociation préélectorale, obligation d'information qui se distingue de celle qu'avait découverte la jurisprudence dans l'hypothèse d'une contestation de la liste électorale : on doit rappeler, en effet, que, étant tenu d'établir la liste électorale, il appartient à l'employeur, en cas de contestation, de fournir les éléments nécessaires au contrôle de sa régularité⁴⁴.

Mais quel document l'employeur doit-il fournir aux négociateurs ?

Une jurisprudence ancienne indiquait déjà que l'employeur n'avait pas à communiquer ses propres listes du personnel⁴⁵, ni même le registre du personnel⁴⁶. Si cette jurisprudence est maintenue, on admettra qu'un employeur peut composer un document *ad-hoc* permettant aux syndicats de se faire une idée des effectifs votants.

Pour établir une liste électorale, il faut aussi pouvoir connaître le choix des salariés mis à disposition (dont la situation ne doit pas être confondue avec celle des salariés temporaires) ; les conditions d'expression de ce choix ne sont pas prévues par la loi ; la circulaire DGT n°

⁴² Cass. Soc. 13 novembre 2008, n° 08-60331 et n° 08-60332 ; v. aussi les arrêts rendus le même jour sous les numéros suivants : n° 07-42481 ; n° 07-60465 ; 07-60469 ; 07-60470 ; 07-60471 ; 07-60472 ; 07-60434 ; Actualité jurisprudentielle, Recueil Dalloz 2008, n° 42 p. 2945.

⁴³ Cass. soc. 13 mai 2009, n° 08-60530, publié au bulletin.

⁴⁴ Cass. soc. 13 nov. 2008, RJS 1/09, Bull. V, n° 219.

⁴⁵ Cass. soc. 21 mars 1995, n° 94-60221.

⁴⁶ Cass. soc. 6 avril 1994, n° 90-60.319.

20 du 13 novembre 2008 prévoit toutefois qu'il appartient aux entreprises employeurs de fournir la liste de ces salariés aux entreprises utilisatrices ; les conditions dans lesquelles l'entreprise nominale fournira toutes les données nécessaires à l'entreprise utilisatrice (listes des salariés remplissant les critères de la mise à disposition, et ayant fait le libre choix) ont été précisées en annexe de la circulaire n° 20. Il est prévu d'abord, dans le cadre de l'organisation d'élections au sein de l'entreprise utilisatrice, de procéder au décompte des salariés mis à disposition ; avant le début des négociations du protocole préélectoral, l'entreprise utilisatrice interroge par écrit les entreprises nominales (dites entreprises prestataires) afin qu'elles lui transmettent, dans un délai compatible avec l'organisation des négociations du protocole préélectoral, la liste des salariés mis à disposition ; cette liste ne présente que les salariés répondant aux critères de présence dans les locaux et d'ancienneté (1 an pour l'électorat, 2 ans pour l'éligibilité comme délégué du personnel). L'annexe de la circulaire précise également que cette liste « doit porter la mention que le salarié a fait ou non le choix de voter aux élections de l'entreprise utilisatrice. Compte tenu des possibles recours contentieux, il est important que ce choix soit clairement acté par le salarié et son employeur ». C'est donc bien à l'entreprise nominale d'interroger le salarié sur le choix de l'entreprise où il entend exercer son droit à participation. A défaut d'informations communiquées sur ce point par l'entreprise nominale (soit parce que le salarié n'a pas répondu, soit parce que l'entreprise a négligé de le questionner), il appartient au salarié lui-même, s'il le souhaite, de faire connaître son choix à l'entreprise utilisatrice dans un délai compatible avec la publication des listes électorales. L'entreprise utilisatrice va ensuite, sur la base des informations fournies par l'employeur d'origine ou, à défaut, sur la base des informations directement fournies par les salariés, fixer le décompte des effectifs et la liste électorale. L'entreprise utilisatrice doit enfin informer l'employeur d'origine de l'élection des salariés mis à disposition comme délégués du personnel.

Une première décision a été rendue sur ces situations de vote par le tribunal d'instance de Rouen⁴⁷ ; son jugement rend compte d'une situation particulière qui s'explique par l'organisation d'élections non pas dans l'entreprise utilisatrice, mais chez l'employeur initial ; parce qu'il n'était pas prévu par les textes, lorsque la société employeur organise ses propres élections, qu'elle interroge les salariés qu'elle met à disposition sur leur choix de vote, le tribunal a considéré que cet employeur pouvait valablement inscrire ces salariés sur sa propre liste électorale ; à défaut de contestation de la liste et en présence d'un vote effectif le jour du scrutin, le tribunal a considéré que ces salariés avaient tacitement choisi de voter auprès de leur employeur « la loi n'exigeant pas que l'option pour voter dans l'une ou l'autre société soit formulée expressément et par écrit » ; ces mêmes salariés ne pouvaient donc ensuite participer au scrutin organisé auprès de leur entreprise utilisatrice.

Certains ont⁴⁸ reproché au tribunal d'avoir fait l'impasse sur l'exigence d'une manifestation de volonté plus explicite de la part des salariés concernés dans le cadre des élections organisées chez l'employeur d'origine : « Le choix des intéressés s'entend d'une manifestation de volonté (...). L'obligation de demander leur choix aux salariés ne pèse pas davantage sur l'entreprise utilisatrice que sur l'entreprise employeur. De plus la solution (...) établit une inégalité entre les salariés mis à disposition selon que les élections sont organisées en premier dans l'entreprise employeur ou dans l'entreprise utilisatrice. Si les élections sont organisées d'abord dans l'entreprise utilisatrice, celle-ci doit solliciter l'entreprise employeur qui demandera aux intéressés d'exprimer leur choix. Au contraire, si les élections ont lieu en premier dans l'entreprise employeur, celle-ci n'a pas à interroger les intéressés et peut les

⁴⁷ TI Rouen, 12 mars 2009, n° 11-09-000315, RJS 6/09, n° 558.

⁴⁸ Par ex., l'annotateur de ce jugement publié à la Revue de Jurisprudence Sociale ; également, Y. Pagnerre et G. Saincaize, L'intégration des salariés mis à disposition : nouvelles conditions, nouveaux effets, JCP, éd. S., 1^{er} sept. 2009, n° 1368, p. 22.

inscrire d'office sur la liste électorale, à charge pour ceux-ci de contester leur inscription s'ils désirent voter dans l'entreprise utilisatrice ».

Il est vrai que la circulaire s'est principalement préoccupée des élections organisées dans l'entreprise utilisatrice, sans rien dire des élections organisées chez l'employeur. Par ailleurs, il n'existe aucune précision dans la loi sur la manifestation de volonté de l'électeur ; il n'est donc nullement choquant qu'on puisse déduire d'un vote physique l'expression du choix attendu ; ceux qui ont déjà voté ont implicitement exprimé le choix du lieu d'expression de leur droit à participation ; en revanche, ceux qui n'ont pas voté pourront toujours demander à participer aux élections de l'autre entreprise, même s'ils ont été inscrits sur la liste électorale de leur employeur ; la solution rendue par le Tribunal d'instance de Rouen nous paraît en conséquence très prudente.

Une dernière décision doit être évoquée, même si elle n'est pas la résultante de l'application de la loi du 20 août 2008 ; dans un arrêt rendu le 23 septembre 2009⁴⁹, la Cour de cassation a de nouveau admis les pourvois en cassation en matière de contentieux préélectoral ; elle explique ce revirement par la nécessité de préserver les droits de la défense des justiciables : s'inspirant d'une formule retenue par le Conseil constitutionnel⁵⁰, elle décide que le « pourvoi en cassation contre une décision rendue en dernier ressort est une voie de recours qui constitue pour les justiciables une garantie fondamentale ». En réalité, c'est principalement l'actualité législative qui a précipité ce revirement : la loi du 20 août 2008 a doté les élections professionnelles d'enjeux considérables qui ne pouvaient échapper au contrôle de la Cour de cassation ; on observe que, par sa généralité, la solution du 23 septembre 2009 est susceptible d'embrasser tous les domaines du contentieux préélectoral, telle une décision portant sur la régularité d'une liste électorale, sur la qualité d'éligible et de candidat, sur le découpage de l'entreprise en établissements distincts, sur les modalités d'organisation du scrutin, etc... Manifestement, la solution rendue le 23 septembre 2009 n'est pas destinée à régir le seul domaine des contestations portant sur le déroulement de la négociation préélectorale.

⁴⁹ V. l'avis de J. Duplat, Premier avocat général à la Cour de cassation, La recevabilité du pourvoi en matière préélectorale, La Semaine Sociale Lamy, octobre 2009 ; v. sur cette décision notre commentaire à paraître, « Le contentieux préélectoral sorti de l'impasse ».

⁵⁰ Comparer avec la décision du Conseil constitutionnel du 10 mai 1988, n° 88-157 L : le pourvoi en cassation « constitue pour les justiciables une garantie fondamentale » dont, en vertu de l'art. 34 de la Constitution, il appartient seulement à la loi de fixer les règles.