



La négociation et la conclusion du protocole d'accord préélectoral : quelques illustrations jurisprudentielles (Cass. soc. 15 novembre 2017, n°16-60.268 ; 15 novembre 2017, n°16-21.903 et 22 novembre 2017, n°16-24.801).

Le moment de la négociation du protocole d'accord préélectoral (PAP) est crucial pour les entreprises, chaque étape devant être scrupuleusement respectée, sous peine de voir l'ensemble du processus électoral annulé à posteriori par le juge judiciaire.

L'enjeu est de taille !

Ces questions sont d'autant plus d'actualité avec la mise en place obligatoire, à court ou moyen terme, de la nouvelle instance fusionnée que constitue le Comité Social et Economique (CSE) dans toutes les entreprises dont l'effectif est au moins égal à 11 salariés (ordonnance Macron du 22 septembre 2017).

Par trois arrêts récents des 15 et 22 novembre derniers, la Chambre sociale de la Cour de cassation nous apporte des éléments de réponse pratiques pour sécuriser la conclusion d'un PAP.

L'invitation à la négociation du protocole d'accord préélectoral : qui est invité ?

Pour mémoire, sont obligatoirement informées de l'organisation des élections professionnelles et invitées à la négociation du protocole d'accord préélectoral :

- par courrier : les Organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, celles ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement, ainsi que les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel ;
- par tout moyen (par affichage le plus souvent) : les Organisations syndicales qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés.

À ce jour, sont reconnues représentatives au niveau national, les Organisations syndicales suivantes : CFDT, CGT, CGT-FO, CFE-CGC et CFTC (arrêté du 22 juin 2017).

Il appartient donc à l'entreprise de toujours convier a minima ces 5 organisations syndicales à la négociation du protocole d'accord préélectoral, quand bien même il n'y aurait pas d'Organisation syndicale représentative au niveau de l'entreprise ou de l'établissement...

Survient en pratique le casse-tête de l'organe destinataire du courrier d'invitation : faut-il l'adresser à l'Union locale, départementale, à la Fédération professionnelle ou encore à la Confédération nationale ?

Dans l'arrêt visé, la Société avait fait le choix de prendre attache auprès des confédérations nationales. Le Syndicat national des professions de l'architecture et de l'urbanisme CFDT considérait pour sa part qu'il aurait dû être spécifiquement touché, compte-tenu du secteur d'activité de l'entreprise et a sollicité de ce chef l'annulation du scrutin.

Le Tribunal d'instance de Nantes a rejeté sa demande, décision confirmée par la Cour de cassation qui précise :

*« (...) qu'en l'absence d'organisation syndicale reconnue représentative dans l'entreprise ou l'établissement ou d'organisation syndicale ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement, l'invitation d'une organisation syndicale reconnue représentative au niveau national et interprofessionnel à la négociation du protocole d'accord préélectoral en vue des élections de représentants du personnel est **valablement adressée à la confédération syndicale représentative nationale et interprofessionnelle** ».*

Il est donc autorisé d'adresser ces invitations aux Confédérations nationales.

NB : Il convient toutefois de toujours vérifier les dispositions collectives de branche qui peuvent parfois prévoir des obligations spécifiques en la matière.

Validité du protocole d'accord préélectoral sous condition de signature à la double majorité : définition de la double majorité

Pour rappel, la validité du protocole d'accord préélectoral est subordonnée à une condition de signature **à la double majorité** impliquant :

- la signature du protocole d'accord préélectoral par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation, soit une **majorité en nombre**,
- incluant les organisations syndicales représentatives ayant recueilli **la majorité des suffrages exprimés** lors des dernières élections professionnelles ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise, soit une **majorité électorale (en voix)**.

Là encore, une nouvelle interrogation pratique se pose pour l'entreprise : comment est définie cette majorité électorale ?

Dans l'affaire en cause, le protocole d'accord préélectoral avait été signé par le syndicat CGT, seul syndicat représentatif. La CFE-CGC, qui avait participé à la négociation mais qui n'avait pas signé, en sollicitait l'annulation et plus largement l'annulation du scrutin, considérant que la condition de double majorité n'était pas remplie, et singulièrement celle de la majorité en nombre...

La Cour de cassation rétorque que : « *le terme de "majorité", se suffisant à lui-même, implique au moins la moitié des voix plus une* ».

Le scrutin a **au cas particulier** été annulé, le protocole d'accord préélectoral ne pouvant simplement être régularisé par un seul syndicat, même s'il était le seul syndicat représentatif !

Il est impératif de vérifier que le ou les syndicats signataires ont bien recueilli, lors du premier tour des dernières élections professionnelles, **au moins la moitié des voix + 1**.

En toute logique et comme l'a déjà précisé l'Administration (circulaire DGT du 27 juillet 2011), le même raisonnement devrait s'appliquer pour le décompte de la majorité en nombre de signataires. Il appartient à l'employeur de s'assurer que le protocole d'accord préélectoral a été signé par au moins la moitié + 1 des participants à la négociation.

Ainsi, si deux organisations syndicales ont participé à la négociation et qu'une seule signe, la condition de majorité en nombre n'est pas remplie.

À défaut, comment faire pour poursuivre le processus électoral ?

- s'agissant de la répartition du personnel dans les collèges et des sièges entre les catégories, il convient de saisir la Direccte ;

- s'agissant des modalités d'organisation ou de déroulement des élections et du nombre et de la composition des collèges, le juge d'instance est compétent en la matière. S'il n'est pas saisi, l'employeur peut en fixer seul les modalités ou aussi faire le choix de saisir lui-même le Tribunal d'instance ;
- pour le reste, l'employeur agit par voie de note unilatérale...

Validité de certaines clauses soumises à la condition d'unanimité : une définition de « l'unanimité » assouplie

Certaines clauses du protocole d'accord préélectoral ne sont pas seulement soumises à la condition de double majorité mais relèvent **d'une condition d'unanimité**. Tel est notamment le cas lorsqu'il s'agit de modifier le nombre de collèges électoraux prévus par la Loi.

Selon le Code du travail, il convient alors de réunir la signature de « *toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise* » (articles L.2314-10, L.2324-12 et L.2314-12 à venir).

Sur ce fondement, le syndicat FO, qui avait été invité à la négociation d'un protocole d'accord préélectoral **en vue de la mise en place d'un collège unique** pour les élections des délégués du personnel au niveau d'un des établissements de l'entreprise, avait sollicité son annulation dès lors que son organisation syndicale n'avait pas signé le PAP entérinant la mise en place d'un collège unique.

La Cour de cassation apporte ici une précision d'importance en indiquant que l'unanimité doit être appréciée **au niveau de l'élection professionnelle en cours** :

« (...) *peuvent décider la mise en place d'un collège unique pour les élections des délégués du personnel au sein d'un **établissement distinct** doté d'un comité d'établissement, à l'unanimité, **les organisations syndicales représentatives au sein de cet établissement distinct*** ».

Au cas particulier, le Syndicat FO, qui était représentatif au niveau de l'entreprise, a par conséquent été débouté de sa demande d'annulation du protocole d'accord préélectoral conclu au niveau de l'établissement dès lors qu'il avait été régularisé par toutes les organisations syndicales représentatives sur ledit établissement.

La condition d'unanimité se trouvait vérifiée à ce niveau.

Ces précisions jurisprudentielles pragmatiques viennent conforter le mode opératoire à dérouler à l'occasion des prochaines élections professionnelles en faveur du Conseil Social et Economique (CSE).

L'actualité immédiate est au questionnement du timing de la prochaine mise en place du CSE :

<p>Cas n°1 :</p> <p>Un protocole préélectoral a été conclu avant le 23 septembre 2017 en vue de la constitution ou du renouvellement des instances représentatives du personnel</p>	<p>Tenue des élections conformément aux dispositions en vigueur avant cette date.</p> <p>Mise en place du CSE à compter du 1^{er} janvier 2020</p> <p>(ou à une date antérieure en cas d'accord collectif ou par décision de l'employeur après consultation du CE ou, à défaut, des DP ou, le cas échéant, de la DUP ou de l'instance regroupée)</p>
<p>Cas n°2 :</p> <p>Mandats se terminant entre le 23 septembre 2017 et le 31 décembre 2017</p>	<p>Prorogation automatique des mandats jusqu'au 31 décembre 2017 (ou jusqu'à la publication des décrets si elle est antérieure à cette date)</p> <p>Mise en place du CSE à compter du 1^{er} janvier 2018 sauf prorogation la durée des mandats d'un an maximum, soit par accord collectif, soit par décision de l'employeur après consultation des élus</p>
<p>Cas n°3 :</p> <p>Mandats se terminant entre le 1^{er} janvier 2018 et le 31 décembre 2018</p>	<p>Élection du CSE à l'issue des mandats sauf réduction ou prolongation de la durée des mandats d'un an maximum, soit par accord collectif, soit par décision de l'employeur après consultation des élus.</p>
<p>Cas n°4 :</p> <p>Mandats se terminant entre le 1^{er} janvier 2019 et le 31 décembre 2019</p>	<p>Mise en place du CSE au terme des mandats</p>
<p>Cas n°5 :</p> <p>Mandats se terminant après le 31 décembre 2019</p>	<p>Cessation anticipée des mandats</p> <p>Mise en place du CSE au plus tard le 1^{er} janvier 2020</p>

Nous restons à votre écoute pour vous accompagner dans cette nouvelle ère à plus ou moins long terme, avec l'avènement au 1^{er} janvier 2018 du CSE...



Anne-Laure MARY-CANTIN
a-lmary-cantin@racine.eu



Charles PHILIP
cphilip@racine.eu