



REPRESENTATION

DU PERSONNEL

ORDONNANCES MACRON

**PROTOCOLE
PRÉÉLECTORAL**

SOMMAIRE

Mise en place du CSE pour la première fois

PROTCOLE PRÉÉLECTORAL

Mise en place du CSE à différents niveaux

Des seuils d'effectifs inchangés, mais plus difficiles à atteindre

La composition du CSE calquée sur celle du comité d'entreprise

Trois mandats successifs, pas plus

À partir de 50 salariés, le CSE a les attributions du CE, du CHSCT et des DP

Information/consultation récurrente du CSE : tout est négociable... ou presque

L'information/consultation ponctuelle du CSE peut être adaptée à l'entreprise

La base de données économiques et sociales peut être adaptée à l'entreprise

Le CSE des entreprises d'au moins 300 salariés est plus informé

Les conditions du recours à un expert par le CSE plus strictement encadrées

Des nouveautés importantes pour le budget du CSE

Entreprises à établissements distincts : l'employeur pourra fixer le nombre d'établissements

CSE dans les entreprises de moins de 50 salariés : des moyens stables, mais des attributions réduites

La mise en place de commissions au sein du CSE s'impose dans certaines entreprises

Les heures de délégation des membres du CSE seront fixées par décret

Les modalités des réunions du CSE des entreprises d'au moins 50 salariés sont clarifiées

Le temps passé en réunion par les membres du CSE est payé comme du temps de travail

Le temps de formation des membres du CSE systématiquement rémunéré comme du temps de travail

Les membres du CSE bénéficient du statut protecteur

Élection de la délégation du personnel au CSE : peu de changements par rapport aux élections CE/DP

Seule une baisse des effectifs en deçà de 11 salariés entraîne la suppression du CSE

Sur de nombreux points, les règles applicables au CSE reprennent celles du CE ou des DP

Le conseil d'entreprise, un premier pas vers la codécision en entreprise ?

L'exercice de fonctions électives ou syndicales est favorisé

Le fonctionnement du fonds paritaire de financement du dialogue social évolue

SOMMAIRE

A. NÉGOCIATION DU PROTOCOLE

1. Parties à la négociation
2. Communication préalable d'informations par l'employeur
3. Objet des négociations

B. CONCLUSION D'UN ACCORD

1. Conditions de majorité
2. Communication
3. Portée
4. Durée de validité, révision, dénonciation

C. ECHEC DES NÉGOCIATIONS

ATTENTION

Les dispositions qui suivent ne concernent que les élections du CSE.

Elles sont à jour du **Code du travail applicable au 1er janvier 2018**.

Ceci étant, une majorité de dispositions jusqu'alors applicables sont simplement adaptées pour l'élection du CSE.

Dans la même idée, on peut penser que les jurisprudences rendues en matière d'élections du CE et des DP seront transposables à l'élection du CSE.

L'article 1er de l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017 reprend essentiellement, pour l'élection du CSE, les règles applicables auparavant pour les élections des membres du CE et des DP (organisation des élections, collèges électoraux, électorat et éligibilité, représentation équilibrée des femmes et des hommes, mode de scrutin, résultats des élections, contentieux électoral). Toutefois, quelques nouveautés font leur apparition.

PRECISION

Au plan formel, les articles **L.2314-4 à L.2314-32** sont totalement réécrits.

LES CONSEILS DE LA FNAS FO

Soyez attentifs à cette étape !

Les élections se jouent en grande partie au moment de la négociation du PAP. Notamment, la détermination des collèges est importante et peut influencer largement sur vos résultats (**rappelons que la représentativité est appréciée sur l'ensemble des collèges, d'où l'importance de pouvoir présenter des candidats partout !**)

Il faut donc, en amont, analyser nos forces (**dans quelles catégories se trouvent principalement nos électeurs**) et faire des simulations sur les voix et le nombre de candidats que FO est en capacité de présenter.

De même, une irrégularité lors de cette étape peut conduire à l'annulation des élections.

A. NÉGOCIATION DU PROTOCOLE

C. trav. art. L.2314-4 et s.

La négociation du protocole d'accord préélectoral a lieu entre l'employeur d'une part, et les organisations syndicales intéressées d'autre part. Il appartient au premier de prendre l'initiative d'inviter les secondes à cette négociation.

Sans se limiter à la formalité de l'invitation, il doit aussi engager la négociation, dès lors qu'au moins un syndicat a répondu positivement à son invitation.

Nouveau

L'employeur n'est pas systématiquement tenu d'inviter les syndicats à la négociation du protocole

L'ordonnance reprend, pour l'élection du CSE, le principe, prévu pour les élections du CE et des DP, de l'invitation des syndicats intéressés à négocier le protocole préélectoral et à établir leurs listes de candidats (**C. trav. art. L 2314-5, al. 1 et 2**). Elle introduit, cependant, une **dérogation** pour les petites entreprises

Ainsi, dans les entreprises dont l'effectif est compris **entre 11 et 20 salariés**, l'employeur **ne doit inviter** les organisations syndicales intéressées à la négociation du protocole préélectoral **que si au moins un salarié** s'est porté candidat aux élections dans un délai de 30 jours **à compter de l'information du personnel** sur l'organisation des élections (**C. trav. art. L 2314-5, al. 5**).

A noter

À compter de la date à laquelle l'employeur a eu connaissance de l'imminence de sa candidature, le salarié bénéficie de la protection prévue pour les candidats (**C. trav. art. L 2314-5, al. 6**).

On peut se demander si cette disposition a pour effet de dispenser l'employeur d'organiser les élections si aucun candidat ne se manifeste ou s'il est seulement dispensé d'inviter les syndicats, mais doit poursuivre le processus électoral.

Caractère obligatoire

L'employeur ne peut s'abstenir de rechercher avec les organisations syndicales intéressées un accord sur la répartition du personnel dans les collèges électoraux et les modalités d'organisation des opérations électorales.

Le refus par ce dernier d'organiser une réunion pour élaborer un protocole d'accord préélectoral, alors qu'un syndicat le lui a demandé, doit entraîner l'annulation des élections. Peu importe que la demande soit intervenue cinq jours seulement avant la date prévue du premier tour du scrutin. **Cass. soc. 7-7-1983 n ° 83-60.902, Syndicat des métaux c/Sté Comegar : Bull. civ. V n° 434.**

A noter

L'employeur est tenu d'organiser la négociation, sans attendre la demande d'un syndicat en ce sens.

Un tribunal d'instance peut constater par une appréciation souveraine des éléments soumis à son examen qu'aucun accord préélectoral n'a été conclu faute pour l'employeur d'avoir fait droit aux demandes de l'union syndicale ayant répondu à son invitation à négocier, d'organiser une réunion en vue de cette négociation. **Cass. soc. 9-11-2011 n° 11-60.029 (n° 2215 F-PB), N. c/ Union départementale CFDT des Côtes-d'Armor : RJS 1/12 n° 61, Bull. civ. V n° 255.**

Remarque

Les sociétés en cause apportaient les arguments suivants à l'appui de leur pourvoi : les modalités de la négociation étant libres, l'employeur n'avait pas failli à son obligation de négociation, bien que n'ayant pas organisé de réunion, dès lors qu'il avait invité les organisations syndicales à négocier et avait engagé la négociation du protocole préélectoral avec le seul syndicat à manifester son intérêt, dans le cadre de nombreux échanges par courriers ou mails. Le tribunal d'instance, approuvé par la Cour de cassation, a jugé qu'à défaut de réunion entre l'employeur et le syndicat ayant répondu à son invitation, il n'y avait pas eu de négociation, et donc pas d'accord.

Un tribunal d'instance constatant une certaine précipitation de l'employeur dans l'organisation des élections qui n'a pu permettre la réalisation d'un accord préélectoral et était de nature à fausser les résultats du scrutin peut décider d'annuler le premier tour des élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise organisées dans ces circonstances. **Cass. soc. 12-3-1992 n° 91-60.245 (n° 1086 D), SA Pare et Cie c/ B.**

Un tribunal d'instance constatant que l'employeur, qui n'a pas manifesté de volonté réelle de négocier et porte seul la responsabilité de l'absence de signature d'un protocole préélectoral, a imparti aux organisations syndicales un délai trop court pour déposer une liste de candidats peut décider que les élections doivent être annulées. **Cass. soc. 10-5-2012 n° 11-20.459 (n° 1321 F-D), Sté Le Comptoir de famille c/ Syndicat CGT Union locale La Tour-du-Pin et ses environs : RJS 7/12 n° 644.**

Le choix de mettre en place une délégation unique appartenant à l'employeur seul, le désaccord manifesté par les organisations syndicales quant à ce choix ne le dispense pas de procéder à une négociation du protocole préélectoral dans les conditions prévues par les textes légaux. **Cass. soc. 28-9-2011 n° 10-21.752 (n° 1813 FS-PB), Syndicat CFDT SGT 84 c/ Unité économique et sociale transports Veray: RJS 12/11 n° 1003, Bull. civ. V n° 200.**

Nouveau

Lorsque le comité social et économique n'a pas été mis en place ou renouvelé, un procès-verbal de carence est établi par l'employeur. L'employeur porte à la connaissance des salariés par tout moyen permettant de donner date certaine à cette information, le procès-verbal dans l'entreprise et le transmet dans les quinze jours, par tout moyen permettant de conférer date certaine à l'agent de contrôle de l'inspection du travail mentionné à l'article L. 8112-1. Ce dernier communique une copie du procès-

verbal de carence aux organisations syndicales de salariés du département concerné. (**art. L.2314-9**).

C'est en principe à l'employeur de prendre l'initiative d'organiser les élections. Toutefois, il peut y être invité par un salarié ou un syndicat si le CSE n'existe pas alors qu'il est obligatoire dans l'entreprise ou l'établissement du fait de son effectif (**C. trav. art. L 2314-8, al. 1**).

L'employeur engage alors la procédure définie à **l'article L. 2314-5** à la demande d'un salarié ou d'une organisation syndicale **dans le mois suivant la réception de cette demande**.

Jusqu'à présent, la jurisprudence considérait qu'une telle demande pouvait être présentée à tout moment, même très peu de temps après l'établissement d'un procès-verbal de carence (**Cass. soc. 12-11-1987 n° 86-60.431 ; Cass. soc. 14-2-2007 n° 06-60.120 F-D : RJS 5/07 n° 638**).

Désormais, si un procès-verbal de carence a été établi, la demande ne peut intervenir que dans **un délai de 6 mois** après son établissement (**C. trav. art. L 2314-8, al. 2**).

1. PARTIES À LA NÉGOCIATION

Le protocole d'accord préélectoral doit être négocié et conclu entre l'employeur et les **organisations syndicales intéressées**.

Nouveau

L'**ordonnance 2017-1718 du 20-12-2017 : JO 21** dote le CSE lorsqu'il est mis en place, de nouvelles compétences comme la négociation du protocole préélectoral.

a) Employeur

Il appartient à l'employeur de négocier et conclure le protocole préélectoral dans l'entreprise.

Il peut toutefois se faire représenter par un de ses collaborateurs, comme par exemple le directeur des ressources humaines de l'entreprise. **Dans le cas où la délégation ne résulte pas de la fonction du représentant choisi, il est conseillé de la formaliser par écrit.**

À savoir

S'agissant des entreprises à établissements distincts, un protocole préélectoral peut être conclu au niveau de chaque établissement entre le chef d'établissement et les syndicats intéressés, notamment pour adapter les dispositions du protocole conclu au niveau de l'entreprise aux particularités de l'établissement.

b) Syndicats

Organisations syndicales intéressées

Les organisations syndicales pouvant participer à la négociation du protocole préélectoral sont celles qui doivent être invitées par l'employeur. D'autres syndicats peuvent cependant être admis à la négociation et signer le protocole conclu.

Si, en principe, un protocole d'accord préélectoral ne peut être conclu que par les syndicats représentatifs dans l'entreprise, ceux-ci peuvent, néanmoins, admettre d'autres syndicats à participer à son élaboration et à sa signature. Toutefois, cette tolérance ne saurait valoir ni reconnaissance de la représentativité du syndicat ni renonciation non équivoque des syndicats représentatifs à la contester.

Cass. soc. 10-2-1999 n° 97-60.524 (n° 741 P), Confédération des syndicats indépendants de Polynésie (CSIP) c/Sté tahitienne des services publics : RJS 3/99 n° 446, Bull. civ. V n° 66.

Dans le même sens : **Cass. soc. 19-12-1978 n° 78-60.666, Syndicat CFDT des services sociaux et de santé du Val-d'Oise c/ Syndicat CGT-FO : Bull. civ. V p. 669 n° 887 ; Cass. soc. 8-11-1988 n° 87-60.326 (n° 3810 P), Syndicat national des cadres supérieurs de la SNCF c/ D. : RJS 1/89 n° 54, Bull. civ. V n° 576.**

A noter

Cette solution concerne le cadre juridique antérieur à la **loi 2008-789 du 20 août 2008 (JO 21 p. 13064)**, qui **imposait d'inviter à la négociation du protocole préélectoral les seuls syndicats représentatifs**. Elle est toutefois transposable dans le cadre actuel : en effet, on peut envisager que les syndicats devant désormais être invités à la négociation du protocole préélectoral acceptent d'admettre à la négociation un syndicat qui ne remplirait pas les conditions requises pour y être invité.

CONCURRENCE ENTRE ORGANISATIONS APPARTENANT AUX MÊMES GROUPEMENTS SYNDICAUX

L'accord préélectoral régulièrement signé par un représentant dûment mandaté par une organisation représentative existant dans l'entreprise est opposable à un syndicat affilié à cette organisation, implantée dans l'un des établissements de l'entreprise. **Cass. soc. 13-10-1988 n° 88-60.097 (n° 3397 P), Syndicat général des personnels et cadres du foyer Odette Benedetti CGT c/ Association Jean Cotxet : Bull. civ. V n° 511.**

Lorsqu'un syndicat représentatif, implanté dans la zone où est situé un établissement où l'élection des délégués du personnel doit avoir lieu, manifeste sa volonté de négocier **lui-même** le protocole préélectoral avant l'ouverture de la négociation, l'employeur ne peut conclure ledit protocole avec un autre syndicat appartenant à la même confédération, situé au siège social de l'entreprise. Le protocole ainsi conclu est irrégulier.

Cass. soc. 13-6-1990 n° 89-61.514 (n° 2436 P), Ets Nordon et Cie c/B. : RJS 7/90 n° 597, Bull. civ. V n° 282.

NOMBRE DE REPRÉSENTANTS PAR DÉLÉGATION SYNDICALE

Il résulte des dispositions générales du Code du travail régissant le nombre maximal de membres de la délégation syndicale appelée à une négociation que chaque délégation peut comprendre, sauf accord avec l'employeur, jusqu'à trois ou quatre membres selon que l'effectif de l'entreprise permettrait la désignation d'un seul ou de plusieurs délégués syndicaux. **Cass. soc. 31-1-2012 n° 11-16.049 (n° 329 FS-PB), Sté Transports du Val-d'Oise c/ Union départementale CGT : RJS 4/12 n° 371, Bull. civ. V n° 40 ; n° 11-18.497 (n° 333 FS-D), B. c/ TVO.**

Remarque

La Cour de cassation, sans le citer, voit dans **l'article L.2232-17 du Code du travail**, en ce qu'il limite le nombre des membres de chaque délégation syndicale, une disposition de portée générale applicable à la négociation du protocole.

Pourtant, ce texte régit spécifiquement les accords collectifs d'entreprise qui, en raison de leurs objets, de leurs enjeux et leurs effets, sont d'une nature distincte de celle des protocoles préélectoraux.

La solution adoptée, qui porte uniquement sur le nombre maximal des représentants par délégation, est très vraisemblablement un effet de la **loi du 20 août 2008** admettant à la négociation du protocole électoral tous les syndicats qu'ils soient ou non représentatifs. Le nombre des organisations participant à la négociation du protocole peut dès lors se trouver considérablement accru dans une entreprise et, partant, le nombre des personnes physiques appelées à négocier.

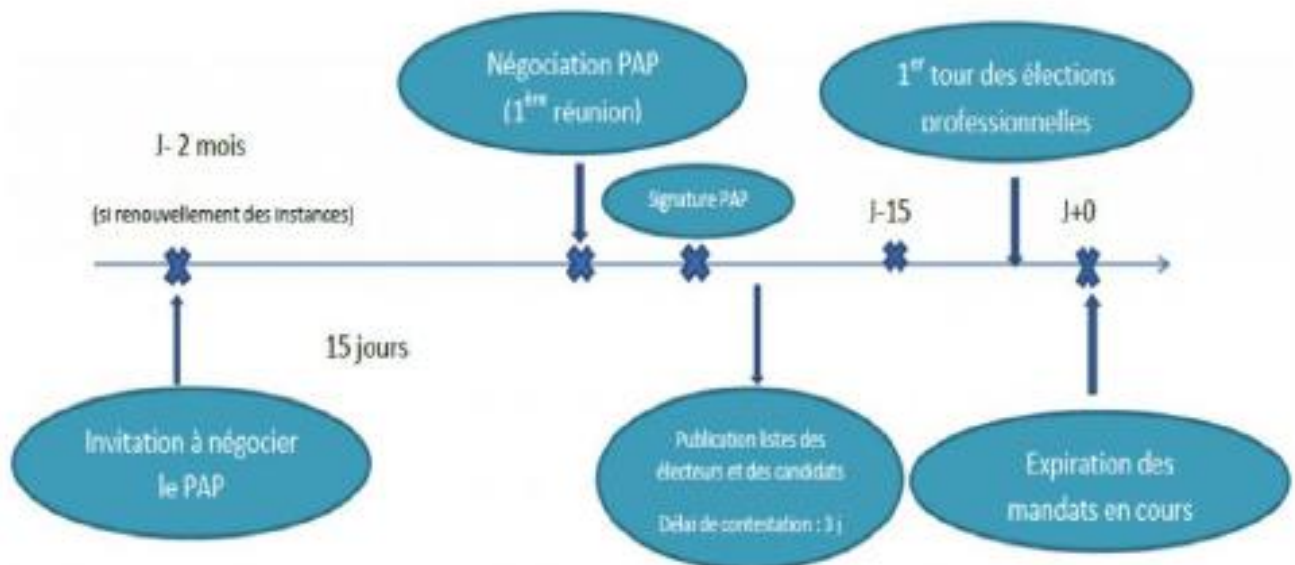
COMPOSITION DES DÉLÉGATIONS SYNDICALES

Aucune disposition légale n'oblige les organisations syndicales invitées à la négociation du protocole préélectoral à composer leur délégation de salariés de l'entreprise et à y faire figurer le délégué syndical ou le représentant de la section syndicale lorsqu'elles en disposent. **Cass. soc. 31-1-2012 n° 11-16.049 (n° 329 FS-PB), Sté Transports du Val-d'Oise c/ Union départementale CGT : RJS 4/12 n° 371, Bull. civ. V n° 40 ; n° 11-18.497 (n° 333 FS-D), Bouhadjila c/ TVO.**

À noter

Cet arrêt reprend des solutions antérieures à la **loi du 20 août 2008** admettant que les délégations syndicales appelées à négocier un protocole préélectoral ne comptent pas nécessairement le ou les délégués syndicaux dans l'entreprise et soient composées de salariés extérieurs à l'entreprise (voir notamment **Cass. soc. 4 juin 1980 et Cass. soc. 21 juillet 1986**), quand bien même les syndicats concernés y sont représentés par un délégué syndical (**Cass. soc. 6-5-1985 n° 84-60.879 (n° 1787 P), Sté L'union Commerciale Stoc c/CFDT : Bull. civ. V n° 276**).

Si les délégués syndicaux, parties à la négociation n'ont pas à justifier d'un **mandat spécial** de leur organisation syndicale pour conclure le protocole, les autres personnes, salariées ou non de l'entreprise, ne peuvent pas s'en dispenser.



AUTRES REPRÉSENTANTS SYNDICAUX

Les dispositions légales qui prévoient un accord entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées n'impliquent nullement que ces organisations doivent être représentées uniquement par des salariés de l'entreprise.

En conséquence, dans une entreprise comportant moins de cinquante salariés et n'ayant pas de représentation syndicale interne, le protocole d'accord préélectoral peut être signé par des représentants d'une organisation syndicale intéressée, extérieurs à l'entreprise. **Cass. soc. 4-6-1980 n° 79-10.991, Entreprise Quey c/Syndicat CFDT Construction Bois de l'Isère : Bull. civ. V n° 487.**

Dans le même sens : **Cass. soc. 21-7-1986 n° 85-60.543, SARL Nettoyage Vitex c/ L. : Bull. civ. V n° 412 ;**
Cass. soc. 11-1-1995 n° 94-60.181 (n° 246 D), CGT c/ Sté Ranno Entreprise.

Le mandat donné à une personne par une organisation syndicale aux fins de la représenter au cours de la négociation du protocole d'accord préélectoral se distingue de celui de délégué syndical. Lorsque l'un prend fin, l'autre n'est pas annulé pour autant.

Ainsi, le fait que le protocole d'accord préélectoral ait été signé par une personne dont le mandat de délégué syndical avait pris fin n'affecte pas la validité du protocole dès lors que l'intéressée justifiait avoir reçu de l'organisation syndicale concernée mandat de la représenter à la négociation du protocole. **Cass. soc. 20-1-1983 n° 82-60.355, Sté Recognition Équipement France c/CFDT : Bull. civ. V n° 31.**

Convocation des organisations syndicales intéressées

Selon l'article L.2314-5 du Code du travail, les organisations syndicales qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins 2 ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés, sont désormais informées, **par tout moyen** de l'organisation des élections et :

- invitées à négocier le protocole d'accord préélectoral
- invitées à établir les listes de leurs candidats aux fonctions de délégués du personnel.

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, y sont également invités cette fois-ci **par courrier**.

Si un délégué syndical ou un représentant de la section syndicale (RSS) a été désigné dans l'entreprise, courrier peut lui être directement adressé (**Cass. Soc. 6 juillet 2005, n°04-60421**) ou adressé au syndicat qui l'a désigné (**Cass. Soc. 2 mars 2005, n°05-60134**) ou par mesure de sécurité aux deux (**Cass. Soc. 21 novembre 2007, n°07-60023**).

La convocation à négocier le PAP s'effectue **deux mois (90 jours)** avant l'expiration du mandat des délégués en exercice.

L'invitation à négocier doit parvenir au plus tard quinze jours avant la date de la première réunion de négociation. (**Article L.2314-5 al.3 et 4**).

Personnes habilitées à signer

La négociation d'un protocole d'accord préélectoral n'est pas régie par les dispositions relatives à la négociation collective (**Cass. soc., 6 mai 1985, no 84-60.879 P**).

Le protocole peut donc être signé par toute personne ayant reçu **un mandat à cet effet** :

- un délégué syndical ;
- un RSS ;
- un salarié non protégé de l'entreprise ;
- ou encore une personne extérieure à l'entreprise.

2. COMMUNICATION PRÉALABLE D'INFORMATIONS PAR L'EMPLOYEUR

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.

Remarque

Ayant constaté que l'employeur n'avait pas fourni aux organisations syndicales appelées à la négociation l'ensemble des informations utiles à la détermination de

l'effectif et des listes électorales, le tribunal d'instance a décidé à bon droit l'annulation du document par lequel l'employeur avait fixé unilatéralement les modalités de l'élection et enjoint aux parties de négocier un protocole d'accord préélectoral.

Cass. soc. 13-5-2009 n° 08-60.530 (n° 975 F-PB), Sté Équant France c/ Syndicat CGT des salariés des activités postales et de télécommunications d'Ile-et-Vilaine: RJS 7/09 n° 652, Bull. civ. V n° 130 ; Cass. soc. 24-9-2013 n° 12-60.567 (n° 1574 F-D, Caisse d'allocations familiales des Hauts-de-Seine c/ Syndicat CGT de la CAF des Hauts-de-Seine.

Dans la première espèce, à défaut d'accord avec les organisations syndicales intéressées, l'employeur avait décidé seul des modalités d'organisation des élections.

Le juge d'instance a annulé les élections ayant eu lieu sur cette base et fait obligation à l'employeur de convoquer à nouveau les organisations syndicales en vue de la négociation d'un protocole et de communiquer à celles qui le demanderaient tous les documents nécessaires à la détermination des effectifs de l'entreprise.

L'employeur avait en effet refusé, lors de la précédente négociation, de fournir les documents nécessaires à cette détermination, notamment les données résultant du recours à de nombreuses entreprises sous-traitantes. Or, on connaît l'importance de la détermination des effectifs et on se souvient que l'employeur étant tenu d'établir la liste électorale, il lui appartient, en cas de contestation, de fournir les éléments nécessaires au contrôle de sa régularité. Dans ces conditions, plus qu'une absence d'accord préélectoral, il y avait eu absence de négociation loyale.

Dans le cadre de la négociation préélectorale, l'employeur doit, en application de son **obligation de loyauté**, fournir aux syndicats participant à cette négociation, s'ils le demandent, les éléments nécessaires au contrôle de l'effectif et des listes électorales.

Pour satisfaire à cette obligation, l'employeur peut soit mettre à disposition de ces syndicats le registre unique du personnel et les DADS des années concernées (jusqu'en 2018) dans des conditions permettant l'exercice effectif de leur consultation, soit leur communiquer des copies ou extraits desdits documents, expurgés des éléments confidentiels, notamment relatifs à la rémunération des salariés. **Cass. soc. 6-1-2016 n° 15-10.975 (n° 37 FS-PB), Union départementale UNSA c/Sté Bellefontaine : RJS 3/16 n° 194).**

Détermination de l'effectif de l'entreprise : quelle est la compétence du juge d'instance ?

Cass. soc. 31-5-2017 n° 16-16.492 FS-PB et 16-16.493 FS-D492 FS-PB et 16-16.493 FS-D BS 8-9/17 inf. 607

M. Frouin, Prés. - Mme Salomon, Rapp. - M. Boyer, Av. gén. - SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, Av.

Attendu, selon le jugement attaqué (TI Martigues 18 avril 2016, contentieux des élections professionnelles), **que** le syndicat CGT des personnels du site chimique de l'établissement Kem One Lavéra et M. N. ont saisi le tribunal d'instance aux fins qu'il dise que l'effectif à prendre en compte pour les élections des institutions représentatives du personnel est fixé à un nombre supérieur à cinq cents salariés ; **que**, par jugement avant dire droit du 13 février 2015, le tribunal, après avoir reçu les

interventions volontaires du syndicat Force ouvrière des personnels des sites chimiques de la société Kem One Lavéra et du syndicat CFE-CGC des industries chimiques des Bouches-du-Rhône, a dit que l'effectif « organique » de l'établissement Kem One de Lavéra est fixé à trois cent quinze emplois et a ordonné à l'établissement Kem One de Lavéra de remettre aux organisations syndicales tous documents nécessaires au contrôle de l'effectif, et notamment les noms et coordonnées des entreprises ayant mis à disposition des salariés, les conventions conclues avec ces sociétés, les noms, prénoms, qualification et lieux d'affectation des salariés mis à disposition sur les vingt-quatre mois précédant le 30 juin 2014, le relevé des entrées et sorties des salariés mis à disposition au cours des vingt-quatre mois précédant le 30 juin 2014 ; **qu'**il a assorti sa décision d'une astreinte qu'il s'est réservé le pouvoir de liquider ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Kem One et la société AJ partenaires, agissant en la personne de M. S. et M. L. en leur qualité respective de commissaire à l'exécution du plan de redressement de la société Kem One et de mandataire judiciaire de la société Kem One font grief à l'arrêt de dire que l'effectif de l'établissement Kem One de Lavéra est supérieur à cinq cents salariés alors, selon le moyen :

1° / que dans le dispositif de sa requête en date du 7 octobre 2015 le syndicat CGT se bornait à demander au juge électoral de : « *Condamner la société Kem One à payer au syndicat CGT la somme de 20 100 euros à titre de liquidation de l'astreinte, somme à parfaire au jour du jugement, constater que la société Kem One n'établit pas que l'effectif de l'établissement de Lavéra est inférieur à cinq cents salariés, constater que le syndicat CGT du complexe pétrochimique de Lavéra est dans l'impossibilité de contrôler l'effectif présenté par la direction de l'établissement Kem One de Lavéra* » ; **qu'**en affirmant que le syndicat CGT aurait saisi le tribunal d'instance d'une requête tendant à dire et juger que « *l'effectif à prendre en compte, dans le cadre des élections des institutions représentatives du personnel est supérieur à cinq cents salariés* » (jugement p. 2), le tribunal d'instance a dénaturé les écritures susvisées en violation de l'article 1134 du Code civil et du principe selon lequel il est interdit au juge de dénaturer les pièces versées aux débats ;

2° / qu'en statuant comme il l'a fait et en faisant droit à cette prétendue demande, le tribunal d'instance a méconnu les termes du litige en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

3° / qu'en décidant que l'effectif de Kem One du site de Lavéra est supérieur à cinq cents salariés, le tribunal d'instance a statué ultra petita en violation de l'article 5 du code de procédure civile ;

Mais attendu que la société ayant demandé au tribunal de « *constater que l'effectif à retenir pour les élections des représentants du personnel de l'établissement Kem One Lavéra est inférieur à cinq cents salariés* » de sorte que le tribunal était effectivement saisi d'une demande de fixation de cet effectif, le moyen est inopérant ;

Mais sur le deuxième moyen :

Vu l'article 12 du code de procédure civile et les articles R. 2314-1 et R. 2324-1 du Code du travail ;

Attendu que pour dire que l'effectif à prendre en considération est supérieur à cinq cents salariés et supprimer l'astreinte provisoire, le jugement retient que la société Kem

On démontre qu'elle a mis en place des moyens humains supplémentaires pour collationner les documents prescrits et permettre leur examen par le syndicat, mais que face à l'incertitude qui subsiste, la société est défaillante dans son obligation de justifier de l'effectif à prendre en compte dans le cadre des élections des institutions représentatives du personnel et qu'il sera en conséquence jugé que l'effectif est supérieur à cinq cents salariés ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'état de ces constatations dont il résultait que l'employeur avait loyalement satisfait à son obligation de fournir aux organisations syndicales les informations nécessaires au contrôle de l'effectif des salariés, **il était de l'office du juge de fixer cet effectif en fonction des éléments produits ou d'ordonner la production de nouvelles pièces ou une mesure d'instruction**, le tribunal a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le troisième moyen :

Casse et annule, sauf en ce qu'il supprime l'astreinte provisoire prononcée le 13 février 2015, le jugement rendu le 18 avril 2016, entre les parties, par le tribunal d'instance de Martigues ;

Remet, en conséquence, sur les points restant en litige, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit jugement et, pour être fait droit, les **renvoie** devant le tribunal d'instance d'Aix-en-Provence.

Informations relatives aux salariés mis à disposition

Il appartiendra aux entreprises employeurs de salariés mis à disposition de fournir la liste de ces salariés aux entreprises utilisatrices, afin que les élections puissent être organisées régulièrement.

Sur la base des données fournies par le prestataire, l'entreprise utilisatrice fixe le décompte des effectifs et la liste électorale.

Circ. DGT 2008-20 du 13-11-2008 fiche 6, annexe.

Il appartient à l'employeur responsable de l'organisation de l'élection de fournir aux organisations syndicales les éléments nécessaires au contrôle des effectifs et de l'électorat et, s'agissant des salariés mis à disposition il doit, sans se borner à interroger les entreprises extérieures, fournir aux organisations syndicales les éléments dont il dispose ou dont il peut demander judiciairement la production par ces entreprises.
Cass. soc. 26-5-2010 n° 09-60.400 (n° 1127 FS-PBR), Syndicat Sud rail de Normandie c/ SNCF : RJS 8-9/10 n° 689, Bull. civ. V n° 114.

Remarque

La Cour de cassation contredit ainsi la doctrine administrative résultant de la circulaire DGT du 13 novembre 2008, selon laquelle l'employeur peut se limiter à des demandes d'information auprès des entreprises extérieures pour déterminer le nombre de salariés mis à sa disposition entrant dans son effectif.

En faisant reporter sur les entreprises prestataires le pouvoir de comptabiliser les effectifs, la circulaire du 13 novembre 2008 déroge aux dispositions légales imposant à l'employeur de négocier le protocole d'accord préélectoral de manière loyale, de déterminer l'effectif des salariés mis à disposition et de fournir aux syndicats participant à la négociation préélectorale tous les éléments nécessaires au contrôle de l'effectif de

l'entreprise, cette obligation, résultant de l'article L.1111-2 du Code du travail, étant une obligation de résultat et non de moyens.

Les courriers recommandés adressés aux prestataires de services, les réponses apportées par les prestataires et les réponses complémentaires de certains salariés mis à disposition sur leur choix de vote ne constituent pas des documents suffisamment pertinents pour contrôler l'effectif de l'entreprise. Par conséquent, il convient d'enjoindre aux sociétés en cause de remettre aux organisations syndicales appelées à la négociation du protocole préélectoral :

- la **liste** des noms, prénoms, qualifications et lieux d'affectation des **salariés mis à disposition** au cours des 24 mois précédents ;
- la liste des noms et coordonnées de **sociétés** ayant mis ces salariés à disposition ;
- les **conventions** conclues avec les sociétés prestataires portant sur des mises à disposition ;
- les **relevés de badgeage** des sites concernés sur les 24 mois précédents faisant apparaître les entrées et sorties des salariés mis à disposition sauf à démontrer une impossibilité d'ordre technique.

TI Asnières 15-3-2010 n° 11-10-00027, Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT c/ Sté UPS SCS SAS 5 : RJS 6/10 n° 534.

Dans ce jugement précédant de quelques mois l'arrêt de la Cour de cassation du 26 mai 2010, le tribunal d'instance d'Asnières écartait l'application de la circulaire du 8 novembre 2008 et jugeait qu'il revient à l'employeur d'effectuer lui-même les recherches nécessaires au décompte des salariés mis à disposition de l'entreprise entrant dans l'effectif de celle-ci, et de fournir ces éléments aux syndicats participant à la négociation du protocole préélectoral.

Le jugement présente un intérêt pratique, car il fournit des exemples de documents que l'employeur peut fournir aux organisations syndicales pour satisfaire à cette obligation.

3. OBJET DES NÉGOCIATIONS

NÉGOCIATIONS OBLIGATOIRES

Les textes relatifs aux élections des représentants du personnel imposent une négociation entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales sur un certain nombre de points :

- détermination du nombre et de la composition des collèges électoraux et répartition du personnel dans les collèges électoraux ;
- détermination du nombre et répartition des sièges entre les différentes catégories de salariés ;
- modalités d'organisation et de déroulement du vote ;
- dans les entreprises à établissements multiples, reconnaissance ou perte de cette qualité, répartition des sièges entre les différents établissements et les différentes catégories de salariés dans le cas d'institution de comités d'établissement ;
- représentation de certains salariés (travaillant en équipes successives ou dans des conditions qui les isolent des autres salariés), pour l'élection des délégués du personnel.

Nouveau

La répartition du personnel et des sièges entre les collèges peut être effectuée par l'employeur

Comme auparavant, la répartition du personnel et des sièges dans les collèges électoraux doit, en principe, être précisée dans le protocole préélectoral (**C. trav. art. L. 2314-13, al. 1**).

Deux exceptions sont toutefois prévues, la seconde étant une nouveauté :

- lorsqu'au moins une organisation syndicale, représentative ou non, a répondu à l'invitation à négocier de l'employeur, **mais qu'aucun accord n'a pu être obtenu**, c'est à l'autorité administrative de décider de cette répartition (**C. trav. art. L. 2314-13, al. 3**) ;
- lorsqu'aucune organisation syndicale représentative dans l'entreprise n'a pris part à la négociation, c'est à l'employeur de répartir le personnel et les sièges dans les collèges électoraux (**C. trav. art. L.2314-14**).

Remarque

La combinaison de ces dispositions pourrait, dans certains cas, poser des difficultés d'application. Par exemple, si seul un syndicat non représentatif répond à l'invitation de l'employeur, on se trouve à la fois dans la première situation (aucun accord respectant la condition de double majorité ne pourra être obtenu en l'absence de syndicat représentatif) et dans la seconde. On peut alors se demander qui de l'autorité administrative ou de l'employeur sera compétent pour répartir le personnel et les sièges dans les collèges.

Les salariés mis à disposition ne sont plus jamais éligibles dans l'entreprise utilisatrice

Désormais, les salariés mis à disposition, autres que les salariés temporaires et ceux en portage salarial, ne sont pas éligibles au CSE de l'entreprise utilisatrice (**C. trav. art. L.2314-23, al. 1**).

Auparavant, ils étaient éligibles, à certaines conditions, aux fonctions de DP. Ils n'étaient déjà pas éligibles aux fonctions de membres du CE

La composition équilibrée des listes de candidats est légèrement assouplie

Pour le CSE, comme pour le CE et les DP auparavant, les listes, titulaires et suppléants (**C. trav. art. L.2314-30, al. 7**), comportant plusieurs candidats doivent être composées d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant à leur part respective sur la liste électorale et présenter alternativement un candidat de chaque sexe (**C. trav. art. L.2314-30, al. 1**).

L'ordonnance introduit une légère souplesse dans la composition de ces listes. En effet, il est désormais prévu que si l'application des règles précitées conduit à **exclure totalement** la représentation de l'un ou l'autre sexe, les listes de candidats pourront

comporter un candidat du sexe qui, à défaut, ne serait pas représenté. Toutefois, ce candidat ne pourra pas être en première position sur la liste (**C. trav. art. L.2314-30, al. 6**).

Les établissements distincts

Dans les entreprises comportant au moins deux établissements distincts, des CSE d'établissements et un CSE central d'entreprise sont constitués (**L.2313-1 al.2**)

Le nombre et le périmètre des établissements distincts sont désormais déterminés par accord collectif d'entreprise (L.2313-2) (et non plus par le protocole d'accord préélectoral) ou, à défaut, par un accord entre l'employeur et le CSE ou, à défaut, par l'employeur qui **tient compte de l'autonomie de gestion du responsable d'établissement, notamment en matière de gestion du personnel (nouveau critère)** (**L.2313-4**)

En cas de litige, c'est l'autorité administrative qui doit trancher (**L.2313-5**).

La perte de la qualité d'établissement distinct entraîne la cessation des fonctions du CSE sauf accord collectif d'entreprise ou à défaut accord entre l'employeur et le CSE permettant l'achèvement des mandats (**L.2313-6**).

NÉGOCIATIONS FACULTATIVES

Les dispositions législatives et réglementaires prévoient les conditions d'ancienneté pour être électeur ou éligible, le nombre de sièges, le nombre et la composition des collèges ; néanmoins, le protocole d'accord préélectoral peut aménager des dispositions plus favorables que la réglementation :

- abaissement ou suppression des conditions d'ancienneté pour être électeur ou éligible,
- augmentation du nombre de sièges, modification du nombre de collèges et de leur composition (**Circ. DRT 12 du 17-3-1993 n° 2.1.2.1**).

Sur ces thèmes, pour déroger à la loi, la négociation suivie de la conclusion d'un accord est nécessaire.

Si les négociations aboutissent à un **accord**, les clauses facultatives doivent respecter les principes généraux du droit électoral. Elles ne peuvent pas déroger aux prescriptions d'ordre public, notamment celles qui concernent les conditions d'électorat et d'inscription des salariés sur les listes électorales.

NOUVEAU

Contenu du protocole : de nouvelles négociations facultatives sont possibles

L'ordonnance 2017-1386 du 22-9-2017 art. 1^{er}, I introduit de nouveaux sujets facultatifs. Ainsi, désormais, le protocole préélectoral peut aussi :

- modifier le **nombre de sièges** ou le **volume des heures** individuelles de délégation dès lors que le volume global de ces heures au sein de chaque collège est, au moins égal à celui résultant des dispositions légales au regard de l'effectif de l'entreprise (**C. trav. art. L.2314-7**) ;

- déroger aux dispositions légales fixant à 3 le nombre de mandats successifs (**C. trav. art. L.2314-33, al. 2**).

À noter

La modification du nombre de sièges ne sera possible qu'à condition que le volume global de ces heures, au sein de chaque collège, soit au moins égal à celui résultant des dispositions légales au regard de l'effectif de l'entreprise.

L'organisation des élections en dehors du temps de travail peut également faire l'objet d'un accord.

B. CONCLUSION D'UN ACCORD

Si un accord est trouvé et répond aux conditions de validité exposées ci-après, les élections devront se dérouler conformément à ses dispositions.

Le protocole d'accord préélectoral doit respecter les **principes généraux du droit électoral**.

Il ne résulte d'aucun texte que le protocole préélectoral doit être matérialisé par **un seul** et même **accord global** sur l'ensemble des matières relevant de la négociation.

Cass. soc. 28-9-2011 n° 10-27.370 (n° 1807 FS-PB), Fédération française des syndicats CFDT banques et sociétés financières c/Crédipar : RJS 12/11 n° 1005, Bull. civ. V n° 202.

Aucun texte n'exige que le protocole soit **signé en même temps** par toutes les organisations syndicales ni que les signatures de celles-ci soient apposées **sur le même exemplaire**.

Cass. soc. 9-7-1974 n° 74-60.065 : Bull. civ. V n° 428.

L'absence d'indication de la **date** à laquelle le protocole préélectoral a été **signé** n'affecte pas sa validité.

Cass. soc. 7-5-2002 n° 00-60.487 (n° 1493 FS-P), Union locale CGT c/ Sté Trans-Service : RJS 7/02 n° 852, Bull. civ. V n° 144.

Bien que non signé par une des organisations syndicales, un protocole préélectoral **daté** du 1^{er} avril et **affiché** le 2, peut valablement prévoir une date limite de dépôt des candidatures le 4 avril, dès lors que cette organisation :

- a donné son **accord** au protocole dès le 1^{er} avril ;
- a **signé** le protocole le 10 avril.

Par suite, une candidature déposée le 5 avril a valablement été rejetée.
Cass. soc. 21-5-1986 n° 85-60.530 (n° 1237 P), Sté Polyclinique du parc Rambot c/ Gassier : Bull. civ. V n° 222

Remarque

Solution rendue à une époque où la jurisprudence exigeait que le protocole d'accord préélectoral soit conclu à l'unanimité des organisations syndicales représentatives, ce qui n'est plus le cas désormais.

Toutefois, cet arrêt apporte des précisions intéressantes concernant l'entrée en vigueur des dispositions du protocole préélectoral. Sans donner de principe très clair, il semble admettre implicitement que le protocole s'applique dès sa publication, notamment dans ses dispositions concernant le dépôt des listes de candidats.

1. CONDITIONS DE MAJORITÉ

a) Condition de double majorité

Sauf dispositions législatives contraires, la validité du protocole d'accord préélectoral conclu entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées est subordonnée à sa signature par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation, dont les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise.

Les règles applicables sont issues **l'article L.2314-6 modifié par l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 - art. 1**

Clauses concernées

L'ordonnance a totalement réécrit le Code du travail en instaurant le CSE. Cependant, de nombreuses dispositions relatives à la mise en place du comité sont inchangées, outre celles détaillées ci-dessous :

- règle de double majorité du protocole préélectoral (**C. trav., art. L. 2314-6**) ;
- dispositions relatives aux collèges électoraux (alignés sur ceux du CE) (**C. trav., art. L. 2314-11 et s.**) ;
- dispositions relatives à l'électorat et l'éligibilité (**C. trav., art. L. 2314-18 et s.**) ;
- dispositions relatives au mode de scrutin et au résultat des élections (**C. trav., art. L. 2314-26 et s.**) ;
- dispositions relatives aux contestations des élections (**C. trav., art. L. 2314-32**).

L'article L.2314-6 du Code du travail prévoit que la condition de double majorité spécifique au protocole d'accord préélectoral s'applique **sauf dispositions législatives contraires**.

Autrement dit, la condition de double majorité est la condition de validité de **droit commun** et s'applique à toutes les clauses du protocole préélectoral, sauf exception prévue par la loi.

Ces dispositions sont issues de l'article 30 de la **loi du 5 mars 2014 (Loi 2014-288 du 5-3-2014 : JO 6 p. 4848)**, entrée en vigueur le 7 mars 2014. Elles reprennent une solution jurisprudentielle du 6 octobre 2011.

Définition

La validité de l'accord préélectoral est subordonnée à une double condition de majorité

- il doit être signé par la **majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation**, c'est-à-dire par les organisations syndicales intéressées ;
- parmi ces organisations** signataires, il doit y avoir 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.

En effet, dès lors que la participation aux négociations préélectorales était ouverte à l'ensemble des organisations syndicales, il était nécessaire de prévoir des règles spécifiques de validité de l'accord préélectoral.

Circ. DGT 2008-20 du 13-11-2008 fiche 6 n° 1-2-1.

Doivent être considérées comme ayant **participé à la négociation** d'un protocole préélectoral les organisations syndicales qui, invitées à celle-ci, s'y sont présentées, même si elles ont ensuite décidé de s'en retirer.

Cass. soc. 26-9-2012 n° 11-60.231 (n° 1855 FS-PBRI), CFTC Métallurgie Bouches-du-Rhône c/ Sté Avis : RJS 11/12 n° 889, Bull. civ. V n° 241.

À noter

En pratique, il sera donc prudent, lors de la première réunion de négociation, de rédiger un **procès-verbal mentionnant les organisations** présentes.

La Cour de cassation ne reprend pas la solution d'un tribunal administratif, qui avait jugé que pour apprécier la validité de l'accord préélectoral, au regard de la condition de « *double majorité* » posée par les **anciens articles L.2314-3-1 et L.2324-4-1 du Code du travail**, les organisations syndicales ayant participé à la négociation correspondent aux organisations habilitées à conclure un accord préélectoral et dont les délégués étaient effectivement présents lors de la réunion à l'issue de laquelle l'accord préélectoral a été signé, même sans rester jusqu'au terme de cette réunion (**TA Cergy-Pontoise, juge des référés, 3-11-2011 n° 1108330, Sté Avis : RJS 1/12 n° 62**).

Lorsque l'employeur a préalablement satisfait à ses obligations de convocation et de négociation du protocole préélectoral, que se passe-t-il si **un seul syndicat** négocie et signe le protocole ?

Dans ce cas, la signature du protocole est valable puisqu'il est signé par le seul négociateur : l'ensemble des négociateurs l'a signé.

Circ. DGT 6 du 27-7-2011 question 2.

Lorsque la validité des clauses du protocole d'accord préélectoral est subordonnée à une double condition de majorité, s'il n'y a **pas d'organisation syndicale représentative**, seule la première condition de majorité est applicable. Le protocole doit être signé par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation.

Circ. DGT 6 du 27-7-2011 question 1.

Première condition

Si **deux syndicats** (pour lesquels on ne dispose pas de suffrages exprimés) **négocient** et qu'**un seul signe**, le protocole préélectoral n'est pas valablement signé : la condition de majorité n'est pas remplie en présence d'un seul signataire sur les deux ayant participé à sa négociation.

Circ. DGT 6 du 27-7-2011 question 3.

À noter

On peut penser que la solution serait la même si on disposait des suffrages exprimés, puisque même dans ce cas la condition de signature par la majorité des syndicats ayant participé à la négociation ne serait pas remplie.

Seconde condition

La seconde condition impose que parmi les organisations signataires, il y ait 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.

Le nombre de voix recueillies par les organisations syndicales à prendre en considération pour le **décompte des suffrages exprimés** en leur faveur est le nombre de suffrages exprimés au profit de chaque liste, quand bien même les noms de certains candidats de la liste auraient été rayés.

Cass. soc. 6-1-2011 n° 10-17.653 (n° 81 FS-PBRI) : RJS 3/11 n° 247, Bull. civ. V n° 10.

Remarque

La Cour de cassation précise dans cet arrêt que chaque bulletin se prononçant pour une liste doit être pris en compte pour une unité, sans tenir compte des éventuelles ratures portées sur les noms de certains candidats.

Le **pourcentage attribué à la CFE-CGC**, dans le cadre de la validité du protocole préélectoral, est calculé à partir des suffrages exprimés en sa faveur rapportés à l'ensemble des suffrages exprimés au niveau de l'ensemble de l'entreprise.

En pratique, la situation dans laquelle les **résultats** des dernières élections professionnelles ne sont **pas disponibles** correspond aux hypothèses suivantes :

- l'entreprise organise pour la première fois des élections professionnelles ;

- lors de précédentes élections, aucune organisation syndicale ne s'était présentée aux suffrages.

Elle a pu également correspondre à la situation où, en l'absence de quorum aux précédentes élections, les résultats du premier tour n'ont pas été dépouillés comme cela a pu être le cas avant la loi du 20 août 2008.

Exemples

Exemple 1 : les **résultats des dernières élections** professionnelles sont **disponibles**.

Dans ce cas, la validité du protocole d'accord préélectoral est subordonnée à sa signature par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation, dont les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles.

OS ayant participé à la négociation du protocole	Nombre de voix recueillies aux précédentes élections	Organisations syndicales ayant signé le protocole			
		Cas n° 1	Cas n° 2	Cas n° 3	Cas n° 4
OS 1 (1)	55 %	X	X		X
OS 2 (1)	30 %			X	
OS 3 (1)	15 %	X	X	X	
OS 4	0 %	X		X	X
OS 5	0 %	X		X	X
(1) Organisations syndicales représentatives lors des dernières élections.					

Cas n° 1 : le protocole préélectoral est valable, car il est signé par la majorité des organisations syndicales en nombre (4 sur 5), dont les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages aux précédentes élections (70 %).

Cas n° 2 : le protocole préélectoral n'est pas valable, car il n'a pas été signé par la majorité des organisations syndicales ayant participé à la négociation (2 sur 5).

Cas n° 3 : le protocole préélectoral n'est pas valable, car les organisations syndicales représentatives l'ayant signé ne représentent pas la majorité des suffrages exprimés lors des précédentes élections (45 %).

Cas n° 4 : le protocole préélectoral est valable, car il est signé par la majorité des organisations syndicales en nombre (3 sur 5), dont les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages aux précédentes élections (55 %).

Exemple 2 : les **résultats des dernières élections** professionnelles ne sont **pas disponibles**.

Dans ce cas, la validité du protocole préélectoral est subordonnée à sa signature par la

majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation, dont la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise.

Dans l'exemple ci-dessous, on suppose que l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise a participé à la négociation du protocole d'accord préélectoral.

OS ayant participé à la négociation du protocole	Organisations syndicales ayant signé le protocole		
	Cas n° 1	Cas n° 2	Cas n° 3
OS 1 (1)	X	X	X
OS 2 (1)	X	X	
OS 3 (1)		X	
OS 4			X
OS 5	X		X
(1) Organisations syndicales représentatives dans l'entreprise.			

Cas n° 1 : le protocole préélectoral est valable, car il est signé par la majorité des organisations syndicales en nombre (3 sur 5), dont la majorité des organisations syndicales représentatives (2 sur 3).

Cas n° 2 : le protocole préélectoral est valable, car il est signé par la majorité des organisations syndicales en nombre (3 sur 5), dont la majorité des organisations syndicales représentatives (3 sur 3).

Cas n° 3 : le protocole préélectoral n'est pas valable, car il n'est pas signé par la majorité des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise (1 sur 3).

b) Condition d'unanimité

Clauses concernées

Compte tenu de la rédaction des textes faisant référence à un accord avec « *l'ensemble des organisations syndicales représentatives* » ou « *toutes les organisations syndicales représentatives* », l'exigence d'unanimité demeure pour :

- la modification du **nombre et de la composition des collèges électoraux (L.2314-12)**
- **l'organisation du scrutin hors temps de travail**, sauf s'il s'agit d'un vote électronique (L.2314-27).

Organisations syndicales concernées

Si l'unanimité est requise, elle concerne les seuls syndicats **représentatifs dans l'entreprise**.

Les articles du Code du travail qui imposaient, dans le cadre de la préparation des élections, un accord avec l'ensemble des syndicats représentatifs « existant » dans l'entreprise ont été modifiés pour faire simplement référence à un accord avec l'ensemble des syndicats représentatifs dans l'entreprise, par la **loi du 5 mars 2014 (Loi 2014-288 du 5-3-2014 art. 30 : JO 6 p. 4848)**.

2. COMMUNICATION

Le Code du travail n'envisage la communication de l'accord préélectoral que dans l'hypothèse où celui-ci modifie le nombre et la composition des collèges électoraux (**L.2314-12 al.3**)

En dehors de ce cas précis, la communication du protocole à l'administration ou son affichage dans l'entreprise ne sont pas prévus.

Il est toutefois conseillé aux parties de prévoir des mesures de publicité. En effet, si, en l'absence de telles dispositions, le défaut de publicité ne constitue pas en soi un motif d'annulation des élections, un salarié lésé par l'absence de publicité pourrait obtenir l'annulation des élections.

Ayant examiné en détail le déroulement des opérations électorales et leur préparation, un tribunal après avoir constaté qu'aucune irrégularité ne pouvait être relevée a pu estimer qu'en l'espèce l'absence d'affichage par l'employeur de l'accord préélectoral et d'explications particulières sur les modalités pratiques arrêtées n'entraînait pas l'annulation des élections. **Cass. soc. 6-7-1983 n° 82-60.256, G. c/ Sté Les fils de Henri Ramel : Bull. civ. V n° 401.**

Dans le même sens : **Cass. soc. 9-7-1981 n° 81-60.561 (n° 1616) : Bull. civ. V n° 693.**

Le tribunal d'instance ne peut débouter un salarié de sa demande d'annulation des élections professionnelles en retenant qu'il a notifié sa liste après la date limite de dépôt des candidatures fixée par le protocole d'accord préélectoral, sans rechercher si ce salarié avait eu connaissance de cette date, le protocole n'ayant fait l'objet d'aucunes publicités. **Cass. soc. 5-1-2005 n° 03-60.467 (n° 26 F-D), T. c/ Sté SIN et Stés Agence IDF Ouest de la SA SIN et Stés: RJS 4/05 n° 410.**

À noter

Il va de soi que la date limite de dépôt des listes de candidatures doit faire l'objet d'une large publicité afin de permettre aux candidats de se manifester dans les délais. Ainsi, lorsque le protocole préélectoral fixe une telle date, celle-ci ne pourra être opposable aux candidats, et entraîner le rejet des candidatures tardives, que si elle a été portée à la connaissance de l'ensemble du personnel. C'est cette règle de bon sens qui est ici rappelée par la Cour de cassation. À défaut de publicité de la date limite fixée par l'accord préélectoral, les candidats pourront donc se manifester aussi longtemps qu'il sera matériellement possible de prendre en compte leurs candidatures sans perturber le bon déroulement des élections à la date prévue.

3. PORTÉE

ACCORD MAJORITAIRE

Le protocole d'accord préélectoral conclu dans les conditions de majorité prévues par le Code du travail doit être appliqué et respecté par ses signataires, qu'il s'agisse de l'employeur ou des organisations syndicales l'ayant ratifié, ainsi que par les autres participants aux élections, notamment les candidats aux élections. Même le juge doit respecter les termes de l'accord.

Les parties à l'accord peuvent néanmoins se mettre d'accord pour le modifier.

Le **chef d'entreprise** ne peut unilatéralement modifier les modalités d'**organisation et de déroulement des opérations électorales** arrêtées par le protocole négocié. **Cass. soc. 12-7-2006 n° 05-60.332 (n° 1962 FS-PB), C. c/ Syndicat Force Ouvrière : RJS 11/06 n° 1205, Bull. civ. V n° 251.**

Dans le même sens : **Cass. soc. 26-10-2011 n° 10-27.134 (n° 2116 F-PB), Sté Adecco France c/ Union départementale des syndicats FO du Rhône : RJS 1/12 n° 63, Bull. civ. V n° 242.**

Les modalités d'organisation du scrutin, fixées par un protocole préélectoral dont la régularité n'est pas contestée, s'imposent à l'employeur et aux organisations syndicales. **Cass. soc. 2-7-2014 n° 14-11.915 (n° 1383 F-D), Sté Brink's évolution c/ M.**

Le **tribunal d'instance** n'a pas à vérifier l'**effectif de l'entreprise** retenu pour l'élection dès lors qu'il constate par une décision motivée que cet effectif a été fixé par l'accord préélectoral valablement signé. **Cass. soc. 4-12-2002 n° 01-60.774 (n° 3517 F-D), Syndicat des banques parisiennes CFDT c/ Syndicat national de la banque.**

En présence d'un accord préélectoral applicable, le juge d'instance ne peut modifier la répartition des sièges entre les collèges prévue par celui-ci. **Cass. soc. 10-12-1987 n° 87-60.032 (n° 4492 P), Ets Maris c/Franch : Bull. civ. V n° 723.**

ACCORD MINORITAIRE

Lorsque les conditions de majorité du protocole préélectoral ne sont pas remplies, cette circonstance ne rend pas irrégulier le protocole préélectoral, mais a pour effet de permettre à la partie qui peut y avoir intérêt de saisir le juge d'instance d'une demande de fixation des modalités d'organisation et de déroulement du scrutin.

Cass. soc. 6-10-2011 n° 11-60.035 (n° 1812 FS-PBR), Union locale CGT Vitrolles et sa Région c/ Clinique générale de Marignane : RJS 12/11 n° 1004, Bull. civ. V n° 228.

ACCORD INCOMPLET

Dès lors que, pour une élection, un accord préélectoral a été conclu, le chef d'entreprise ne peut être contraint d'inviter les organisations syndicales représentatives

à négocier un nouveau protocole sur les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales qui n'auraient pas été prévues initialement. En de telles circonstances, il appartient aux intéressés de saisir le juge d'instance ou à l'employeur de fixer ces modalités. **Cass. soc. 13-6-1989 n° 88-60.715 (n° 2439 P), Syndicat des marins de commerce c/ Sté morbihannaise et nantaise de navigation : RJS 7/89 n° 604, Bull. civ. V n° 437.**

À noter

Il résulte de cet arrêt qu'une fois conclu, le protocole d'accord préélectoral est valable pour les deux tours de scrutin, quand bien même il serait incomplet et omettrait de fixer, comme en l'espèce, la date et les modalités du second tour. La Cour de cassation a, en l'occurrence, décidé qu'en pareil cas, les intéressés pouvaient saisir le tribunal d'instance.

Cela étant, si le juge n'est pas saisi, malgré l'absence d'accord ou une lacune dans cet accord, c'est à l'employeur de fixer les modalités du scrutin.

4. DURÉE DE VALIDITÉ, RÉVISION, DÉNONCIATION

DURÉE DE VALIDITÉ DE L'ACCORD

Le protocole d'accord préélectoral n'est valable que pour les élections pour lesquelles il a été conclu. (**Cass. soc. 21-5-2003 n° 01-60.742 (n° 1424 FS-P), Sté Camaïeu international c/ CFDT services de Roubaix-Tourcoing Vallée de la Lys : RJS 11/03 n° 1293, Bull. civ. V n° 170**) ; en ce sens également : **Cass. soc. 10-3-1976 n° 75-60.137, L. c/ Caisse régionale de Crédit Mutuel agricole de Quimper : Bull. civ. V n° 149 ; Cass. soc. 26-6-2000 n° 99-60.153 (n° 2933 FS-P), Syndicat CGT de l'établissement de Saint-Jean-de-Maurienne de la SA Aluminium Pechiney c/M. : RJS 11/00 n° 1108, Bull. civ. V n° 239**).

RÉVISION DE L'ACCORD

Les parties à l'accord peuvent décider ensemble de modifier l'accord, même s'il a été validé par le juge.

En revanche, le chef d'entreprise ne peut pas unilatéralement modifier les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales arrêtées par le protocole négocié.

Si des modifications négociées entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales intéressées peuvent être apportées à un protocole préélectoral, ces modifications, y compris lorsqu'elles portent sur le calendrier électoral, ne peuvent résulter que d'un avenant soumis aux mêmes conditions de validité que le protocole lui-même. **Cass. soc. 26-10-2011 n° 10-27.134 (n° 2116 F-PB), Sté Adecco France c/ Union départementale des syndicats FO du Rhône : RJS 1/12 n° 63, Bull. civ. V n° 242.**

Dans le même sens : **Cass. soc. 28-3-2012 n° 11-19.021 (n° 762 F-D), Syndicat CGT et IGICT-CGT de la Sté Eurocopter Marignane c/Sté Eurocopter Marignane ; Cass.**

soc. 25-1-2016 n° 14-25.625 (n° 170 F-D), Sté Transport Boniface c/ Syndicat Centrale syndicale des travailleurs martiniquais (CSTM).

L'homologation par une décision judiciaire d'un protocole d'accord préélectoral ne fait pas obstacle à ce que des modifications négociées entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales intéressées lui soient apportées et l'absence d'unanimité de ce protocole modifié se substituant au premier a pour seule conséquence de permettre à la partie non signataire qui conteste ses modalités de saisir le tribunal d'instance. **Cass. soc. 20-11-2002 n° 01-60.605 (n° 3306 F-P), Fédération CGT c/ Sté Bouygues travaux publics : RJS 4/03 n° 489, Bull. civ. V n° 348.**

À noter

Aux termes de **l'ancien article L.2314-23 (L.2314-28 nouv.) du Code du travail**, le juge d'instance est compétent pour fixer les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales sur lesquelles aucun accord n'a pu intervenir. Interprétant largement ce texte, la Cour de cassation juge qu'il est également compétent pour compléter un accord incomplet.

C'est dans le cadre de ce texte qu'était intervenu en l'espèce le tribunal d'instance pour « homologuer » les dispositions d'un protocole préélectoral qui avait été conclu.

Selon la Cour de cassation, cette décision du tribunal d'instance ne prive pas l'employeur et les organisations syndicales intéressées de leur droit de modifier ultérieurement l'accord, une nouvelle décision du tribunal d'instance n'étant pas nécessaire à cette fin.

Si la validation par une décision judiciaire d'un protocole préélectoral ne fait pas obstacle à ce que des modifications négociées entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales intéressées lui soient apportées, ces modifications ne peuvent résulter que d'un avenant soumis aux mêmes conditions de validité que le protocole lui-même. Tel n'est pas le cas d'une simple proposition de l'employeur de signer un nouvel accord préélectoral dont il n'est pas contesté qu'elle a été refusée par les organisations syndicales. **Cass. soc. 7-7-2010 n° 09-60.449 (n° 1406 F-D), Association Pôle Thermal d'Amnéville-les-Thermes c/ Union départementale Force ouvrière.**

Dénonciation de l'accord

Forme

Ni les textes, ni la jurisprudence n'imposent de formalisme particulier pour dénoncer un protocole préélectoral.

Une **lettre** envoyée ou remise à l'employeur suffit.

(En ce sens : **Cass. soc. 22-7-1975 n° 75-60.103, Fédération des cadres de la maîtrise et des techniciens CGC c/ Syndicat de la Métallurgie de Fos et de l'Étang de Berre : Bull. civ. V n° 419).**

La dénonciation d'un protocole électoral n'est pas soumise aux conditions du Code du travail prévues pour la dénonciation des accords collectifs. Il s'ensuit qu'en proposant un nouvel accord électoral puis en saisissant le tribunal d'instance, un employeur a manifesté la volonté claire et non équivoque de dénoncer les protocoles antérieurs.

Cass. soc. 22-2-1996 n° 95-60.566 (n° 829 P), Rhône-Poulenc Chimie c/ Syndicat CGT : RJS 4/96 n° 425, Bull. civ. V n° 64.

Après avoir constaté que les élections, fixées aux 10 et 22 décembre 1999 par un protocole préélectoral du 25 novembre 1999, n'avaient pas eu lieu et que postérieurement l'employeur avait invité toutes les parties intéressées à une nouvelle négociation, le tribunal d'instance a retenu à juste titre que le premier accord préélectoral, valablement dénoncé, ne pouvait pas avoir effet et que celui du 4 janvier 2000 avait été régulièrement établi. **Cass. soc. 20-3-2002 n° 00-60.176 (n° 1093 FS-P), F. c/Sté Groupe Ingérop : Bull. civ. V n° 97.**

Effets

Le Code du travail ne précise pas les conséquences de la dénonciation du protocole préélectoral.

Il ressort de la jurisprudence que ces conséquences sont différentes selon l'auteur de la dénonciation.

Si la dénonciation émane de l'**employeur**, l'accord ne peut pas produire effet (en ce sens, **Cass. soc. 20 mars 2002**).

S'agissant des clauses du protocole préélectoral soumises à une condition de signature unanime des organisations syndicales intéressées, la dénonciation d'une clause par l'un de ces signataires devrait suffire à remettre en cause sa validité.

En effet, sous l'empire de sa jurisprudence antérieure, subordonnant la validité de l'ensemble du protocole préélectoral à sa signature par toutes les organisations syndicales intéressées, la Cour de cassation considérait que cette validité ne pouvait pas être prolongée dès lors qu'il était explicitement dénoncé par l'une des organisations signataires. (**Cass. soc. 5-12-1973 n° 72-60.134, Sté Campenon-Bernard Europe c/ Union Générale du Bâtiment CGT : Bull. civ. V n° 627 ; Cass. soc. 22-7-1975 n° 75-60.103, Fédération des cadres de la maîtrise et des techniciens CGC c/ Syndicat de la Métallurgie de Fos et de l'Étang de Berre : Bull. civ. V n° 419**).

Cette position paraît encore valable pour les clauses pour lesquelles l'unanimité demeure exigée.

S'agissant des clauses dont la validité est soumise à la condition de double majorité des organisations syndicales signataires, deux hypothèses peuvent être distinguées :

- soit, la condition de double majorité est encore remplie, malgré la dénonciation de l'un ou plusieurs des signataires : dans ce cas, on peut penser que le protocole préélectoral n'est pas remis en cause ;
- soit, cette condition n'est plus remplie : on peut penser que les règles dégagées par la Cour de cassation pour les accords minoritaires pourraient alors être applicables.

C. ÉCHEC DES NÉGOCIATIONS.

Si la négociation n'aboutit pas à un accord, l'employeur doit saisir l'administration afin qu'elle procède à la répartition du personnel dans les collèges électoraux et des sièges entre les différentes catégories de personnel.

S'agissant des modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales, l'employeur ou les syndicats intéressés peuvent saisir le juge. Dans ce cas, ce dernier statue en la forme des référés, c'est-à-dire non comme juge des référés, mais comme juridiction de fond. À défaut de saisine du juge, il appartient à l'employeur de fixer les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales.

L'employeur doit en outre effectuer les démarches qui lui reviennent habituellement :

- établir les **listes électorales** propres à chaque collège, en se conformant à la décision de l'administration ;
- assurer la réception et la publicité des **listes de candidats** ;
- **informer les électeurs** sur la tenue du scrutin ;
- assurer l'**organisation matérielle** du vote (mise à disposition de bulletins, d'isoloirs, etc.).

À savoir

Le tribunal d'instance ne peut pas contraindre l'employeur à inviter une nouvelle fois les syndicats intéressés à négocier (**Cass. soc. 26-9-1989 n° 88-60.709 D : RJS 11/89 n° 866**)