

INTRODUCTION

Il y a fort à imaginer que l'acquisition de ce guide ne soit pas le fait d'un simple hasard. Il est même certain que votre démarche s'inscrit à plus ou moins long terme avec pour objectif, d'organiser vos prochaines élections professionnelles.

Mise en place ou renouvellement de vos instances, la tâche qui vous attend n'est que très rarement appréciée par les directions et les services des ressources humaines. Stress légitime ou mauvaise appréciation de ce qui est souvent présenté comme une difficulté, en raison du caractère très ponctuel de cette obligation qui procure souvent un sentiment d'éternel recommencement.

Une réalité renforcée et complexifiée par les nouveaux enjeux introduits par la loi du 20 août 2008, et par l'ordonnance du 22 Septembre 2017. Ainsi la notion d'audience électorale qui s'impose désormais aux organisations syndicales, et le fait que seul un accord majoritaire soit désormais valide suscite une attention croissante au déroulement du scrutin, les organisations syndicales n'hésitant plus à faire appel à l'inspection du travail ou au juge en cas d'erreurs ou d'irrégularités.

Notons aussi que l'ordonnance du 22 septembre 2017 introduit de nouvelles dispositions relatives aux élections professionnelles : le respect de la proportionnalité des genres, ou bien encore l'importance accrue du protocole d'accord préélectoral.

Face à ces bouleversements, l'employeur se trouve souvent dans un rôle inconfortable, tout à la fois spectateur des tensions qui peuvent se multiplier entre les organisations syndicales, soucieuses de leurs résultats, tout en conservant l'exclusive responsabilité de la régularité et du bon déroulement de ses élections.

C'est pourquoi lors de la conception de ce guide nous nous sommes fixés comme principal objectif de permettre à tous ceux qui portent cette responsabilité de pouvoir le faire le plus sereinement possible. Pour y parvenir, nous avons donc regroupé avec l'aide de la jurisprudence la plus récente, y compris celle relative aux dernières dispositions introduites par les ordonnances « Macron », les réponses aux nombreuses questions auxquelles vous pouvez être confrontées, mais ce guide ne pourrait être « pratique » sans y apporter la nécessaire boîte à outils composée de tutoriels, modèles.

1^{RE} PARTIE

PRÉPARER LES ÉLECTIONS

CHAPITRE 1

LES PRÉALABLES

1 - Y a-t-il une réelle utilité à mettre en place les élections professionnelles ?

L'intérêt de mettre en place ses élections professionnelles dans l'entreprise peut apparaître pour certains comme accessoire. Il est évident que la mise en place d'un solide dialogue social en entreprise est une nécessité, mais au-delà de cet objectif louable, les entreprises doivent prendre conscience que depuis la disparition du principe de faveur des normes juridiques en droit social, la négociation collective vient de subir « un changement dans la continuité ». En effet, depuis les dispositions de la loi du 4 Mai 2004¹, la disparition de ce principe de faveur, permettait aux entreprises de négocier des accords dérogatoires aux dispositions du Code du travail et des conventions collectives (lorsqu'elles le permettaient). La Loi travail², permet désormais sur de nombreuses dispositions de négocier ces nouveaux accords.

La loi du 20 août 2008, viendra compléter ce dispositif, en supprimant les dispositions du décret de 1966, fixant le caractère irréfugable des cinq confédérations syndicales (CGT, CGT-FO, CFTC, CFDT et CFE-CGC).

1. Loi n° 2004-391 du 4 Mai 2004.

2. Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

Ce sont désormais les élections professionnelles et en particulier le premier tour qui fixera la représentativité des organisations syndicales.

C'est de cette représentativité que l'entreprise pourra alors engager des négociations et ainsi atteindre la souplesse tant espérée en matière d'application du droit social.

L'ordonnance du 22 septembre 2017 n'apporte pas de modification en ce qui concerne le principe de représentativité des organisations syndicales, mais depuis le mois de mai 2018, tout accord d'entreprise ne peut être juridiquement valide que si celui-ci a pu obtenir au moins l'approbation de 50 % de la représentativité syndicale dans l'entreprise.

2 - Qu'appelle-t-on les grands principes du droit électoral ?

Ni le Code du travail, ni même le Code électoral ne déterminent de façon précise des règles relatives aux élections professionnelles. Malgré cela la jurisprudence de la Cour de cassation rappelle les principales règles d'ordre public en matière d'élection. Le fait d'assurer la sérénité et la sincérité du scrutin, la confidentialité de celui-ci ou bien encore le fait de déclarer les résultats immédiatement après le dépouillement.

3 - Le Code électoral est-il applicable aux élections professionnelles ?

Oui, si le Code du travail doit être votre source juridique de référence, malgré tout celui-ci n'apportera pas forcément toutes les réponses à vos éventuelles questions. C'est à partir de là que le Code électoral sera en mesure de compléter les dispositions inscrites au Code du travail. Ce sera le cas, entre autres, en ce qui concerne les modalités de mise en œuvre du scrutin : urnes, isolements, méthodologie relative au dépouillement des bulletins.

4 - Qu'est-ce qu'une délégation unique du personnel ?

Le Code du travail autorise un employeur de regrouper les instances représentatives du personnel (délégués du personnel et membres du comité d'entreprise) dans une instance commune : la délégation unique du personnel. Ce regroupement n'est, par contre, possible que dans les entreprises dont l'effectif est inférieur à 300 salariés (200 avant les dispositions de la loi du

25 août 2015). Avec la mise en place des ordonnances du 22 septembre 2017, la délégation unique du personnel, tout comme les autres instances jusqu'alors connues (Comité d'entreprise, CHSCT, Délégués du personnel...) va définitivement disparaître. Ainsi, à partir du 1^{er} janvier 2020, la fusion de ces instances deviendra obligatoire, avec la création du tout nouveau Comité social et économique : le CSE.

5 - Quand doit-on passer au CSE (Comité social et économique) ?

À partir du 1^{er} janvier 2020, toutes les entreprises dont l'effectif est supérieur à 11 salariés équivalent temps plein auront l'obligation d'organiser des élections afin de mettre en place le CSE (Comité social et économique). Pour celles, ayant encore des anciennes instances dont le mandat expire après cette date, le renouvellement des élections devra nécessairement intervenir avant. L'ordonnance ratificative du 29 mars 2018³ offre la possibilité à l'employeur de proroger ou de réduire la durée des mandats de ces instances dans une limite de 12 mois. Cette décision prise unilatéralement par l'employeur, doit faire malgré tout l'objet d'une information préalable auprès des représentants du personnel de l'entreprise.

6 - Un établissement secondaire doit-il organiser des élections ?

Oui. Il est rappelé que la mise en place des élections professionnelles s'impose à tout établissement à partir du moment où celui-ci a atteint les seuils d'effectifs légaux. Le directeur de l'établissement est alors soumis aux mêmes règles que celles applicables à l'établissement principal.

7 - À partir de quel effectif, l'obligation de mettre en place les élections professionnelles s'impose-t-elle ?

11 et 50 : le Code du travail dispose que les entreprises sont dans l'obligation de mettre en place les élections pour le CSE dès que leur effectif atteint le seuil de 11 salariés en équivalent temps plein. Pourtant, si l'acronyme reste le même, les nouvelles dispositions légales déterminent le fonctionnement du CSE en fonction de l'effectif de l'entreprise. Ainsi, pour les entreprises de 11 salariés et plus, les missions du CSE seront celles qui étaient jusqu'alors

3. Loi n° 2018-217 du 29 Mars 2018.

dévolues aux Délégués du Personnel. Pour les entreprises de plus de 50 salariés, le CSE disposera des missions du Comité d'entreprise, du CHSCT et des Délégués du Personnel

8 - Est-il possible de proroger ou de réduire les mandats des élus ?

Oui, il est tout à fait possible de proroger ou de réduire la durée des mandats des élus. Mais pour être mis en place, il est nécessaire qu'il y ait des motifs légitimes. Ces motifs peuvent être :

- Une contestation du protocole d'accord préélectoral.
- Un transfert conventionnel de salariés ou d'entreprise.
- Par un accord unanime entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales représentatives au sein de l'entreprise.

Dans le cadre particulier de la mise en place du CSE, des dispositions spécifiques ont été fixées par l'ordonnance ratificative du 29 mars 2018. (Voir question n°5).

9 - L'effectif de mon entreprise a connu une forte variation à la baisse, suis-je donc toujours dans l'obligation de mettre en place mes élections professionnelles ?

Il est possible que votre entreprise ait eu à connaître de fortes variations d'effectifs, abaissant ainsi le nombre de vos salariés à un niveau qui ne vous oblige plus à mettre en place vos instances représentatives du personnel. Malgré tout, il n'est pas possible de se limiter au seul calcul d'effectif à la veille du renouvellement de vos instances.

En effet, cette variation d'effectif doit être constatée sur une durée qui diffère en fonction de l'instance :

- En ce qui concerne les délégués du personnel, la baisse d'effectif devra être constatée sur une période de 12 mois consécutifs⁴.
- En ce qui concerne le comité d'entreprise, les nouvelles dispositions introduites par la loi Rebsamen, permettent à l'employeur de supprimer le comité d'entreprise, lorsque la baisse d'effectif est constatée sur une période de 24 mois consécutifs ou non⁵.

4. Article L. 2312-3 du Code du travail.

5. Article L. 2322-7 du Code du travail.

10 - Le mandat de mes délégués du personnel vient de s'achever : dans quels délais faut-il réorganiser les élections ?

La législation ne fixe pas de délais spécifiques pour mettre en œuvre les élections, mais rappelle que le renouvellement des mandats doit s'effectuer en respectant la date de proclamation du précédent scrutin. Il est malgré tout possible d'anticiper ce renouvellement ou éventuellement de décider de la prorogation des mandats, si pour des raisons d'organisation, il n'était pas possible de respecter ces contraintes de calendrier.

Sur ce dernier point, accord unanime avec les organisations syndicales représentatives présentes dans l'entreprise. Notons, que si cette prorogation venait à ne pas respecter les obligations de formalisme exigées par le Code du travail, l'ensemble des décisions prises par les instances CE et DP seraient annulées, car illicites⁶.

Avec les nouvelles dispositions introduites par l'ordonnance du 22 septembre 2017, l'élection relative au CSE ne doit pas être entendue comme un renouvellement d'instance, mais bien comme une mise en place. Désormais, le premier tour devra avoir lieu au plus tard le 90^e jour suivant l'information du personnel.

11 - L'inspection du travail peut-elle imposer l'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise ?

Non, si les dispositions antérieures permettaient à l'inspection du travail d'exiger la mise en place des élections professionnelles dans les établissements employant habituellement moins de onze salariés et dont l'activité s'exerce sur un même site où sont employés durablement au moins cinquante salariés. Cette capacité semble avoir disparu avec la mise en place du CSE. L'inspection du travail conserve malgré tout la capacité d'imposer aux entreprises de moins de 300 salariés la mise en place de la nouvelle Commission Santé, Sécurité et des Conditions de Travail.

6. Cour de cassation, chambre sociale, 3 mars 1998, n° 95-45201.

12 - La durée du mandat de mes instances représentatives du personnel, peut-elle être inférieure à 4 ans ?

Oui. Le Code du travail dispose que le mandat des représentants du personnel est d'une durée de 4 ans. Pour le CHSCT, cette disposition était différente (2 ans). C'est la loi du 19 août 2015 qui désormais aligne la durée de son mandat sur celle des délégués du personnel et du comité d'entreprise. Il est malgré tout possible de décider d'une durée de mandat qui soit inférieure comprise entre 4 et 2 ans⁷. Cette décision doit faire l'objet d'un accord collectif.

13 - Mon entreprise est filiale d'un groupe étranger : l'obligation de mettre en place les élections s'impose-t-elle malgré tout ?

Oui. Toute entreprise dont l'activité principale se situe sur le territoire national se voit appliquer les dispositions du Code du travail, quelle que soit l'origine des dirigeants ou du capital qui compose l'entreprise. Il existe certaines exceptions, sur des établissements bénéficiant d'un statut d'extraterritorialité, pour lesquels le droit français n'est pas applicable. Dans ces cas précis, le droit local est celui qui doit être mis en application.

14 - Mon établissement relève du secteur public : les règles de droit privé s'appliquent-elles à mon établissement ?

Oui. Ces établissements en raison de leur caractère particulier, se voient appliquer les dispositions du Code du travail en matière d'élections. Une situation qui ne doit pas être assimilée aux établissements de la Fonction publique (État, territoriale, et hospitalière) qui sont soumis à des dispositions particulières. En effet, il est nécessaire de faire la distinction entre un établissement public (hôpital, mairie, préfecture...) et un établissement à vocation de service public qui peuvent tout à fait se voir appliquer des règles de droit privé. Ces structures ont des statuts spécifiques (EPA⁸ ou EPIC⁹). C'est le cas, entre autres, pour les CARSAT, l'URSSAF, la SNCF, la RATP ou encore Pôle emploi...

7. Article L. 2314-34 du Code du travail..

8. Établissement public administratif.

9. Établissement public industriel et commercial.

Attention, il est malgré tout à noter que de plus en plus la Fonction publique est amenée à recruter des salariés de droit privé. Si un établissement de droit public venait à atteindre ou dépasser les seuils d'effectifs requis par le Code du travail, alors l'obligation de mise en œuvre des élections professionnelles s'imposerait à cet établissement. Certains établissements (DILA¹⁰), ont en leur sein des instances représentatives du personnel de droit public et de droit privé.

15 - En qualité de président d'association, suis-je donc soumis aux mêmes obligations ?

Oui. Les associations soumises aux dispositions de la loi de 1901 sont soumises aux mêmes obligations que les structures juridiques plus classiques (SA, SAS, SARL, SASU...). Elles ont donc l'obligation de mettre en place les élections professionnelles, lorsque celles-ci viennent à dépasser les seuils d'effectifs légaux. Le droit des associations est régi en France par la loi du 1^{er} juillet 1901, à l'exception des associations qui peuvent être régies par le droit local Alsacien et Mosellan. Il s'agit donc de l'application de la loi de 1908 qui autorise la création d'une association sans qu'aucune obligation d'inscription ne s'impose. Dans ce cadre précis, l'association ne bénéficie pas de la personnalité morale, mais bénéficie malgré tout d'une certaine capacité juridique prévue dans le Code civil local. L'obligation de mise en œuvre des élections professionnelles s'impose donc aussi à ces associations.

16 - Qu'est-ce qu'une UES ?

Unité Économique et Sociale : l'UES, est une forme juridique qui permet de regrouper plusieurs sociétés juridiquement distinctes et ce afin d'assurer une application commune des dispositions du Code du travail. Ainsi, des entreprises n'ayant pas atteint individuellement les seuils d'effectifs nécessaires à l'organisation des élections, peuvent être ainsi regroupées soit par un accord ou par une décision de justice. Cette reconnaissance oblige, selon les dispositions du Code du travail¹¹, à mettre en place un comité d'entreprise commun à l'ensemble de ces structures.

10. Direction de l'information légale et administrative.

11. Article L. 2311-2 du Code du travail.

17 - Comment l'UES doit-elle être définie ?

La détermination de l'UES s'effectue au regard de plusieurs critères. Ces critères sont essentiellement définis par la jurisprudence. En effet, pour être reconnue, il est impératif de reconnaître à la fois l'unité économique et l'unité sociale entre chacune des entreprises.

En ce qui concerne l'unité économique la jurisprudence reconnaît :

- L'unicité de direction, lorsque les pouvoirs sont concentrés auprès des mêmes personnes¹².
- La similitude ou la complémentarité des activités économiques¹³.

En ce qui concerne l'unité sociale, la jurisprudence reconnaît :

- Le même règlement intérieur ou la même convention collective¹⁴.
- Une même politique sociale¹⁵.
- La permutabilité du personnel¹⁶.

18 - La mise en place de l'UES ne concerne-t-elle que l'élection du comité d'entreprise ?

Non. Si la législation demeure muette sur le sujet, la circulaire DRT n° 13 du 25 octobre 1983, n° 71-12.860, admet que d'autres instances représentatives du personnel peuvent être, elles aussi, concernées par la mise en place de cette UES.

19 - Qui décide de mettre en place une UES ?

La mise en place de l'UES peut faire l'objet soit de la mise en place d'un accord d'entreprise selon les dispositions de droit commun, nouvellement modifiées par la Loi travail, soit d'une décision de justice prise sur saisine d'une personne ayant un intérêt à la constitution de cette unité économique et sociale.

12. Cour de cassation, chambre sociale, 15 mai 2001, n° 00-60.048.

13. Cour de cassation, chambre sociale, 24 mars 1988, n° 87.60211.

14. Cour de cassation, chambre sociale, 10 mai 2000, n° 87.60.081.

15. Cour de cassation, chambre sociale, 5 décembre 2000, n° 99.60389.

16. Cour de cassation, chambre sociale, 24 mars 1988, n° 87.60.211.

On entend par personne ayant un intérêt :

- Un syndicat représentatif au niveau national ou au niveau de la branche professionnelle, même si ce dernier n'a pas d'adhérents dans la structure concernée¹⁷.
- Un salarié, qui doit nécessairement faire partie des effectifs de l'une des structures concernées par cette UES¹⁸, mais aussi un comité d'entreprise qui pour mémoire étant doté de la personnalité juridique morale, est en droit de saisir le juge d'instance, seul compétent¹⁹.

20 - Un salarié peut-il demander la mise en place des élections professionnelles ?

Oui. Il est rappelé que tout salarié de l'entreprise est en mesure de demander l'organisation des élections dans l'entreprise dans laquelle il est lié par une relation contractuelle de travail. Celui-ci, n'a pas l'obligation d'être affilié à une organisation syndicale pour pouvoir en faire la demande, qui peut intervenir à tout moment.

À partir de la date de réception de cette demande, l'employeur se trouve dans l'obligation d'engager la procédure électorale dans le mois suivant la réception de la demande²⁰. Ce salarié bénéficie de la protection qui est systématiquement accordée à un salarié qui pour sa part serait mandaté par une organisation syndicale²¹.

21 - Qu'est-ce qu'une élection partielle ?

Lorsque vos instances représentatives du personnel existent déjà dans l'entreprise, il n'est pas rare que durant la durée de leur mandat des démissions, des départs à la retraite ou éventuellement des licenciements interviennent au cours de celui-ci. Ces départs peuvent alors entraîner une baisse du nombre d'élus initialement désignés.

Si ce nombre venait à être inférieur à la moitié des membres titulaires au comité d'entreprise ou des délégués du personnel²², l'employeur serait alors dans

17. Cour de cassation, chambre sociale, 3 mars 1993, n° 92-60.298.

18. Cour de cassation, chambre sociale, 16 novembre 2010, n° 09-40.555.

19. Cour de cassation, chambre sociale, 27 juin 1990, n° 89.60.003.

20. Articles L. 2314-4 et L. 2324-5 du Code du travail.

21. Articles L. 2411-6 et L. 2411-9 du Code du travail.

22. Article L. 2324-22 du Code du travail.

l'obligation de procéder à de nouvelles élections. Celles-ci ne concerneraient alors que le remplacement des élus manquants, raison pour laquelle ces élections sont appelées partielles. Les nouveaux élus ne le seront que pour la durée restante du mandat. Avec la mise en place du CSE, ces dispositions demeurent applicables.