# Elections professionnelles : les enjeux du protocole d'accord préélectoral demeurent forts !

David Fonteneau,
*Avocat associé, Cabinet Ellipse Avocats*

*Guillaume Dedieu, Avocat, Cabinet Ellipse Avocats*

**Les cycles électoraux des entreprises constituent une étape clé dans la construction de leur dialogue social. Compte-tenu de ces enjeux, les règles édictées par le législateur pour préparer le déroulement de ces élections s'imposent fortement, à défaut d'accord collectif, aux acteurs du dialogue social. Le contrôle judiciaire est alors inflexible. Et va jusqu'à sanctionner les irrégularités dans la préparation de l'élection par l'annulation des élections elles-mêmes. Deux objectifs sont recherchés : la stabilité durant le cycle électoral et la loyauté dans le déroulement des élections préparées. Deux arrêts récents viennent d'illustrer cette rigueur. La mise en place de l'instance unique (le comité économique et sociale) devrait consolider cette approche.**

*Cass. soc. 28 févr. 2018 n°17-11.848 D ; Cass. soc. 28 févr. 2018 n°17-60.112 D*

Le protocole d'accord préélectoral (PAP) cadre le déroulement des élections. Il est déterminant puisque c'est notamment lui qui répartit les salariés dans les différents collèges électoraux et le nombre de sièges attribués à chaque collège. Le passage par l'accord collectif garantit la sécurité de l'organisation retenue. Le défaut d'accord ou la volonté d'un des acteurs de remettre en cause l'existant peuvent toutefois générer un important contentieux. Dans ce cas, les règles croisées du Code du travail et du Code électoral n'ouvrent que peu de places à l'interprétation. En attestent les deux arrêts commentés de la Cour de cassation.

## L'élection partielle ne signifie pas renouveler l'instance

Le premier arrêt *(Cass. soc., 28 févr. 2018, n° 17-11.848)* a trait aux modalités d'organisation des élections partielles au sein d'une société. Pour rappel, des élections partielles sont à organiser dans deux situations : lorsqu'un collège électoral n'est plus représenté parmi les élus ou lorsque le nombre d'élus titulaires est réduit de moitié ou plus. La particularité du litige d'espèce était la suivante : les effectifs de la société ont augmenté entre la date de conclusion de l'accord préélectoral et la date d'organisation des élections partielles *(C. trav., art. L. 2314-10)*.

Confrontée à cette situation, la société avait choisi de suivre les dispositions du protocole d'accord conclu initialement, sans tirer de conséquences de l'évolution de ces effectifs et le nombre plus important de représentants du personnel qui pouvait en résulter. Une organisation syndicale avait contesté cette position et sollicitait la négociation d'un nouveau protocole préélectoral. Des premières élections partielles avaient par ailleurs fait l'objet d'une annulation dans le cadre d'un précédent recours. L'organisation syndicale saisissait alors le Tribunal d'Instance afin d'obtenir l'annulation du protocole initial et la renégociation d'un nouvel accord.

Le tribunal accédait partiellement à cette demande. Il excluait certes l'hypothèse d'une annulation arguant qu'en saisissant le tribunal, l'organisation syndicale entendait « dénoncer » le protocole initial. Le tribunal soulignait également que le protocole initial avait été remis en cause suite à l'annulation des précédentes élections partielles. Fort de ce constat de dénonciation, les juges du fond enjoignaient la société à négocier un nouvel accord préélectoral.

La question se posait alors devant la Cour de cassation de savoir suivant quelles modalités ces élections partielles devaient s'organiser.

C'est sur la base d'un attendu très ferme que la Cour de cassation annule le jugement du tribunal d'instance. La Cour rappelle ainsi

que les élections partielles sont organisées « *pour pourvoir aux sièges vacants et se déroulent sur la base des dispositions en vigueur lors de l'élection précédente lorsque cette élection avait pour objet leur mise en place ou leur renouvellement* ». Puisque la négociation d'un nouveau protocole préélectoral dans un contexte d'augmentation des effectifs de l'entreprise devait mécaniquement générer une modification du nombre des sièges, une telle hypothèse excéderait l'objet des élections partielles et constituerait une violation des dispositions du code du travail.

Le protocole d'accord préélectoral, la répartition du personnel et des sièges qui y sont effectués, ont ainsi vocation à perdurer dans le cadre d'élections partielles. Cette décision est logique et conforme à l'esprit du législateur. **L'objectif des élections partielles est uniquement de pourvoir à des postes vacants, pas de renouveler une instance**. Une éventuelle dénonciation de l'accord préélectoral ne produirait d'ailleurs ses effets que dans le cadre d'un nouveau cycle électoral. Il en est de même pour une augmentation, où à l'inverse une diminution des effectifs. Cette décision garantit ainsi la stabilité aux entreprises dont l'effectif augmente ou diminue, sans remise en cause des mandats des représentants du personnel.

Cette décision n'est pas sans intérêt dans un contexte de mise en place progressive du CSE. En effet, une élection partielle ne doit pas être confondue avec la mise en place ou le renouvellement des instances de représentation du personnel. Ainsi, une vacance de mandat peut encore survenir, pour certaines sociétés, avant la mise en place de leur CSE. Cette situation contraint la société à organiser des élections sur la base des dispositions antérieures aux ordonnances Macron (c'est-à-dire sur la base des textes relatifs aux délégués du personnel ou du comité d'entreprise). Paradoxalement, dans le cadre des ordonnances Macron, toutes les entreprises vont devoir élire leur CSE avant le 31 décembre 2019. Le cas échéant, deux élections pourraient être organisées sur une période très rapprochée. C'est face à cette potentielle difficulté que les sociétés peuvent avoir intérêt à organiser de manière anticipée la mise en place d'un CSE, notamment en envisageant de réduire les mandats expirant durant l'année 2019, comme le permet la loi de ratification des ordonnances.

## L'employeur doit rechercher un accord sur le PAP avec toutes les organisations syndicales intéressées

Le second arrêt *(Cass. soc., 28 févr. 2018, n°17-60.112)* a trait au déroulement même de la négociation d'un protocole d'accord préélectoral. Une société de moins de 20 salariés avait initié l'organisation d'élections pour la mise en place des délégués du personnel. Durant la préparation de ces élections, la société avait refusé la participation d'une organisation syndicale à la négociation du protocole d'accord préélectoral. Elle estimait que l'organisation syndicale concernée ne répondait pas aux exigences légales pour participer à cette négociation. Contestant cette appréciation, le syndicat agissait en annulation des deux tours des élections des délégués du personnel. Le tribunal saisi déboutait le syndicat de sa demande au motif que l'irrégularité, certes avérée, n'avait pour effet d'annuler des élections.

La Cour de cassation censure avec fermeté ce raisonnement. Elle considère que l'employeur est tenu de rechercher avec toutes les « *organisations syndicales intéressées* » [au sens de l'ancien article L. 2314-3 du Code du travail] un accord préélectoral, son refus de négocier avec une organisation syndicale intéressée au sens de cette disposition entraînant en lui-même l'annulation des élections.

Être vigilant dans l'analyse de la capacité des organisations syndicales à participer à la négociation d'accords préélectoraux est donc primordial. Car la sanction est sans appel : celle de l'annulation des élections, déjà organisées, dans leur ensemble.

Pour rappel, sont invitées à négocier le protocole d'accord préélectoral, 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. Ces critères étant relativement larges, les organisations syndicales susceptibles d'être intéressées par la négociation de l'accord préélectoral en vue d'y participer sont donc extrêmement nombreuses. **Des organisations, peu connues, sont ainsi susceptibles d'intervenir, même non invitées par courrier**. Seules les organisations reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, celles ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement, ou celles affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel sont en effet officiellement invitées.

Pour une entreprise à l'effectif limité, cette difficulté est préjudiciable. Le risque devrait néanmoins s'amoindrir à la suite à la publication des ordonnances Macron. En effet, un régime spécifique d'invitation des organisations syndicales a été créé pour les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 20 salariés. Dans le cadre de la mise en place du CSE, **l'employeur n'est plus obligé d'inviter les organisations syndicales à la négociation du protocole préélectoral qu'à la condition qu'au moins un salarié se soit porté candidat aux élections dans un délai de trente jours à compter de l'information des salariés**. Cette inversion de la chronologie entre candidature et invitation des organisations syndicales à négocier le protocole d'accord préélectoral devrait limiter les contentieux pour les sociétés concernées.