

# Les Cahiers Lamy du CSE

## Élections du CSE : la nécessaire déconnexion des négociations sur les établissements distincts et des opérations électorales

*David Fonteneau, Avocat associé, et Guillaume Dedieu, Avocat, Cabinet Ellipse Avocats*

- Les évolutions apportées par la loi Avenir en matière de formation professionnelle  
*Rémy Favre, Avocat, Cabinet Capstan*
- Régime social et fiscal des indemnités de rupture : une clarification, pas une révolution  
*Guy Alfosea, Avocat Associé, et Mélissa Benabou, Avocate, Cabinet La Garanderie Avocats*
- L'absence injustifiée ne constitue pas toujours une faute grave  
*Clotilde Savatier, Juriste en droit social*
- Mise en place du CSE : l'exemple de Barry Callebaut France  
*Rencontre avec Arnaud Goffard, Responsable des relations sociales France, et Zahir Mechkour, Secrétaire du CSE et DS, Barry Callebaut France*
- Responsabilité civile des sociétés-mères : un édifice jurisprudentiel en construction  
*Pierre Francoual, Docteur en droit privé, Université Toulouse Capitole*
- La responsabilité pénale du CSE  
*François Hubert, Avocat associé, Cabinet Voltaire*
- Suppléants, bureau du comité et réunions préparatoires : ce que prévoient les accords de mise en place du CSE

**186** | MENSUEL  
NOVEMBRE 2018

## Élections du CSE : la nécessaire déconnexion des négociations sur les établissements distincts et des opérations électorales

Les nouvelles modalités de fixation des établissements distincts par accord majoritaire, telles qu'issues des ordonnances Macron s'avèrent à fort enjeu dans le cadre de la mise en place de CSE, particulièrement lorsque l'entreprise est dotée d'une représentation syndicale. Cette nouvelle logique majoritaire invite ainsi à la totale déconnexion entre l'accord de « cartographie sociale » et le ou les protocoles d'accord préélectoraux. Il en ressort de nombreuses interrogations. Peut-on malgré tout conclure un seul accord portant sur ces deux sujets ? Peut-on insérer dans l'accord de « cartographie sociale » des dispositions relatives au fonctionnement général du CSE ? Comment appréhender le succès ou l'échec des différentes négociations ? Comment évoquer les enjeux de la cartographie sociale avec des acteurs qui ne seront pas nécessairement présents lors des discussions relatives au protocoles d'accord préélectoraux ? Ce sont ces enjeux qu'il convient de décrypter. Et ce sont les stratégies sociales mêmes des entreprises qui sont impactées.

La définition de la notion d'établissement distinct, relative ou non, a longtemps fait l'objet de débats doctrinaux et judiciaires importants, à défaut de précisions du législateur. Rappelons ici que l'objectif initial d'un établissement distinct est d'améliorer la représentation des salariés et de permettre une information sur la situation de l'entreprise au niveau le plus opportun (segment, division, business unit, siège social...). Elle permet également de consulter les représentants au niveau le plus approprié. Si la définition de l'établissement distinct issue des « ordonnances Macron » fera très certainement naître de nouvelles discussions à défaut d'accord, la principale nouveauté de ces « ordonnances » réside

justement dans l'approche des solutions dites négociées.

C'est en effet bien par accord collectif qu'un établissement distinct doit, par principe, être reconnu. Si cet accord suivait jusqu'à présent la logique du protocole d'accord préélectoral (*C. trav., art. L. 2322-5 anc.*), c'est désormais terminé avec les Ordonnances Macron. C'est dorénavant dans le seul cadre de l'accord collectif majoritaire que les partenaires sociaux arrêtent leur décision. La logique du fait majoritaire, devenue la référence depuis le 1<sup>er</sup> mai 2018, s'insère ainsi désormais dans la détermination du périmètre d'implantation des instances de représentation du personnel.



David Fonteneau  
Avocat associé,  
Cabinet Ellipse  
Avocats



Guillaume  
Dedieu  
Avocat, Cabinet  
Ellipse Avocats

## Fin des contraintes du droit électoral pour la cartographie sociale

### L'omniprésence antérieure des règles du PAP

Jusqu'à l'arrivée du CSE, la reconnaissance du périmètre d'implantation des établissements distincts s'établissait, par principe, dans le cadre d'un accord conclu selon les conditions du protocole d'accord préélectoral (*C. trav., art. L. 2314-3-1, anc.*). C'est dans ce cadre que les organisations syndicales, parfois extérieures à l'entreprise, étaient amenées à intervenir : les organisations syndicales satisfaisant 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 (*C. trav., art. L. 2314-3 anc.*), les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, les organisations syndicales 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. Généralement l'ensemble des organisations syndicales reconnues sur le territoire national, même sans implantation réelle dans l'entreprise concernée, étaient invitées.

La négociation pouvait alors se dérouler soit en un seul temps (lors de la négociation du ou des protocoles d'accord préélectoraux eux-mêmes), soit en cas de négociations déconnectées du protocole d'accord préélectoral. Pour des raisons de commodité ou stratégiques, le choix portant sur une négociation globale était fréquemment retenu.

Les conditions d'adoption de l'accord de reconnaissance des établissements distincts étaient également particulières car soumises à la logique de double majorité du protocole d'accord préélectoral (*C. trav., art. L. 2322-5 anc.*) : la majorité numérique des organisations syndicales ayant participé à la négociation et la majorité de suffrage des organisations syndicales représentatives lors des dernières élections professionnelles (ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise). **Cette configuration imposait aux entreprises de discuter avec toutes les organisations syndicales, quand bien même elles n'avaient pas la qualité de représentatives.** Elles contraignaient également les parties dans leur stratégie de négociation. Une concession acceptée dans le cadre de l'identification d'un établissement distinct pouvait donner lieu à une contrepartie obtenue dans le cadre du déroulement des opérations électorales et inversement.

En cas de désaccord, c'est-à-dire de non-obtention de la condition de double majorité, c'était l'autorité administrative du siège de l'entreprise qui avait compétence pour reconnaître le caractère d'établissement distinct (*C. trav., art. L. 2322-5 anc.*). Cette intervention administrative sus-

pendait le processus électoral jusqu'à la décision administrative et entraînait la prorogation des mandats des élus en cours jusqu'à la proclamation des résultats du scrutin. Autrement dit, il fallait attendre que l'autorité administrative tranche le sujet avant de pouvoir initier les opérations électorales. Aucun délai n'était d'ailleurs précisément imposé à cette dernière pour répondre, la solution de l'Administration ne pouvant toutefois « intervenir qu'avant la tenue de ces élections » (*CE, 31 mai 2012 n°354186: JCP S 2012, 1410, note E. Jeansen*).

À noter enfin, que le périmètre retenu par décision administrative était en principe maintenu pour les élections suivantes. Mais compte-tenu de la fréquence des réorganisations d'entreprise, cette continuité conduisait à un décalage entre organisation opérationnelle et organisation sociale. Cette rigidité n'était alors pas sans soulever des difficultés.

Une fois le sujet des établissements distincts tranché, les discussions s'ouvraient de nouveau sur le déroulement des opérations électorales. En cas de blocage sur certains sujets majeurs, par exemple, la clé de répartition des salariés sur la liste électorale, l'autorité administrative devait de nouveau trancher, souvent simultanément à son arbitrage relatif aux établissements distincts. Cette concomitance générait des incertitudes dans la tenue des calendriers dé-finis par la direction de l'entreprise.

Au final, cette complexité était de nature à freiner la mise en place d'une représentation du personnel, dans un climat propice aux échanges.

### La prééminence du fait majoritaire

Les Ordonnances Macron modifient profondément cette approche. C'est désormais par un accord collectif « classique » que les éventuels établissements distincts, lorsqu'ils existent, des instances de représentation du personnel doivent être reconnus (*C. trav., art. L. 2313-2*). **Autrement dit, le régime contraignant du protocole d'accord préélectoral est désormais écarté.**

Première conséquence : les organisations syndicales non-représentatives dans l'entreprise n'interviennent plus dans le découpage électoral de la société. Elles ne sont même plus invitées. Les discussions se déroulent ainsi avec des acteurs habituels au sein de l'entreprise. Ce qui peut être de nature à faciliter le début des discussions et les premiers échanges.

Deuxième conséquence : la validité de l'accord est, avec l'avancement au 1<sup>er</sup> mai 2018 des nouvelles conditions d'adoption des accords collectifs d'entreprise, soumise à la seule signature des organisations représentatives majoritaires (*Ord. n° 2017-1385, 22 sept. art. 11*). Le Ministère du travail dans ses 100 questions/réponses sur le CSE d'avril 2018 a ainsi précisé que le nombre et le périmètre des établissements distincts sont déterminés par un accord collectif, conclu entre, d'une part, l'employeur ou son

représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections (*C. trav. art. L. 2313-12*). Ce sont donc les organisations syndicales majoritaires, parfois une seule, qui décident avec l'employeur du périmètre des établissements distincts. Les organisations syndicales minoritaires, ou celles qui n'ont pas obtenu la représentativité, ne peuvent plus utiliser leur présence pour tenter de s'opposer à l'accord des organisations syndicales. Ces nouvelles règles du jeu devraient inciter les négociateurs à rechercher de meilleurs compromis sur la cartographie sociale.

Autre évolution majeure : à défaut d'accord trouvé avec les organisations syndicales représentatives, ce n'est plus directement l'autorité administrative qui doit arbitrer. L'entreprise décide unilatéralement de sa cartographie sociale, en tenant compte de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel (*C. trav., art. L. 2313-4*). Et les organisations syndicales peuvent uniquement contester la décision retenue par l'entreprise. La nuance ne devrait pas être anodine puisque ce sera à l'autorité administrative de démontrer en quoi le projet arrêté par l'employeur ne répond pas aux caractéristiques exigées par le législateur. Ce dernier a enfin encadré à deux mois le temps de contrôle par l'autorité administrative (*C. trav., art. R. 2313-1*), puis à 10 jours le temps de contrôle du tribunal d'instance (*C. trav., art. R. 2313-3*). Cet encadrement de la reconnaissance des établissements distincts devrait encore davantage permettre aux entreprises de négocier à froid la cartographie sociale, et ce bien en amont du lancement des opérations électorales.

Les discussions relatives à la mise en place d'un CSE s'ouvrent dorénavant sur le périmètre des instances de représentation du personnel. Ce n'est que dans un second temps que le protocole d'accord préélectoral sera négocié.

## Conséquences pratiques lors de la mise en place ou du renouvellement du CSE

Le nouveau régime des instances de représentation du personnel **invite à déconnecter définitivement la cartographie sociale de l'organisation des opérations électorales.**

Dans un premier temps, un accord définit le niveau d'implantation du CSE (périmètre unique ou sur plusieurs établissements). Cet accord est conclu à la majorité des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, quel que soit leur résultat lors des futures élections.

Dans un second temps, un protocole d'accord préélectoral global, ou un protocole d'accord préélectoral distinct

au sein de chaque établissement reconnu, met en place le processus électoral. Celui est négocié avec des acteurs différents : les organisations syndicales étant implantées dans l'entreprise mais aussi avec les organisations syndicales qui répondent aux critères énoncés plus haut.

### Les avantages de cette déconnexion

Cette déconnexion dans les négociations peut présenter de nombreux avantages.

L'accord de cartographie sociale peut être négocié en dehors de la période d'organisation des élections professionnelles. Cette anticipation évite les confusions et permet de discuter plus sereinement des enjeux du protocole d'accord préélectoral (liste électorale, répartition des salariés entre collègues, modalités pratiques des opérations électorales...).

L'accord portant carte sociale peut ensuite être à durée indéterminée. Dans ce cas, il a vocation à stabiliser la situation durant plusieurs cycles électoraux, à la différence du protocole d'accord préélectoral qui doit lui être renégoциé lors de chaque élection (*Cass. soc., 21 mai 2003, n° 01-60.742*).

De surcroît, la reconnaissance préalable des établissements distincts sécurise la négociation décentralisée des protocoles d'accords préélectoraux. Ce n'est plus au niveau de l'entreprise mais dans le périmètre de chaque établissement que les protocoles d'accords préélectoraux sont discutés. Le climat social défavorable au sein d'un établissement n'aura pas de répercussions sur les négociations parallèles au sein des autres établissements.

Autre avantage : en cas d'échec des négociations, la déconnexion des négociations permet de ne pas se tourner concomitamment vers les autorités administratives pour l'ensemble des sujets ayant trait à la mise en place des élections professionnelles. La reconnaissance des établissements distincts tout comme la répartition des salariés entre collègues électoraux sont des sujets qui doivent être arrêtés en entreprise. C'est ainsi que la loi l'envisage. Et ce d'autant qu'il sera difficile, pour ne pas dire impossible d'effectuer une répartition des salariés entre collègues électoraux, sans même avoir connaissance du découpage électoral de la société.

Au final, **le découpage électoral préalable évite les incertitudes découlant tant, pour l'employeur que pour les acteurs syndicaux, des périodes électorales.**

### Les inconvénients de cette déconnexion

À l'inverse, la déconnexion entre cartographie sociale et protocole d'accord préélectoral peut présenter certains inconvénients.

Le premier résulte d'un allongement potentiel du temps de mise en place des CSE. Le déroulement d'une négociation qui vise à déterminer les établissements et qui donne

lieu à un désaccord, la décision unilatérale de l'entreprise et la contestation devant la Direccte puis le tribunal d'Instance peuvent allonger la discussion de nombreux mois. S'en suit alors la négociation du protocole d'accord préélectoral et un éventuel nouveau désaccord avec les interventions administratives et judiciaires. Les rétroplannings tendent ainsi à s'allonger et à ralentir la mise en place effective des CSE.

Le second inconvénient a trait à l'évolution opérationnelle de la société, qui peut être anticipée dans un accord de

carte sociale mais qui nécessite *a minima* une nouvelle discussion lors de la survenance du prochain cycle électoral. La sécurité apportée par l'accord de « cartographie sociale » est imparfaite.

Si, à ce stade, il faut attendre les premières décisions pour apprécier dans le temps, l'évolution des textes nouveaux, il semble toutefois que la négociation de la « cartographie sociale » soit un préalable incontournable à la négociation du protocole d'accord préélectoral.

