

LE CSE : ACTEURS ET ACTIONS EN MATIÈRE DE NÉGOCIATION COLLECTIVE

Il était une fois la représentation collective : l'employeur, les syndicats, la DIRECCTE et le juge

Par Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, Conseillère à la Cour de cassation

PLAN

- I. Les syndicats...
- II. ... l'employeur (suite)
- III. ... la DIRECCTE et
le juge judiciaire (fin)

« L'esprit des hommes est trop obtus pour pouvoir tout pénétrer d'un coup. Mais en délibérant, en écoutant et en discutant, il s'aiguise et, à force de tâtonner, les hommes finissent par trouver la solution qu'ils cherchaient et qui a l'approbation de tous, sans que personne s'en fut d'abord avisé. »

Spinoza, *Traité de l'autorité politique*, 1670.

La mise en place des institutions représentatives du personnel représente le temps pivot qui fonde la démocratie sociale en entreprise. C'était un moment clé avant 2008 lorsque les élections servaient à élire des élus. Ça l'est devenu bien plus encore après 2008 lorsque les élections ont aussi servi à configurer la représentativité syndicale, donc la détermination des négociateurs et du périmètre de négociation. Un nouveau cap a été franchi en 2017 lorsque le législateur a laissé la main à ces mêmes négociateurs pour déterminer les conditions de la mise en place des institutions représentatives et les conditions de la négociation. Une véritable boucle pour faire en sorte que les partenaires sociaux soient en amont et en aval du dispositif constitutionnel permettant d'assurer la participation des salariés à la détermination collective de leurs conditions de travail.

Mais cette boucle ne peut pas toujours se dérouler sans la moindre anicroche. Il faut donc un dispositif qui garantisse que, lorsque même la démocratie sociale ne peut pas s'autoréguler, elle est préservée. Et c'est là que, au fil des ans, le dispositif de vigilance a évolué, parfois profondément, et pris une dimension extrêmement originale s'agissant des règles applicables au contentieux,

en privilégiant l'efficacité et la réactivité aux habituelles frontières juridiques et judiciaires.

Si on regarde l'évolution dans l'histoire du système préélectoral, on s'aperçoit que si les acteurs sont, depuis l'origine, les mêmes – employeur, syndicats, autorité administrative, juge judiciaire – leur champ d'intervention, leur place, leur rayon d'action ont changé de manière significative, témoignage à la fois de la recherche d'une plus grande efficacité de ces interventions croisées mais aussi probablement de la variation de l'importance accordée à chacune de ces interventions. Au final, ce sont trois directions majeures qui se dégagent, d'ailleurs assez proches de celles constatées sur la même période dans les autres domaines du droit du travail :

- d'abord, une marge de manœuvre toujours plus grande laissée aux partenaires sociaux dans la négociation du processus électoral ;
- ensuite, une place de plus en plus importante à la décision unilatérale de l'employeur en cas d'échec de la négociation ;
- enfin, la recherche d'un système contentieux permettant de régler les conflits de manière rapide et unifiée.

I. Les syndicats...

Ancrage de la démocratie sociale en entreprise depuis 1982, et, depuis 2008, de la démocratie représentative, les élections professionnelles sont, au sein du droit du travail, le domaine le plus fortement soumis

à l'ordre public. Non pas à l'ordre public social, celui qui protège, celui qui peut être amélioré par accord collectif. Non, l'ordre public absolu, celui qui s'impose à tous, d'égale façon, et ne peut pas être amodié.

C'est la jurisprudence qui a progressivement dégagé les sphères de l'ordre public en matière de droit électoral. On y trouvait toutes les étapes du processus :

- les personnes habilitées à négocier le protocole préélectoral et les conditions de validité de celui-ci ;
- la détermination du périmètre de l'établissement distinct ;
- le nombre de collègues ;
- le calcul de l'effectif ;
- les conditions d'électorat et d'éligibilité ;
- le nombre de sièges à pourvoir ;
- le mode de scrutin ;
- le déroulement du scrutin dans le respect des « *grands principes du droit électoral* », progressivement puisés par la jurisprudence dans le Code électoral de droit commun, s'agissant notamment des règles permettant d'assurer la sincérité et la confidentialité des votes.

Au final, jusqu'à il y a peu, la liberté des négociateurs se cantonnait à la répartition des sièges et des électeurs entre les collègues, et à la fixation des modalités accessoires de déroulement du scrutin, touchant au calendrier ou aux conditions de déroulement du vote.

C'est la jurisprudence qui avait ainsi marqué l'emprise de l'ordre public sur le droit des élections.

C'est elle qui y introduira pourtant la première encoche. En 2011 (1), elle affirme que le contenu du protocole préélectoral, signé aux conditions de validité prévues par les textes légaux, ne peut pas donner lieu à contentieux, sauf s'il est directement contraire aux règles d'ordre public absolu et aux principes généraux du droit électoral. Et ayant ainsi limité la possibilité de contestation, elle admet parallèlement que sortent du champ de l'ordre public absolu certains éléments qui y étaient jusqu'à présent intégrés. Ainsi de la possibilité de recours au vote par correspondance, par exemple.

Pourquoi cette évolution jurisprudentielle ? Parce que, quelques années auparavant, le législateur avait, à l'occasion de la réforme de la représentativité, fortement modifié le visage du protocole préélectoral. Avant la loi du 20 août 2008, celui-ci était l'apanage des syndicats représentatifs, c'est-à-dire essentiellement des syndicats qui étaient implantés dans l'entreprise et affiliés à une organisation syndicale présumée représentative au plan national. Certes, un syndicat non affilié pouvait être reconnu repré-

sentatif dans l'entreprise, mais il était extrêmement difficile d'établir son « influence », mesurée à l'aune de l'activité et du nombre d'adhérents dans une entreprise au sein de laquelle l'implantation était complexe.

Le nombre d'interlocuteurs dans le cadre de la négociation préélectorale était ce faisant très limité. Selon les statistiques de la DARES de 2004-2005, il n'y avait aucun délégué syndical dans 37% des entreprises, et un seul syndicat représenté dans 27% des entreprises. La pluralité syndicale était ainsi limitée à 36% des entreprises, et au sein de ces entreprises, le nombre d'organisations était généralement restreint (2).

Il en résultait que la jurisprudence avait pu poser, dans le silence de la loi, la règle de l'unanimité nécessaire à la validité du protocole préélectoral, sans que cette règle semble engendrer de difficulté particulière. Cela d'autant plus que dans le même temps, la jurisprudence admettait qu'un accord même non unanime devait recevoir effet tant qu'il n'était pas contesté, ce qui finalement laissait une souplesse considérable (3).

En parallèle de la souplesse du dispositif de négociation, la marge de manœuvre des négociateurs était, on l'a vu, extrêmement réduite.

La réforme induite par la loi du 20 août 2008, qui ouvre la voie à la détermination de la représentativité réelle au sein de l'entreprise, et qui élargit la participation à la négociation du protocole préélectoral aux organisations syndicales qui, bien que non encore représentatives, y sont implantées ou sont susceptibles de l'être, et qui enfin subordonne la validité du protocole préélectoral à la double condition de majorité en nombre et en suffrages, devait nécessairement conduire à une évolution du rôle de cette négociation. Évolution actée par l'arrêt précité d'octobre 2011.

Après la jurisprudence, c'est le législateur qui élargira le champ de décisions des négociateurs du protocole préélectoral. La loi du 8 août 2016 facilite les conditions de recours au vote électronique. Et surtout, l'ordonnance du 22 septembre 2017 intègre dans la libre négociation la possibilité de moduler, à l'intérieur d'un certain cadre, le nombre de sièges à pourvoir (4), et le périmètre de mise en place du comité social et économique (5). Les lignes entre ordre public et champ de la négociation sont ainsi grandement décalées dans le sens de cette dernière.

(1) Soc., 6 octobre 2011, n° 11-60.035, *Bull. civ. V*, n° 228.

(2) DARES, *Premières informations et Premières synthèses*, avril 2007, n° 14-2.

(3) Soc., 8 novembre 2006, n° 05-60.283, *Bull. civ. V*, n° 333.

(4) C. trav., art. L. 2314-7.

(5) C. trav., art. L. 2313-3.

Que reste-t-il hors du champ de la négociation dans le droit des élections professionnelles ? Essentiellement les conditions d'effectifs et d'éligibilité, et la

garantie de la sincérité et de la fiabilité du vote. Dans la balance, l'équilibre s'est inversé.

II. ... l'employeur (suite)

La seconde évolution notable réside dans le fait que, lorsque la négociation n'aboutit pas, l'employeur a désormais la possibilité de décider seul dans de nombreuses situations.

Les prérogatives conférées à l'employeur sont, selon le même tempo, dans le champ de la négociation, le résultat d'une évolution en deux temps.

Une première évolution est la suite de la loi du 20 août 2008, même si elle n'a été introduite dans le droit positif que par la loi du 5 mars 2014. Le législateur a donné à l'employeur la possibilité de déterminer seul la répartition des électeurs et des sièges entre les collèges, lorsque aucun protocole n'a pu être conclu parce que aucun syndicat ne s'est présenté à la négociation (6).

Pour la première fois, les textes ont ainsi fait une différence entre l'absence d'accord et le désaccord, seule la seconde situation contraignant l'employeur à saisir la DIRECCTE pour déterminer les conditions des élections.

Certes, la décision de l'employeur est toujours susceptible de recours devant l'autorité administrative, mais l'intervention d'un tiers n'est ainsi plus jugée systématiquement indispensable dans ce

domaine pourtant très sensible de l'organisation des élections.

La seconde évolution émane de l'ordonnance du 22 septembre 2017, qui confie à l'employeur le soin de déterminer le nombre et le périmètre des CSE à mettre en place, lorsque aucun accord collectif n'a pu être conclu, et même si c'est à la suite d'un désaccord qu'il n'a pu être décidé de leurs périmètres. L'employeur est tenu de respecter la définition de l'établissement distinct (l'autonomie de gestion), mais la notion est très large et très délicate à cerner, d'autant qu'elle dépend essentiellement des choix d'organisation faits par l'employeur (7).

Par l'effet de ces réformes, il est désormais possible que l'employeur détermine seul quasiment l'intégralité des conditions de déroulement des élections professionnelles en entreprise, notamment lorsque aucune organisation syndicale ne se présente pour négocier. Ce qui, de fait, soustrait à l'autorité administrative un certain nombre de situations dans lesquelles elle intervenait en arbitre du respect des prescriptions électorales.

Dès lors, l'existence de voies de recours facilement accessibles et efficaces est, plus encore que dans un autre domaine, un impératif majeur.

III. ... la DIRECCTE et le juge judiciaire (fin)

Depuis 1982, il y a, en matière d'élections professionnelles, deux autorités de recours qui cohabitent. D'une part l'autorité administrative, d'abord inspection du travail, puis direction départementale du travail, aujourd'hui DIRECCTE, à qui compétence est traditionnellement donnée s'agissant de la caractérisation des établissements distincts et de la répartition des électeurs et des sièges dans les collèges.

D'autre part, le juge judiciaire, qui a compétence générale pour contrôler la régularité des opérations électorales. Il intervient en amont, quoique de manière résiduelle, en parallèle de l'autorité administrative lorsque les opérations préélectorales sont

contestées. Il peut ainsi être saisi pour contester les choix faits par l'employeur quant aux modalités concrètes du déroulement du scrutin. En général, cela porte sur des questions de date limite de dépôt des candidatures, ou de constitution du bureau de vote. Mais l'intervention en amont la plus importante reste celle de la DIRECCTE. En revanche, en aval du processus, le juge judiciaire est seul compétent pour se prononcer, au final sur le déroulement du scrutin dans les conditions légales ou si sa régularité justifie son annulation.

Cette cohabitation a un véritable sens, car la DIRECCTE est incontestablement l'autorité la mieux

(6) C. trav., art. L. 2314-14.

(7) Sur ce point, voir par exemple : Soc., 22 janvier 2020, n° 19-12.011, publié au *Bulletin* ; Soc., 19 décembre 2018, n° 18-23.655, publié au *Bulletin*.

à même, par sa connaissance concrète de l'entreprise, de déterminer le cadre le plus adapté pour la mise en place des institutions représentatives, et donc ultérieurement de la négociation, ainsi que pour connaître les qualifications et opérer les répartitions dans les collèges ; tandis que le juge d'instance est le juge naturel du droit de la représentation du personnel en entreprise et supervise la régularité d'ensemble. Mais le principe de séparation des pouvoirs rendait cette division des tâches, jusqu'à il y a peu, inutilement complexe. C'est ce qu'a révélé l'affaire « Avis » en 2013, lorsque l'autorité administrative s'est estimée compétente pour intervenir au motif qu'il n'y avait pas de protocole préélectoral valide tandis que le juge d'instance affirmait la régularité et la validité du même protocole préélectoral. Les recours formés contre l'une et l'autre décision devant les ordres de juridiction administratif d'une part et judiciaire d'autre part ont permis aux deux hautes juridictions de rendre, *in fine*, des décisions cohérentes, et fondé la jurisprudence, depuis lors consacrée par la loi, sur la suspension du processus électoral en cas de saisine de la DIRECCTE (8). Mais ils ont été aussi le témoignage de l'absurdité de cette dualité de compétences sur un même processus.

Bouleversant les habituelles répartitions de compétence, le législateur a dès lors, en 2015, et avec le plein accord des deux ordres de juridiction, décidé de coordonner l'intervention des juges administratif et judiciaire en créant un régime de dualité unifié. C'est ainsi que les recours contre les décisions de la DIRECCTE ont été transférés aux tribunaux judiciaires, qui peuvent de cette manière avoir une vision globale du contentieux en lien avec le processus électoral. Que l'autorité administrative intervienne pour déroger aux règles d'électorat ou d'éligibilité (9) ou pour fixer la répartition des sièges et des électeurs au sein des collèges (10), les recours relèvent de la compétence du juge judiciaire. De ce fait, lorsque, dans un processus électoral particulièrement enflammé, les contestations portent sur les différentes phases du processus, elles peuvent, au final, être tranchées de manière cohérente par un seul et même juge.

C'est une application intelligente du bloc de compétences, que prônent toutes les juridictions, le Conseil constitutionnel comme le Conseil d'État et la Cour de cassation, pour que les règles contentieuses soient les plus efficaces possibles. Mais c'est aussi la première

fois que, pour cela, les frontières de séparation des pouvoirs sont déplacées, avec un recours judiciaire admis à l'encontre d'une décision administrative.

L'ordonnance du 22 septembre 2017 a encore accentué cette nouvelle ligne en confiant à la DIRECCTE la compétence relative aux recours contre les décisions unilatérales de l'employeur en matière de périmètre de mise en place des CSE, et au tribunal judiciaire celle d'accueillir les recours contre les décisions de la DIRECCTE (11).

Cette réforme suppose de penser les rapports entre DIRECCTE et juge judiciaire, qui n'avaient jamais jusqu'alors fonctionné directement ensemble.

Non pas tant sur le fond, car la jurisprudence judiciaire s'est évidemment alignée aux principes qu'avait sagement, avant elle, dégagé la jurisprudence administrative, notamment sur la répartition des sièges et des électeurs dans les collèges (12), et même, quoique avec amodiation puisque la notion n'est plus tout à fait la même, sur le périmètre des établissements distincts (13).

Mais sur la forme, sur la procédure, le juge judiciaire n'est pas le juge habituel des décisions rendues par l'autorité administrative. Il leur faut donc apprendre à se connaître, comprendre comment chacun fonctionne, et savoir se compléter utilement. Le juge judiciaire peut notamment s'appuyer sur le travail d'instruction réalisé par la DIRECCTE, se faire communiquer, comme l'y autorisent les textes, les pièces du dossier, et même, s'agissant des établissements distincts, ce qui est une faculté extraordinaire, un rapport précisant les éléments de droit ou de fait ayant fondé la décision de l'autorité administrative (14). À la différence du juge administratif, le juge judiciaire, saisi du recours, ne se contente pas de confirmer ou d'infirmer la décision administrative, en renvoyant dans ce dernier cas devant la DIRECCTE pour qu'il soit à nouveau statué. Dans la cohérence du dispositif, le tribunal judiciaire, lorsqu'il est saisi d'un recours contre la décision de la DIRECCTE, substitue sa décision à celle de l'autorité administrative si celle-ci est infirmée. Cela lui permet de statuer dans le même temps sur les autres éléments de contentieux dont il peut être saisi pour le même contentieux électoral. La conséquence, c'est que lorsqu'une décision de la DIRECCTE est infirmée pour des raisons de pure forme, le tribunal judiciaire peut malgré tout statuer sur le

(8) Soc., 26 septembre 2012, n° 11-60.231, *Bull. Civ. V*, n° 241 ; CE, 31 mai 2012, n° 354186, publié au *Recueil Lebon*.

(9) C. trav., art. R. 2314-4.

(10) C. trav., art. R. 2314-3.

(11) C. trav., art. L. 2313-5.

(12) Soc., 6 juin 2018, n° 17-27.175.

(13) Soc., 19 décembre 2018, n° 18-23.655.

(14) C. trav., art. R. 2313-3.

fond (15). Un avantage clair apparaît pour la rapidité et la cohérence du dispositif électoral, même si cette procédure, qui est une construction empruntant à la fois aux éléments de droit administratif et de droit judiciaire est au premier abord déstabilisante. Elle est en tous les cas incontournable : lorsque la DIRECCTE est compétente pour se prononcer sur un recours relatif à la négociation préélectorale, une partie est irrecevable à saisir le tribunal judiciaire en « post-électoral » pour se plaindre d'une irrégularité qui aurait dû être soumise à l'autorité administrative dans les délais prévus par les textes (16).

Suspendues durant deux mois par l'ordonnance du 1^{er} avril 2020 (17), les élections professionnelles reprendront avec force à compter de l'automne 2020. D'ici là, la période de crise particulière, qui rend

spécifiquement nécessaire la consultation permanente des comités sociaux et économiques et la négociation d'accords locaux, permettra de vérifier si les choix faits par les acteurs du processus électoral notamment quant au périmètre de déroulement des élections étaient pertinents et adaptés. Il y aura à apprendre de cette expérience si particulière, et probablement des ajustements à opérer. La DIRECCTE et le juge devront y veiller.

« Ce qui est essentiel, dans l'idée d'un régime démocratique, c'est d'abord la légalité : un régime où il y a des lois et où le pouvoir n'est pas sans limite (18). » La démocratie en entreprise n'échappe pas à ce principe.

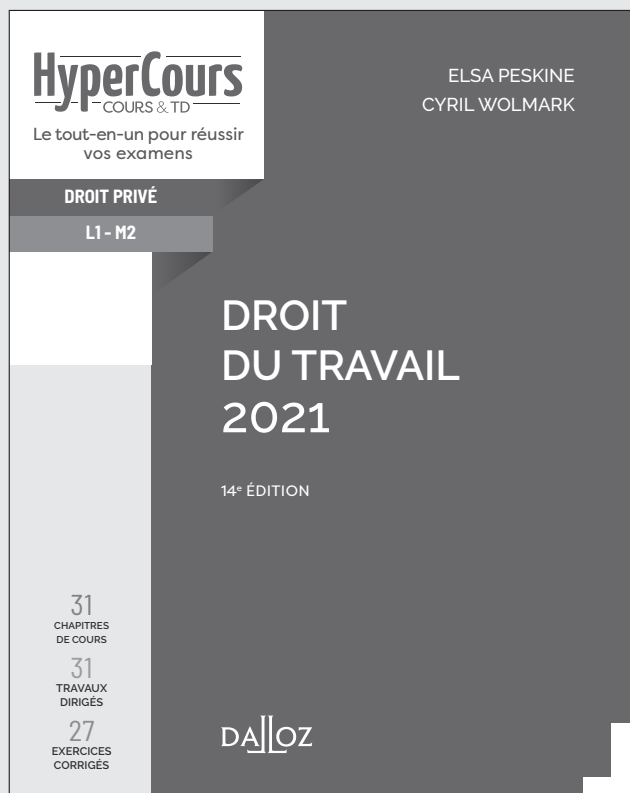
Laurence Pécaut-Rivolier

(15) Soc., 19 décembre 2018, n° 18-23.655 P+B.

(16) Soc., 25 mars 2020, n° 18-18.401 P+B.

(17) Ordonnance 2020-323 du 1^{er} avril 2020 : les élections professionnelles sont suspendues rétroactivement à compter du 12 mars et jusqu'à trois mois après la date de cessation de l'état d'urgence. Les élections peuvent donc reprendre le 24 mai, mais la suspension permet de les reporter au 24 août.

(18) Raymond Aron, « États démocratiques et États totalitaires », communication du 17 juin 1939 à la Société française de philosophie.



DROIT DU TRAVAIL 2021

14^e édition

Par Elsa Peskine et Cyril Wolmark

Une vision claire et précise de l'ensemble du droit du travail.

Le droit du travail régit le travail salarié, c'est-à-dire l'emploi et la vie professionnelle de la très grande majorité des personnes.

Placé au centre de la vie économique et politique d'un pays, il ne se passe pas de semaine sans que, par un licenciement collectif, une grève, une restructuration ou une loi nouvelle, il ne fasse parler de lui.

Cet ouvrage donne une vision claire et précise de l'ensemble de la matière recouvrant tant les relations individuelles que les relations collectives du travail.

Il est à jour des dernières évolutions législatives ainsi que de la jurisprudence la plus récente.

Éditions Dalloz
Juin 2020 – ISBN-978-2-247-19719-4
860 pages – 35,00 euros