

*« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ;
ces opinions doivent être considérées comme étant propres à leur auteur ».*

REMERCIEMENTS

Que Monsieur le Professeur Franck Petit trouve ici l'expression de ma plus profonde gratitude pour la confiance qu'il m'a témoignée et pour avoir dirigé avec tant d'attention ce travail de recherche.

Pour leurs encouragements et leur soutien constant, que Abdenbi Allouch, Allan Rochette, Charlotte Brès, Henrick De brier et Madame Bérengère Gleize soient tout particulièrement assurés de mon éternelle reconnaissance.

Je tiens également à remercier tous ceux qui m'ont aidée et soutenue, par une critique, une suggestion ou tout simplement leur présence. Ils se reconnaîtront.

Enfin, un grand merci à mes parents sans qui rien n'aurait été possible.

A mes parents,
A ma cousine,

LE DROIT ELECTORAL DE L'ENTREPRISE

SOMMAIRE

Les numéros indiqués renvoient aux pages
Une table des matières détaillée figure à la fin de l'ouvrage

Introduction	8
1^{re} partie – La reconnaissance d'un droit électoral de l'entreprise	25
Titre 1 – L'émergence d'un droit électoral de l'entreprise	27
Chapitre 1 – La construction d'un droit électoral de l'entreprise.....	29
Chapitre 2 – Les sources du droit électoral de l'entreprise.....	65
Titre 2 – Le particularisme de la représentation des intérêts professionnels	122
Chapitre 1 – Le droit électoral mis au service de la représentation des intérêts professionnels.....	124
Chapitre 2 – Les fonctions des élections professionnelles.....	173
2nd partie – La complexe mise en œuvre du droit électoral de l'entreprise	208
Titre 1 – L'utilisation à double effet du droit électoral de l'entreprise : des avantages et des inconvénients	210
Chapitre 1 – Les prémices des opérations électorales.....	212
Chapitre 2 – Des opérations électorales règlementées.....	275
Titre 2 – Les conséquences de la méconnaissance du droit électoral de l'entreprise	389
Chapitre 1 – Un contrôle renforcé du processus électoral.....	391
Chapitre 2 – Des sanctions limitées du droit électoral de l'entreprise.....	413
Conclusion générale	444

Liste des principales abréviations

AJDA	Actualité juridique de droit administratif
Al.	Alinéa
ANI	Accord national interprofessionnel
Art.	Article
Ass.	Assemblée
ass. plén.	Assemblée plénière
BO	Bulletin officiel
Bull.	Bulletin
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C.	Code
C. élect.	Code électoral
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
CE	Conseil d'Etat
Ch. Mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Chron.	Chronique
Coll.	Collection
Comm.	Commentaires
Concl.	Conclusion
Cons. const.	Conseil constitutionnel
D.	Recueil Dalloz
DC	Décision du Conseil constitutionnel
Dr. Ouvrier	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
Dr. trav.	Droit du travail
Ed.	Edition
In	Dans
JCP CI	Juris-classeur périodique (Semaine juridique) éd. commerce et industrie
JCP E	Juris-classeur périodique (Semaine juridique) éd. entreprise
JCP G	Juris-classeur périodique (Semaine juridique) éd. générale
JCP S	Juris-classeur périodique (Semaine juridique) éd. sociale
JO	Journal officiel
Juris.	Jurisprudence
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
N°	Numéro
Obs.	Observations

OIT	Organisation internationale du travail
P.	Page
RDP	Revue de droit public
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RPDS	Revue pratique de droit social
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
SSL	Semaine sociale Lamy
TIC	Technologie de l'information et de communication
UES	Unité économique et sociale
V.	Voir
Vol.	Volume

INTRODUCTION

« L'homme ne peut rien faire en bien ou en mal qu'en s'associant. Il n'y a pas d'armure plus solide contre l'oppression ni d'outils plus merveilleux pour les grandes œuvres ». Cette citation de Jean Jacques Rousseau souligne l'intérêt pour les individus de s'associer. La nécessité d'une représentation des salariés est ancienne. Au moyen âge, déjà, des organisations s'intéressaient aux problèmes du travail. L'apparition au 16^{ème} siècle de nouvelles formes d'entreprises telles que les manufactures, par exemple, augmente la nécessité d'une défense des intérêts des travailleurs. Entre employeurs et employés une opposition d'intérêt se crée ; une défense contre les abus de pouvoir des patrons est nécessaire, le compagnonnage naît alors. Les corporations sont vivement critiquées notamment par les philosophes des lumières qui voient en ces groupes des entraves à l'exercice des droits individuels. Les physiocrates préconisent le laisser faire ; ils prêchent la liberté du travail et du commerce. Selon eux, l'économie doit être libérée des entraves institutionnelles. L'idée d'organisation professionnelle est en contradiction avec l'utopie libérale. Les corporations sont alors interdites par le décret d'Allarde du 17 mars 1791. Le principe de liberté de commerce et d'industrie implique que l'exercice des professions soit libre. Les corporations sont considérées comme des facteurs de division et non de rassemblement. La loi Le Chapelier, corollaire du décret d'Allarde, incrimine le rétablissement des corporations. Pour Sieyès, « L'intérêt personnel n'est point à craindre ; il est isolé, chacun a le sien ; la grande difficulté vient de l'intérêt par lequel un citoyen s'accorde avec quelques autres seulement. Celui-ci permet de se concerter, de se liguier. Par lui se combinent les projets dangereux pour la communauté, par lui se forment les ennemis publics les plus redoutables. Qu'on ne soit pas étonné si l'ordre social exige avec tant de vigueur de ne point laisser les simples citoyens disposer de corporations »¹. Mais la nécessité d'une défense des intérêts prenant une plus grande ampleur et dans le but de restreindre les conflits, les autorités administratives commencent à tolérer certains groupements. Enfin, la loi Waldeck Rousseau du 21 mars 1884 autorise la constitution de syndicat ayant exclusivement pour objet l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles. La loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel précise la définition en tenant compte de l'évolution du mouvement syndical et du droit syndical : « Les

¹ E.-J. Sieyès, Qu'est-ce que le Tiers Etat ?, Paris, PUF, réed. 1982.

syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts »². Désormais tout salarié est libre d'adhérer ou non à un syndicat quel que soit son âge, son sexe ou sa nationalité. Il est également libre d'en démissionner. Les institutions représentatives du personnel apparaissent progressivement afin d'améliorer les conditions de travail et de vie des salariés. Dès le 19^{ème} siècle, les délégués d'usine ou d'atelier, ancêtres du délégué du personnel, sont chargés de présenter les réclamations du personnel à l'employeur. Les délégués du personnel sont consacrés par le législateur en 1936. Représentants du personnel les plus proches des salariés, leurs attributions sont multiples. Ils sont chargés de présenter les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salariés, à l'application du Code du travail et d'autres lois et règlements concernant la protection sociale, l'hygiène et la sécurité, ainsi que des conventions et accords collectifs applicables dans l'entreprise. Le système de représentation du personnel va se renforcer à l'issue de la seconde guerre mondiale avec la création du comité d'entreprise en 1945 et de la commission d'hygiène et de sécurité en 1947. Les syndicats ne sont autorisés à entrer dans l'entreprise qu'en 1968. La loi du 27 décembre 1968 reconnaît le libre exercice du droit syndical dans les entreprises et permet la création de sections syndicales d'entreprise et de délégués syndicaux dans ces sections. Alors que les délégués du personnel et les membres du comité d'entreprise sont élus par les salariés, les représentants syndicaux sont désignés par leur syndicat. Cette représentation du personnel est permise par le biais de l'élection de représentants de salariés et de la désignation de représentants syndicaux.

D) La notion de représentation des salariés

Notion de représentation- De manière générale, la représentation est définie comme « l'action de représenter quelqu'un, une collectivité »³. L'idée de représentation suppose la prise en compte de qualités communes qui rassemblent et non de particularités qui divisent⁴. Mais la notion de représentation est beaucoup plus complexe. On la retrouve dans plusieurs disciplines et avec une approche différente.

² Art. L. 2131-1 C. trav.

³ WWW. Larousse.fr.

⁴ N. Maggi-Germain, M. Offerlé et J.-M. Pernot, Réformer la représentativité pour refonder la représentation, Dr. soc. 2014. 244.

En sociologie, la notion de représentation fait l'objet de diverses définitions, une définition commune étant difficile à dégager. Serge Moscovici⁵ définit la représentation sociale comme contribuant à la formation des conduites et à l'orientation des connaissances sociales et se caractérisant par une focalisation sur une relation sociale et une pression à l'inférence. Pour Denise Jodelet, « le concept de représentation sociale désigne une forme de connaissance spécifique, le savoir de sens commun, dont les contenus manifestent l'opération de processus génératifs et fonctionnels socialement marqués. Les représentations sociales sont des modalités de pensée pratique orientée vers la communication, la compréhension et la maîtrise de l'environnement social, matériel et idéal. En tant que telles, elles présentent des caractères spécifiques au plan de l'organisation des contenus, des opérations mentales et de la logique »⁶. Emile Durkheim, père de la notion de représentation sociale, distingue les représentations collectives et les représentations individuelles⁷. Il permet de penser les représentations en tant que réalité sociale. On pourrait simplement retenir qu'une représentation sociale est une représentation partagée.

En droit, la question de la représentation est au cœur des débats de la question du gouvernement représentatif depuis le 18^{ème} siècle. La notion de représentation fait l'objet de diverses applications. Monsieur Franck Petit souligne la polysémie de la notion de représentation en distinguant la représentation de droit privé et la représentation de droit public⁸. En droit public, le droit constitutionnel organise un régime politique fondé sur le principe de représentation démocratique, autrement dit un régime où le peuple gouverne uniquement à travers des institutions politiques composées de représentants élus. Ces représentants sont chargés de défendre l'intérêt de l'ensemble de la population. L'élaboration d'une doctrine de la représentation est ancienne. Alphonse Aulard rappelle que sous la Révolution « tout le monde semble d'accord pour établir une république représentative. L'idée que le peuple pût et dût exercer directement sa souveraineté ne fût guère formulée, que par un membre de l'assemblée électorale de Seine et Oise, qui proposa un mandat d'après lequel les députés demanderaient que le peuple exerçât sa souveraineté non par des délégués, mais par lui-même »⁹. En droit privé, le

⁵ Serge Moscovici, psychologue social, historien des sciences et théoricien de l'écologie politique.

⁶ D. Jodelet, « Représentations sociales : phénomènes, concept et théorie », in S. Moscovici (dir.), *Psychologie sociale*, PUF, 7^{ème} éd., 1998, p. 361-382.

⁷ E. Durkheim, « Représentations individuelles et collectives », *Revue de métaphysique et de morale*, Tome VI, numéro de mai 1898.

⁸ F. Petit, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, Bibliothèque de droit privé, Tome 291, LGDJ, 2000, p. 1.

⁹ A. Aulard, *Histoire politique de la Révolution française, Origines et développement de la démocratie et de la République (1789-1804)*, Paris, A. Colin ? 6^{ème} éd., p. 257.

concept de représentation est autre ; la représentation est l'action consistant pour une personne investie à cet effet d'un pouvoir légal, juridique ou conventionnel (le représentant) d'accomplir au nom et pour le compte d'une autre, incapable ou empêchée (le représenté), un acte juridique dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté. L'acte accompli par le représentant engendre des droits et des obligations non pour ce dernier (partie agissante), mais pour le représenté (partie intéressée), de telle sorte que celui-ci devient directement créancier ou débiteur du tiers avec lequel le représentant traite¹⁰. En droit du travail, la représentation est spécifique ; il s'agit de représenter dans leurs intérêts une catégorie de personnes bien déterminée : « les salariés ».

Représentation des salariés dans leurs intérêts - Le Code du travail met en place un système de représentation des intérêts des salariés afin de rétablir un équilibre face aux inégalités des parties au contrat de travail, mais également de démocratiser le fonctionnement de l'entreprise¹¹. En effet, le lien de subordination est la clé de voûte du contrat de travail. Par ce lien, le travailleur se trouve en situation de dépendance ; il est placé, en droit, sous l'autorité de celui pour lequel il effectue une tâche. Cette dépendance est plus précisément caractérisée, par le pouvoir, pour l'employeur, de donner au travailleur des instructions, des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et d'en vérifier les résultats, ainsi que de sanctionner les manquements de son subordonné, à charge d'en assumer les risques de son activité¹².

De cette préposition naissent, ipso facto, des inégalités. Mais le législateur se charge de limiter les inégalités abusives en réglementant les relations individuelles de travail, de l'embauche à la rupture du contrat de travail et les relations collectives, notamment en conférant aux représentants du personnel le pouvoir de défendre les intérêts des salariés. En vertu de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, « Tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion de l'entreprise ». La participation doit être entendue comme un droit de concertation dans le cadre du processus de décision par le biais d'une information-consultation. Ce principe à valeur constitutionnelle¹³ implique que la détermination des modalités concrètes de cette mise en œuvre fasse l'objet d'une concertation appropriée entre les employeurs et les salariés et leurs organisations représentatives. Il n'a, cependant, ni pour objet ni pour effet, d'imposer que dans

¹⁰ G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, pp. 894-895.

¹¹ P. Lokiec, Droit du travail, Tome II, Les relations collectives de travail, PUF, 1^{ère} éd., 2011, p. 1.

¹² G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Capitant, PUF, p. 982 ; définition issu de l'arrêt de la chambre sociale du 13 novembre 1996, n° 94-13.187.

¹³ Cons. const., 5 juill. 1977, n° 77-79 DC.

tous les cas cette détermination soit subordonnée à la conclusion d'accords collectifs¹⁴. Pour George Borenfreund, la représentation contribue à réguler les conflits d'intérêts et la relation d'inégalité qui naît du contrat de travail. Elle permet de limiter l'exercice du pouvoir patronal dans l'entreprise et donc tempère la subordination juridique. Elle contribue à structurer le droit du travail. Selon lui, la représentation des salariés favorise également la diversification des règles démocratiques par le biais du double canal de représentation : une représentation syndicale et une représentation élue des salariés. La représentation des salariés sert d'intermédiaire, elle permet d'établir des relations privilégiées entre les employeurs et les collectivités de travail puis entre les collectivités de travail et l'Etat¹⁵. Dans le système des relations professionnelles, la représentation a un effet structurant.

L'employeur n'est plus seul à piloter son entreprise, les salariés s'expriment par le biais de techniques collectives. Ce qui conduit à la mise en place de modalités de représentation des travailleurs particulières.

II) La dualité de la représentation des salariés

Le système de relation professionnelle s'est développé à la fin du XIXème siècle et présente aujourd'hui deux modèles. Le droit du travail comparé distingue traditionnellement deux modèles de représentation des salariés : le canal unique de représentation et le double canal de représentation.

Canal unique de représentation- Dans les pays de canal unique, les syndicats sont les seuls interlocuteurs de l'employeur. Ils interviennent essentiellement par la voie de la négociation. En Suède et au Royaume-Uni, par exemple, les délégués syndicaux sont les seuls acteurs de la représentation des salariés.

Double canal de représentation- Dans les pays de canal double ou « système de représentation dualiste », la représentation syndicale coexiste avec la représentation des salariés par une instance élue. La représentation élue constitue un second mode de représentation aux côtés du pouvoir syndical de revendication et de négociation.

¹⁴ Cons. const., 16 déc. 1993, n° 93-328 DC.

¹⁵ G. Borenfreund, La représentation des salariés et l'idée de représentation, Dr. soc. 1991. 685.

Système français de représentation- En France, le système de représentation est dualiste. La représentation syndicale est la première à émerger, mais les syndicats ne sont invités dans l'entreprise qu'en 1968. En effet, le patronat est défavorable à l'immixtion des syndicats dans l'entreprise redoutant la remise en cause de leur pouvoir de gestion. C'est pourquoi est mise en place une représentation élue dans l'entreprise. La seule représentation des salariés par des institutions élues n'est pas sans crainte pour les syndicats qui redoutent le manque d'expérience des salariés nouvellement élus. Selon eux, leur mise à l'écart ne peut être que préjudiciable aux intérêts des travailleurs¹⁶. En 1968, les syndicats entrent dans l'entreprise. Désormais, une instance élue et une instance syndicale assurent la représentation des salariés. Se pose alors la question de l'harmonisation de ces deux types de représentation. Le double canal des syndicats et des institutions élues dans l'entreprise favorise la diversification des règles démocratiques. Ces règles se sont transposées du champ politique au domaine économique et social¹⁷.

Représentativité- La représentativité est « une opération juridique qui accordant une forme de reconnaissance à un groupement d'individus aspirant à la représentation d'un groupe plus large, lui confère certaines prérogatives »¹⁸. La représentation n'étant pas figée, la représentativité d'un syndicat peut faire l'objet de questionnement. La reconnaissance de la représentativité est un acte juridique permettant de constater la capacité d'une organisation à représenter un groupe dans un cadre juridique spécifique. Représentation et représentativité ont une relation d'interaction, « le lien entre représentativité et représentation est une relation de qualité à fonction ou pouvoir, la représentativité étant une qualité requise pour l'exercice d'une fonction et de pouvoirs pour lequel elle apparaît nécessaire »¹⁹. De plus, « si l'évolution des formes de représentation est susceptible de modifier la représentativité d'une organisation, le statut juridique conféré à certaines organisations peut, en retour, contribuer à redessiner les contours de la représentation »²⁰. La représentativité a été mise en place dans le cadre de la procédure d'extension. Elle est, en effet, une des conditions posées à l'extension des conventions et accords collectifs de travail. L'article L. 2261-19 du Code du travail subordonne l'extension des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels à leurs

¹⁶ G. Bélier, F. Petit, Faut-il instaurer un canal unique de représentation dans l'entreprise ?, RDT 2010. 76.

¹⁷ A. Arseguel, La notion d'organisations syndicales les plus représentatives, Thèse Université des sciences sociales de Toulouse, p. 2.

¹⁸ N. Maggi-Germain, M. Offerlé et J.-M. Pernot, Réformer la représentativité pour refonder la représentation, Dr. soc. 2014. 244.

¹⁹ J.-M. Verdier, Sur la relation entre représentation et représentativité syndicale, Dr. soc. 1991. 5.

²⁰ N. Maggi-Germain, M. Offerlé et J.-M. Pernot, Réformer la représentativité pour refonder la représentation, Dr. soc. 2014.244.

négociations et conclusions au sein de commissions paritaires. Ces dernières doivent être composées de représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés, représentatives dans le champ considéré. La représentativité dispose de nouvelles fonctions, cette qualité ne permet pas seulement à un syndicat de signer une convention ou accord collectif mais permet également de siéger dans des instances décisionnaires de la branche, dans des instances publiques consultatives ou encore participer au paritarisme interprofessionnel. La représentativité est un titre de légitimité et d'authenticité de la représentation syndicale. Le système de représentativité français veille au respect du pluralisme syndical. La représentativité est pluraliste, plusieurs syndicats peuvent être représentatifs à un même niveau. Elle garantit donc la possibilité d'une représentation plurale et concurrentielle. Avant la réforme du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, existait un système de légitimité descendante : la présomption de représentativité. Dans un tel système « le syndicat n'agit pas comme mandataire de personnes privées, mais il est investi par les pouvoirs publics d'une sorte de mission locale »²¹. Désormais, le système repose sur une légitimité ascendante, l'autorité de l'organisation repose sur l'élection. En effet, la représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après des critères cumulatifs : le respect des valeurs républicaines, l'indépendance, la transparence financière, une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation, l'audience électorale, l'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, et les effectifs d'adhérents et les cotisations. Le critère de l'audience électorale permet de mesurer la représentativité des syndicats directement auprès des salariés. Pour être représentatif, les syndicats doivent désormais franchir un seuil. Cette représentativité est fragilisée puisqu'elle est remise en cause à chaque élection.

Représentation salariale et représentation patronale- La représentation des employeurs se distingue de la représentation des salariés. Les syndicats professionnels d'employeurs représentent leurs adhérents. Cependant, les accords signés par les syndicats représentatifs ont un effet *erga omnes*, autrement dit, ils sont opposables à tous et pas uniquement aux seuls adhérents. Ils représentent l'intérêt collectif d'une profession ou de tout ou partie d'un secteur d'activité. Ainsi, un accord signé par une organisation patronale peut engager l'ensemble des employeurs compris dans son champ d'application, après extension par le ministre du travail. Les syndicats professionnels d'employeurs ont un rôle d'intermédiaire entre

²¹ J. Savatier, La notion de représentativité des syndicats en droit français, Les cahiers du droit, vol. 9, n° 3, 1968, p. 442.

des entreprises regroupées dans un secteur d'activité et les pouvoirs publics. Les employeurs se regroupent également en groupes de pression pour influencer les pouvoirs publics, peser dans le débat public et imposer leur propre représentation²². Cette étude concentrée sur le droit électoral de l'entreprise ne traite pas de la représentation patronale qui mériterait une étude spécifique.

III) L'élection comme critère de la représentation

Election- L'élection est l'opération par laquelle plusieurs individus ou groupes, formant un collège électoral, investissent une personne d'un mandat ou d'une fonction par un vote²³. Ce terme signifie étymologiquement, l'action d'élire ou de choisir par un vote. Il s'agit d'un mode d'expression de l'opinion des individus et des groupes d'individus. L'élection est considérée comme un mode de légitimation des représentants et comme une forme de participation. Les individus ou groupes d'individus transfèrent, par le vote de leur majorité, une légitimité requise pour exercer les fonctions de représentant. La désignation est, en revanche, la nomination d'une personne déterminée pour occuper un poste ou remplir une mission.

Elections sociales- De manière générale, les élections sociales sont les opérations électorales par lesquelles les travailleurs salariés et parfois leurs employeurs désignent leurs représentants dans les institutions chargées de leurs intérêts sociaux et professionnels²⁴. Les élections sociales ou professionnelles comprennent donc toutes les élections concernant des salariés et des employeurs. Pour Georges Vedel, sont classées dans la catégorie d'élections sociales les élections des délégués du personnel, les élections des membres des comités d'entreprise, les élections des membres des conseils d'administration des caisses d'allocations familiales, les élections des membres des conseils d'administration des caisses primaires de Sécurité sociale²⁵. Les élections prud'homales sont également à classer dans cette catégorie. Les élections de prud'hommes constituent la plus ancienne institution paritaire ; le premier est créé le 18 mars 1806 à Lyon à la demande des fabricants de l'industrie de la soie. Les conseils de prud'hommes se développent rapidement, en 1848 on en compte 71, en 2016 ils sont 210. Le décret du 27 mai 1848 instaure le principe paritaire ; les conseils de prud'hommes doivent

²² N. Maggi-Germain, M. Offerlé et J.-M. Pernot, Réformer la représentativité pour refonder la représentation, Dr. soc. 2014.244.

²³ G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, p. 388.

²⁴ G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, p. 388.

²⁵ G. Vedel, « Comparaison du régime juridique d'élections sociales et du régime juridique des élections politiques », Revue française de science politique, vol. 3, n°2, 1953, p. 242.

comprendre autant de représentants salariés que de représentants patronaux. Des élections prud'homales sont donc organisées. Il règle les litiges nés entre les salariés ou apprentis et leurs employeurs à l'occasion du contrat de travail. Sa compétence porte uniquement sur les litiges d'ordre individuel. Il n'est donc pas compétent lorsque sont mis en jeu des intérêts collectifs notamment en matière d'élections professionnelles et d'interruption de grève.

Une organisation de sécurité sociale est instituée par l'ordonnance du 4 octobre 1945. Elle est destinée à garantir les travailleurs et leurs familles contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain, à couvrir les charges de maternité et les charges de familles qu'ils supportent²⁶. Elle est mise en place à la suite de la seconde guerre mondiale qui a détruit le pays, la France doit être reconstruite. Les prestations mises en place sont destinées à protéger les travailleurs. Son organisation repose sur « le refus d'un système d'assistance au profit d'une logique d'assurances maladies »²⁷. Les organisations syndicales et patronales se voient confier la gestion de la sécurité sociale. Initialement était retenue la désignation des administrateurs par les organisations syndicales et patronales les plus représentatives. La loi du 30 octobre 1946 abandonne le principe de désignation des administrateurs de la sécurité sociale qui est remplacé par le principe de l'élection. Les premières élections des administrateurs de la sécurité sociale ont lieu le 24 avril 1947. L'ordonnance du 21 août 1967 rétablit la désignation des administrateurs de la sécurité sociale et instaure la représentation à parité des parties patronale et salariale. Les élections sont ensuite rétablies par la loi du 17 décembre 1982 relative à la composition des conseils d'administration des organismes du régime général de sécurité sociale.

Cette étude traite uniquement des élections organisées dans l'entreprise pour la mise en place d'institutions représentatives du personnel. Ce sujet d'une grande dynamique mérite une analyse spécifique et approfondie.

IV) La nécessité d'un droit électoral de l'entreprise

Droit : Le droit est l'ensemble des règles de conduite socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres de la société²⁸. La règle de droit est générale, elle est

²⁶ Art. 1^{er} ord. n° 45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale.

²⁷ A. Bevort, A. Jobert, Sociologie du travail, Relations professionnelles, A. Colin, 2^{ème} éd., 2011, p. 132.

²⁸ G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 2011, p. 370.

destinée à tous les membres de la société. Elle peut, cependant, être sectorielle et ne s'appliquer qu'à une catégorie de personnes, les commerçants ou encore les salariés par exemple. La règle de droit prône l'égalité car elle n'est pas nominative, à l'exception de certains cas particuliers²⁹. Elle est abstraite, utilisant des « notions cadres », celle-ci ne devant pas être trop précise. Les règles de droit sont générales, il appartient donc au juge de les interpréter à la lumière du contexte. La règle de droit, commandant de faire ou de ne pas faire quelque chose, s'accompagne de la menace d'une sanction, à l'exception de certains cas particuliers telle que l'obligation pour les enfants, à tout âge, de devoir honneur et respect à leur père et mère en vertu de l'article 371 du Code civil. Les fondements du droit sont de deux sortes, le droit naturel et le droit positif. Le droit naturel repose sur un ordre de valeurs immanentes telles que la justice sociale ou le devoir moral³⁰. Le droit positif, quant à lui, est l'ensemble des règles de droit en vigueur dans un pays. Il doit être le reflet des droits naturels. Le droit est le reflet de la société, il est un fait social.

Droit électoral- Le droit électoral est l'ensemble des règles qui ont trait aux élections. Il régit toutes les phases du processus électoral et même au-delà, du déclenchement du processus électoral à la contestation de l'élection. Il s'applique à toute personne intéressée par les élections. En France, le droit électoral est politique, branche du droit public qui régit le processus d'élection des représentants politiques, ou professionnel.

Droit électoral de l'entreprise- Le droit électoral de l'entreprise est une branche du droit électoral professionnel. Il s'applique uniquement à l'élection et la désignation des représentants du personnel dans l'entreprise. Son champ d'application est limité à l'entreprise. Ces sujets sont donc particuliers ; le droit électoral de l'entreprise s'applique à l'employeur, aux salariés qui peuvent être à la fois électeurs et candidats et aux organisations syndicales. Il encadre l'opération électorale dans l'entreprise.

Il est incontestable qu'il existe bien aujourd'hui un droit électoral de l'entreprise. Il est le fruit d'une histoire mouvementée, celle de la représentation du personnel. Les représentants du personnel ayant pour vocation de porter les revendications des salariés, leur investiture doit être le fruit de l'expression de la volonté des salariés. Cette investiture ne peut être légitime que si elle est encadrée. Ce droit stratifié regroupe plusieurs sources. Le Code du travail, première source du droit électoral de l'entreprise contient des règles spécifiques. Il tente d'encadrer au

²⁹ La nationalisation et la dénationalisation d'une entreprise par exemple.

³⁰ G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 2011, p. 673.

mieux l'élection et la désignation des représentants du personnel, soucieux d'une représentation légitime. Il fixe les critères de représentativité des organisations syndicales et pose des règles relatives à la mesure de l'audience. Le Code du travail détermine les différentes institutions représentatives du personnel, délégué du personnel, comité d'entreprise, comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, délégation unique du personnel par exemple et fixe leurs conditions de mise en place, leurs attributions, leur fonctionnement ainsi que leur composition, leurs élections et leurs mandats.

Ces règles d'ordre public ont pour soutien le Code électoral, unique source des élections politiques. Le Code du travail s'en inspire par moment, citant certains articles, en paraphrasant d'autres. Ils sont également appliqués de manière sélective par la Cour de cassation pour faire face aux carences du Code du travail. La Constitution n'est pas une source négligeable du droit électoral de l'entreprise. Elle reconnaît la liberté syndicale en permettant à tout homme de défendre ses intérêts par l'action syndicale et d'adhérer au syndicat de son choix³¹. Mais elle reconnaît surtout le principe de participation en vertu duquel « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises »³². La Constitution renvoie au législateur à qui il appartient de déterminer les garanties et les conditions de mise en œuvre des principes de participation, de la liberté syndicale et d'égalité qui régissent la mise en place de la représentation du personnel. Des accords collectifs peuvent mettre en place des stipulations améliorant les règles légales applicables relatives à la mise en place des institutions représentatives du personnel. Ils peuvent être de droit commun, un accord collectif peut fixer le nombre d'établissement distinct par exemple ou spéciaux, c'est le cas du protocole d'accord préélectoral qui fixe les modalités d'organisation des élections. Aux sources nationales s'ajoutent des sources internationales qui ne sont pas des moindres. Parmi les textes européens, les Conventions du Conseil de l'Europe s'appliquent. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne peut ignorer les droits fondamentaux des travailleurs. Elle consacre également la liberté syndicale dans son article 11 selon lequel « Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts ». La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'impose aux Etats qui l'ont ratifiée et les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme peuvent être

³¹ Al. 6 préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

³² Al. 8 préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

directement appliquées par les juges français. La Charte sociale européenne est aussi une composante du droit électoral de l'entreprise. Elle garantit les principaux droits des relations collectives de travail. Elle reconnaît également le principe de la liberté syndicale et le droit à la négociation collective à travers ses articles 5 et 6 ayant un effet direct. Les directives européennes relatives à la représentation des salariés sont nombreuses. Certaines d'entre elles posent, par exemple, le principe de l'information ou de la consultation des salariés ou de leurs représentants lorsque dans l'entreprise des remaniements sont envisagés. La Charte communautaire des droits fondamentaux affirme que « l'information, la consultation et la participation des travailleurs doivent être développées, selon les modalités adéquates, en tenant compte des pratiques en vigueur dans les Etats membres »³³. Le législateur européen s'est investi d'une mission d'harmonisation des dispositions nationales en matière de représentation collective. Ainsi, la directive 14/2002 du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs, a posé comme objectif d' « établir un cadre général fixant des exigences minimales pour le droit à l'information et à la consultation des travailleurs dans les entreprises ou les établissements situés dans la communauté »³⁴. Elle détermine les seuils d'effectifs ; elle offre ainsi la possibilité aux Etats membres de l'Union européenne de choisir entre deux seuils d'effectifs. Les Etats membres doivent faire respecter les procédures d'information et de consultation soit dans les entreprises qui emploient au moins cinquante travailleurs soit dans les établissements qui emploient au moins vingt travailleurs. La France a opté pour la première proposition puisque la création d'un comité d'entreprise est obligatoire lorsque l'entreprise atteint un effectif de cinquante salariés, pendant douze mois consécutifs ou non au cours des trois dernières années. Elle renvoie aux Etats membres la compétence de fixer « les modalités d'exercice du droit à l'information et à la consultation au niveau approprié »³⁵. Au niveau international, plusieurs textes de l'organisation internationale du travail sont sources de droit en matière de représentation du personnel, notamment la déclaration de l'Organisation internationale du travail du 8 juin 1998 relative aux principes et droits fondamentaux du travail dans laquelle sont inscrits la liberté syndicale et le droit de négociation collective. Les Conventions n° 87 et n° 98 de l'Organisation internationale du travail posent les fondations de la liberté d'association et de la négociation collective. Ces deux outils de l'Organisation internationale du travail, proclament que peuvent être élus par les

³³ Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, 9 déc. 1989, point 17.

³⁴ Dir. 14/2002 du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs.

³⁵ Dir. n° 2002/14/CE du 11 mars 2002, art. 4§1.

salariés ou désignés par les syndicats les représentants des travailleurs, sans opérer de distinction entre représentants élus et représentants syndicaux. La déclaration universelle des droits de l'homme ou encore les Pactes internationaux de 1966 viennent renforcer la volonté internationale d'instaurer une représentation collective dans l'entreprise.

Droit électoral propre- L'influence du droit électoral politique est incontestable. Son concept de légitimité démocratique inspire les élections dans l'entreprise. La légitimité des représentants politiques découle de leur élection. Le droit électoral de l'entreprise cherche à transposer cette légitimité démocratique à la représentation des salariés. La représentativité syndicale est fondatrice d'une représentation de type politique³⁶. La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a renforcé cette légitimité issue des urnes en posant le critère de l'audience électorale. Les principes généraux du droit électoral ont également une influence. En effet, l'objet même des principes généraux du droit électoral est qu'ils ont une vocation naturelle à s'appliquer à toutes les élections et cela peu importe l'objet des élections. Le champ d'application des principes généraux du droit électoral, initialement créés pour les élections politiques, a été étendu aux élections dans l'entreprise par le législateur. En effet, la loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel a imposé le respect des principes généraux du droit électoral par les acteurs des élections en entreprise et plus généralement des élections professionnelles. La chambre sociale ne se restreint pas dans l'application des principes généraux du droit électoral. Elle fait tantôt référence à une règle spécifique et tantôt référence aux principes généraux dans leur globalité. Elle applique le principe de libre détermination des électeurs dont découlent les principes de secret du vote et de sincérité du scrutin. Le secret du vote est un principe général de droit commun auquel la chambre sociale de la Cour de cassation fait expressément référence à l'occasion du contentieux électoral d'entreprise, tout comme le principe de sincérité, révélateur de la volonté réelle de l'électeur. Le principe d'égalité a également vocation à s'appliquer aux élections professionnelles dans l'entreprise, tout comme certaines règles relatives à l'organisation matérielle des élections et au déroulement du scrutin.

Mais le particularisme des élections en entreprise rend impossible l'application de certaines dispositions du Code électoral et nécessite la mise en place de règles propres à l'entreprise. Les élections professionnelles dans l'entreprise se distinguent des élections politiques sur divers points : l'intervention dans le processus électoral de sujets singuliers, le

³⁶ F. Petit, La notion de représentation dans les relations collectives du travail, LGDJ, 2000, p. 335.

cadre particulier d'organisation des élections et leurs enjeux. Ces spécificités impliquent la mise en place de règles adaptées.

Les élections en entreprise ont pour acteurs : l'employeur, les salariés et les organisations syndicales. Le droit électoral de l'entreprise fixe donc des règles spécifiques déterminant dans quelles conditions ils sont soumis aux élections. Le droit électoral de l'entreprise met à la charge de l'employeur, chef de son entreprise, l'organisation des élections et l'invitation des organisations syndicales à la négociation préélectorale. Le salarié a plusieurs casquettes dans le processus électoral ; il est présent dans toutes les phases du processus électoral puisqu'il peut en être l'initiateur, électeur, candidat et, par conséquent, être élu ou désigné. Le Code du travail pose des règles pour chacune de ces capacités. Autre particularité, l'omniprésence des organisations syndicales dans le processus électoral. Elles ont un rôle fondamental dans les élections en entreprise. Le législateur encadre leur intervention dans le processus électoral. La spécificité des élections dans l'entreprise est notamment marquée par la particularité de certaines de ses modalités de vote. L'électeur ne doit pas répondre aux mêmes conditions que l'électeur aux élections politiques. Le droit électoral de l'entreprise lui pose des règles qui lui sont adaptées. L'élection s'organisant dans l'entreprise, il doit justifier son appartenance à l'entreprise comme salarié. La qualité de salarié et son ancienneté conditionnent l'électorat. En matière d'élection politique, l'électeur doit simplement disposer de la qualité de citoyen. Les conditions d'âge et de nationalité sont également adaptées aux élections dans l'entreprise. L'électeur doit être âgé de 16 ans révolus, contre 18 ans pour les élections politiques, en raison du fait qu'un contrat de travail peut être signé par toute personne âgée d'au moins 16 ans. La condition de nationalité, chère à l'électorat politique, n'a pas vocation à s'appliquer en matière d'électorat en entreprise. L'entreprise comprenant plusieurs catégories de salariés, le législateur impose pour une meilleure représentation de ces derniers, la répartition des électeurs en collèges électoraux et une organisation des élections par collège. L'organisation des élections par groupe permet une représentation des salariés en adéquation avec leurs intérêts et leurs attentes. Les candidats répondent également à des règles particulières. Les modes de scrutin et les règles relatives à l'opération et au contentieux électoral sont également adaptés au particularisme de l'entreprise. Un droit électoral de l'entreprise est surtout nécessaire en raison des enjeux particuliers des élections professionnelles. L'utilité des élections s'est étendue et diversifiée depuis la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de

travail³⁷. Cette utilité augmente la nécessité d'un droit électoral propre à l'entreprise. Par le biais des élections, les collectivités de salariés désignent démocratiquement leurs représentants. Le droit électoral de l'entreprise via les institutions de représentation qu'il met en place, régule les conflits d'intérêts et limite les inégalités que requiert la relation employeur-salarié. Les nouvelles fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise augmentent la nécessité d'un droit électoral propre à l'entreprise et nourrissent ce droit. Les élections ont désormais pour rôle de mesurer la représentativité syndicale, la présomption de représentativité ayant été supprimée par le législateur. Celui-ci conditionne la représentativité syndicale aux résultats obtenus lors des élections qui deviennent donc une étape incontournable à l'accession des syndicats à la représentativité. L'aptitude d'un syndicat à défendre les intérêts des salariés dépend d'un seuil d'audience à franchir lors du premier tour des élections professionnelles dans l'entreprise. Le franchissement des seuils offre comme prérogatives aux syndicats le droit de négocier des conventions et accords collectifs et de désigner un délégué syndical chargé de les représenter dans l'entreprise. Le droit électoral de l'entreprise doit donc encadrer cette accession à la représentativité. Les élections ont également des fonctions en matière de négociation collective. Elles permettent, d'une part, de désigner les représentants habilités à négocier des conventions et accords collectifs et, d'autre part, ses résultats conditionnent la validité des conventions et accords collectifs. Le droit électoral de l'entreprise est fondamental en ce qu'il permet une démocratie sociale. Les instances représentatives du personnel n'ont pas pour seules fonctions de défendre les intérêts des salariés au niveau de l'entreprise. Elles sont également habilitées à porter la parole des salariés auprès de l'Etat. Elles sont à la fois des instances de protection des individus et des coordinateurs entre l'Etat et les individus. Le droit électoral de l'entreprise contribue au partage de la gouvernance du social. Il favorise la participation des organisations syndicales et confère à la loi une expertise et une légitimité supplémentaire lorsqu'elle repose sur le compromis trouvé. Le droit électoral de l'entreprise rend flexible le cadre de représentation pour une meilleure représentation des salariés. Il tient compte de l'éclatement de la collectivité de travail dans l'hypothèse d'une parcellisation des sociétés. Son objectif est de reconstituer fictivement la collectivité de travail afin de permettre la mise en place d'institutions représentatives du personnel.

³⁷ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

V) Problématique

Le droit électoral de l'entreprise est un sujet original. Souvent méconnu des salariés, il régit la mise en place d'une représentation, elle, connue des salariés. Ce droit en construction intéresse, de nombreuses études sont consacrées à ce droit qui soulève pourtant de nombreuses interrogations. La question de l'émergence d'un droit électoral de l'entreprise ne pose plus de difficultés. Il existe bien un droit électoral de l'entreprise qui se construit depuis 1936 avec la création des délégués du personnel. Mais comment ce droit a-t-il émergé et comment continue-t-il à se construire ? Ce droit est aujourd'hui un puzzle législatif et jurisprudentiel. Mais cette diversité des sources du droit électoral de l'entreprise ne marque-t-elle pas ses lacunes ? La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a attribué aux élections professionnelles de nouveaux enjeux que le droit électoral de l'entreprise doit prendre en compte et concilier. Cette multiplication des enjeux ne vient-elle pas complexifier la construction et l'application du droit électoral de l'entreprise ? Dans sa recherche de légitimité des représentants, le législateur n'entrave-t-il pas les droits de certains d'entre eux ? Cette étude soulignera également les effets du droit électoral de l'entreprise sur la négociation collective et la démocratie sociale. L'application du droit électoral de l'entreprise suscite de nombreuses difficultés. Dans quel cadre les élections professionnelles doivent-elles être organisées ? Quelles sont les propositions du législateur pour permettre une représentation dans toutes les entreprises ? Comment le droit électoral s'adapte à l'entreprise ? Quelles sont les difficultés de mise en œuvre du droit électoral de l'entreprise ? Quelles sont les particularités du contentieux électoral ? Comment sont adaptées les sanctions ?

La construction d'un droit électoral de l'entreprise n'est pas une mince affaire. La particularité tant du cadre, des sujets et des enjeux nécessite l'élaboration de règles harmonieuses. Mais cette harmonie fait parfois défaut. Ce droit doit permettre la représentation du plus grand nombre de salariés en tenant compte de la particularité de certaines structures et de certains salariés et surtout des enjeux des élections. Le législateur est dans une position très délicate, tentant de concilier les différents enjeux des élections professionnelles il complexifie le droit électoral de l'entreprise, qui initialement déjà, manque de lisibilité en raison de son éclatement. De nombreuses règles dépendent les unes des autres et font appel à des mécanismes très techniques rendant leur application difficile.

Si le législateur tend à simplifier le droit, « on assiste régulièrement à l’empilement de dispositions pas toujours réellement compatibles les unes avec les autres, rendant ainsi illisible un corpus de règles, ou bien à l’édiction de dispositions inadaptées à la situation qu’elles prétendent régler »³⁸.

VI) Annonce de plan

Le droit électoral de l’entreprise est un vaste sujet qui mérite l’intérêt que lui porte le législateur, la jurisprudence et de nombreux juristes. La méthode adoptée dans le cadre de ces travaux est claire. La première partie reconnaît l’existence d’un droit électoral de l’entreprise, faisant état des différentes étapes de l’émergence de ce droit et de la diversité de ses sources. Cette partie souligne le particularisme de la représentation des intérêts professionnels. Le droit électoral de l’entreprise est à la fois un droit influencé par le droit électoral politique et un droit particulier en ce qu’il appelle à des mécanismes adaptés à l’entreprise. La grande particularité des élections professionnelles est la diversité de ces enjeux qui rend difficile la construction et l’application du droit électoral de l’entreprise. La seconde partie traite de l’application du droit électoral de l’entreprise et des difficultés rencontrées lors de cette application. Les lacunes du droit électoral de l’entreprise entraîne un contentieux important, également source de difficultés.

PARTIE 1 : LA RECONNAISSANCE D’UN DROIT ELECTORAL DE L’ENTREPRISE

PARTIE 2 : LA COMPLEXE MISE EN ŒUVRE DU DROIT ELECTORAL DE L’ENTREPRISE

³⁸ M. Vericel, Que faut-il entendre par simplification du droit du travail, Dr. soc. 2015. 833.

**PREMIÈRE PARTIE : LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT
ELECTORAL DE L'ENTREPRISE**

L'histoire de la représentation du personnel a été fort mouvementée. Longtemps reconnue puis interdite au XVIIIe siècle, elle est légalisée à la fin du XIXe siècle par la loi Waldeck Rousseau. Durant plusieurs siècles s'exprime la nécessité d'une représentation du personnel dans l'entreprise. L'entreprise est un milieu de vie dans lequel les intérêts d'employeurs et salariés divergent, il est par conséquent important d'accorder aux salariés une représentation dans le but de restreindre les inégalités face aux employeurs. Dans un souci de légitimité, des élections doivent être organisées au sein des entreprises afin de déterminer les représentants des salariés. Ces élections professionnelles dans l'entreprise donnent naissance à un droit électoral de l'entreprise qui se construit progressivement et régleme l'organisation des élections. La spécificité du lieu d'organisation, des protagonistes et des enjeux des élections professionnelles impose des règles adaptées. Ainsi, les élections professionnelles conduisent inéluctablement à l'émergence d'un droit électoral de l'entreprise (**Titre 1**) dont la spécificité doit être relevée (**Titre 2**).

TITRE 1 : L'EMERGENCE D'UN DROIT ELECTORAL DE L'ENTREPRISE

Historiquement, la représentation du personnel prend une place de premier rang dans les relations de travail. Les représentants ayant pour vocation de porter les revendications des salariés, leur couronnement doit être le fruit de l'expression de la volonté des salariés. Dans un souci de paix, l'investiture des représentants des salariés doit être encadrée. La mise en place de règles relatives à l'élection de ces représentants du personnel est nécessaire. Un droit électoral s'édifie alors progressivement et fait état d'une grande diversité de sources. La reconnaissance d'un droit électoral professionnel implique d'étudier de plus près sa construction (**Chapitre 1**) et les sources de ce droit (**Chapitre 2**).

Chapitre 1- La construction du droit électoral de l'entreprise

L'arbre généalogique du droit électoral professionnel actuel est riche. Le droit électoral de l'entreprise d'aujourd'hui est le fruit d'une histoire mouvementée. Il est la progéniture des élections professionnelles et ainsi de la représentation du personnel. En effet, il ne peut y avoir de droit électoral professionnel sans élections professionnelles. L'étude de la genèse du droit électoral de l'entreprise (**Section 1**) permettra de comprendre son essor (**Section 2**).

Section 1 - La genèse du droit électoral de l'entreprise

Le droit électoral professionnel est d'une grande complexité dans son processus d'élaboration. Un droit ne peut être que le fruit d'un besoin. Ainsi, la naissance du droit électoral professionnel trouve sa cause dans l'émergence de la représentation du personnel. L'avènement du droit électoral de l'entreprise (§2) résulte de l'avènement de la représentation du personnel (§1).

§1) L'avènement de la représentation du personnel

La naissance de la représentation du personnel, en tout cas sa reconnaissance, n'a pas été sans conflits. Le syndicalisme effraie l'Etat pour diverses raisons, mais sa nécessité grandissante il n'a pu avoir d'autre choix que de le reconnaître. D'autres institutions représentatives du personnel voient par la suite le jour pour une représentation efficace des salariés. Ainsi, la France a d'abord assisté à l'émergence du syndicalisme (I) pour voir par la suite l'émergence d'autres institutions représentatives du personnel (II).

I/ L'émergence du syndicalisme

Les groupements de métiers sont un phénomène très ancien, déjà présent au Moyen-âge. Pourtant, il gêne pour certains la société et se voit dénigrés pendant plus d'un siècle. Mais de nombreux mouvements de révolte conduisent à reconnaître les syndicats. Ainsi, le

déni du droit d'association **(A)** n'a pas survécu face à l'ampleur des mouvements ouvriers réclamant la reconnaissance du syndicalisme **(B)**.

A) Le déni du droit d'association

De la fin du XVIII^e siècle à la fin du XIX^e siècle, les groupements ouvriers sont expressément prohibés. Aucune association d'ouvriers ne peut être créée dans le but de défendre les intérêts des ouvriers. Malgré l'interdiction des groupements ouvriers **(1)**, certains survivent **(2)**.

1) L'étouffement des groupements ouvriers

L'interdiction des groupements ouvriers intervient dans un contexte particulier **(a)** débouchant sur l'adoption du décret d'Allarde et de la loi Le Chapelier dont les principes doivent être étudiés **(b)**.

a) Une interdiction circonstanciée

Au Moyen Âge, déjà, il existe des organisations s'intéressant aux problèmes du travail. Au XVI^e siècle et aux siècles suivants, apparaissent de nouvelles formes d'entreprises telles que les fabriques, les manufactures et les grands commerces. Une opposition d'intérêt se crée entre employeurs et employés et donc une organisation de défense contre les abus de pouvoir des patrons naît : c'est le compagnonnage. Le syndicalisme naît de l'industrialisation.

La Révolution française de 1789 bouleverse les relations professionnelles. Au XVIII^e siècle, les voix hostiles aux corporations sont nombreuses. C'est en s'intéressant aux idéologies et aux institutions que le mouvement des Lumières développe sa critique des corporations. On retiendra essentiellement les voix de Jean Jacques Rousseau et de Denis Diderot qui prônent l'intérêt général, et pour qui la création d'associations pourrait nuire à cet intérêt. Les physiocrates notamment, voient avec scepticisme ces groupements. Ils développent l'idée selon laquelle « l'individu dispose des droits naturels que sont la propriété

et la liberté et qui préexistent à l'État »³⁹. Les corporations sont donc perçues comme des entraves à l'exercice des droits individuels.

Les physiocrates⁴⁰ préconisent le laisser faire ; ils prêchent la liberté du travail et du commerce. Turgot, par exemple, recommande la liberté du commerce intérieure et extérieure mais surtout la suppression des corporations interdisant la liberté du travail. Selon eux, l'économie doit être libérée des entraves institutionnelles. La liberté ne peut être remise en question que par l'intervention de l'Etat. L'idée d'organisation professionnelle est en contradiction avec l'utopie libérale. Le droit individualiste de la Révolution française fait front à l'action collective ouvrière sous quelle que forme que ce soit, qu'il s'agisse de grève ou d'action syndicale. L'économie a désormais une place croissante qui amène à s'intéresser au monde du travail. Le développement de la pensée libérale « vient renforcer l'idée que le système corporatif dans son entier, intrinsèquement vicié, génère un interminable cortège d'erreurs et de maux qui avilissent l'humanité, empoisonnent la société, paralysent l'économie et affaiblissent l'État »⁴¹. La révolution construit les piliers d'une démocratie politique libérale. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 est également empreinte d'individualisme. Pour défendre au mieux les droits de l'individu, toute association est impossible. Pour les défenseurs des corporations, elles sont, en revanche, l'une des « structures structurantes » de la vie sous l'Ancien Régime, base de l'ordre social.

Cette critique des corporations se fonde sur des multiples motivations dont la préoccupation pour la question sociale et tout particulièrement le sort des ouvriers, l'antipathie pour le système de classification et de distinctions sociales et bien d'autres motivations. Les corporations ne réfutent la critique que trop tardivement, les critiques ont déjà produit leurs effets. Ce silence trouve une justification dans l'éclatement des corporations. Celles-ci sont des entités fragmentaires, dispersées, dont les préoccupations immédiates sont autres. Ce climat d'hostilité ne préoccupe pas même les Six Corps de marchands de Paris, principale source du corporatisme.

C'est donc dans un contexte politique, économique et juridique complexe que naissent le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier.

³⁹André Guestin, L'invention de l'économie sociale, Economica, Paris, 1987, p.15.

⁴⁰ Courant de pensée fondé par François Quesnay.

⁴¹Steven L. Kaplan, La fin des corporations, Fayard, 2001, p.547.

b) Les contours des principes régissant l'interdiction des groupements ouvriers

« La Grande Peur », vague de révolte qui s'est développée depuis la prise de la Bastille le 14 juillet 1789, accélère la nécessité de réformer le régime des corporations. Dans la légendaire nuit du 4 août 1789, l'Assemblée Constituante vote la réformation des jurandes⁴² et célèbre l'abandon des privilèges. Dès cette date, jurandes et maîtrises sont supprimées⁴³.

Les corporations sont épargnées pendant encore deux ans, mais la tempête finit par éclater. Le 15 février 1791, Pierre Gilbert Leroy, baron d'Allarde, député de la noblesse, rapporteur du comité des contributions publiques, présente un projet de loi sur le nouvel impôt des patentes⁴⁴. L'institution d'une patente⁴⁵ permet à toute personne de s'établir à son compte et d'exercer le métier de son choix, moyennant le paiement d'une patente. La condition impérative et explicite pour la mise en marche de ce nouveau système est l'abolition des corporations. La suppression des corporations permettrait de financer ce nouveau régime⁴⁶. Le commerce est désormais soumis uniquement à l'acquittement du nouvel impôt sur le revenu industriel, la « patente ».

Dans son réquisitoire contre les corporations, le baron d'Allarde reprend les arguments des physiocrates. Les défenseurs des corporations, quant à eux, ne se font guère entendre, le décret est alors adopté les 2 et 17 mars 1791. Ce décret abolit les corporations. Il proclame notamment, dans son article 7, le principe de liberté de commerce et d'industrie qui implique que l'exercice des professions est désormais libre. Les corporations sont considérées comme « contraires à l'esprit de la Constitution en ce que ces corporations tendent à diviser les citoyens, à les opposer les uns aux autres par des intérêts particuliers »⁴⁷.

L'après d'Allarde connaît une période tumultueuse. L'agitation sociale est amplifiée ; une véritable rage ouvrière se manifeste. Les ouvriers contestent l'autorité avec beaucoup de violence. Le 14 juin 1791, Le Chapelier⁴⁸ dénonce, dans son rapport à l'Assemblée, l'entorse aux principes constitutionnels qui assassine les corporations et fait une proposition de loi visant à rétablir l'ordre. Il affirme qu' « il n'y a plus de corporation dans l'Etat ; il n'y a plus

⁴²Sous l'Ancien Régime, groupement professionnel autonome, avec personnalité juridique propre et discipline collective stricte, composé de membres égaux unis par un serment (d'où son nom de jurande ou métier juré).

⁴³F. Soubiran-Paillet, L'invention du syndicat (1791-1884), Itinéraire d'une catégorie juridique, LGDJ, 1999, p.18.

⁴⁴E. Martin Saint-Léon, Histoire des corporations de métiers, Slatkine-Megariotis Reprints, Genève, 1979, p.620.

⁴⁵ Impôt direct annuel que payaient les commerçants et les industriels et qui est devenu la taxe professionnelle

⁴⁶ S. L.Kaplan, La fin des corporations, Fayard, 2001, p. 547.

⁴⁷ Archives Parlementaires, 1re série du 16 février 1791, p.219

⁴⁸ Isaac Le Chapelier, né à Rennes en 1754, est un homme politique français rapporteur de la loi (dite Le Chapelier) du 14 juin 1791 qui interdisait les corporations de gens de métier. Il est guillotiné à Paris en 1794.

que l'intérêt particulier de chaque individu et l'intérêt général. Il n'est permis à personne d'inspirer aux citoyens un intérêt intermédiaire, de les séparer de la chose publique par un esprit de corporation ». La résurrection des corporations est, selon lui, d'une grande dangerosité.

La loi Le Chapelier dite « loi sur les associations et attroupements des ouvriers » est alors adoptée, et paraît être le corollaire naturel du décret du 17 mars 1791. Cette loi est l'un des premiers textes qui mentionnent l'existence d'organisations de salariés. La loi dispose dans son article 1er que « l'anéantissement de toutes espèces de corporations de même état ou profession étant l'une des bases de la Constitution, il est défendu de les rétablir sous quelque prétexte que ce soit ». Elle incrimine donc le rétablissement des corporations. Les corps intermédiaires entre l'individu et l'Etat sont étouffés. La loi interdit les regroupements de défense professionnelle mais également les actions revendicatives appelées « coalitions ». Les droits de réunion sont interdits autant pour les maîtres que pour les ouvriers.

Sont notamment proscrites par l'article 2 de cette loi certaines activités d'intérêts communs au sein d'une même profession telles que « se nommer président, ou secrétaire ou syndic, tenir des registres, prendre des arrêtés, former des règlements ». La volonté d'étouffer les corporations est grande sous le régime napoléonien, puisque le Code pénal de 1810 dans ses articles 291 et suivant et 414 et suivant, réprime sévèrement les regroupements ouvriers.

Sieyès, surnommé « la taupe de la révolution » par Robespierre, exprime dans son œuvre « Qu'est-ce que le Tiers État? » en 1789, les risques du système corporatif. Il affirme que « l'intérêt personnel n'est point à craindre ; il est isolé, chacun a le sien ; la grande difficulté vient de l'intérêt par lequel un citoyen s'accorde avec quelques autres seulement. Celui-ci permet de se concerter, de se liguier. Par lui se combinent les projets dangereux pour la communauté, par lui se forment les ennemis publics les plus redoutables. Qu'on ne soit donc pas étonné si l'ordre social exige avec tant de vigueur de ne point laisser les simples citoyens disposer de corporations »⁴⁹. Le petit peuple se trouve donc dépourvu de toute protection et se trouve en position de faiblesse face aux catégories dominantes. Désormais, le principe régissant les relations entre employeurs et ouvriers est celui de la liberté de conclusion d'un contrat dont le contenu est déterminé par leur soin.

⁴⁹ E.-J. Sieyès, Qu'est-ce que le Tiers Etat ?, Paris, PUF, réed. 1982.

2) La survivance des groupements ouvriers

La nécessité d'une défense des intérêts prenant une plus grande ampleur, et dans le but de restreindre les conflits, les autorités administratives tolèrent certains groupements **(a)**. Mais cette tolérance est stricte ; alors pour faire face à cette interdiction, certains s'emploient dans la clandestinité **(b)**.

a) Les groupements ouvriers tolérés

Malgré l'illégalité, des groupements ouvriers tendant à contrebalancer le pouvoir patronal existent. Certaines organisations ouvrières sont tolérées par l'administration. C'est le cas des « Compagnonnages »⁵⁰. Leur ancienneté⁵¹, sûrement à l'origine de leur tolérance, prouve leur faible dangerosité. Des positions contradictoires sont relevées au sein des autorités administratives concernant l'autorisation de ces compagnonnages.

Pour que celles-ci soient tolérées, leur activité ne doit occasionner qu'un préjudice moindre. L'administration tolère notamment ces compagnonnages lorsqu'elles peuvent faire l'objet d'un contrôle rigoureux. Les compagnonnages sont marqués par un fort caractère religieux. Elles perpétuent « des rites à fondements religieux qui font de leur affiliés un groupe juré de frères, dont la qualité de membre était conférée par une cérémonie baptismale complexe, marquée par l'attribution de nouveaux noms et concrétisée dans la pratique par le rituel commun, les actes de charité mutuelle et la réglementation du métier »⁵². Ces compagnonnages pointent du doigt les conditions de travail médiocre des ouvriers dans les ateliers, et contribuent à interdire ces ateliers. Elles prennent notamment dans certains cas l'initiative de déclencher des grèves ; à défaut, elles en prennent en charge la gestion.

Au XIXe siècle ce mouvement ralentit, et les sociétés de secours mutuels se multiplient. Elles sont déjà tolérées sous le Consulat et l'Empire, mais c'est sous la IIe République que ces sociétés de secours mutuels sont reconnues officiellement. Leur influence est maximale sous la Monarchie de juillet et cela jusqu'au Second Empire. Elles ne représentent cependant pas pour l'Etat un danger, puisqu'elles prennent en charge ce que

⁵⁰ Défini comme des « Sociétés formées entre ouvriers d'un même corps d'Etat dans un triple but d'instruction professionnelle, d'assurance mutuelle et de moralisation » par Frédéric Le Play, Naissance de l'ingénieur social, Presse de l'école des mines, éd. 2008, p. 95.

⁵¹ Les compagnonnages prennent naissance à la fin du Moyen Âge.

⁵² S. Sirot, Le syndicalisme, la politique et la grève (France et Europe, XIXe-XXIe siècles), Arbre bleu éditions, Nancy, 2011, p. 288.

l'Etat ne veut pas prendre en charge, la protection des salariés contre les accidents de la vie. Contrairement aux compagnonnages ces sociétés de secours mutuels sont moins élitistes et leur objet dépassent parfois le cadre initial.

Au second Empire, la répression des groupements ouvriers est moins sévère, ce qui favorise le développement de regroupements de défense professionnelle. Le « Manifeste de soixante », créé le 17 février 1864 après le voyage des délégués ouvriers à l'Exposition universelle de Londres, réclame que soit admis une représentation ouvrière au Parlement, mais également que leur soit reconnu une action autonome, dans la mesure où ils sont plus à même de défendre leurs propres revendications. Le gouvernement cède, et autorise les délégués ouvriers à participer à l'Exposition universelle à Paris en 1867.

En 1868, les ouvriers de Paris rédigent un mémoire destiné au ministre de l'agriculture, du commerce et des travaux publics faisant état de la nécessité de la création de chambres syndicales ouvrières. Des structures semblables existant pour les patrons, Napoléon III approuve pour des raisons de justice et d'égalité. De nombreuses chambres syndicales sont créées en 1868 ; elles sont communautaristes et regroupent un même corps de métiers. Seule une solidarité intra professionnelle existe.

A la fin du Second Empire cette tolérance décroît. Les organisations ouvrières doivent respecter certaines formalités ; les statuts, les noms et adresses des dirigeants doivent être déposés et l'ordre du jour des réunions est contrôlé par l'administration qui accepte ou refuse le rassemblement. En plus d'un contrôle a priori, la présence d'un agent de l'Etat est obligatoire.

Ces organisations ne sont que tolérées ; par conséquent, leur mort peut être brutale. Les syndicats, pour être tolérés, doivent se montrer timides, ni trop actifs, ni trop revendicatifs pour ne pas gêner le corps étatique. Leur champ d'intervention est strictement délimité. Toute entrave peut provoquer les foudres de la loi Le Chapelier. C'est le cas sous la IIIe République, le Cercle de l'union syndicale ouvrière et les Chambres syndicales de Lyon sont décomposés. L'Etat est parallèlement assimilé au pouvoir patronal qui accorde peu d'espace de contestation aux ouvriers. C'est pour ces raisons qu'apparaît un mouvement voulant écarter l'intervention de l'Etat. Dans les années 1870-1880, les mouvements grévistes se multiplient. Les organisations ouvrières se développent faisant du syndicalisme un véritable fait social.

A ces organisations ouvrières tolérées s'ajoutent des organisations clandestines

b) Les organisations ouvrières clandestines

Les organisations ouvrières empruntent souvent des chemins clandestins. Les formes licites, telles que les sociétés de secours mutuels et les associations, n'offrant que peu de liberté des formes souterraines, telles que les sociétés de résistance, se créent. Ces organisations dans l'ombre se font le plus souvent démasquer lors de coalitions. C'est le cas pour plusieurs sociétés de résistance, notamment la Société des Drapiers et la Société des Ouvriers en Porcelaine. Certaines organisations clandestines créent des sociétés de secours mutuels pour avoir une plus grande influence. Ces sociétés de secours mutuels logent parfois des sociétés de résistance à caractère clandestin. Ce phénomène fait naître un principe d'ingérence dans le corps de métier. L'Etat tente de les supprimer et les meneurs de ces coalitions sont arrêtés. La succession des insurrections ouvrières des débuts de la Monarchie de juillet, notamment la révolte des canuts Lyonnais de 1831, conduit à l'adoption d'une loi nouvelle alourdissant les peines.

B) La reconnaissance du droit au syndicalisme

Le droit au syndicalisme est reconnu après de nombreux conflits. Cette liberté tant attendue fait le bonheur des syndicalistes. La liberté syndicale pose de nombreux principes (1) nécessitant une protection renforcée (2).

1) Les principes de la liberté syndicale

Pour comprendre les aspects de la liberté syndicale (b), il est pertinent de comprendre les contours de la notion de liberté syndicale (a).

a) La notion de liberté syndicale

Le principe de la liberté syndicale est reconnu pour la première fois par la loi du 21 mars 1884, loi dite « Waldeck Rousseau ». Jusqu'ici seul comptait le rapport employeur-salarié pris isolément. Cette liberté constitue depuis, la pierre angulaire des relations collectives de travail. Elle rompt avec la loi Le Chapelier, qui pendant la Révolution Française, interdit les groupements professionnels. La loi Waldeck Rousseau autorise la

constitution de syndicat dans son article 2, qui dispose que « Les syndicats ou associations professionnelles, même de plus de vingt personnes exerçant la même profession, des métiers similaires, ou des professions connexes concourant à l'établissement de produits déterminés, pourront se constituer librement sans autorisation du Gouvernement », et définit les syndicats professionnels dans son article 3 comme ayant « exclusivement pour objet l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles ». Mais les lacunes de cette définition légale ont conduit le législateur à redéfinir plus précisément cette notion dans la loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel⁵³. L'article L. 2131-1 du Code du travail, issu de cette loi, définit le syndicat tel qu'il suit : « Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts ». Cette nouvelle définition tient compte de l'évolution du mouvement syndical et du droit syndical.

Une doctrine intéressée s'est penchée sur la notion de syndicat et a pensé utile d'affiner cette définition en prenant en compte les prérogatives de celui-ci. Selon J.-M. Verdier, le syndicat est « un groupement constitué des personnes physiques ou morales, exerçant une activité professionnelle commune, en vue d'assurer l'étude et la défense de leurs droits et de leurs intérêts matériels et moraux, la promotion de leur condition et la représentation de leur profession, par l'action collective de contestation et de participation à l'organisation de la vie professionnelle ainsi qu'à l'élaboration et la mise en œuvre de la politique économique et sociale ».

Le syndicat doit être distingué des ordres professionnels car, même si tous les deux ont pour objet la défense des intérêts de leur profession, les ordres professionnels se voient confier une mission qui échappe au syndicat, celle de contrôler le respect des règles professionnelles par les membres.

b) Les aspects de la liberté syndicale

La liberté syndicale est en premier lieu une liberté individuelle. Elle implique une liberté d'adhésion. Ainsi, tout salarié est libre d'adhérer ou non à un syndicat quel que soit son âge, son sexe ou sa nationalité. Il est notamment libre d'en démissionner. Le choix de s'affilier à un syndicat relève de la vie personnelle. Par conséquent, nul ne peut encourager à

⁵³ Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

l'adhésion ou à la démission d'un syndicat. L'employeur ne peut ainsi réserver des avantages aux salariés d'un syndicat. L'adhésion d'un salarié à un syndicat relevant de la vie privée, nul ne peut divulguer cette adhésion sans son accord⁵⁴.

Le salarié syndiqué dispose d'une protection ; en effet, aux termes de l'article L 2141-5 alinéa 1 : « il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat pour arrêter ses décisions concernant l'embauchage, l'avancement ou la rémunération, les mesures de discipline et de congés libres ». Le « principe de non discrimination » s'applique ici.

Cette liberté a également une dimension collective. La liberté syndicale implique une liberté de constitution. Tout syndicat est libre de se constituer. Aucune autorisation administrative n'est nécessaire à la constitution d'un syndicat, ce qui marque l'indépendance des syndicats vis-à-vis de l'Etat. Le syndicat doit cependant déposer ses statuts et le nom de ses dirigeants à la mairie pour pouvoir jouir de l'ensemble de ses prérogatives.

Cette liberté de constitution n'est toutefois pas absolue, le syndicat doit avoir un objet qui réponde aux principes de spécialité en vertu duquel « les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits et intérêts matériels et moraux tant collectif qu'individuel des personnes visées par les statuts »⁵⁵. Cet article limite le pouvoir des syndicats ; un syndicat ne peut être constitué que dans l'unique but de défendre les intérêts des salariés et ne peut « poursuivre des objectifs essentiellement politique »⁵⁶. La Cour de cassation refuse ainsi la qualité de syndicat professionnel au syndicat FN. Un syndicat peut être dissout par décision de justice lorsque son objet est illicite. La dissolution peut notamment être volontaire ou statutaire.

Du 11 au 16 octobre 1886 se tient le premier congrès national des syndicats ouvriers à Lyon. Divers syndicats sont invités à s'associer à une organisation nationale, la Fédération Nationale des groupes corporatifs. En 1887, est créée la Bourse du travail de Paris : à l'origine bureau de placement des ouvriers, elle devient un lieu de réunion des différents syndicats de salariés. Fernand Pelloutier, figure emblématique du mouvement syndical de cette époque, est à la tête de la Bourse du travail.

⁵⁴ Soc., 8 juill. 2009, n° 09-60.011, 09-60.031, 09-60.032, Bull. civ. V, n° 180.

⁵⁵ Art. L 2131-1 C. trav.

⁵⁶ Ch. mixte, 10 avr. 1998, n° 97-17.870, Bull. Mixte n° 2 ; D. 1998. 389, note Jeammaud, Les grands arrêts du droit du travail, Dalloz, 4e éd., n°123.

Du 23 au 28 septembre 1895, le 7^{ème} Congrès national corporatif de Limoges fonde la Confédération générale du travail. Cette initiative vise à réduire l'émiettement des organisations ouvrières à partir de la Fédération des syndicats et celle des bourses du travail. Trois courants se dégagent de ce mouvement : les réformistes, les marxistes et les anarchistes. Les premiers proclament que l'unique but de l'action syndicale est l'amélioration de la condition ouvrière et que, par conséquent, les syndicats doivent être indépendant des partis. Les seconds considèrent que l'objectif premier du syndicat est d'aider le parti à prendre le pouvoir ; le syndicat doit ainsi dépendre d'un parti. Et enfin, pour les anarchistes, l'action syndicale a pour but premier de faire la révolution et cela indépendamment des partis politiques. La Confédération Générale du Travail connaît des débuts modiques. Son essor a lieu en 1902 après le congrès de Montpellier provoquant la dissolution de la Fédération des Bourses du travail. Plusieurs fédérations sont créées au sein de la CGT, notamment les fédérations d'industrie et du bâtiment. Mais cette tranquillité n'est que de courte durée puisqu'en 1919 est créée par des catholiques la CFTC (Confédération Française des Travailleurs Chrétiens), confédération concurrente. En 1922, est fondée la CGTU. CGT-CGTU se réunifient en mars 1936. Le syndicalisme connaît une ascension rapide dans l'entre deux guerres. En 1944, est fondée la CFE-CGC (Confédération Française de l'Encadrement-Confédération Générale des Cadres) qui défend uniquement les intérêts des cadres. La CGT-Force ouvrière est créée en 1947 par les syndicalistes qui veulent l'indépendance syndicale. Les syndicalistes de la CFTC réfutent le caractère exclusivement religieux de la CFTC et créent la CFDT (Confédération Française Démocratique du Travail). D'autres unions syndicales se constituent avec l'espoir un jour d'être représentant au niveau national et interprofessionnel : l'Union nationale des syndicats autonomes (UNSA), l'Union syndicale solidaire, la Confédération nationale du travail (CNT) et la Confédération autonome du travail (CAT).

Les syndicats rassemblent les adhérents des entreprises d'un même domaine d'activité. Ces syndicats peuvent ensuite se regrouper en fédérations. Peuvent adhérer aux fédérations les syndicats d'un même secteur économique. Elles peuvent être constituées à plusieurs niveaux. Les syndicats peuvent également se regrouper en unions et regroupements professionnels. Peuvent adhérer aux unions les syndicats quel que soit leur secteur d'activité. Les unions peuvent également être constituées à plusieurs niveaux. Les organisations syndicales d'une même tendance se réunissent ensuite au sein de confédérations et regroupements nationaux.

2) La protection de la liberté syndicale

Toute liberté pour être pleinement exercée implique d'être protégée. Cette liberté syndicale, reconnue comme droit fondamental, bénéficie de plusieurs degrés de protection. Cette liberté jouit d'une protection interne renforcée **(a)** ainsi que d'une protection internationale accrue **(b)**.

a) Une protection interne renforcée

Au cœur des droits fondamentaux des salariés, la liberté syndicale permet l'exercice de la démocratie dans les relations de travail. Elle est ainsi protégée par divers textes en droit interne. Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 proclame dans son alinéa 6 que « Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix ». La liberté syndicale est une liberté constitutionnellement protégée. Elle est expressément garantie par la Constitution du 4 octobre 1958 dans son article 34⁵⁷ selon lequel il n'appartient qu'au législateur de définir les conditions d'exercice du droit syndical. Le Conseil constitutionnel reconnaît une valeur constitutionnelle à la liberté syndicale dans plusieurs décisions, notamment dans une décision du 25 juillet 1989 dans laquelle il affirme que « les modalités de mise en œuvre des prérogatives reconnues aux organisations syndicales doivent respecter la liberté personnelle du salarié qui, comme la liberté syndicale, a valeur constitutionnelle »⁵⁸.

Plusieurs dispositions du Code du travail consacrent la liberté syndicale en droit interne, notamment l'article L.2131-2 affirmant que « les syndicats ou associations professionnels de personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes concourant à l'établissement de produits déterminés ou la même profession libérale peuvent se constituer librement. Par dérogation à ces dispositions, les particuliers occupant des employés de maison peuvent se grouper en syndicat pour la défense des intérêts qu'ils ont en commun en tant qu'employeur de ces salariés ». Les articles L.2141-1 et L.2141-4 du Code du travail protègent également la liberté syndicale. En vertu de ces articles, tout salarié peut librement adhérer au syndicat professionnel de son choix ; l'exercice du droit

⁵⁷Art. 34 Const. du 4 octobre 1958 « La loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

⁵⁸Cons.const, n°89-257 DC, 25 juill. 1989, loi sur la prévention du licenciement économique et la conversion.

syndical est reconnu dans toutes les entreprises dans le respect des droits et libertés garantis par la Constitution de la République, en particulier de la liberté individuelle du travail.

Si la liberté syndicale dispose d'une protection développée sur le plan national, le droit européen et le droit international se sont également chargés de protéger cette liberté.

b) Une protection internationale accrue

Le principe de la liberté syndicale est également affirmé par plusieurs textes internationaux. L'article 11-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et de sauvegarde des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 dispose que « toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts ». Cet article reprend les termes de l'article 23 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

Ce principe est notamment repris à l'article 11 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989 affirmant que « tout employeur ou tout travailleur a la liberté d'adhérer ou de ne pas adhérer à ces organisations syndicales, sans qu'il puisse en résulter pour lui un dommage personnel ou professionnel ». La Charte sociale européenne accorde également une protection à cette liberté dans son article 5 qui proclame que « tous les travailleurs et les employeurs ont le droit de s'associer librement au sein d'organisations nationales ou internationales pour la protection de leurs intérêts économiques et sociaux ».

Nombreuses conventions internationales affirment ce principe de la liberté syndicale. Certaines conventions de l'Organisation internationale du travail posent ce principe, notamment la convention n°87 qui proclame dans son article 2 que « les travailleurs et les employeurs sans distinction d'aucune sorte ont le droit, sans autorisation préalable, de constituer des organisations de leur choix, ainsi que de s'affilier à ces organisations, à la seule condition de se conformer aux statuts de ces dernières ». La convention de l'Organisation internationale du travail n°98 prévoit notamment dans son article 2 que « les organisations de travailleurs et d'employeurs doivent bénéficier d'une protection adéquate contre tous les actes d'ingérence des uns à l'égard des autres soit directement, soit par leurs agents ou membres dans leur formation, leur fonctionnement et leur administration ».

II/ L'émergence des autres institutions représentatives du personnel

Les institutions représentatives du personnel sont apparues progressivement dans notre système afin d'améliorer les conditions de travail et de vie du salarié. Avec cet accroissement des institutions représentatives des salariés dans l'entreprise, on constate que certaines ont une plus grande importance dans l'entreprise **(A)** alors que d'autres ont une existence plus discrète **(B)**.

A) L'émergence des principales institutions représentatives du personnel

Connu de tous, le délégué du personnel et le comité d'entreprise ont une place primordiale dans la représentation des salariés. Bien que partageant une histoire commune, une décennie les sépare, l'émergence du délégué du personnel **(1)** devant celle du comité d'entreprise **(2)**.

1) L'émergence du délégué du personnel

Bien que la consécration législative du délégué du personnel ne soit intervenue qu'en 1936 **(b)**, son existence est antérieure **(a)**.

a) Avant la consécration législative

Dès le 19^e siècle, à défaut de législation, les salariés s'organisaient officieusement afin de désigner les confrères qui porteraient leurs réclamations à l'employeur. La fonction de délégué du personnel a été pour la première fois consacrée par une décision arbitrale du Ministre du travail en 1899, Waldeck Rousseau, afin de mettre un terme à la multiplication des conflits collectifs dans les usines au Creusot. Dix huit ans après cette première consécration officielle, le Ministre de l'armement en 1917, Albert Thomas, décidait de créer des délégués d'usine ou d'atelier, ancêtres du délégué du personnel, chargés de présenter les réclamations du personnel à l'employeur.

b) Consécration législative du délégué du personnel

La consécration législative du délégué du personnel a lieu dans les années 1936-1938 avec l'avènement du front populaire. Les grandes grèves de 1936 conduisent à l'institution des délégués du personnel. Pour mettre fin aux conflits, Léon Blum, Président du conseil, réunit à Matignon le Patronat et la CGT pour négocier un compromis. Les syndicats revendiquent le droit de s'installer dans les entreprises mais le patronat refuse. Un accord intermédiaire est trouvé, l'institution de délégués élus par l'ensemble des salariés, qu'ils soient syndiqués ou non.

Représentants du personnel les plus proches des salariés, leurs attributions sont multiples. Elles sont définies aux articles L. 2313-1 à 2312-1 du Code du travail. Les délégués du personnel sont affectés d'une mission de présentation des « réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du Code du travail et des autres lois et règlements concernant la protection sociale, l'hygiène et la sécurité, ainsi que des conventions et accords collectifs applicables dans l'entreprise »⁵⁹. Ils ont donc un rôle d'intermédiaire entre les salariés et l'employeur à qui ils réclament l'application ou la bonne application d'un droit. Quant à la confusion des rôles des délégués du personnel et des délégués syndicaux, elle peut être atténuée puisque le délégué du personnel ne peut que réclamer l'application d'un droit existant, qu'il soit légal ou conventionnel, mais ne peut en réclamer sa modification⁶⁰. Le rôle de revendication appartient aux délégués syndicaux⁶¹.

Les délégués du personnel entretiennent également des relations avec l'inspection du travail. Ils ont pour mission de saisir l'inspection du travail de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des dispositions législatives et réglementaires du travail dont elle est chargée d'assurer le contrôle⁶². Le délégué du personnel peut, s'il le désire, accompagner l'inspecteur du travail lors de ses visites dans l'entreprise.

Un droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes est reconnu aux délégués du personnel. Ce droit dépasse la simple défense du salarié ; lorsqu'un délégué du personnel constate une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise non justifiée par la nature de la tâche à accomplir ou non proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur. Cette atteinte peut

⁵⁹ A. Burlaud, M- P.- Schneider, M. Ravat, Droit social, DCG, LMD Collection Expertise Comptable, Sup'Foucher.

⁶⁰ Crim. 24 mai 1973, n° 09-60.456.

⁶¹ D. Gatumet, Le droit du travail en France, Principes et approche pratique du droit du travail, Editions Francis Lefebvre, 17^{ème} édition, 2006, p. 316.

⁶² Art. L. 2313-1, al. 2 C. trav.

découler d'une mesure discriminatoire en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de classification, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement⁶³. L'employeur est tenu de procéder à une enquête et de prendre les mesures nécessaires afin de remédier à l'atteinte dénoncée. Si l'employeur ne répond pas à cette obligation pour diverses raisons, ou qu'aucune solution adéquate n'a fait l'objet d'un accord ou encore si l'employeur conteste la réalité de l'atteinte, le délégué du personnel peut saisir le conseil des prud'hommes en référé. Des mesures peuvent être ordonnées par le juge afin de mettre fin à l'atteinte⁶⁴.

Leur est également reconnu un droit d'« alerte sociale » lorsqu'est constaté un recours abusif aux contrats à durée déterminée ou aux contrats intérimaires, ou encore dans le cas d'une augmentation considérable de l'utilisation de l'emploi précaire. Mais ce droit d'alerte sociale ne leur est attribué qu'en cas d'absence de comité d'entreprise dans l'entreprise. Un droit d'alerte économique leur est également dévolu dans l'hypothèse où sont constatés des faits de nature à affecter sérieusement la situation de l'entreprise⁶⁵.

Une consultation du délégué du personnel est nécessaire en cas de reclassement des salariés victimes d'un accident du travail, en matière de congés payés et en cas de licenciement collectif dans une entreprise de moins de 50 salariés.

Dans les entreprises de moins de 50 salariés ne disposant pas de comité d'entreprise et de Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, les délégués du personnel reçoivent leurs attributions mais ne disposent cependant pas de moyens supplémentaires. Dans ces entreprises ne disposant pas de délégué syndical également, les syndicats représentatifs peuvent désigner un délégué du personnel comme délégué syndical. Celui-ci ne disposant toutefois pas de crédit d'heures supplémentaires. De plus, certaines entreprises de plus de 50 salariés ne disposent pas de comité d'entreprise et de CHSCT, dans cette hypothèse les délégués du personnel s'investissent de leurs attributions⁶⁶.

⁶³ Art. L. 2312-2 C. trav.

⁶⁴ B. Teyssié, Droit du travail Relations collectives, Litec, 7^{ème} édition, p. 345.

⁶⁵ D. Gatamel, Le droit du travail en France, Principes et approche pratique du droit du travail, Editions Francis Lefebvre, 17^{ème} édition, 2006, p. 314.

⁶⁶ B. Teyssié, Droit du travail Relations collectives, Litec, 7^{ème} édition, p. 346.

2) Le Comité d'entreprise

A l'issue de la seconde guerre mondiale, la situation complexe de la France va conduire à renforcer le système de représentation du personnel. Le Général de Gaulle lors d'un discours à Lille le 1^{er} octobre 1944 relève la nécessité d'une collaboration organique entre employeurs et salariés dans l'entreprise⁶⁷. Un avant-projet d'ordonnance sur les comités d'entreprise est déposé à l'Assemblée consultative le 21 novembre 1944, mais les limites de cette réforme sont évidentes. Les prérogatives des comités d'entreprise sont beaucoup trop restreintes. Leur est seulement attribué un pouvoir consultatif en matière économique sauf en matière de gestion des œuvres sociales de l'entreprise. Les syndicats ne sont pas avares de critiques, cet avant-projet ne respectant pas les principes de cogestion soutenus par le Conseil national de la résistance. La CFTC réclame que l'accord du Comité d'entreprise soit nécessaire pour l'organisation générale de l'entreprise. Dans un tel contexte, les pouvoirs publics accordent une grande importance à ce texte. Alexandre Parodi, Ministre du travail, affirme qu'il n'est pas question de porter atteinte à l'autorité du chef d'entreprise. Mais la volonté de l'Assemblée est tout autre : réaliser les attentes nées de la résistance.

Pendant la seconde guerre mondiale, l'attitude d'une majorité du patronat fait prendre conscience à une majorité des citoyens de la nécessité de ne pas confier l'économie française aux seuls intérêts privés, la majorité des dirigeants ayant pour la plupart collaboré avec le régime de Vichy et l'Allemagne nazie. Il est important désormais, de démocratiser la gestion des entreprises et d'accorder un droit d'intervention aux salariés. Albert Gazier, Cégétiste, souligne l'importance de la participation des ouvriers à la gestion⁶⁸. Le Conseil national de la résistance a pour objectif dans son programme d'action d'« instaurer une véritable démocratie économique et sociale impliquant l'éviction des grandes féodalités économiques et financières de la direction de l'économie et un droit d'accès, dans le cadre de l'entreprise, aux fonctions de direction et d'administration, (...) et la participation des travailleurs à la direction de l'économie »⁶⁹.

⁶⁷« Bien que le mode et le degré de collaboration entre ceux qui travaillent et ceux qui dirigent puissent être différents suivant la nature et l'importance de l'entreprise, il faut que cette collaboration soit établie de manière organique entre les uns et les autres, sans naturellement contrarier en rien l'action de ceux qui ont la responsabilité de leur direction. »

⁶⁸Albert Gazier, cégétiste, rapporteur de la commission du travail du projet de loi relatif au comité d'entreprise affirme « On ne fera pas grand-chose si l'on hésite, si l'on attend, si l'on manifeste une prudence excessive dans tous les domaines, alors que les événements vont lus vite. »

⁶⁹Le programme national de la résistance, initialement intitulé « Les jours heureux par le C.N.R », a été adopté à l'unanimité par le Conseil national de la résistance français le 15 mars 1944.

Par un élan d'Albert Gazier et d'Ambroise Croizot, ce projet tant critiqué fait l'objet d'un avis de l'Assemblée consultative le 13 décembre 1944 visant à bonifier les prérogatives des comités d'entreprise. La réaction du patronat est immédiate, l'institution des comités d'entreprise conduira à la ruine de l'autorité patronale⁷⁰. Pour une minorité d'employeurs, cependant, l'institution des comités d'entreprise peut être « un moyen de lutter contre le goût exagéré du secret chez le patron français ».

Après de nombreuses hésitations, le gouvernement finit par promulguer l'ordonnance ; celle-ci est signée le 22 février 1945. Cette ordonnance s'écarte peu du projet initial et renie l'avis de l'assemblée consultative ainsi que les observations des organisations syndicales, notamment la CGT et la CFTC qui réclame une participation effective des salariés à la gestion et aux bénéfices de l'entreprise. L'assemblée consultative choquée d'une telle attitude exprime sa rancune au Général de Gaulle lors d'une séance le 2 mars 1945 en dénonçant cette ordonnance.

A l'origine, essentiellement des fonctions sociales sont attribuées au comité d'entreprise. Ainsi, le comité d'entreprise préserve et contrôle l'ensemble des œuvres sociales de l'entreprise au profit des salariés et de leur famille. Mais ces compétences se sont progressivement étendues notamment en matière d'emploi et de travail. En effet, le comité d'entreprise joue un rôle fondamental en matière de condition de travail et de rémunération, d'apprentissage, de formation professionnelle et d'emploi. Il est ainsi fréquent que le comité d'entreprise soit consulté en matière de licenciement et particulièrement en cas de licenciement pour motif économique, lorsque sont soulevées des questions relatives aux conditions et à l'organisation du travail et pour l'engagement d'apprentis. Il ne dispose, toutefois, pas de pouvoir de décision.

Leur sont octroyés depuis peu des compétences en matière économique et financière. Un rapport doit être adressé par l'employeur au comité d'entreprise au moins une fois par an, contenant les informations économiques et financières de l'entreprise et notamment des informations relatives au salaire et au travail. Le comité d'entreprise peut notamment informer le Président du Tribunal de commerce ou le Procureur de la république d'une cessation des paiements de l'entreprise pouvant déclencher l'ouverture d'un redressement judiciaire.

⁷⁰ Fédération nationale des travaux publics janvier 1945.

B) L'émergence de nouveaux représentants

Dans l'objectif d'atteindre une représentation efficace des salariés, d'autres institutions représentatives du personnel ont été créées tels que le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (1) et les représentants syndicaux (2).

1) Le Comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail

La devise du gouvernement durant le régime de Vichy « Travail, Famille, Patrie » montre que le travail est une valeur humaine fondamentale. Il est nécessaire aux hommes pour assurer leur subsistance. Une loi divine ancestrale résume bien l'idée d'une nécessité vitale de travailler « Tu gagneras ton pain à la sueur de ton front ». Le travail est un devoir naturel mais il est important de rechercher les moyens de ne pas nuire à la santé.

L'intérêt porté à l'amélioration des conditions de travail est ancien. Les premières lois protégeant les travailleurs datent du 19^{ème} siècle. L'une des plus marquantes reste celle du 9 avril 1898 mettant en place un concept d'accident de travail et, ainsi, accorde pour la première fois une protection minimale du corps des travailleurs⁷¹. Mais les progrès dans le domaine restent timides. Au 20^{ème} siècle, l'affaiblissement des salariés résultant pour partie de l'installation du taylorisme dans les entreprises conduit employeurs et syndicats à se pencher sur la question de la fatigue au travail, les uns pour une meilleure efficacité productive, les autres pour améliorer la vie des travailleurs.

Deux courants de recherche ont pour objet d'étudier la fatigue au travail afin de trouver des moyens d'améliorer et rentabiliser les ressources humaines. « L'école psychotechnique », premier courant de recherche, s'interroge sur la question de savoir comment adapter l'homme au travail, le travail étant une donnée intouchable. A la seconde guerre mondiale, un second courant de recherche naît « l'ergonomie ». Contrairement à la psychotechnique, l'ergonomie recherche comment adapter la machine à l'homme.

Mais les avancées relatives à la santé et la sécurité au travail restent majoritairement dûes à la création de la sécurité sociale et de la médecine au travail, ainsi que la reconnaissance d'une réparation médicale et financière en cas d'accidents du travail et de maladies professionnelles.

⁷¹ Loi du 9 avril 1868 concernant les responsabilités dans les accidents du travail.

La révolution industrielle accroît sensiblement les préoccupations relatives aux conditions de travail. Ainsi, un décret du 1^{er} août 1947 met en place des comités d'hygiène et de sécurité destinés à contrôler le respect des consignes de sécurité et à veiller à l'application des protections individuelles et collectives. Cependant, le comité d'hygiène et de sécurité ne bénéficie pas de la même légitimité reconnue au comité d'entreprise, ne faisant pas l'objet d'une élection des salariés et disposant de peu de moyens.

Le concept de « sécurité intégrée » naît dans les années 1970. Le principe de l'intégration de la prévention des risques professionnels à l'ensemble des situations de travail est posé par la loi du 6 décembre 1976 relative au développement de la prévention des accidents du travail⁷². L'accident est désormais considéré comme la conséquence d'une série de causes organisationnelles, matérielles et humaines. Un accord signé le 17 mai 1975 par le patronat et les syndicats répartit les fonctions de prévention et de sécurité entre différents acteurs : la direction, le service de sécurité interne et le comité d'hygiène et de sécurité. Dans les années 1980, il est unanime qu'une « modernisation économique et technologique » doit s'accompagner d'une « modernisation sociale ».

La distinction entre hygiène et sécurité et condition de travail s'éclipse. En 1982, le comité d'hygiène et de sécurité devient le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, et prend la compétence de la commission d'amélioration des conditions de travail en matière de condition de travail. Cette unification simplifie le travail de ses membres. Trente ans après la loi Auroux créant le CHSCT, cette institution reste une structure susceptible de prévenir les risques émergents potentiellement nuisibles à la santé des travailleurs.

2) L'entrée des représentants syndicaux dans l'entreprise

Le syndicat présent dans l'entreprise depuis 1968 est néanmoins une organisation professionnelle indépendante juridiquement de l'entreprise. La loi du 27 décembre 1968 reconnaît le libre exercice du droit syndical dans les entreprises, et permet la création de sections syndicales d'entreprise et de délégués syndicaux dans ces sections. La création d'une section syndicale s'accompagne de la désignation de délégués syndicaux⁷³.

Alors que les délégués du personnel et membres du comité d'entreprise sont élus par les salariés, les délégués syndicaux sont désignés par leur syndicat. La loi du 27 décembre

⁷² Loi n° 76-1106 du 6 décembre 1976 relative au développement de la prévention des accidents du travail.

⁷³ Loi n° 68-1179 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises.

1968 dans son article 3 dispose que « chaque syndicat représentatif peut constituer au sein de l'entreprise une section syndicale qui assure la représentation des intérêts professionnels de ses membres conformément aux dispositions de l'article premier du livre III du Code du travail ». L'article 8 de la loi dispose notamment que « chaque syndicat représentatif ayant une section syndicale dans l'entreprise désigne un ou plusieurs délégués pour le représenter auprès du chef d'entreprise » sans plus de précisions.

Dans les faits, plusieurs missions sont confiées aux délégués syndicaux. Ils sont chargés de transmettre au chef d'entreprise les positions adoptées par le syndicat qu'ils représentent⁷⁴. Il est notamment, dans les unités de moins de 300 salariés, représentant syndical au comité d'entreprise⁷⁵. Le délégué syndical s'exprime au nom du syndicat qui l'a désigné. Cette mission de représentation qui lui est investie reste limitée puisqu'elle ne s'exerce qu'à l'égard de l'employeur⁷⁶. Les délégués syndicaux ont également un pouvoir de négociation des conventions et accords collectifs d'entreprise. Ce droit devient une obligation pour la négociation du temps de travail, de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, des modalités supplémentaires d'exercice dans les entreprises du secteur public du droit syndical et des salaires effectifs par exemple. D'autre part, des négociations avec les délégués syndicaux peuvent être suggérées par le législateur pour établir un accord avec les salariés par l'intermédiaire d'un référendum ou avec des syndicats ou représentants du personnel relatif aux performances de l'entreprise ou à la mise en place d'un régime d'intéressement des travailleurs aux résultats. Il peut notamment être suggéré pour la modulation des horaires de travail. La présence des délégués syndicaux est impérative lorsque l'employeur utilise comme mode de négociation l'accord d'entreprise. Ils sont également amenés à exercer les fonctions consultatives conférées aux syndicats. Parfois imposée, la consultation des délégués syndicaux a pour objectif d'obtenir l'opinion des représentants syndicaux donnant suite ou pas à un avis. La principale mission des délégués syndicaux est d'exprimer des revendications intéressant les salariés de l'entreprise ou l'établissement dans lequel ils exercent leur fonction relative au salaire, à la sécurité et au congé par exemple.

On ne peut que constater la concurrence existante entre délégués syndicaux et délégués du personnel. Les délégués du personnel ont pour mission de présenter les réclamations individuelles ou collectives des salariés relatives à l'application du droit⁷⁷. Les

⁷⁴ Art. L. 2143-3, al. 1er C. trav.

⁷⁵ Art. L. 2143-22, al. 1er C. trav.

⁷⁶ B. Teyssié, Droit du travail, Relations collectives, Litec, 7^{ème} édition.

⁷⁷ Art. L. 2312-1 C. trav.

délégués syndicaux ont, par principe, la mission de former des revendications afin d'obtenir un changement du droit ou une amélioration des conditions de travail. En tant que mandataires de leurs organisations syndicales, ils ont pour tâche de défendre les intérêts individuels et collectifs des salariés.

§2) L'avènement du droit des élections dans l'entreprise

Les règles relatives aux élections professionnelles apparaissent progressivement et se multiplient au fil des décennies. Les premières règles régissent les élections des principales institutions représentatives du personnel (I). Les règles relatives à la représentation syndicale dans l'entreprise ont émergé plus tardivement, les représentants syndicaux n'étant autorisés à pénétrer dans l'entreprise qu'en 1968 (II).

I/ L'émergence des règles relatives aux principales institutions représentatives du personnel

Les délégués du personnel supprimés sous le régime de Vichy sont rétablis par la loi du 16 avril 1946⁷⁸ dans les établissements de plus de 10 salariés. Les modalités d'élection du délégué du personnel ont été définies par cette loi et sont demeurées quasiment inchangées jusqu'à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail⁷⁹. La loi du 16 avril 1946 définit les entreprises assujetties à l'élection des délégués du personnel et leurs missions. Elle fixe également le nombre de délégués du personnel et les modalités d'élection. Elle détermine les modalités d'exercice du mandat et sa durée. Elle prévoit notamment des dispositions particulières en cas de licenciement. La seconde guerre mondiale a également conduit au vote de l'ordonnance du 22 février 1945⁸⁰ instituant les comités d'entreprise dans les entreprises d'au moins 50 salariés. La loi du 17 mai 1946 a modifié cette ordonnance. Elles accordent un monopole de présentation des candidats au premier tour de l'élection aux syndicats représentatifs⁸¹. La loi du 26 février 1958⁸² complète

⁷⁸ L. n°46-730, 16 avril 1946 relative au statut des délégués du personnel dans les entreprises, JO 17 avril, p. 3224.

⁷⁹ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

⁸⁰ Ord. N°45-280, 22 févr. 1945 sur l' « Institution des comités d'entreprise », JO 23 févr., p. 954.

⁸¹ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations des représentants syndicaux dans l'entreprise, Guides Dalloz, 2ème édition, 2011-2012.

ces textes en permettant la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise sous réserve d'une représentativité avérée. Une présomption de représentativité avait été instituée par une décision ministérielle du 8 avril 1948⁸³ qui avait établi une liste des organisations syndicales représentatives.

II/ L'émergence des règles relatives à la représentation syndicale dans l'entreprise

Le principe proclamé par le préambule de la constitution du 27 octobre 1946 selon lequel « Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale » pourrait laisser croire qu'il s'agit là de la reconnaissance du droit syndical dans l'entreprise. Pourtant les employeurs sont hostiles à voir entrer les syndicats dans l'entreprise craignant la contestation de leur pouvoir de gestion. C'est la crise sociale de mai 1968 qui appelle la reconnaissance du droit syndical dans l'entreprise. Les mouvements contestataires de mai 1968 ont conduit Georges Pompidou, Premier ministre du Général de Gaulle, à lancer des négociations qui commencent le 25 mai au ministère des Affaires sociales, rue de Grenelle, à Paris. Lors de cette première séance de négociation, sont réunis les représentants de toutes les organisations syndicales à la fois représentatives des salariés (CGT, FO, CFTC, FEN et CFDT) et du patronat (CNPFP, PME). Il s'agit d'un événement grandiose puisque participaient à la négociation de grands noms du pouvoir politique français tel que Jacques Chirac, secrétaire d'Etat à l'emploi, Edouard Balladur, conseiller économique à Matignon et Jean-Marcel Jeanneney, ministre des affaires sociales. 25 heures de négociation ont été nécessaires pour l'adoption des accords de Grenelle le 27 mai 1968. Diverses dispositions sont adoptées comme l'augmentation des salaires, la réduction du temps de travail, l'augmentation du SMIC mais surtout le libre exercice du droit syndical dans les entreprises. La loi du 27 décembre 1968⁸⁴ reprend cette dernière et consacre la liberté d'exercice du droit syndical dans les entreprises. Elle permet la création de section syndicale d'entreprise et la désignation de délégués syndicaux dans ces sections au sein des entreprises comptant au moins 50 salariés. Le délégué syndical est à la fois un représentant du syndicat mais aussi un représentant du personnel dans l'entreprise. Il est investi d'une mission de représentation des intérêts de la

⁸² L. n°58-201, 26 févr. 1958 modifiant l'art. 5 de l'ord. n°45-280, 22 févr. 1945 relative à la composition des comités, JO 27 févr., p. 2115.

⁸³ Déc. Min. 8 avr. 1948, JO 9 avr., p. 3541.

⁸⁴ L. n°68-1179, 27 déc. 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises, JO 31 déc., p. 12403.

collectivité de travail dans l'entreprise⁸⁵. Cette loi fait naître dans l'entreprise une dualité entre représentation des salariés élue et désignée.

Section 2 - L'essor du droit électoral de l'entreprise

La question de l'essor des élections professionnelles dans l'entreprise fait l'objet de débat. Dans les faits, peut-on concrètement constater une utilisation de plus en plus fréquente des élections dans l'entreprise. Alors que la question du déclin ou de l'essor des élections dans l'entreprise reste à trancher (§1), les règles favorisant le développement des institutions représentatives du personnel se sont multipliées (§2).

§1) Déclin ou essor des élections dans l'entreprise

Nombreux sont les éléments en faveur d'un déclin ou d'un essor des élections professionnelles. Cependant, l'évolution des élections dans l'entreprise permet de constater que si déclin il y a, il reste relatif (A). En revanche, les éléments en faveur d'un essor amènent à conclure que l'essor des élections dans l'entreprise est effectif (B).

A) Un déclin relatif des élections dans l'entreprise

Le déclin apparent des élections dans l'entreprise découle de plusieurs facteurs dont le plus parlant est la régression de la participation des salariés aux élections. Mais un autre facteur appuie ce déclin, la réduction du nombre d'élections. En effet, l'intéressement des salariés aux élections de leurs représentants au comité d'entreprise fluctue. L'augmentation considérable du nombre d'inscrits, résultant principalement mais pas seulement de l'augmentation du nombre de salariés, ne se conjugue pas forcément avec une augmentation de la participation des salariés aux élections dans l'entreprise. Le nombre d'inscrits est ainsi passé de 2 millions en 1966 à 5.5 millions en 2006, soit une augmentation de 3.5 millions en quarante ans. Alors que dans les années 1970 le taux de participation était approximativement de 70%, dans les années 1980 ce taux chute considérablement puisqu'il atteint 64.4% en

⁸⁵Dir. J.-P. Le Crom, Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois ; G. Borenfreund, Les syndicats forcent les portes de l'entreprise, la loi du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise, Editions de l'Atelier, 1998.

1991. Cette baisse s'est prolongée et a atteint 63.8% en 2006⁸⁶. Force est de constater que malgré une diminution du taux de participation, celle-ci demeure importante et souligne l'intérêt des salariés au comité d'entreprise. Le deuxième facteur de déclin des élections professionnelles est la réduction du nombre des élections dans l'entreprise. L'une des raisons est la mise en place de la délégation unique du personnel par la loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle du 20 décembre 1993⁸⁷. Les entreprises de moins de 200 salariés ont la possibilité de mettre en place une délégation unique du personnel absorbant les mandats des délégués du personnel, des membres du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Dans le cadre de cette délégation unique du personnel, les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail conservent l'ensemble de leur attribution⁸⁸. La cadence des élections s'est vue notamment à la baisse. Alors qu'en 1946 la durée du mandat du délégué du personnel était d'un an, elle est passée à deux ans en 1993. Concernant les membres des comités d'entreprise, la durée de leur mandat était d'un an en 1945, puis est passé à deux ans en 1954⁸⁹. Leur mandat, à tout les deux, a désormais une durée de quatre ans en vertu de l'article 96 de la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises. L'allongement de la durée des mandats des représentants du personnel permet aux élus de mieux maîtriser le droit du travail et de répondre au manque de candidature. La raréfaction des élections professionnelles va peut-être s'intensifier dans les années à venir.

B) L'essor effectif des élections dans l'entreprise

Entre déclin et essor la bataille est rude, des arguments concrets existants dans les deux situations. A l'origine, les élections dans l'entreprise avaient pour objet initial d'élire les représentants du personnel mais un usage tout autre s'est développé « le référendum dans l'entreprise ». Les salariés sont consultés afin de manifester une opinion sur un sujet déterminé qui aura des conséquences probables sur les collectivités de travail. Les premières consultations des salariés dans le cadre d'un référendum ont abouti à la mise en place des régimes de retraites complémentaires pour les cadres et pour les ouvriers. Beaucoup d'autres

⁸⁶ Dir. O. Leclerc et A. Lyon-Caen, L'essor du vote dans les relations professionnelles, actualités et expériences européennes, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011.

⁸⁷ Loi n° 93-1313 quinquennale du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle.

⁸⁸ Art. L.2326-6 C. trav.

⁸⁹ M. Cohen, « La raréfaction organisée des élections des représentants du personnel », Dr. Soc. 2005. 1157.

ont suivi mais l'organisation de ces référendums se faisait sans cadre légal. Ce n'est qu'en 2000 que la loi Aubry II⁹⁰ prévoit l'organisation de référendum dans trois cas particuliers. D'une part, l'article 19 de la loi prévoit l'organisation d'un référendum dans les entreprises privées de délégués du personnel et délégués syndicaux lorsqu'un salarié est mandaté pour conclure un accord. Cet accord doit faire l'objet d'une approbation des salariés par référendum dans un premier temps, puis d'une validation par une commission locale ou une commission paritaire nationale de branche. Un référendum est également prévu dans l'hypothèse où un accord d'entreprise peut-être conclu ou l'est par une ou plusieurs organisations minoritaires. Enfin, un référendum peut également être organisé dans les entreprises de moins de 11 salariés pour ratifier le texte fixant les modalités selon lesquelles la durée du travail est déterminée dans les limites de 35h hebdomadaires ou de 1600h annuel, en l'absence de convention ou accord de branche étendu ou de mandatement syndical.

L'essor des élections dans l'entreprise peut également s'expliquer par l'élargissement du corps électoral. Les élections qui au départ ne concernaient qu'une certaine catégorie de population se sont étendues à l'ensemble des salariés hommes puis aux femmes, et enfin aux salariés d'origines étrangères. Le droit des salariés étrangers d'accéder aux élections dans l'entreprise a été progressif. Ce n'est qu'en 1946 que la porte s'entrouvre en leur permettant de voter aux élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise, mais seuls peuvent être candidat les salariés sachant « lire et écrire ». Cette condition s'atténue en 1975, la condition devient celle de « s'exprimer en français ». En 1982, toutes ces conditions sont supprimées. Cet élargissement s'explique notamment par la diminution des conditions d'âge, de présence dans l'entreprise et de durée d'exercice du métier.

La nouvelle fonction attribuée aux élections professionnelles par la loi du 20 août 2008⁹¹ est un facteur qui peut justifier l'essor des élections professionnelles. Alors qu'initialement les élections dans l'entreprise avaient pour unique objet d'élire des représentants des salariés dans l'entreprise ou l'établissement, désormais ces élections permettent de mesurer la représentativité des organisations syndicales. Tous ces éléments en faveur d'un déclin ou au contraire d'un essor ne permettent pas de trancher clairement sur la question.

⁹⁰L. n°2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

⁹¹ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

§2) Développement des règles électorales de l'entreprise

La volonté du législateur de développer l'implantation des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise est grandissante. Le chemin vers un développement des institutions représentatives du personnel (I) est long et les tentatives du législateur dans cette optique plusieurs fois renouvelées (II).

I/ Vers un développement des institutions représentatives du personnel

Les lois « Auroux » sont les premières à avoir pour objectif de développer les institutions représentatives du personnel (A). D'autres lois se sont succédées avec un même objectif (B).

A) L'objectif avéré des lois Auroux

Le rapport Auroux donne naissance à quatre lois dont les objectifs divergent. Celle qui nous intéresse particulièrement est la loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel⁹². Les institutions représentatives du personnel se sont implantées progressivement dans les entreprises depuis 1936. Au début des années 1980, un constat est alarmant pour les militants de la représentation dans l'entreprise : le taux d'implantation des institutions représentatives du personnel est trop faible⁹³. Afin d'y remédier le législateur a prévu dans la loi du 28 octobre 1982 des dispositions permettant de renforcer l'implantation des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise notamment en tenant compte des structures de l'entreprise, ainsi la représentation du personnel doit être adaptée à la transformation des entreprises, mais également en mettant en place de nouvelles modalités de représentation des salariés⁹⁴. Pour favoriser la mise en place des institutions représentatives du personnel, cette loi prévoit dans l'hypothèse où aucune élection pour les délégués du personnel et pour les membres du comité d'entreprise n'a eu lieu dans l'entreprise, qu'un procès verbal de carence doit être communiqué par l'employeur à l'inspecteur du travail et une copie adressée aux organisations syndicales départementales. Ce

⁹² Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel. Loi dite loi Auroux.

⁹³ Le nombre d'institution existant est inférieur au nombre d'institution devant exister.

⁹⁴ M. Coffineau, Les lois Auroux, dix ans après, février 1993, La documentation française, 1993.

dispositif permet d'éviter que le patronat ne fasse obstacle à l'organisation d'élection. Afin de permettre une représentation efficace de l'ensemble des collectivités de travail et d'éviter les fraudes, le législateur inclut les salariés mis à disposition dans les effectifs de l'entreprise ainsi que les salariés à temps partiel et les salariés en contrat à durée déterminée.

Les interrogations posées concernant l'adaptation de la représentation à la taille de l'entreprise a conduit à légitimer la désignation d'un délégué du personnel comme délégué syndical dans les entreprises de moins de 50 salariés⁹⁵. Cette loi prévoit notamment le maintien des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise en cas de changement de situation pour l'entreprise tel qu'une fusion ou cession. Elle crée le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, fusion des anciens comités d'hygiène et de sécurité et de la commission d'amélioration des conditions de travail du comité d'entreprise. Cette loi Auroux a également pour objet de renforcer les missions économiques du comité d'entreprise.

Les mesures les plus pertinentes permettant le développement des institutions représentatives du personnel restent l'instauration de nouvelles modalités de représentation des salariés. La volonté du législateur de permettre une représentation des salariés dans toutes les entreprises l'ont conduit à créer les délégués de site et comités de groupe. Les délégués de site représentent les salariés dont les entreprises comptent moins de 11 salariés et sont regroupées sur un même lieu. Face au développement des groupes de sociétés, le législateur a mis en place des comités de groupe pour assurer une représentation efficace des salariés d'un groupe. La jurisprudence relative à l'unité économique et sociale est également consacrée par cette loi. Le succès des lois Auroux n'est pas au rendez-vous, plusieurs lois leur ont succédé afin de permettre au mieux le développement des institutions représentatives du personnel.

B) Un objectif encore poursuivi

Depuis 1982, de nombreux textes ont été promulgués afin de faciliter la mise en place d'institutions représentatives du personnel dans les petites et moyennes entreprises. De manière chronologique, la loi quinquennale du 20 décembre 1993 crée la délégation unique du personnel ayant pour objectif de favoriser le développement des institutions représentatives

⁹⁵ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Guide Dalloz, 2^{ème} édition, 2011-2012.

du personnel dans les entreprises de moins de 200 salariés⁹⁶. Cette délégation unique du personnel englobe les compétences des délégués du personnel et du comité d'entreprise dans ces entreprises. La loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social⁹⁷ soulève le problème de la représentation des salariés dans les très petites entreprises.

II/ Le développement des institutions représentatives du personnel, une tentative renouvelée

L'objectif escompté n'étant pas atteint, le législateur bouleverse le droit électoral de l'entreprise afin de favoriser l'implantation des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise. La loi du 20 août 2008 devient un moteur de développement de la représentation dans l'entreprise **(A)**. Malgré toutes ces réformes, la représentation dans l'entreprise fait l'objet d'un débat permanent **(B)**.

A) La loi du 20 août 2008, nouveau moteur du développement de la représentation dans les entreprises

La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail⁹⁸ bouleverse considérablement les élections professionnelles à qui elle confère une portée nouvelle. Désormais, les élections professionnelles influencent la reconnaissance de la qualité représentative aux organisations syndicales, l'appréciation de la validité des conventions et accords collectifs et la désignation des délégués syndicaux⁹⁹.

L'un des apports les plus conséquents de la loi du 20 août 2008 relative à la rénovation de la démocratie sociale est la suppression de la présomption irréfutable de représentativité, principe jusqu'alors contenu à l'article L. 2121-1 du Code du travail. Cette suppression semble des plus logiques, l'objectif de la loi étant la « refondation sociale ». Ce

⁹⁶ L. n° 93-1313 quinquennale du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle.

⁹⁷ L. n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JO 5 mai, p. 7983.

⁹⁸ L. n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

⁹⁹Dir. O. Leclerc et A. Lyon-Caen, L'essor du vote dans les relations professionnelles, actualités françaises et expériences européennes, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011.

texte modifie les critères de représentativité syndicale ; pour prouver leur représentativité, les syndicats doivent désormais répondre à plusieurs critères cumulatifs : le respect des valeurs républicaines, une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation, à compter de la date de dépôt légal des statuts du syndicat en mairie, la transparence financière, l'influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, l'indépendance par rapport à l'employeur, les effectifs d'adhérents et les cotisations mais surtout le critère de l'audience électorale évalué à tous les niveaux de représentativité.

La représentativité des organisations syndicales au niveau de l'entreprise dépend désormais du franchissement d'un seuil de 10% des suffrages exprimés. Un seuil de 10% est également exigé pour la désignation des délégués syndicaux. Seuls les salariés ayant personnellement recueillis 10% des suffrages peuvent être désignés comme délégué syndical. Ils doivent ainsi se soumettre dans un premier temps aux élections pour pouvoir ensuite être désignés. Ce seuil passe à 8% pour la représentativité des organisations syndicales au niveau de la branche professionnelle et au niveau national interprofessionnel. Pour être représentatif au niveau national interprofessionnel, une organisation doit, en plus de la satisfaction du seuil de 8%, être représentative dans une branche couvrant les secteurs de l'industrie, de la construction, du commerce et des services. Ce texte consacre la jurisprudence qui appréciait la représentativité à travers le respect de deux critères importants : l'indépendance et l'influence du syndicat¹⁰⁰. Les critiques relatives à l'exigence du respect de ces critères fusent. Ainsi pour certains le respect des valeurs républicaines ne peut véritablement constituer une condition de représentativité de l'organisation mais plus une condition d'existence. De plus, le législateur reste flou sur les éléments permettant d'apprécier ces critères.

Les contentieux relatifs à la représentativité des organisations syndicales étant nombreux, la Cour de cassation a dû préciser comment apprécier ces différents critères. En ce qui concerne le respect des valeurs républicaines, la cour de cassation a consacré une présomption de respect des valeurs républicaines. Il incombe donc à celui qui le conteste d'apporter la preuve contraire¹⁰¹. Elle précise également le contenu de ce critère. Le respect des valeurs républicaines s'apprécie à travers les statuts et l'action du syndicat¹⁰². Ce critère est-il réellement relatif à la représentativité du syndicat ? Il s'agit plus d'une condition

¹⁰⁰ Soc., 3 déc. 2002, n° 01-60.729, soc., 13 févr. 2008, n° 07-60.031.

¹⁰¹ Soc. 8 juill. 2009, n° 09-60.599, Veolia.

¹⁰² Soc. 13 oct. 2010, n° 10-60.130.

d'existence du syndicat que d'une condition de sa représentativité¹⁰³. Concernant la transparence financière, le juge n'est pas dispensé d'examiner les critères de transparence financière lorsque le syndicat ne produit pas les documents prévus par l'article D. 2135-3 du Code du travail mais produit d'autres documents comptables pour prouver cette transparence¹⁰⁴. Dans l'hypothèse d'une modification du champ géographique et professionnel du syndicat, la Cour de cassation précise que celle-ci ne peut affecter la condition d'ancienneté des statuts¹⁰⁵. Relativement à l'audience, la cour de cassation considère comme d'ordre public le seuil d'audience électorale de 10%. Il ne peut être dérogé aux règles de représentativité par voie d'accords collectifs¹⁰⁶. Dans le calcul de l'audience, sont pris en compte tous les suffrages exprimés au profit de chaque liste y compris les bulletins de vote comprenant des ratures¹⁰⁷. Concernant les syndicats catégoriels, le calcul de l'audience s'opère tous collèges confondus même si dans certains collèges le syndicat n'a pas présenté de candidat¹⁰⁸. La cour de cassation précise le périmètre d'appréciation de l'audience électorale. Celui-ci doit être apprécié en priorité au niveau des élections au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel. Ce n'est qu'à défaut d'organisation d'élections au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel que les élections des délégués du personnel peuvent constituer le cadre de la mesure de l'audience¹⁰⁹.

Ce périmètre légal d'appréciation de la représentativité syndicale ne peut être modifié par la voie d'un accord collectif ou d'un engagement unilatéral, il est d'ordre public. L'unité économique et sociale comprenant plusieurs entités, les suffrages des élections obtenus dans chaque entité doivent être additionnés pour mesurer l'audience¹¹⁰. Dans un souci de stabilité et des organisations syndicales représentatives et de sécurisation des négociations collectives, la Cour de cassation a jugé que les résultats des élections partielles ne doivent pas être pris en compte pour la mesure de l'audience au cours d'un cycle électoral¹¹¹. Concernant l'influence, l'appréciation de ce critère doit prendre en compte les actions du syndicat.

La cour de cassation constate la cumulativité de ces critères, les deux critères essentiels qu'étaient l'indépendance et l'influence du syndicat se noient désormais dans les

¹⁰³ Rapport loi du 2 août 2008.

¹⁰⁴ Soc. 29 févr. 2012, n° 11-13.748.

¹⁰⁵ Soc. 14 nov petite. 2012, n° 11-20.391 et n° 12-14.780.

¹⁰⁶ Soc. 18 mai 2011, n° 10-60.406.

¹⁰⁷ Soc. 6 janv. 2011, n° 10-60.168, Sté TNT Express France c/ Union départementale des syndicats CGT Force ouvrière du Puy de Dôme.

¹⁰⁸ Soc. 22 sept. 2010, n° 10-10.678, Fondation Armée du Salut c/ syndicat SDAS FO 75.

¹⁰⁹ Soc. 13 juill. 2010, n° 10-60.148, URSSAF de l'Ardèche.

¹¹⁰ Soc. 22 sept. 2010, n° 09-60.435, CMA-CGM.

¹¹¹ Soc. 13 févr. 2013, n° 12-18.098.

cinq autres. Ce ne peut être que source de contentieux. Un syndicat ayant obtenu un nombre de suffrages important mais qui ne satisfait pas les autres critères ne peut être qualifié de représentatif. Ces nouveaux critères établissent deux niveaux de représentativité, une représentativité pleine qui attribue les prérogatives antérieures comme par exemple le droit de négocier et de signer des accords et une petite représentativité symbolisée par la création du mandat de représentant de la section syndicale¹¹².

La loi s'intéresse aux syndicats non représentatifs en leur permettant de créer une section syndicale lorsqu'ils répondent à certains critères cumulatifs : respect des valeurs républicaines, avoir des adhérents dans l'entreprise ou l'établissement, l'indépendance, couvrir le champ professionnel et géographique dans l'entreprise et surtout répondre au critère d'indépendance. Ces critères sont cumulatifs, l'insatisfaction d'un de ces critères prive les organisations syndicales non représentatives de sections syndicales. Ils pourront alors désigner un représentant de la section syndicale aux prérogatives similaires à celles d'un délégué syndical. Cependant, le représentant de la section syndicale est dépourvu du pouvoir de négociation, l'objectif poursuivi de la loi étant de légitimer la négociation collective en limitant la négociation et la conclusion des accords collectifs aux organisations représentatives. Cette loi modifie le statut du représentant de la section syndicale. Une distinction doit être opérée selon que le représentant de la section syndicale est désigné par un syndicat non représentatif ou si celui-ci est désigné par un syndicat représentatif. Dans la première hypothèse, le mandat du représentant de la section syndicale est instable, il prend fin lors de la proclamation des résultats aux élections. Dans la seconde hypothèse, désormais ne peut être désigné représentant de la section syndicale que le salarié ayant personnellement recueilli au moins 10 % des suffrages. Cette réforme radicalise les conditions de désignation du représentant de la section syndicale. Ainsi, la loi établit une nouvelle distinction entre les syndicats.

En matière de négociation collective, la loi du 20 août 2008 réforme les conditions de validité d'un accord d'entreprise. Pour être valide, un accord d'entreprise doit être conclu par une organisation ou des organisations ayant obtenu seules ou ensemble 30% des suffrages exprimés lors des dernières élections des membres du comité d'entreprise, de la délégation unique du personnel, ou à défaut, des délégués du personnel, et ne doit avoir fait l'objet d'une opposition par un ou plusieurs syndicats représentatifs cumulant plus de 50% des suffrages

¹¹² Rapport : La loi du 20 août 2008 et ses implications sur les pratiques syndicales en entreprise : sociologie des appropriations pratiques d'un nouveau dispositif juridique ; Convention DARES « Impact des nouvelles règles de la représentativité sur les pratiques et les stratégies syndicales », p.10.

valablement exprimés aux dernières élections professionnelles. Depuis cette loi, sont invitées à la négociation du protocole d'accord préélectoral les organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national interprofessionnel, les organisations syndicales ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement et les syndicats qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constitués depuis au moins deux ans et ayant un champ professionnel et géographique qui couvre l'entreprise ou l'établissement concerné¹¹³. Par conséquent, la règle de l'unanimité pour le protocole d'accord préélectoral est supprimée. Désormais, en vertu des articles L.2314-3-1 et L.2324-4-1 du Code du travail, 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 ou, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, la majorité des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. Le monopole de présentation des candidats des organisations représentatives au premier tour prend fin ; l'ensemble des organisations ayant collaboré à l'élaboration du protocole d'accord préélectoral peuvent désormais présenter des candidats au premier tour. Une seule circulaire d'application de la loi du 20 août 2008 est adoptée le 13 novembre 2008¹¹⁴ confiant aux acteurs sociaux et à la jurisprudence la compétence de régler les difficultés apparentes après un tel changement¹¹⁵. On peut ainsi constater le séisme provoqué par la loi du 20 août 2008 en mettant les compteurs à zéro et en soumettant les cinq grandes confédérations en place aux règles de la démocratie.

B) La représentation dans l'entreprise, un débat permanent

Le débat relatif à la représentation des salariés des très petites entreprises dans lesquelles il n'existe aucune obligation d'organiser l'élection des délégués du personnel est ancien. Etaient exclus de l'appréciation de l'audience syndicale les salariés de ces entreprises. Deux solutions ont été envisagées, la mise en place de commissions paritaires locales extérieures à l'entreprise et l'abaissement des seuils afin de permettre l'élection de délégué du

¹¹³ Art. L.2314-3 et L.2324-4 C. trav.

¹¹⁴ Circ. DGT n° 20 relative à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale.

¹¹⁵ Morin et Pécault-Rivolier, « Les arrêts de la loi du 20 août 2008 en tableau », Sem. Soc. Lamy 19 juill. 2010, n° 1455, p. 3.

personnel dans ces entreprises. Un avis du Conseil d'Etat du 29 avril 2010¹¹⁶ souligne que le principe de participation oblige pour l'évaluation de l'audience syndicale la prise en compte des salariés des très petites entreprises. La loi du 15 octobre 2010¹¹⁷ complétant celle du 20 août 2008 s'est chargée de répondre à ces interrogations mais n'a pas eu l'effet escompté puisqu'elle ne traite que de la mesure de l'audience et pas de la représentation des salariés. Cette loi prévoit l'organisation d'un scrutin organisé au niveau régional tous les 4 ans pour mesurer l'audience des organisations syndicales¹¹⁸.

La réforme du 20 août 2008 a relancé le débat relatif aux institutions représentatives du personnel, tant sur la question de leur structure que de leur simplification mais le chemin afin d'aboutir à un développement de ces institutions et une représentation efficace des salariés est encore loin¹¹⁹.

Les lois du 6 août 2015 et du 17 août 2015 récemment adoptés, tentent de solutionner certaines problématiques soulevées lors de débats. En effet, le débat sur la réforme sur le dialogue social lancé par le ministre du travail en mai 2014 conduit à de nombreuses propositions. Le ministre du travail proposa de geler les seuils sociaux afin de pallier aux conséquences des coûts inhérents au franchissement des seuils qui constituent un frein à l'embauche. Lors de ces débats s'est également posée la question des « mille-feuilles social ». Le MEDEF proposa alors l'institution d'un conseil d'entreprise unique. Le législateur dans sa loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi¹²⁰ refuse de suivre le MEDEF dans son raisonnement mais propose deux alternatives. Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, le comité d'entreprise, les délégués du personnel et le CHSCT ou seulement deux de ces institutions pourront être regroupés au sein d'une instance unique. Cette instance devra résulter d'un accord collectif majoritaire qui définira les modalités, le nombre de réunion, la création ou non d'une commission CHSCT et le nombre d'heure de délégation. Dans les entreprises de moins de 300 salariés, les instances de représentation du personnel peuvent se regrouper sous forme de délégation unique du personnel. Cette délégation unique du personnel englobe les attributions des délégués du personnel et du comité d'entreprise au sein d'une même délégation élue. Les missions du comité d'entreprise sont confiées aux délégués

¹¹⁶CE, avis, 29 avr. 2010 relatif à la mesure de la représentativité syndicale au sein des très petites entreprises.

¹¹⁷ L. n°2010-1215, 15 oct. 2010 complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, JO 16 oct. 2010, p. 18569.

¹¹⁸Art. L. 2122-10-1 C. trav.

¹¹⁹ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Guide Dalloz, 2^{ème} édition, 2011-2012.

¹²⁰ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

du personnel. Cette délégation unique du personnel peut être mise en place par décision unilatérale de l'employeur après consultation des délégués du personnel et du comité d'entreprise, s'il y a ; aucun accord collectif n'est nécessaire. La loi du 17 août 2015 crée également les commissions paritaires régionales interprofessionnelles, nouveau cadre de représentation des salariés des entreprises de moins de 11 salariés. Le patronat a fait entendre son hostilité face à ces commissions qu'ils considèrent comme une entrave à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété, les membres de ces commissions étant amenés à pénétrer dans l'entreprise et les considèrent inutiles puisque la proximité entre employeur et salariés dans ces entreprises rend le dialogue direct entre eux. Le Conseil constitutionnel dans une décision du 13 août 2015 ne va pas dans leur sens¹²¹. De telles commissions ne pourront être mises en place qu'à compter du 1^{er} juillet 2017.

La loi du 17 août 2015 vient également assurer la parité en matière de représentation du personnel. Les listes devront, à compter du 1^{er} janvier 2017, comporter une proportion de femme et d'homme qui correspond à leur proportion respective dans les collèges électoraux. Ces listes seront composées alternativement d'un candidat de chaque sexe jusqu'à épuisement des candidats d'un des sexes. A défaut, le juge pourra prononcer l'annulation de l'élection des candidats du sexe surreprésenté sur la liste¹²². En matière de négociation collective, cette loi facilite la négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux. Elle supprime le seuil de 200 salariés au dessus duquel la négociation avec des élus était impossible. Elle organise également le regroupement des négociations obligatoires.

La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques¹²³, quant à elle, vient étendre la compétence du juge judiciaire en matière de contentieux électoral. Le juge judiciaire est naturellement compétent en matière de contentieux postélectoral mais cette loi étend sa compétence à quasiment tout le contentieux pré-électoral. Le juge judiciaire est désormais compétent en cas de contestation de certaines décisions rendues par l'autorité administrative concernant notamment la répartition entre les collèges électoraux des élections des délégués du personnel et du comité d'entreprise, les dérogations aux conditions d'ancienneté pour être électeur aux élections des délégués du personnel et du comité d'entreprise notamment lorsque leur application aurait pour effet de réduire à moins de deux tiers de l'effectif le nombre de salariés remplissant ces conditions ou

¹²¹ Cons. const., 13 août 2015, n° 2015-720 DC.

¹²² P. Lokiec, Le dialogue social à l'épreuve de la loi Rebsamen, A propos de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, JCP G, 2015, 990.

¹²³ L. n° 2015-990, 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

les dérogations. Il peut également intervenir lorsque les décisions concernent des dérogations aux conditions d'ancienneté pour l'éligibilité lorsque l'application de ces dispositions conduirait à une réduction du nombre des candidats qui ne permettrait pas l'organisation normale des opérations électorales ou encore lorsqu'elles portent sur la reconnaissance du caractère d'établissement distinct concernant l'élection des délégués du personnel. La contestation des décisions de l'autorité administrative relatives au nombre et à la répartition des sièges entre les différents établissements et les différentes catégories aux élections professionnelles du comité d'entreprise relève également de sa compétence. Cette loi crée également une obligation pour l'employeur de transmission des procès verbaux des élections professionnelles du comité d'entreprise ou des délégués du personnel aux organisations syndicales ayant présenté des listes de candidats aux scrutins et participé à la négociation du protocole d'accord préélectoral.

L'histoire de la représentation du personnel est incontestablement à l'origine du droit électoral de l'entreprise et en est considérablement marqué. Ce droit en construction est en perpétuel mouvement ; la quête d'une représentation efficace et légitime des salariés n'est pas achevée. Le législateur multiplie ses tentatives, ce que l'on ne peut que constater avec ses dernières réformes. La multiplication des textes adoptés par le législateur perturbe ; elle marque l'instabilité et la complexité du droit électoral de l'entreprise. Elle confirme également ses carences.

Chapitre 2 : Les sources du droit électoral de l'entreprise

Le droit électoral de l'entreprise est un puzzle législatif. Il dispose de diverses sources difficiles à énumérer sans omettre d'en citer certaines. Les sources nationales du droit des élections dans l'entreprise (**section 1**) sont nombreuses et même si elles essaient de traiter de la manière la plus précise des élections dans l'entreprise, elles ont, sans contestation, besoin du renfort des sources internationales relatives à ce type d'élection (**section 2**).

Section 1 - Les sources internes du droit électoral de l'entreprise

Si en France, le législateur s'est emparé de la question relative aux élections dans l'entreprise et a fixé les règles légales qui lui sont applicables (§1), il offre, toutefois, le droit aux représentants du personnel et aux employeurs de définir ensemble certaines règles relatives à l'élection dans l'entreprise (§2).

§1) Les règles légales relatives aux élections dans l'entreprise

La summa divisio, chère aux juristes, entre droit commun et droit spécial trouve sa place en matière de représentation du personnel. Droit commun (I) et droit spécial des élections dans l'entreprise (II) ne peuvent se concevoir l'un sans l'autre.

I/ Des élections dans l'entreprise régies par les règles de droit commun des élections

Deux types de règles de droit commun s'appliquent aux élections dans l'entreprise. Certaines dispositions du Code électoral (A), d'une part, et les dispositions de la Constitution en la matière (B), d'autre part, ont vocation à s'appliquer aux élections professionnelles dans l'entreprise.

A) Le Code électoral, source subsidiaire des élections dans l'entreprise

Le Code électoral trouve application en matière d'élections organisées dans l'entreprise de différentes manières. Le Code du travail utilise parfois les dispositions du Code électoral (1), dont la Cour de cassation fait également une application sélective (2). Certaines règles du Code électoral évoquées ni par le Code du travail ni par la Cour de cassation semblent pourtant être adaptées à l'entreprise (3).

1) Un Code électoral utilisé par le Code du travail

Le Code électoral, source primaire et unique des élections politiques, inspire le Code du travail qui en cite certains articles et en paraphrase d'autres. L'article L. 2122-10-8 du Code du travail¹²⁴ renvoie expressément aux articles L. 10 et L. 67 du Code électoral. Ces articles destinés aux élections politiques s'appliquent également aux opérations électorales dans l'entreprise. Ainsi, les règles issues de l'article L. 10 du Code électoral,¹²⁵ selon lequel les inscriptions multiples sur les listes électorales sont prohibées et de l'article L. 67 du même code¹²⁶ ouvrant le droit aux candidats et aux délégués de listes de contrôler toutes les opérations électorales, s'appliquent également aux élections dans l'entreprise. L'application de ces articles aux élections dans l'entreprise rentre dans les habitudes de la Cour de cassation¹²⁷. Deux articles relatifs aux élections des délégués mineurs faisaient une référence aux articles L.5 et L.6 du Code électoral. Les anciens articles L. 712-10¹²⁸ et L. 712-11¹²⁹ du

¹²⁴ Loi n°2010-1215, 15 oct. 2010, art. 4-I, relative à l'instauration des scrutins sur sigle dans les très petites entreprises.

¹²⁵ Art. L. 10 C. élect.: « Nul ne peut-être inscrit sur plusieurs listes électorales ».

¹²⁶ Art. L. 67 C. élect. : « Tout candidat ou son représentant dûment désigné a le droit de contrôler toutes les opérations de vote, de dépouillement des bulletins et de décompte des voix, dans tous les locaux où s'effectuent ces opérations, ainsi que d'exiger l'inscription au procès-verbal de toutes observations, protestations ou contestations sur lesdites opérations, soit avant la proclamation du scrutin, soit après. Les modalités d'application du présent article sont déterminées par un décret en Conseil d'Etat ».

¹²⁷ La Cour de cassation, dans un arrêt du 26 mai 1976, a fait application de l'article L. 67, combiné à l'article R. 47 du code électoral dans le but de réprimer un employeur qui s'était opposé à la présence de représentants syndicaux mandatés pour contrôler la régularité des scrutins ; F. Petit, L'application sélective du code électoral dans l'entreprise, Droit ouvrier. Janvier 2014, n°786, p.3.

¹²⁸ Loi n°73-4 du 2 janvier 1973, Loi n°75-630 du 11 juillet 1975, Art. L. 712-10 C. trav. : « Les ouvriers du fond sont électeurs dans leur circonscription à condition d'être âgés de dix-huit ans accomplis, d'être inscrits sur la feuille de la dernière paie effectuée dans cette circonscription avant la date de l'arrêté de convocation des électeurs, et de n'avoir encouru aucune des condamnations mentionnées aux articles L. 5 et L.6 du code électoral. Les délégués mineurs sont électeurs dans leur circonscription ». Abrogé par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007.

¹²⁹ Art. L. 712-11 C. trav.: « Sont éligibles dans une circonscription à la condition d'être citoyen français, de savoir lire et écrire le français, de ne pas présenter une incapacité permanente de travail d'un taux supérieure à

Code du travail posaient comme condition d'électorat et d'éligibilité de n'avoir été exposé à aucune des condamnations alléguées aux articles L. 5¹³⁰ et L.6¹³¹ du Code électoral.

Les rédacteurs du Code du travail se sont fortement inspirés des dispositions du Code électoral relatives aux opérations de vote et particulièrement au mode de scrutin. Les articles L. 2314-21 et L. 2324-19 du Code du travail exigent un scrutin secret sous enveloppe ou par vote électronique avec un dispositif d'isolement. Cette règle légitime, puisqu'elle a pour objectif de faire respecter le principe de secret du vote, reflète celles issues de l'article L. 59 et L.60 du Code électoral selon lesquels le scrutin est secret et a lieu sous enveloppe et exigent qu'une partie de la salle soit aménagée afin de permettre aux électeurs de s'isoler pour se soustraire aux regards lors de leur choix.

2) Un Code électoral appliqué sélectivement par la Cour de cassation

Le droit électoral de l'entreprise en phase de construction, la Cour de cassation est amenée à faire face aux carences de ce droit et fait souvent appel aux règles du Code électoral. Dans un arrêt du 28 mars 2012, en l'absence de dispositions relatives aux horaires d'ouverture et de clôture du scrutin dans le Code du travail, la Cour de cassation a fait application de l'article R. 57 du Code électoral aux termes duquel les heures d'ouverture et de clôture du scrutin doivent être constatées publiquement et mentionnées au procès-verbal par le président du bureau de vote et a, ainsi, condamné sur ce fondement l'employeur n'ayant pas respecté cette règle à renouveler les élections, cette irrégularité justifiant l'annulation¹³². Cette solution a été reprise par la Cour de cassation dans un arrêt du 16 octobre 2013. Dans cet arrêt encore, le défaut de mention sur le procès-verbal, dressé à l'issue du dépouillement, des heures d'ouverture et de clôture du scrutin a été considéré comme une irrégularité entraînant l'annulation du scrutin¹³³. Dans un second arrêt rendu également le 16 octobre 2013, la Cour

60% et, en outre, de n'avoir jamais encouru de condamnation pour infraction aux dispositions du présent chapitre ou pour une des infractions visées à l'article 141 du code minier, aux articles 414 et 415 du code pénal et aux articles L.5 et L.6 du code électoral (...) ». Abrogé par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007.

¹³⁰ Art. L. 5 C. élect. (L. n°2007-308 du 5 mars 2007, art. 12) : « Lorsqu'il ouvre ou renouvelle une mesure de tutelle, le juge statue sur le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée ».

¹³¹ Art. L. 6 C. élect. (L. n°85-1407 du 30 déc. 1985, art. 83 ; L. n°92-1336 du 16 déc. 1992, art. 160) : « Ne doivent pas être inscrits sur la liste électorale, pendant le délai fixé par le jugement, ceux auxquels les tribunaux ont interdit le droit de vote et d'élection, par application des lois qui autorisent cette interdiction ».

¹³² Soc. 28 mars 2012, n°11-16141, cette irrégularité était « de nature à affecter la sincérité des opérations électorales et, s'agissant d'un principe général du droit électoral, constituait une irrégularité justifiant à elle seule l'annulation des élections ».

¹³³ Soc. 16 oct. 2013, n°12-21680.

de cassation a été amenée à se prononcer sur l'absence de précision du protocole d'accord préélectoral sur la composition du bureau de vote. En l'espèce, l'employeur était suspecté d'avoir violé le principe de neutralité pour avoir nommé l'un de ses assesseurs comme membre du bureau de vote. La chambre sociale a jugé qu'à défaut de dispositions spécifiques prévues par le protocole préélectoral signé à la double condition de majorité, et en l'absence de désignation des membres du bureau de vote par accord entre l'employeur et les organisations syndicales ayant présenté des listes aux élections, le bureau de vote est composé, conformément aux principes généraux du droit électoral, des deux salariés électeurs les plus âgés et du salarié électeur le plus jeune¹³⁴. La chambre sociale, dans un arrêt du 26 mai 1976, a fait usage de l'article L. 67, combiné à l'article R. 47, du Code électoral qui donne le droit aux candidats et aux délégués de listes d'être associés au dispositif de contrôle des opérations électorales. En l'espèce, un employeur avait refusé la présence de représentants syndicaux mandatés pour contrôler la régularité des scrutins. La chambre sociale a sanctionné ce comportement sur le fondement des articles L. 67 et R. 47 du Code électoral. Elle a jugé qu'en l'absence d'accord préélectoral, fixant notamment les modalités de contrôle des opérations de vote, et à défaut de dispositions spéciales en matière d'élections des représentants du personnel, le tribunal peut faire application des règles de droit commun électoral lesquelles prévoient que chaque liste a le droit d'avoir en permanence dans chaque bureau de vote un délégué habilité comme les candidats eux-mêmes, à contrôler toutes les opérations électorales. Ces dispositions s'imposent à l'employeur, de sorte que l'employeur qui s'oppose à leur application commet des irrégularités d'une gravité suffisante pour avoir une influence sur les résultats du scrutin et entraîner l'annulation des élections¹³⁵.

Le recours à ces articles par la Cour de cassation est régulièrement renouvelé. Dans un arrêt du 6 janvier 2011, la chambre sociale a affirmé sur le fondement des articles L. 67 et R. 47 que « tout candidat a le droit de contrôler les opérations de vote, de dépouillement des bulletins et de décompte des voix, ainsi que d'exiger l'inscription sur le procès-verbal de toutes observations, protestations ou contestations »¹³⁶. L'article L. 67 associé aux articles L. 65¹³⁷ et R. 57¹³⁸ du Code électoral ont également vocation à s'appliquer, à défaut de dispositions spéciales. Le président du bureau de vote doit, ainsi, constater publiquement l'heure de clôture du scrutin et le dépouillement doit être fait par les scrutateurs désignés

¹³⁴ Soc. 16 oct. 2013, n°12-21448.

¹³⁵ Soc. 26 mai 1976, n° 76-60.035, Bull. V n°330, p. 272.

¹³⁶ Soc. 6 janv. 2011, n°09-60.398.

¹³⁷ Art. L. 65 C. élect. relatif aux modalités de dépouillement.

¹³⁸ Art. R. 57 C. élect. relatif à la déclaration de clôture du scrutin.

parmi les électeurs, sous le contrôle des délégués des listes de candidats. Tout accord préélectoral doit ainsi respecter ces dispositions¹³⁹. La Cour de cassation applique les dispositions du Code électoral qu'en cas de nécessité. C'est pourquoi, concernant le secret du vote, elle n'applique l'article L. 59 du Code électoral, en vertu duquel le scrutin est secret, que pour la mise en place du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, le Code du travail ne prévoyant aucune disposition¹⁴⁰. Pour les élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise, elle applique donc les articles L. 2314-21 et L. 2324-19 du Code du travail imposant l'organisation des élections au scrutin secret et dont il résulte que les électeurs doivent bénéficier d'un dispositif permettant l'isolement¹⁴¹.

Concernant les modalités de dépouillement, l'article L. 65 du Code électoral s'applique aux élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise¹⁴². La Cour de cassation exclut cependant son application pour l'élection du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail¹⁴³. Les dispositions du Code électoral applicables aux élections dans l'entreprise sont triées sur le volet. Ainsi, par exemple, l'application de l'article L. 60 du Code électoral imposant la présence d'une enveloppe pour les votes ne s'applique pas à la mise en place du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Sur la composition du bureau de vote, d'abord, l'article R. 42 du Code électoral, selon lequel « Chaque bureau de vote est composé d'un président, d'au moins deux assesseurs et d'un secrétaire choisi par eux parmi les électeurs de la commune », s'applique à l'élection du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail¹⁴⁴. Toujours au visa de l'article R. 42 du Code électoral, la Cour de cassation retient que la présence de l'employeur ou d'un de ses représentants dans un bureau de vote entraîne l'annulation des élections¹⁴⁵. Cette solution est rendue dans la lignée notamment du principe de neutralité de l'employeur¹⁴⁶. Sur les pouvoirs du bureau de vote, ensuite, la Cour de cassation retient, dans un arrêt du 8 décembre 2010, l'application de l'article R. 52 du Code électoral qui donne le pouvoir au bureau de vote de se prononcer provisoirement sur les difficultés touchant aux opérations électorales et précise les pouvoirs d'un bureau de vote¹⁴⁷. L'article R. 62 du Code électoral disposant que

¹³⁹ Soc., 20 oct. 1999, n° 98-60.359.

¹⁴⁰ Soc., 22 sept. 2010, n° 10-60.046 ; soc., 28 janv. 2015, n° 14-13.989.

¹⁴¹ Soc., 26 mai 1998, n° 97-60.092, RJS 98, n° 876.

¹⁴² Soc. 20 oct. 1999, n°98-60.359, Bull. V n°390, D. 1999, IR, 254.

¹⁴³ Soc. 22 sept. 2010, n°10-60.046.

¹⁴⁴ Soc. 16 janv. 2008, n° 06-60.286.

¹⁴⁵ Soc. 17 avr. 2013, n°12-21.876.

¹⁴⁶ F. Petit, L'application sélective du code électoral dans l'entreprise, Droit ouvrier, janv. 2014, n°786 p. 4.

¹⁴⁷ Soc. 8 déc. 2010, n°10-60.211 ; F. Petit, Les pouvoirs d'un bureau de vote, Dr. soc. 2011, 224.

« Dès la clôture du scrutin, la liste d'émargement est signée par tous les membres du bureau » est également appliqué aux élections dans l'entreprise par la Cour de cassation dans un arrêt du 28 mars 2012¹⁴⁸. Ce même arrêt applique également l'article R. 57 du Code électoral qui impose au président du bureau de vote de constater publiquement les heures d'ouverture et de clôture du scrutin et de le mentionner au procès-verbal.

Il arrive à la Cour de cassation de rejeter expressément l'application de certaines dispositions du Code électoral. Elle exclut, par exemple, l'application de l'article L. 54 du Code électoral qui limite la durée de vote à une seule journée¹⁴⁹. Les articles L. 47 et L. 49 du Code électoral relatifs aux modalités de propagande ont été écartés par la Cour de cassation. L'article L. 47, garantissant la liberté de réunion publique, et l'article L. 49, interdisant de distribuer ou de faire distribuer, le jour du scrutin, des bulletins, circulaires et autres documents, ne peuvent être appliqués aux élections dans l'entreprise. L'exclusion de ces articles par la Cour de cassation semble être justifiée par l'inadaptation de celles-ci au monde du travail. Elle a, à plusieurs reprises, fait application de l'article 18 du Code électoral en vertu duquel « La commission administrative chargée de la révision de la liste électorale doit faire figurer sur cette dernière les noms, prénoms, domicile ou résidence de tous les électeurs. L'indication de domicile ou de résidence comporte obligatoirement l'indication de la rue et du numéro là où il en existe », notamment dans un arrêt du 23 juillet 1980¹⁵⁰. Elle a finalement opéré un revirement de jurisprudence dans un arrêt du 20 mars 2002¹⁵¹. Le domicile des électeurs ne doit plus être mentionné dans la liste électorale en vertu du droit au respect de la vie privée. La Cour de cassation rejette également l'application de l'article L. 62-1 alinéa 3 du Code électoral imposant à chaque électeur de signer en face de son nom sur la liste d'émargement dans deux arrêts rendus les 13 juillet 2004 et 6 juillet 2005. Pour pallier aux insuffisances du Code du travail, cette liste de dispositions du Code électoral applicables aux élections dans l'entreprise pourrait s'enrichir.

3) Les dispositions du Code électoral susceptibles de faire l'objet d'une transposition

De nombreuses autres règles du Code électoral pourraient s'appliquer aux élections dans l'entreprise. Son article L.1 reconnaissant au vote un caractère direct et universel semble

¹⁴⁸ Soc. 28 mars 2012, n°11-16141.

¹⁴⁹ Soc. 2 nov. 1994, Dr. ouvrier 1995, pp. 356-357, note Martine Debliquis.

¹⁵⁰ Soc. 23 juill. 1980, Bull. V, n°685, p. 507.

¹⁵¹ Soc. 20 mars 2002, Dr. soc. p. 624, note D. Boulmier.

avoir vocation à s'appliquer, tout comme les articles L.9, posant une obligation d'inscription sur les listes électorales, et L.19 imposant la mention sur les listes électorales de la date et du lieu de naissance de chaque électeur. Ces derniers permettraient de contrôler le respect des conditions d'âge. La chambre sociale considère, en effet, que l'inscription sur une liste électorale constitue une formalité nécessaire à l'exercice du droit de vote¹⁵². L'article L.28 alinéa 2 du Code électoral qui accorde le droit pour chaque électeur de prendre communication et copie de la liste électorale, prenant part au bon déroulement d'un scrutin, pourrait s'appliquer également. Cela permettrait aux salariés et aux syndicats de vérifier la qualité d'électeur des personnes inscrites sur la liste. L'article L.25 du même code ouvrant le droit pour un électeur de réclamer l'inscription ou la radiation d'un électeur omis ou indûment inscrit semble pouvoir s'appliquer aux élections dans l'entreprise. La Cour de cassation a reconnu, dans un arrêt du 8 mars 1979, que salariés et syndicats représentatifs¹⁵³ ont le droit de vérifier la régularité des inscriptions sur les listes électorales¹⁵⁴. Si cet arrêt a été rendu au visa de l'article L.27 du Code électoral, l'article L.25 aurait été plus approprié.

Concernant toujours l'inscription sur les listes électorales, l'article L.11 du Code électoral, qui permet l'inscription sur les listes électorales des salariés qui ne remplissent pas les conditions d'âge et d'ancienneté lors de la formation des listes mais qui rempliront ces conditions avant la clôture définitive, intéresse directement les élections dans l'entreprise. L'arrêt rendu le 23 juillet 1980 au visa de l'article 11 du Code électoral affirme que les salariés ne remplissant pas les conditions d'âge et d'ancienneté lors de la formation des listes électorales et qui les rempliront avant la clôture définitive sont également inscrits sur les listes électorales¹⁵⁵. Si l'article L.57 du Code électoral, en vertu duquel « seuls peuvent prendre part au second tour de scrutin les électeurs inscrits sur la liste électorale qui a servi au premier tour de scrutin », n'est pas expressément applicable aux élections dans l'entreprise, il semble toutefois lui être adapté. Dans un souci d'égalité entre électeurs, cette règle est justifiée, d'autant plus que premier et second tour sont organisés pour une même élection. Le droit reconnu à toute personne d'être candidat, prévu à l'article L. 44 du Code électoral, sous réserve cependant « des cas d'incapacité ou d'inéligibilité prévus par la loi », pourrait également s'appliquer à la condition de ne pas être interprété comme réservant les candidatures aux seuls français. L'article L. 62 alinéa 1 du même code, posant les règles

¹⁵² Soc. 20 mars 1990, n°89-61448, RJS 4/1990, n°328 ; soc. 5 mars 1997, n°96-60027.

¹⁵³ Depuis la loi du 20 août 2008, les syndicats non-représentatifs ont également la possibilité de participer aux élections.

¹⁵⁴ Soc., 8 mars 1979, n° 78-60.729.

¹⁵⁵ Soc. 23 juill. 1980, n°80-60190.

applicables de l'entrée de l'électeur dans la salle du scrutin au dépôt de l'enveloppe dans l'urne, paraît approprié aux élections dans l'entreprise. En effet, les dispositions relatives au contrôle de l'identité des électeurs, à la prise des bulletins et de l'enveloppe, du vote dans l'isoloir et du dépôt de l'enveloppe dans l'urne sont totalement adaptées à l'entreprise.

Une transposition de ces règles aux élections dans l'entreprise a été proposée par Monsieur Maurice Cohen dans son ouvrage dédié aux comités d'entreprise et aux comités de groupe¹⁵⁶ et par Monsieur Franck Petit¹⁵⁷.

B) La Constitution, source du droit électoral de l'entreprise

La Constitution du 4 octobre 1958 a consacré aux travailleurs des droits fondamentaux **(1)** nécessaires à leur épanouissement professionnel et personnel, dont la portée doit faire l'objet d'un développement **(2)**.

1) Les droits des travailleurs consacrés par la Constitution

La reconnaissance par la Constitution française des droits des travailleurs s'est faite relativement tard. En effet, ce n'est qu'après la première guerre mondiale avec l'abandon des conceptions individualistes de l'Etat libéral que sont transcrites dans la Constitution des réflexions sur l'homme, le travail et le rôle de l'Etat¹⁵⁸. La fin de la guerre et l'évolution de la société rendent nécessaire la consécration des droits sociaux et particulièrement des droits des travailleurs dans la Constitution. Celle-ci est réalisée dans le préambule de la Constitution de 1946 à l'issue de la seconde guerre mondiale. La constitutionnalisation des droits sociaux et notamment des droits des travailleurs devait initialement faire l'objet d'une déclaration des droits mais le sort en a été autrement, elle s'est faite dans un préambule¹⁵⁹. Cette consécration constitutionnelle des droits des travailleurs a eu des effets conséquents puisqu'elle a reconnu constitutionnellement des libertés aux travailleurs et le rôle des syndicats. Le préambule de la Constitution de 1946 reconnaît de manière indépendante et dans l'ordre qui suit : la liberté syndicale **(a)**, le droit de grève et le principe de participation **(b)**.

¹⁵⁶ M. M. Cohen, Droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, LGDJ, 8^{ème} éd., 2005.

¹⁵⁷ F. Petit, L'application sélective du code électoral dans l'entreprise, Dr. ouvrier, janvier 2014, n°786.

¹⁵⁸ V. Ogier-Bernaud, Les droits constitutionnels des travailleurs, Economica, 2003, p. 60.

¹⁵⁹ J. Rivero et G. Vedel, Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule, Dr. soc., 1947, p. 95.

a) La reconnaissance de la liberté syndicale

L'alinéa 6 du préambule de la Constitution de 1946 dispose que « tout homme peut défendre ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix ». Il proclame ainsi une liberté syndicale individuelle, tout comme le font plusieurs autres textes. Les termes utilisés dans l'alinéa 6 du préambule de la Constitution marquent la volonté des assemblées constituantes de consacrer le pluralisme syndical. En effet, les termes « adhérer au syndicat de son choix » implique que les travailleurs puissent avoir la possibilité de choisir entre différents syndicats. Dans la lignée de ce principe s'inscrit la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui dans un arrêt du 21 septembre 2011 rappelle que cette liberté ne peut être exercée par l'individu lorsque « les possibilités de choix ou d'action qui lui restent se révèlent inexistantes ou réduites au point de n'offrir aucune utilité ». Là encore, la Cour souligne que cette liberté syndicale ne s'exerce pleinement que lorsque des possibilités de choix s'offrent aux individus. Par conséquent, le syndicat unique est proscrit. Dans une société démocratique le pluralisme est une exigence indispensable.

Bien que l'alinéa 6 du préambule de la Constitution de 1946 ne proclame pas explicitement la liberté de ne pas adhérer à un syndicat, les termes utilisés, encore une fois, sous-entendent que le travailleur dispose également du droit de ne pas s'affilier à un syndicat. L'usage par les constituants du verbe « pouvoir » insinue la liberté de ne pas adhérer à un syndicat. Ce droit de ne pas s'affilier à un syndicat répond aux craintes développées à l'égard des corps intermédiaires lors de la révolution¹⁶⁰. Dans sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel reconnaît à la liberté syndicale un sens large, puisqu'il considère que celle-ci englobe le droit d'adhérer librement à un syndicat ou de ne pas y adhérer. En effet, dans une décision du 20 juillet 1983, le Conseil constitutionnel a clairement affirmé qu'aucune disposition législative « ne saurait permettre que soit imposée, en droit ou en fait, directement ou indirectement, l'adhésion des salariés d'une entreprise à une organisation syndicale »¹⁶¹. D'autres pays de l'Union européenne reconnaissent la liberté de ne pas s'affilier à un syndicat comme corollaire de la liberté de se syndiquer ; c'est le cas notamment de l'Espagne¹⁶².

Le Conseil constitutionnel reconnaît une valeur constitutionnelle à la liberté syndicale dans une décision du 22 octobre 1982 dans laquelle il précise qu' « il appartient au législateur,

¹⁶⁰ V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica, 2003, p. 136.

¹⁶¹ C. const, 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983, *Démocratisation du secteur public*, R. J. C. I, p. 157.

¹⁶² V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica, 2003, p. 139.

dans le respect du droit de grève et du droit syndical ainsi que des autres droits et libertés ayant également valeur constitutionnelle, de définir les conditions d'exercice du droit de grève et du droit syndical »¹⁶³. Il fait par la suite une référence expresse à l'alinéa 6 du préambule de la Constitution de 1946 en réaffirmant la valeur constitutionnelle de la liberté syndicale dans une décision du 25 juillet 1989 dans laquelle il affirme que « les modalités de mise en œuvre des prérogatives reconnues aux organisations syndicales doivent respecter la liberté personnelle du salarié qui, comme la liberté syndicale, a valeur constitutionnelle »¹⁶⁴.

Le choix d'adhérer ou non à un syndicat relève de la vie privée du salarié. Par conséquent, nul ne peut, et d'aucune manière, pousser à l'affiliation ou à la démission d'un syndicat. La liberté syndicale reconnue par le préambule de la Constitution protège les travailleurs tant dans leur rapport avec l'Etat que dans leur rapport privé au travail¹⁶⁵. Ainsi, sont contraires à la Constitution, les dispositions conditionnant l'embauche des salariés à leur adhésion à un syndicat. Cette règle est rappelée à l'article L. 2141-5 du Code du travail interdisant à l'employeur la prise en compte de l'appartenance syndicale pour l'embauche, l'octroi d'avantages ou le licenciement. Pour une protection optimale, le législateur français a mis en place un arsenal législatif protégeant le salarié contre toute entrave à sa liberté syndicale par l'employeur.

Si l'alinéa 6 du préambule de la Constitution de 1946 consacre clairement la dimension individuelle de la liberté syndicale, se pose la question de savoir si ce même texte consacre également la dimension collective de cette liberté. Les termes « Tout homme peut défendre ses droits et intérêts par l'action syndicale » laissent entendre que la Constitution reconnaît l'aspect collectif de la liberté syndicale. En effet, la référence à l'action syndicale par le préambule peut être traduite comme garantissant la liberté d'action de ses syndicats. Ainsi, la liberté syndicale dispose également d'une dimension collective et comprend la liberté d'organisation syndicale et le droit de constituer des unions ou fédérations. La liberté d'organisation syndicale est reconnue aux organisations ayant une cause et un objet licites. Pour être licite, l'organisation doit avoir pour mission la défense des intérêts des salariés et respecter les droits et libertés fondamentaux. Dans sa décision du 6 novembre 1996, le Conseil constitutionnel a affirmé que les alinéas 6 et 8 du préambule « confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation

¹⁶³ C. const, 82-144 DC, 22 octobre 1982, cons. 9, JORF du 23 octobre 1982, p. 3210, Rec. p. 61.

¹⁶⁴ C. const, 89-257 DC, 25 juillet 1989, cons. 22 et 23, JORF du 28 juillet 1989, p. 9503, Rec. p. 59.

¹⁶⁵ V. Ogier-Bernaud, Les droits constitutionnels des travailleurs, Economica, 2003, p. 134.

collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs »¹⁶⁶. Une organisation ayant un objectif majoritairement politique ne peut être considérée comme licite. Le droit de constituer des unions ou fédérations a d'abord été proclamé par la loi du 21 mars de 1884 relative aux syndicats professionnels, puis par la Convention n°98 de l'OIT¹⁶⁷. Il convient de souligner que les unions et fédérations disposent des mêmes prérogatives que les syndicats¹⁶⁸.

Certains auteurs contredisent cette théorie et ne voient pas en l'alinéa 6 du préambule la reconnaissance d'une dimension collective. Ces derniers opèrent une distinction entre l'alinéa 6 du préambule qui consacrerait une liberté individuelle des travailleurs et l'article 34 de la Constitution qui proclamerait le droit syndical¹⁶⁹.

Dans une décision importante du 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel reconnaît le principe de la liberté d'association comme principe fondamental reconnu par les lois de la République¹⁷⁰. La liberté syndicale est une liberté publique.

b) La reconnaissance du principe de participation

L'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 proclame le principe de participation. Il dispose tel qu'il suit que « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Le principe de participation est alors double. Les travailleurs participent à la détermination collective des conditions de travail mais également à la gestion de l'entreprise et cela par l'intermédiaire de leurs délégués. L'exercice de ce droit de participation implique une collectivité de travail, ce droit ne pouvant s'exercer individuellement. Les critères d'intégration à la collectivité de travail sont définis par le législateur. Il doit s'agir de critères rationnels et objectifs. Est considérée comme participation à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises tant la négociation collective que l'information et la consultation des salariés. Le Conseil constitutionnel considère que la

¹⁶⁶ Cons. const, 96-383 DC, 6 novembre 1996, RJC-I, p. 686.

¹⁶⁷ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Guide Dalloz, 2^{ème} édition, 2011-2012, p. 85.

¹⁶⁸ Ass. plén., 30 juin 1995, n°93-60.026, Bull. ass. plén. n°5, D. 1998, somm. 245, obs, Verdier; Dr. ouvrier 1995. 310.

¹⁶⁹ B. Mathieu, Les sources du droit du travail, op. cit., p. 17 ; L. Favoreu et C. Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, op. cit., p. 390.

¹⁷⁰ Cons. const, 71-44 DC, 16 juillet 1971, RJC-I, p. 24, « qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (...) il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association (...) ; qu'en vertu de ce principe les associations se constituent librement et, peuvent être rendues publiques sous le seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ».

participation à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises peut se faire par toute forme de « concertation appropriée ». Par conséquent, entre dans ce cadre la participation aux organes d'administration de la société¹⁷¹. Il est à noter que la participation n'implique pas forcément la conclusion d'un accord collectif. Le Conseil constitutionnel fait également du droit d'être représenté par des délégués une composante du principe de participation¹⁷², tout comme la participation aux organes de surveillances des sociétés¹⁷³ et le pouvoir du comité d'entreprise¹⁷⁴.

En application de l'article 34 de la Constitution, il appartient au législateur de déterminer les « principes fondamentaux du droit du travail ». La formule utilisée par les constituants est large et englobe, en plus de la détermination des droits fondamentaux du travail, les règles garantissant la mise en œuvre de ces droits fondamentaux. Ainsi, l'article 34 de la Constitution réserve au législateur la compétence « pour déterminer les garanties et les conditions de mise en œuvre des principes de participation, de la liberté syndicale et d'égalité qui gouvernent la mise en place de la représentation des salariés »¹⁷⁵. Dans une décision du 7 août 2008, le Conseil constitutionnel confirme cette réserve de compétence en soulignant que la définition des principes constitutionnels ne peut être déléguée au pouvoir réglementaire ou aux partenaires sociaux¹⁷⁶. Par conséquent, de telles mesures ne peuvent découler d'accords collectifs¹⁷⁷. Si on peut penser qu'il existe une dualité entre l'article 34 de la Constitution et l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 aux termes duquel « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises », le Conseil constitutionnel a articulé l'application de ses dispositions en privilégiant l'article 34 de la Constitution, l'associant toutefois à l'alinéa 8. Ainsi, la détermination des principes fondamentaux du droit du travail, dont les principes gouvernant la mise en place de la représentation des salariés, revient au législateur sous réserve de respecter le principe énoncé à l'alinéa 8 du préambule de

¹⁷¹ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Guide Dalloz, 2^{ème} édition, 2011-2012.

¹⁷² C. const, 5 juill. 1977, n°77/79 DC, D. 1979, 41, note Hamon.

¹⁷³ C. const, 20 juill. 1983, n°83-162 DC, loi relative à la démocratisation du secteur public, JO 22 juill., p. 2267.

¹⁷⁴ C. const, 25 juill. 1989, n°89-257 DC, loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, JO 28 juill., p. 9503.

¹⁷⁵ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Guide Dalloz, 2^{ème} édition, 2011-2012, p. 103.

¹⁷⁶ C. const., 7 août 2008, n°2008-568 DC.

¹⁷⁷ Soc. 7 juin 1995, Bull. civ. V, n°180 ; D. 1996, 75, note Mathieu.

la Constitution de 1946¹⁷⁸. Si le Conseil constitutionnel ne définit pas la notion de principe fondamental, il en fait cependant une application large. Il appartient, ainsi, au législateur de déterminer les règles relatives à la représentation des travailleurs et de définir les nouvelles modalités de représentation¹⁷⁹. Il doit également fixer les garanties et conditions de mise en œuvre du principe de la liberté syndicale, les dispositions relatives à la négociation collective et au monopole syndical de négociation¹⁸⁰. Relèvent également de la loi la définition de l'effectif, nécessaire à la mise en place de la représentation des salariés et à l'application de nombreuses règles du Code du travail, ainsi que la mise en place d'une procédure de participation. Les dispositions relatives aux seuils et à l'élection ou la désignation des représentants des salariés relèvent également de la compétence du législateur. Pour que les représentants des salariés puissent exercer pleinement leur mission de défense des intérêts des salariés, la loi doit fixer les règles de protection des représentants des salariés. Des améliorations peuvent être conclues par voie conventionnelle dans certains cas.

Les articles 34 et 37 de la Constitution permettent de définir ce qui relève de la compétence législative et de la compétence réglementaire. Le droit syndical, la négociation collective et la représentation du personnel relèvent de la compétence législative. Relèvent, en revanche, de la compétence réglementaire, la détermination du nombre de représentants selon la taille de l'entreprise, l'organisation du vote électronique, les formalités de publicité, les procédures de contestation des élections ou des désignations, les procédures administratives de suppression des mandats. Concernant la détermination des modalités d'application des règles légales, décrets et accords sont au même rang sous réserve du respect de quelques principes. La détermination des modalités d'application de la loi ne peut relever exclusivement d'accords collectifs, le pouvoir réglementaire se doit de poser des règles applicables, à titre subsidiaire, lorsqu'aucun accord n'est conclu. La définition des principes fondamentaux et des conditions et garanties de mise en œuvre de disposition à valeur constitutionnelle ne peut résulter d'un accord. Si la détermination des conditions de mise en œuvre de la loi est renvoyée au pouvoir réglementaire et aux accords collectifs, le législateur doit, toutefois, encadrer ce renvoi en apportant une définition précise des conditions de mise en œuvre. La loi peut autoriser des dérogations conventionnelles à des règles d'ordre public

¹⁷⁸ C. const., 16 déc. 1993, n°93-328 DC ; c. const., 20 mars 1997, n°97-388 DC ; c. const., 13 janv. 2000, n°99-423 DC ; c. const., 29 avr. 2004, n°2004-494 DC.

¹⁷⁹ C. const., 19 et 20 juill. 1983, n°83-162 ; c. const., 16 janv. 1991, n°90-284, RJC 1, p. 422 ; c. const., 16 déc. 1993, n°93-328 DC.

¹⁸⁰ C. const., 12 nov. 1996, n°96-383 DC.

mais à la condition que celles-ci apportent des « garanties au moins équivalentes »¹⁸¹ à celles que la loi définit¹⁸². Le pouvoir réglementaire peut ouvrir le droit à des accords collectifs de déroger à des dispositions réglementaires et cela même lorsqu'il n'y a aucune habilitation expresse du législateur¹⁸³. Dans une telle hypothèse, aucune habilitation n'étant prévue par la loi, ces accords collectifs ne peuvent comprendre que des dispositions plus favorables aux travailleurs. L'accord collectif peut également déroger aux dispositions réglementaires de droit commun¹⁸⁴. Ce renvoi doit être encadré par la loi et ne peut remettre en cause les principes posés par la loi.

2) Portée des droits des travailleurs reconnus par la Constitution

Il convient de traiter d'abord de la portée de la liberté syndicale **(a)**, puis de celle du principe de participation **(b)**.

a) Portée de la liberté syndicale

Reconnue par le texte suprême la « Constitution », la liberté syndicale est également reconnue par de nombreux textes dont notamment l'article L. 2141-1 du Code du travail. Bien que le législateur définisse les règles qui commandent l'exercice de cette liberté, il ne peut prendre de mesures entravant cette liberté. En tant que liberté individuelle, la liberté syndicale doit s'exercer en harmonie avec d'autres libertés individuelles. Dans cette perspective, par exemple, la preuve de l'adhésion à un syndicat fait l'objet de règles particulières. L'adhésion ou non d'un salarié à un syndicat relevant de sa vie privée, celle-ci ne peut être communiquée sans son accord¹⁸⁵.

Le principe de non-discrimination s'applique à la liberté syndicale. Ainsi, nul ne peut s'appuyer, pour prendre une décision à l'égard d'un salarié, sur son appartenance ou son activité syndicale. Toute mesure tendant à inciter à l'adhésion ou à la démission d'un syndicat est également interdite. La chambre sociale de la Cour de cassation a confirmé la juridicité de

¹⁸¹ C. const., 6 nov. 1996, n°96-383 DC.

¹⁸² M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Guide Dalloz, 2^{ème} édition, 2011-2012, p. 107.

¹⁸³ CE, ass., 8 juill. 1994, n°105471, CGT Lebon 356, concl. Le Chatelier ; JCP 1994, 2151.

¹⁸⁴ CE, 11 mars 2009, n°303396, Fédération des syndicats solidaires unitaires et démocratiques-Ptt, concl. Derepas, sem. soc. Lamy 22 juin 2009 n°1405, p. 4.

¹⁸⁵ Soc., 8 juill. 2009, n° 09-60.011, 09-60.031, 09-60.032, Bull. civ. V, n° 180.

l'alinéa 6 du préambule de la Constitution de 1946 dans un arrêt du 3 janvier 1958 (Comptoir national de la pharmacie c/ Antoine). Il est déduit de cet arrêt que la chambre sociale reconnaît l'alinéa 6 du préambule comme fondement juridique valable et directement applicable¹⁸⁶. Aux termes de cet alinéa « tout homme peut défendre ses droits et intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix ». Ainsi, l'employeur doit être condamné à réparer le préjudice résultant du licenciement d'un salarié effectué en raison de son action syndicale¹⁸⁷.

Le Conseil d'Etat, quant à lui, fait un usage tacite de cet alinéa dans un arrêt du 8 juin 1962 dans lequel il affirme qu'il résulte du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et de l'alinéa 6 de la loi du 19 octobre 1946 que les syndicats ont pour seul rôle la défense des intérêts professionnels communs à leurs membres »¹⁸⁸.

b) Portée du principe de participation

Le principe de participation, principe fondamental d'une démocratie sociale, a également suscité des réserves de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. Le principe de participation est visé, pour la première fois, par le Conseil constitutionnel dans une décision du 5 juillet 1977¹⁸⁹. Le Conseil constitutionnel protège l'exercice du droit à la participation dans nombres de ses décisions. Dans une décision du 13 novembre 1993, le Conseil constitutionnel reconnaît au législateur la possibilité de mettre en place des modalités de représentation différentes selon la taille de l'entreprise, sous réserve toutefois de préciser et garantir suffisamment l'exercice du droit de participation. Concernant la collectivité de travail, le Conseil constitutionnel reconnaît que soit exclu de l'effectif de l'entreprise certaines catégories de salariés lorsqu'ils bénéficient, par ailleurs, du droit à la participation¹⁹⁰. La jurisprudence de la CJCE¹⁹¹ et du Conseil d'Etat¹⁹² adopte une position différente et qui semble justifiable, l'article L. 1111-2 du Code du travail ne faisant plus référence à cette exclusion. Le Conseil constitutionnel autorise dans une décision du 29 avril 2011 l'exclusion

¹⁸⁶ G. Lyon- Caen et J. Pélissier, Les grands arrêts de droit du travail, 2^{ème} éd., Paris, Sirey, 1980, p. 97.

¹⁸⁷ Soc. 3 janv. 1958, n°58-05.115, Bull. civ. IV, n°13; D. 1958, 119.

¹⁸⁸ CE, sec., 8 juin 1962, Ministres des postes et télécommunications, C. Frischmann, D., 1962, J., p. 492, note L. Dubois.

¹⁸⁹ C. const, 5 juill. 1977, n°77/79 DC, loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n°75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale, JO 6 juill. P. 3560.

¹⁹⁰ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Guide Dalloz, 2^{ème} édition, 2011-2012, pp. 72-73.

¹⁹¹ CJCE, aff. C-385/05, 18 janv. 2007, CGT et CFDT.

¹⁹² CE, 6 juill. 2007, n°283892, Confédération générale du travail et autres, Lebon 727.

de l'effectif de personnes bénéficiant de contrats aidés de type contrat d'apprentissage, contrat d'accompagnement dans l'emploi, contrat de professionnalisation et contrat d'avenir par exemple, et cela au nom de l'emploi¹⁹³. Une telle exclusion ne porte atteinte ni au principe de participation ni au principe d'égalité lorsqu'elle a pour objectif de favoriser l'emploi de ces salariés et qu'elle n'entraîne aucune conséquence sur leur électorat et leur éligibilité¹⁹⁴.

Un effet néfaste de cette exclusion est à souligner. En effet, l'exclusion de certains salariés peut avoir pour conséquence de dispenser l'employeur d'instituer une représentation du personnel lorsque les seuils d'institution des représentants du personnel ne sont pas atteints. Dans une telle hypothèse, l'exercice du droit de participation est remis en cause.

La « communauté de travail » est proclamée par le Conseil constitutionnel comme étant le fondement du principe de participation. Cette position se défend dans la mesure où sont élus ou désignés au sein de cette communauté de travail les délégués des salariés. La délimitation des collectivités de travail doit résulter de la situation réelle de l'homme au travail. Par conséquent, elle ne comprend pas uniquement les salariés liés à l'entreprise utilisatrice par un contrat de travail mais également tous les salariés intégrés de manière « étroite et permanente », quel que soit leur employeur¹⁹⁵. Son application et ses effets entraînent cependant de nombreux débats¹⁹⁶. Il appartient au législateur de définir les critères de l'intégration « étroite et permanente ».

II/ Des élections dans l'entreprise régies par des règles spécifiques

La spécificité des élections dans l'entreprise rend nécessaire l'adoption de règles adaptées aux élections dans l'entreprise. Le Code du travail, consacrant des dispositions exclusivement réservées aux élections organisées dans l'entreprise, est la principale source du droit électoral de l'entreprise **(A)**. La jurisprudence est régulièrement amenée à pallier certaines carences du Code du travail **(B)**.

¹⁹³ C. const, 29 avr. 2011, n°2011-122.

¹⁹⁴ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Guide Dalloz, 2^{ème} édition, 2011-2012, p. 73.

¹⁹⁵ A. Lyon-Caen, Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail, RDT 2007. 84.

¹⁹⁶ Masson : « Vive la communauté de travail » ; Béliet et Boursier, « Une révolte silencieuse, salariés mis à disposition », sem. soc. Lamy 2009, n°1400, p.3.

A) Le Code du travail, source principale des élections dans l'entreprise

Le Code du travail traite de tous les aspects de la représentation du personnel (1). Sa portée en la matière est incontestable (2).

1) Les dispositions du Code du travail relatives aux élections dans l'entreprise

Dans chacune des parties du Code du travail figurent des règles relatives au droit syndical et à la représentation des salariés. Dans la partie législative du Code du travail, on retrouve ces règles dans la deuxième partie intitulée « Relations collectives du travail »¹⁹⁷. Cette deuxième partie se décompose en quatre livres dont les intitulés sont « Les syndicats professionnels » pour le livre I, « La négociation collective. Les conventions et accords collectifs de travail » pour le livre II, « Les institutions représentatives du personnel » pour le livre III et « Les salariés protégés » pour le livre IV. Les livres I et III nous intéressent plus particulièrement. Le livre I relatif aux syndicats¹⁹⁸ comprend également quatre titres. Le titre 1^{er}¹⁹⁹ composé d'un chapitre unique vise le champ d'application des dispositions du livre 1^{er}. Ces dispositions sont applicables aux employeurs de droit privé et à leurs salariés, ainsi qu'au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé, sous réserve de dispositions particulières. Le titre II relatif à la représentativité syndicale²⁰⁰ comprend deux chapitres. Le premier, relatif aux critères de représentativité²⁰¹ énumère les sept critères déterminant la représentativité des organisations syndicales dans son article L. 2121-1 issu de la loi du 20 août 2008. Le chapitre II relatif aux syndicats représentatifs²⁰² apporte des précisions sur le critère de l'audience électorale, prévu à l'article L. 2121-1 du chapitre premier. Il traite, ainsi, dans plusieurs sections de la représentativité syndicale au niveau de l'entreprise et de l'établissement²⁰³, de la représentativité au niveau du groupe²⁰⁴ et au niveau de la branche professionnelle²⁰⁵ ainsi que de la représentativité syndicale au niveau national et interprofessionnel²⁰⁶. Le législateur pose dans la section 4 bis des règles relatives à la mesure

¹⁹⁷ Art. L. 2111-1 à L. 2632-2 C. trav.

¹⁹⁸ Art. L. 2111-1 à L. 2146-2 C. trav.

¹⁹⁹ Art. L. 2111-1 à L. 2111-2 C. trav.

²⁰⁰ Art. L. 2121-1 à L. 2122-13 C. trav.

²⁰¹ Art. L. 2121-1 à L. 2121-2 C. trav.

²⁰² Art. L. 2122-1 à L. 2122-13 C. trav.

²⁰³ Art. L. 2122-1 à L. 2122-3 C. trav.

²⁰⁴ Art. L. 2122-4 C. trav.

²⁰⁵ Art. L. 2122-5 à L. 2122-8 C. trav.

²⁰⁶ Art. L. 2122-9 et L. 2122-10 C. trav.

de l'audience des organisations syndicales concernant les entreprises de moins de 11 salariés²⁰⁷. Les deux derniers titres de ce livre traitent respectivement du statut juridique, des ressources et des moyens des syndicats professionnels (titre III) et de l'exercice du droit syndical (titre IV).

Le livre III de la deuxième partie du Code du travail est relatif aux différentes institutions représentatives du personnel²⁰⁸. Ce livre se compose de huit titres. Le premier dédié au délégué du personnel fixe²⁰⁹ le champ d'application des dispositions de ce livre, les conditions de mise en place, les attributions, le fonctionnement ainsi que la composition, l'élection et le mandat des délégués du personnel. Un chapitre est notamment réservé aux dispositions pénales. Le second titre relatif au comité d'entreprise²¹⁰ pose également, dans le même ordre, le champ d'application, les conditions de mise en place et de suppression du comité d'entreprise ainsi que les règles relatives aux attributions, à la composition, à l'élection et au mandat du comité d'entreprise. Les règles relatives au fonctionnement du comité d'entreprise sont également décrites dans le chapitre V de ce titre. Ce titre comprend trois chapitres supplémentaires, le premier dédié à la délégation unique du personnel²¹¹, le second est relatif au comité central d'entreprise et comité d'établissement²¹² et le dernier faisant état des dispositions pénales²¹³ applicables à ces institutions représentatives du personnel. Le comité de groupe et le comité d'entreprise européen ou procédure d'information et de consultation dans les entreprises de dimension communautaire sont traités respectivement dans le titre III²¹⁴ et le titre IV²¹⁵ du Code du travail.

Les titres V et VI traitent de l'implication des salariés dans la société européenne et comité de la société européenne²¹⁶ et de l'implication des salariés dans la société coopérative européenne et comité de la société coopérative européenne²¹⁷. Les règles relatives à la participation des salariés dans les sociétés issues de fusions transfrontalières sont déterminées au titre VII²¹⁸. Chacun de ces titres, comme pour le délégué du personnel et le comité

²⁰⁷ Art. L. 2122-10-1 à L. 2122-10-11 C. trav.

²⁰⁸ Art. L. 2311-1 à L. 2381-2 C. trav.

²⁰⁹ Art. L.2311-1 à L. 2316-1 C. trav.

²¹⁰ Art. L. 2321-1 à L. 2328-2 C. trav.

²¹¹ Art. L. 2326-1 à L. 2326-3 C. trav.

²¹² Art. L. 2327-1 à L. 2327-19 C. trav.

²¹³ Art. L. 2328-1 à L. 2328-2 C. trav.

²¹⁴ Art. L. 2331-1 à L. 2335-1 C. trav.

²¹⁵ Art. L. 2341-1 à L. 2346-1 C. trav.

²¹⁶ Art. L. 2351-1 à L. 2355-1 C. trav.

²¹⁷ Art. L. 2361-1 à L. 2355-1 C. trav.

²¹⁸ Art. L. 2371-1 à L. 2375-1 C. trav.

d'entreprise, est également bâti de la même manière et se compose de chapitres relatifs au champ d'application, aux conditions de mise en place, aux attributions, à la composition, à l'élection et au mandat ainsi qu'au fonctionnement et aux dispositions pénales s'appliquant à ces institutions représentatives du personnel.

Les dispositions relatives au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail sont insérées au titre I du livre VI de la quatrième partie du Code du travail relative à la santé et à la sécurité au travail et non pas dans la deuxième partie du Code du travail relative aux relations du travail comprenant uniquement un article qui renvoie à la quatrième partie du Code du travail.

Les mesures relatives à la protection des salariés, qu'ils soient élus ou désignés, sont inscrites dans le livre IV de la deuxième partie du Code du travail. L'article L. 1111-2 du livre préliminaire de la première partie du Code du travail définit l'effectif de l'entreprise. Cette définition est fondamentale pour la mise en place de la représentation des salariés mais également pour l'application de bien d'autres règles.

La partie réglementaire du Code du travail comprend également une deuxième partie consacrée aux relations collectives de travail²¹⁹ et dont l'organisation est identique à celle de la partie législative. Elle se compose donc d'un livre premier consacré aux syndicats professionnels, d'un livre deuxième dédié à la négociation collective, aux conventions et accords collectifs de travail, d'un livre troisième relatif aux institutions représentatives du personnel et d'un quatrième livre consacré aux salariés protégés.

2) Portée des dispositions du Code du travail

Les dispositions du Code du travail, comme toutes les dispositions légales relatives à la mise en place, aux attributions et au fonctionnement des instances élues du personnel, sont d'ordre public. Il en est de même pour les dispositions relatives à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise. Ce caractère d'ordre public s'explique par l'objectif de ces dispositions qui est de permettre la mise en œuvre et d'assurer les garanties des principes fondamentaux énoncés par la Constitution. Tout non respect de ces dispositions est sanctionné

²¹⁹Art. R. 2121-1 à R. 2623-19 C. trav.

pénalement²²⁰. Ces lois de police s'appliquent à toute personne physique ou morale ayant une activité en France, n'important pas que le siège de l'entreprise soit à l'étranger²²¹. Ainsi, une entreprise ayant son siège social à l'étranger mais ayant un établissement en France est également assujettie à ces règles et doit mettre en place, lorsque les conditions sont remplies, des représentants du personnel et délégués syndicaux. L'entreprise pour se voir appliquer ces règles doit être située matériellement en France même si cette implantation matérielle n'est pas permanente²²². Par conséquent, les filiales françaises de sociétés étrangères et les établissements ou succursales d'entreprises étrangères situées en France sont également assujetties à ces dispositions.

La loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel²²³ prévoit que des accords collectifs peuvent améliorer les dispositions légales relatives au droit syndical, aux attributions et au fonctionnement des institutions élues. Usages et engagements unilatéraux du chef d'entreprise peuvent également améliorer ces règles. Aucun aménagement de ces règles n'est possible sauf dérogation de la loi. La loi prévoit, dans certains cas, que des aménagements dérogatoires sont possibles lorsque des conditions déterminées sont respectées. Ces aménagements doivent résulter d'un accord collectif.

B) La jurisprudence : une source essentielle du droit électoral de l'entreprise

La jurisprudence a également sa place dans l'édification du droit électoral de l'entreprise. Sur le fondement de dispositions internes ou internationales, elle vient apporter des précisions, des principes nécessaires à l'exercice de ce droit. La liste des arrêts rendus par la chambre sociale mettant en place des règles relatives aux élections organisées dans l'entreprise est longue et quasiment indéfini. Elle affirme, par exemple, dans un arrêt du 8 juillet 2009 que l'adhésion d'un salarié à un syndicat relève de sa vie privée et que, par conséquent, elle ne peut être divulguée sans son accord²²⁴. Concernant l'objet d'un syndicat, elle précise qu'un syndicat ne peut être constitué sur une cause ou en vue d'un objet illicite et qu'en application de ce principe un syndicat poursuivant des objectifs essentiellement

²²⁰ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Guide Dalloz, 2^{ème} édition, 2011-2012, p. 189.

²²¹ CE, ass., 29 juin 1973, n°77982, Syndicat général du personnel de la compagnie des wagons, Lebon 458, concl. Questiaux ; Dr. soc. 1974. 42, note Savatier.

²²² CE, 21 juill. 2009, n°314968, Société Agio Sigaro Fabrieken NV, Dr. ouvrier 2009. 601.

²²³ Loi n°82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

²²⁴ Soc., 8 juill. 2009, n° 09-60.011 et n° 09-60.031.

politique est illicite. La chambre sociale en appliquant et interprétant les règles relatives aux élections dans l'entreprise fait naître des solutions de principes qui ont vocation à s'appliquer.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas négligeable. L'application du droit des relations de travail est le centre des compétences de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle a édifié des jurisprudences importantes en droit du travail sur le visa de l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle a, ainsi, affirmé la dimension individuelle de la liberté syndicale et a imposé au droit interne de protéger la liberté syndicale négative. Elle a reconnu, par la suite, à la liberté syndicale une dimension collective, le droit de mener une négociation collective est une composante de la liberté syndicale. Les juridictions françaises peuvent appliquer directement les décisions de la Cour européenne. Le 13 juin 2007, la chambre sociale a rendu un arrêt au visa d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. Les carences des dispositions en place conduisent la jurisprudence à trancher de plus en plus de litiges.

§2) Les règles d'entreprise relatives aux élections dans l'entreprise

S'il est permis aux organisations syndicales et aux employeurs de fixer conjointement des règles relatives aux élections dans l'entreprise par voie conventionnelle **(I)**, les engagements unilatéraux de l'employeur et les usages ne semblent pas avoir la même chance **(II)**.

I/ Les accords collectifs : source du droit électoral de l'entreprise

Des accords collectifs peuvent être conclus pour mettre en place des stipulations pouvant améliorer les règles légales applicables relatives à la mise en place des institutions représentatives du personnel. Mais pour que des stipulations conventionnelles puissent s'appliquer, celles-ci doivent avoir pour objet simplement d'améliorer une règle légale se rattachant à l'ordre public social. *A contrario*, lorsque les stipulations conventionnelles tendent à améliorer une règle légale d'ordre public absolu, celles-ci sont nulles ou ne produisent aucun effet. Il convient de distinguer les accords collectifs conclus

indépendamment de tout processus électoral (A) et ceux conclus à l'occasion d'une élection (B).

A) Les accords collectifs hors processus électoral : les accords collectifs de droit commun

Les conventions collectives et accords collectifs sont conclus entre un employeur ou un groupement d'employeurs et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives de salariés afin de déterminer ensemble les conditions d'emploi et de travail mais également les garanties sociales. Ces deux dernières se distinguent cependant, la convention collective ayant pour objet de traiter de l'ensemble des conditions d'emploi, de formation professionnelle, de travail et des garanties sociales alors que l'accord collectif, lui, ne vise qu'un ou plusieurs sujets déterminés dans cet ensemble²²⁵. La convention collective est ainsi plus large que l'accord collectif. Comme dit précédemment, des accords collectifs peuvent être conclus indépendamment de tout processus électoral afin d'améliorer une règle légale d'ordre public social. Est ainsi applicable une stipulation conventionnelle prévoyant l'institution d'une unité économique et sociale. En effet, l'article L. 2322-4 du Code du travail²²⁶ dispose qu'une UES peut être reconnue par convention. Mais la question de savoir s'il doit s'agir d'un accord collectif de droit commun ou d'un accord préélectoral est difficile à trancher. Si la logique voudrait que la constitution d'une UES se fasse par un accord collectif de droit commun, la Cour de cassation en a décidé autrement et privilégie l'accord préélectoral²²⁷. La Cour de cassation affirme cette solution, que la doctrine considère comme contestable²²⁸, dans plusieurs arrêts. Le choix entre ces deux formes d'accords importe dans la mesure où les conditions de validité sont différentes.

Un accord collectif de droit commun peut également fixer le nombre d'établissements distincts de l'entreprise. Le but de la division de l'entreprise en établissements distincts reste la mise en place des institutions représentatives du personnel dans ces établissements. Employeur et organisations syndicales peuvent, par un tel accord, augmenter le nombre de

²²⁵ Art. L. 2221-2 C. trav.

²²⁶ Art. L. 2322-4 C. trav. : « Lorsqu'une unité économique et sociale regroupant cinquante salariés ou plus est reconnue par convention ou par décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, la mise en place d'un comité d'entreprise est obligatoire ».

²²⁷ J. Péliissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, Précis Dalloz, 27^{ème} éd., 2013, p. 1079.

²²⁸ Soc. 31 mars 2009, n°08-60.494, Bull. civ. V, n°96 ; Soc. 31 janv. 2012, n°11-20.232, RDT 2012. 168, note T. Grumbach ; JCP S 2012. 1131, chron. A. Boubli.

représentants élus. Ces stipulations conventionnelles doivent impérativement respecter, lorsqu'il y en a, les conditions de validité prévues par la loi. Ainsi, lorsqu'employeur et syndicats concluent un accord pour diviser l'entreprise en plusieurs établissements distincts pour les élections des représentants du personnel, cet accord est soumis à la double condition de majorité prévue par l'article L. 2324-4-1 du Code du travail. L'institution d'une unité économique et sociale nécessite, quant à elle, la signature unanime des syndicats représentatifs dans l'entreprise²²⁹.

B) Les accords collectifs spéciaux

Parmi les accords spéciaux fixant des mesures applicables aux élections dans l'entreprise, figure le fameux protocole d'accord préélectoral (1). D'autres accords collectifs spéciaux peuvent être conclus (2).

1) Le protocole d'accord préélectoral, une source fondamentale

Le protocole d'accord préélectoral est un accord collectif spécial qui a pour objet de définir l'ensemble des conditions et modalités de déroulement des élections dans l'entreprise. Le législateur impose que certains points précis soient négociés dans le cadre d'un protocole d'accord préélectoral. Ainsi, doivent faire l'objet d'une négociation, la détermination du périmètre des élections qui peut prévoir la division en établissements distincts, la répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel et la répartition du personnel dans les collèges électoraux, le nombre et la composition des collèges électoraux, les modalités d'organisation et de déroulement des élections, tel que la date, le lieu du scrutin, le vote par correspondance, le vote électronique, éventuellement, le bureau de vote par exemple. Doivent également être négociées des mesures visant une représentation équilibrée des femmes et des hommes sur les listes de candidats²³⁰.

Le protocole d'accord préélectoral doit respecter les principes généraux du droit électoral²³¹. Cette négociation peut aboutir à des dispositions plus favorables mais ne peut

²²⁹ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Guide Dalloz, 2^{ème} édition, 2011-2012, p. 196.

²³⁰ Art. L. 2324-6 et R. 2314-4 C. trav.

²³¹ Soc., 11 mars 1992, Bull. civ. V, n°174 ; soc., 9 févr. 2000, RJS 3/00, n°299.

mettre en place des mesures créant des obstacles au vote ou dérogeant à des dispositions d'ordre public absolu²³². Pour être valide, cet accord spécial doit être signé « 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 »²³³. Le législateur exige également pour les protocoles d'accord modifiant le nombre et la composition des collèges électoraux la signature de tous les syndicats représentatifs existant dans l'entreprise²³⁴.

Le protocole d'accord préélectoral contient parfois des dispositions pouvant se retrouver également dans un accord collectif de droit commun. Dans une telle hypothèse, pour être valide, celui-ci doit répondre aux conditions de validité des accords de droit commun²³⁵.

2) Les autres accords collectifs spéciaux

Plusieurs accords collectifs spécifiques peuvent être conclus dans le cadre d'un processus électoral pour apporter des précisions relatives aux modalités de vote. Le recours au vote électronique est subordonné à la conclusion d'un accord collectif d'entreprise ou de groupe conformément aux dispositions des articles L. 2314-21 et L. 2324-19 du Code du travail. Le protocole d'accord préélectoral doit faire mention de la conclusion de cet accord d'entreprise ou de groupe prévoyant le recours du vote électronique. Doit être annexée au protocole d'accord préélectoral « la description détaillée du fonctionnement du système retenu et du déroulement des opérations électorales »²³⁶. Concernant l'élection du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, les représentants du personnel au CHSCT sont élus, en vertu de l'article L. 4613-1, par un collège constitué par les membres élus du comité d'entreprise et les délégués du personnel. Mais les textes ne donnent, en revanche, aucune précision sur les modalités d'élections de ces représentants. La chambre sociale précise toutefois qu'un accord collectif peut être conclu par « les membres du collège désignatif » adoptant « un mode de scrutin différent du scrutin de liste avec représentation proportionnelle

²³² J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail, Précis Dalloz*, 28^{ème} édition, 2014, p. 1096.

²³³ Art. L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 C. trav.

²³⁴ Art. L. 2314-10 et L. 2324-12 C. trav.

²³⁵ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Guide Dalloz*, 2^{ème} édition, 2011-2012, p. 197.

²³⁶ Art. R. 2314-16 C. trav.

à la plus forte moyenne »²³⁷. Concernant la constitution d'un comité d'entreprise européen et l'implication des travailleurs dans la société européenne, celles-ci sont déterminées par un accord conclu entre le chef d'entreprise, ou le chef de l'entreprise dominante du groupe d'entreprises de dimension communautaire²³⁸ et un groupe spécial de négociation, composé de représentants de l'ensemble des salariés²³⁹. Ils déterminent ensemble par un accord écrit « d'une part, les entreprises ou établissements concernés, d'autre part, soit la composition, les attributions et la durée du mandat du ou des comités d'entreprises européens, soit les modalités de mise en œuvre d'une procédure d'information et de consultation »²⁴⁰.

Il arrive que la loi renvoie directement à l'accord collectif dans le cadre de la mise en place d'une représentation du personnel. C'est le cas, par exemple, des articles L. 2314-21 et L. 2324-19 du Code du travail qui renvoient à l'accord collectif d'entreprise ou de groupe pour la mise en œuvre du vote électronique.

II/ Les engagements unilatéraux d'employeur et usages d'entreprise : source du droit électoral de l'entreprise ?

La jurisprudence reconnaît l'engagement unilatéral en 1990²⁴¹ afin d'accorder à certains actes et engagements de l'employeur une force juridique. L'engagement unilatéral, devenu source importante du droit du travail, n'est toutefois pas une source traditionnelle du droit du travail. L'engagement unilatéral de l'employeur peut mettre en place des règles générales et permanentes applicables dans l'entreprise mais également des obligations particulières à exécution instantanée à l'égard d'un seul salarié²⁴². Cet engagement ne peut être qu'une source génératrice d'avantages. En effet, l'engagement unilatéral ne peut avoir d'autres effets que d'accorder aux salariés une garantie ou un avantage²⁴³. Le droit assimile l'usage aux engagements unilatéraux. Un usage d'entreprise est une pratique, générale, constante et fixe²⁴⁴, existante dans une entreprise particulière. Par leur continuité, ces

²³⁷ Soc., 17 mars 2004, n°03-60.122, Bull. civ. V, n°94.

²³⁸ L'entreprise de dimension communautaire est définie à l'article L. 2341-1 du Code du travail.

²³⁹ Art. L. 2342-1C. trav.

²⁴⁰ Art. L. 2342-2 C. trav.

²⁴¹ Soc., 4 avr. 1990, Dr. soc. 1990. 803, note J. Savatier ; E. Dockès, L'engagement unilatéral de l'employeur, Dr. soc. 1994. 227.

²⁴² J. Péliissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, Précis Dalloz, 28ème édition, 2014, p.744.

²⁴³ Soc., 23 oct. 1991, Bull. civ. V, n°433.

²⁴⁴ Soc., 28 févr. 1996, Bull. civ. V, n°74 ; soc., 4 avr. 2007, n°05-44104, RDT 2007, 505 note Pignarre.

pratiques font naître dans l'esprit des salariés une légitime croyance dans leur maintien et ont une force obligatoire²⁴⁵. La question qui se pose est de savoir si l'employeur peut prendre des engagements unilatéraux dans le cadre de la représentation du personnel. Une distinction est clairement faite entre, d'une part, les dispositions relatives aux attributions et au fonctionnement des instances représentatives et, d'autre part, les dispositions relatives à la mise en place et aux conditions de désignation des représentants du personnel. Les dispositions relatives aux attributions et au fonctionnement des instances représentatives peuvent être améliorées par le biais d'usage ou d'engagement unilatéraux de l'employeur. En revanche, les dispositions relatives à la mise en place et aux conditions de désignation des représentants du personnel ne peuvent faire l'objet d'amélioration par le biais d'usage ou d'engagements unilatéraux de l'employeur²⁴⁶. Une exception est toutefois admise pour les CHSCT, les règles légales relatives à la composition, aux pouvoirs du CHSCT et à leur fonctionnement peuvent être améliorées par les usages²⁴⁷. Seuls des conventions ou accords collectifs peuvent améliorer de telles dispositions. La Cour de cassation préfère se fonder sur le principe d'égalité, ayant valeur constitutionnelle, plutôt que sur l'usage. Cela a été le cas, notamment, dans un arrêt du 5 mai 2004 dans lequel la Cour de cassation affirme qu'un employeur, ayant admis la désignation d'un délégué syndical alors que les conditions n'étaient pas remplies, ne pouvait refuser la désignation faite par un autre syndicat en vertu du principe d'égalité²⁴⁸.

Section 2 : Les sources internationales du droit électoral de l'entreprise

Aux dispositions nationales applicables s'ajoutent certains textes européens (§1) et textes internationaux (§2).

²⁴⁵ J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, Précis Dalloz, 28ème édition, 2014, p. 746.

²⁴⁶ Soc. 5 mars 2008, n°07-60.305, Bull. civ.V, n°52.

²⁴⁷ Art. L. 4611-7 C. trav.

²⁴⁸ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations des représentants syndicaux dans l'entreprise, Guides Dalloz, 2^{ème} édition, 2011-2012, p. 199.

§1) Les textes européens relatifs aux élections dans l'entreprise

Les textes européens consacrant la représentation des salariés dans l'entreprise sont nombreux. Figurent parmi eux les Conventions du Conseil de l'Europe **(I)**, auxquelles s'ajoutent plusieurs directives européennes **(II)**.

I/ Les Conventions du Conseil de l'Europe traitant de la représentation des salariés

Les grands textes du Conseil de l'Europe, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales **(A)**, d'une part, et la Charte sociale européenne **(B)**, d'autre part, consacrent la représentation des salariés dans l'entreprise.

A) La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, communément appelée Convention européenne des droits de l'homme, signée par les États membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 et ratifiée par la France le 31 décembre 1973²⁴⁹, ayant pour objet de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales de chacun, elle ne pouvait ignorer totalement les droits fondamentaux des travailleurs. D'autant plus en cette période d'après-guerre. Mais les rédacteurs de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ont été quelque peu avares, les dispositions relatives au droit du travail se comptant au nombre de deux. Les articles 4 et 11 de la CEDH, le premier proclamant l'interdiction du travail forcé et le second consacrant la liberté de réunion et d'association, sont les seuls articles intéressants directement le droit social²⁵⁰. L'article 14 de la CEDH interdisant les discriminations n'ayant qu'un impact indirect sur le droit des relations de travail.

²⁴⁹Loi de ratification: L. n°73-1227 du 31 déc. 1973 (JO 3 janv. 1974); décret de publication: D. n°74-360 du 3 mai 1977 (JO 4 mai 1977).

²⁵⁰B. Teyssié, Droit européen du travail, LexisNexis, 5ème édition, 2013, p. 7.

1) La liberté syndicale consacrée par la CEDH

L'article 11 de la CEDH, rédigé dans ces termes « Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts »²⁵¹, proclame la liberté syndicale. La liberté syndicale est clairement entendue, par la Cour européenne des droits de l'homme, comme le droit de fonder un syndicat, de s'affilier au syndicat de son choix pour la défense de ses intérêts mais également *a contrario*, de ne pas adhérer à un syndicat ou de s'en retirer²⁵². Cependant la liberté syndicale ne doit pas seulement être entendue comme ouvrant le droit de fonder ou de s'affilier ou non à un syndicat, elle englobe également toutes les libertés qui sont en lien direct avec elle²⁵³. C'est en effet le cas du droit de grève mais également du droit de la négociation collective.

L'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'affirme pas expressément le droit de grève mais il en assure l'exercice lorsqu'il caractérise une forme de l'action des syndicats²⁵⁴. Participer aux manifestations légales organisées par son syndicat est un droit dérivé de la liberté syndicale²⁵⁵. Dans deux arrêts, du 25 avril 1996 et 11 juillet 2007, la Cour européenne des droits de l'homme a également déduit que la défense des intérêts professionnels des adhérents d'un syndicat par l'action collective de ce syndicat est protégée par l'article 11 de la CEDH.

La Cour européenne des droits de l'homme appliquant le principe d'indivisibilité des droits de l'homme²⁵⁶ interprète l'article 11 de la CEDH à la lumière des droits et principes consacrés par la Charte sociale européenne²⁵⁷. La Cour européenne des droits de l'homme a déduit de l'article 11, garantissant la liberté syndicale, le droit à la négociation collective affirmé par l'article 6§2 de la Charte sociale européenne selon lequel les parties s'engagent, afin d'assurer l'exercice effectif du droit de la négociation collective, « à promouvoir, lorsque cela est nécessaire et utile, l'institution de procédures de négociation volontaire entre les employeurs ou les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs,

²⁵¹ Art. 11 al. 1^{er} de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

²⁵² CEDH, 25 avr. 1996, D. 1997, 363, note J. P. Marguénaud et J. Mouly. - CEDH, 11 janv. 2006, 1118, note J. Cavallini.

²⁵³ B. Teyssié, Droit européen du travail, LexisNexis, 5ème édition, 2013, p. 8.

²⁵⁴ CEDH 10 janv. 2002, D. 2003, 939, note J. P. Marguénaud et J. Mouly.

²⁵⁵ CEDH, 27 mars 2007 (Karaçay c/ Turquie), JCP S 2007, 1350, note J. Cavallini.

²⁵⁶ J. Pélissier, G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, Précis Dalloz, 28ème édition, 2014.

²⁵⁷ F. Sudre, La perméabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux, Mélanges J. Mourgeon, Ed. Bruylant, 1998, p. 467.

d'autre part, en vue de régler les conditions d'emploi par des conventions collectives ». Dans un arrêt en date du 12 novembre 2008, la Cour européenne a clairement affirmé que le droit de mener des négociations collectives est l'un des éléments essentiels du « droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts »²⁵⁸. Cet arrêt marque la volonté de la Cour « de tenir compte des éléments de droit international autres que la Constitution, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des Etats européens reflétant leurs valeurs communes », « quand elle définit le sens des termes et des notions figurant dans le texte de la Convention »²⁵⁹.

2) La portée des dispositions de la CEDH relatives aux relations de travail

Même si les dispositions relatives au droit des relations de travail sont rares, leur application est le centre des compétences de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme peut être saisie par tout citoyen d'un pays membre et dispose de réels pouvoirs de sanction. La Cour européenne des droits de l'homme a construit des jurisprudences notables en droit du travail sur le visa de l'article 11²⁶⁰. Elle a ainsi affirmé la dimension individuelle de la liberté syndicale et a proclamé l'obligation du droit interne de protéger la liberté syndicale négative²⁶¹. Elle lui a, par la suite, dans un arrêt du 12 novembre 2008²⁶², reconnu une dimension collective. Il s'agit là d'un revirement, la liberté syndicale ne constitue pas seulement le droit de former un syndicat et de s'y affilier mais également le droit de mener une négociation collective. Dans un arrêt du 21 avril 2009, la Cour européenne des droits de l'homme a élargi le champ de compétence de la liberté syndicale en reconnaissant le droit de faire grève comme élément de la liberté syndicale.

Les juges français ont la possibilité d'appliquer directement les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. La chambre sociale a, la première, rendu un arrêt au visa d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, le 13 juin 2007²⁶³. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'impose aux

²⁵⁸CEDH, 12 nov. 2008 (Demir et Baykara c/ Turquie), RJS 3/09, n°298. -Comp. CEDH, 21 nov. 2006 (Demir et Baykara c/ Turquie), JCP S 2006, 2012, note J. Cavallini.

²⁵⁹CEDH, 12 nov. 2008 (Demir et Baykara c/ Turquie), RJS 3/09, n°298. -Comp. CEDH, 21 nov. 2006 (Demir et Baykara c/ Turquie), JCP S 2006, 2012, note J. Cavallini.

²⁶⁰J.-M. Béraud, Aspect de la liberté syndicale au sens de la CEDH, Dr. Soc. 1986, 384.

²⁶¹CEDH, 30 juin 1993; -CEDH, 25 avr. 1996.

²⁶²CEDH, 12 nov. 2008 (Demir et Baykara c/ Turquie), RJS 3/09, n°298. -Comp. CEDH, 21 nov. 2006 (Demir et Baykara c/ Turquie), JCP S 2006, 2012, note J. Cavallini.

²⁶³Soc. 13 juin 2007, n°05-45694, Bull. civ. V, n° 99, P. Deumier, RTD civ. 2007. 536.

Etats qui l'ont ratifiée. La reconnaissance, en France, d'un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme a conduit la jurisprudence de cette Cour à jouer un rôle fondamental en droit interne²⁶⁴. L'application de la Convention européenne des droits de l'homme par les juridictions internes marque son influence. La Cour de cassation a reconnu son application directe dans plusieurs arrêts, notamment dans un arrêt de la chambre sociale du 18 janvier 1989²⁶⁵. Le Conseil d'État a suivi la position de la Cour de cassation, bien plus tard, dans un arrêt du 3 mai 2005²⁶⁶. En effet, nombreux sont les arrêts rendus par la Cour de cassation au visa de l'article 11 de la CEDH. La chambre sociale a, dans un arrêt du 12 novembre 2012²⁶⁷, affirmé au visa de l'article 11 « qu'en cas de contestation sur l'existence d'une section syndicale, le syndicat doit apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise, dans le respect du contradictoire, à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents du syndicat, dont seul le juge peut prendre connaissance ». Elle a également reconnu, au visa du même article, que le législateur ne méconnaît pas les articles de la Convention en réservant aux seules organisations syndicales ayant des élus la possibilité de désigner un représentant syndical au comité d'entreprise²⁶⁸. Elle a, notamment, clairement affirmé que la règle selon laquelle la représentativité des organisations syndicales est subordonnée à la condition d'avoir obtenu au moins 10% des suffrages exprimés lors du premier tour des élections des membres titulaires des comités d'entreprise ou d'établissements, ne méconnaît pas les normes européennes et internationales retenues par le tribunal dont l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁶⁹. Toujours sous le visa de l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la chambre sociale a affirmé que « obligation faite aux syndicats représentatifs de choisir, en priorité, le délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu au moins 10% des voix ne heurte aucune prérogative inhérente à la liberté syndicale et que, tendant à assurer la détermination par les salariés eux-mêmes des personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à conduire les négociations pour leur compte, elle ne constitue pas une

²⁶⁴M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations des représentants syndicaux dans l'entreprise, Guides Dalloz, 2^{ème} édition, 2011-2012.

²⁶⁵Soc., 18 janv. 1989, D. 1989. 320, note A. Jeammaud ; Soc., 2 oct. 2001, Nikon, D. 2001. 3148, note P.-Y. Gautier ; Dr. Soc. 2001. obs. J.-E. Ray ; Soc., 26 nov. 2002, Dr. Soc. 2003. 225, obs. J. Savatier.

²⁶⁶CE, 3 mai 2005, D. 2005. 1465, note Guillemin.

²⁶⁷Soc. 14 nov. 2012, n°11-20391.

²⁶⁸Soc., 24 oct. 2012, n° 25530.

²⁶⁹Soc., 16 fév. 2011, n° 10-60189 et n° 10-60191.

ingérence arbitraire dans le fonctionnement syndical »²⁷⁰, et que le syndicat ne peut produire une liste nominative de ses adhérents, sans leur accord, pour démontrer l'existence d'une section syndicale dans une entreprise alors que sa présence y est contestée²⁷¹.

Cette liberté peut toutefois connaître des limites. Le paragraphe 2 de l'article 11 de la CEDH reconnaît des restrictions à la liberté syndicale. Ces restrictions sont prévues par la loi et sont considérées comme « des mesures nécessaires dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »²⁷². Les États peuvent également imposer des « restrictions légitimes » à l'exercice de cette liberté par « les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État »²⁷³. La Cour européenne des droits de l'homme rappelle dans un arrêt du 21 septembre 2011 que cette liberté ne peut être exercée par l'individu si « les possibilités de choix ou d'action qui lui restent se révèlent inexistantes ou réduites au point de n'offrir aucune utilité ».

B) La Charte sociale européenne du conseil de l'Europe

La Charte sociale européenne traite de la représentation des salariés dans plusieurs de ses dispositions (1), dont la portée en droit interne ne peut être que constatée (2).

1) Les dispositions de la Charte sociale européenne relatives à la représentation des salariés

La Charte sociale européenne, signée le 18 octobre 1961 à Turin et ratifiée par la France en 1972²⁷⁴, a fait l'objet de modification donnant naissance à une nouvelle version²⁷⁵ signée le 3 mai 1996 à Strasbourg. Cette nouvelle version a fait l'objet d'une ratification par la France plus rapide que la première puisqu'elle est intervenue trois ans après avec la loi de

²⁷⁰Soc., 14 avr. 2010, n° 09-60426 et 09-60429.

²⁷¹Soc., 8 juill. 2009, Okaïdi, n° 09-60011, n° 09-60031.

²⁷²« des restrictions légitimes » peuvent être imposées à l'exercice de la liberté syndicale « par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État » (CEDH, 4 novembre 1950, art. 11, §2, in fine).

²⁷³CEDH, 4 novembre 1950, art. 11, §2, in fine.

²⁷⁴Loi d'approbation: L.n°72-1205 du 23 déc. 1972 (JO 29 déc.); Décret de publication: D.n°74-840 du 4 oct.1974 (JO 9 oct.).

²⁷⁵S. Grévisse, Le renouveau de la Charte sociale européenne, Dr. Soc. 2000. 884.

ratification n°99-174 du 10 mars 1999²⁷⁶. La Charte sociale européenne, tout comme la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'inspire de l'Organisation Internationale du Travail. Cette Charte est considérée par certains comme étant « peut-être le traité le plus complet et le plus ambitieux en matière de droits sociaux puisqu'il contient une large gamme de droit accordé aux salariés tel que le droit à l'information et à la consultation des travailleurs, un droit à la dignité dans le travail, un droit à des conditions de travail équitables »²⁷⁷ mais également un droit syndical accompagné d'un droit à la négociation collective. La Charte sociale européenne garantit ainsi les principaux droits des relations collectives de travail. Elle reconnaît ainsi le principe de la liberté syndicale et le droit de la négociation collective à travers ses articles 5 et 6. Le droit de grève est également reconnu par la Charte sociale européenne et est considéré comme un élément de la liberté syndicale par la Cour européenne des droits de l'homme. L'article 5²⁷⁸ de la Charte sociale européenne reconnaît la double dimension de la liberté syndicale. D'une part, une dimension collective. Le droit syndical garantit à un groupe de salariés ou d'employeurs la liberté collective de constituer des organisations professionnelles nationales ou internationales. Et d'autre part, une liberté individuelle. Chaque individu est libre d'adhérer ou non à une organisation professionnelle nationale ou internationale. L'article 6²⁷⁹ de la Charte sociale européenne proclame le droit à la négociation collective. A cette fin, les consultations paritaires entre travailleurs et employeurs doivent être favorisées, tout comme des procédures de négociation volontaire « en vue de régler les conditions d'emploi par des conventions collectives » lorsque cela est nécessaire.

²⁷⁶Décr. n°2000-110 du 4 févr. 2000 portant publication de la Charte sociale européenne révisée (JO 12 févr., p.2230).

²⁷⁷B. Teyssié, Droit européen du travail, LexisNexis, 5ème édition, 2013.

²⁷⁸Article 5 de la Charte sociale européenne, Droit syndical: « En vue de garantir ou de promouvoir la liberté pour les travailleurs et les employeurs de constituer des organisations locales, nationales ou internationales, pour la protection de leurs intérêts économiques et sociaux et d'adhérer à ces organisations, les Parties contractantes s'engagent à ce que la législation nationale ne porte pas atteinte, ni ne soit appliquée de manière à porter atteinte à cette liberté. La mesure dans laquelle les garanties prévues au présent article s'appliqueront à la police sera déterminée par la législation ou la réglementation nationale. Le principe de l'application de ces garanties aux membres des forces armées et la mesure dans laquelle elles s'appliqueraient à cette catégorie de personnes sont également déterminés par la législation ou la réglementation nationale.

²⁷⁹Article 6 de la Charte sociale européenne, Droit de la négociation collective: « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective, les Parties contractantes s'engagent: 1) à favoriser la consultation paritaire entre travailleurs et employeurs; 2) à promouvoir, lorsque cela est nécessaire et utile, l'institution de procédures de négociation volontaire entre les employeurs ou les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs, d'autre part, en vue de régler les conditions d'emploi par des conventions collectives; 3) à favoriser l'institution et l'utilisation de procédure appropriées de conciliation et d'arbitrage volontaire pour le règlement des conflits du travail; et reconnaissent: 4) le droit des travailleurs et des employeurs à des actions collectives en cas de conflits d'intérêts, y compris le droit de grève, sous réserve des obligations qui pourraient résulter des conventions collectives en vigueur. »

2) La portée des dispositions de la Charte sociale européenne relatives à la représentation du personnel dans l'entreprise

La Charte sociale européenne est une convention internationale instaurant des obligations à la charge des États qui l'ont ratifiée. Cette Charte s'organise en deux parties, la première promulguant les droits sociaux fondamentaux, la seconde mettant des obligations à la charge des parties contractantes²⁸⁰. Cependant, le succès n'est pas totalement au rendez-vous. La Charte sociale européenne ne connaît pas la même réussite que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'une des raisons réside dans le fait que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est pourvu d'un juge international chargé de contrôler son respect alors que la Charte sociale européenne n'est dotée que d'un comité d'experts indépendants, appelé Comité européen des droits sociaux²⁸¹. Mais là n'est pas la seule défaillance de la Charte sociale européenne. Son impact moindre au plan interne augmente ses faiblesses. Les juridictions françaises se sont longtemps opposées à la reconnaissance de l'effet direct de la Charte sociale européenne. Ce refus a eu pour conséquence de priver les justiciables de l'invocabilité de cette charte. Cela constitue encore une distinction avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui a sans discussion un effet direct. Cette différence d'effet a été, à plusieurs reprises, légitimée par le manque de précisions de la Charte sociale européenne, nécessitant ainsi l'adoption de mesures internes complémentaires. Cette charte ne remplirait pas le critère objectif auquel doivent répondre les normes internationales pour se voir reconnaître un caractère self executing²⁸². A ce critère objectif, s'ajoute un critère subjectif selon lequel les parties contractantes « doivent avoir eu l'intention d'accorder un tel effet en créant des droits subjectifs à destination des individus et non de simples obligations inter-étatiques »²⁸³.

Le droit n'étant pas une science figée, des évolutions ont pu être constatées. La Cour de cassation, a eu beaucoup à faire concernant la reconnaissance de l'effet direct de la Charte sociale européenne. La chambre sociale a, tout d'abord, rejeté l'effet direct de la Charte sociale

²⁸⁰P. Rodière, *Droit social de l'Union Européenne*, L.G.D.J, Lextenso éditions, 2008.

²⁸¹C. Nivard, « L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises », R DLF 2012, chron. n°28.

²⁸²C. Nivard, « L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises », R DLF 2012, chron. n°28.

²⁸³P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2012, p. 450.

européenne dans un arrêt du 17 décembre 1996²⁸⁴. Inspirée par un arrêt ayant reconnu l'effet direct de l'article 6§1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui consacre le droit au travail, la chambre sociale opère un revirement le 14 avril 2010 et reconnaît l'effet direct de certaines dispositions de la Charte sociale européenne dont l'article 5 relatif au droit syndical et l'article 6 relatif au droit de la négociation collective²⁸⁵. La chambre sociale reconnaît dorénavant expressément l'effet direct des articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne. De plus, l'influence de la Charte sociale européenne sur la Cour de cassation est grande. De nombreux arrêts ont été rendus au visa des articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne²⁸⁶.

Le Conseil d'État, quant à lui, campe sur ses positions et refuse catégoriquement l'effet direct de la Charte sociale européenne depuis son arrêt Valton et Crépeaux du 20 avril 1984²⁸⁷. Cette charte ne peut être invoquée par les justiciables devant le Conseil d'État. Cette position extrême a été justifiée par le Conseil d'État dans son rapport de 1985. Selon le Conseil d'État, les termes utilisés par la Charte sociale européenne notamment « Les États s'engagent à ... » écarteraient le caractère auto exécutoire du traité international²⁸⁸. L'arrêt GISTI de 1997 relance le débat. Il en ressort que le caractère général des termes de la Charte sociale européenne constitue une barrière à son applicabilité directe. La charte sociale européenne ne se suffit pas à elle-même, des mesures nationales complémentaires devant être adoptées²⁸⁹. Le refus de reconnaissance de l'effet direct de la Charte sociale européenne résulte tout simplement, selon le commissaire du gouvernement Romy Abraham, du manquement au critère objectif de l'effet direct. Le Conseil d'Etat éclaircit sa jurisprudence dans l'arrêt GISTI et FAPIL du 11 avril 2012 en précisant dans quelle condition une norme internationale est d'effet direct. Ainsi, une norme internationale est d'effet direct lorsque « eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ». De plus, « l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance

²⁸⁴Soc., 17 déc. 1996, Glaziou, n° 92-44.203

²⁸⁵Soc., 14 avr. 2010, n°09-60426 et 09-60429; soc., 10 nov. 2010, n°09-72856; soc., 1^{er} déc. 2010, n°10-60117; soc., 8 déc. 2010, n°10-60223; soc., 16 fév. 2011, n°10-60189 et 10-60191; soc., 23 mars 2011, n°10-60185; soc., 28 sept. 2011, n°10-19113; soc., 14 déc. 2011, n°10-18699.

²⁸⁶Soc., 14 mai 2010, n°09-60.426, RDT 2010. 276, rapp. J.-M. Béraud; soc., 14 mai 2010, n°09-60.429, RDT 2010. 374, obs. J.-F. Akandji-Kombé; soc. 10 nov. 2010, n°09-72.856, RDT 2011. 24, étude G. Borenfreund.

²⁸⁷CE, 20 avr. 1984, Valton et Crépeaux, n°37772 et 37774.

²⁸⁸Droit international et droit français, La documentation française, Notes et études documentaires, n°4803, 1986, pp. 49-50.

²⁸⁹CE, 23 avr. 1997, GISTI, D, 1998, II, p. 17.

que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ». Cet arrêt souligne encore les critères objectifs et subjectifs mais il apporte toutefois une précision, le refus de l'effet direct ne peut être basé sur des termes tels que « Les États s'engagent à ... ».

Le Conseil d'Etat a, à plusieurs reprises, renouvelé son rejet de l'effet direct à la Charte sociale européenne notamment le 4 juillet 2012²⁹⁰ et le 7 novembre 2012²⁹¹.

La différence de position entre la Cour de cassation et le Conseil d'État pourrait-elle entraîner des conséquences négatives ? Le Conseil d'État ne doit-il pas prendre en considération l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation²⁹² ? Certains auteurs pensent que ce refus réside dans la crainte des juges français d'un effet « boîte de Pandore » que pourrait entraîner la reconnaissance de l'effet direct de la Charte sociale européenne²⁹³. Ces doutes ne semblent pas fonder, reconnaître l'effet direct de la Charte sociale européenne n'est que reconnaître à cette convention internationale, qui en vertu de l'article 55 de la Constitution a valeur supra législative, une réelle effectivité.

Une autre grande faille de la Charte sociale européenne est à souligner, celle-ci ne dispose pas de procédure juridictionnelle similaire à celle de la Cour européenne des droits de l'homme²⁹⁴. Est seulement prévue une procédure dite de réclamations collectives²⁹⁵ par le protocole additionnel signé à Strasbourg le 9 novembre 1995²⁹⁶. Cette procédure de réclamations collectives a pour finalité d' « améliorer la mise en œuvre effective des droits sociaux garantis par la Charte »²⁹⁷. Cette procédure va au-delà du contrôle de l'application de la Charte effectué par le Comité européen des droits sociaux²⁹⁸.

²⁹⁰CE, 4 juill. 2012, Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes, n°34 1533.

²⁹¹CE, 7 nov. 2012, n°35 0313.

²⁹²C. Nivard, « L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises », R DLF 2012, chron. n°28.

²⁹³J.-F. Akandji-Kombé, « Le forfait en jours n'est pas sorti de la zone de turbulence. A propos de l'arrêt du 29 juin 2011 », JCP S 2011, 1332.

²⁹⁴G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, Précis Dalloz, 28ème édition, 2014, p. 40.

²⁹⁵J.-F. Akandji-Kombé, L'application de la Charte sociale européenne: la mise en œuvre de la procédure de réclamations collectives, Dr. Soc. 2000. 888.

²⁹⁶Loi de ratification n°99-173 du 10 mars 1999.

²⁹⁷Soc. 14 avr. 2010, RJS 6/10, n°529.

²⁹⁸Protocole additionnel, 9 nov. 1995, préambule.

II/ Les directives européennes traitant de la représentation des salariés

Dans la masse des directives européennes relatives à la représentation des salariés, il convient de distinguer, celles relatives à la représentation des salariés dans les entreprises de dimension nationale **(A)** et celles relatives à la représentation des salariés dans les entreprises de dimension européenne **(B)**.

A) Les directives européennes relatives à la représentation des salariés dans les entreprises de dimension nationale

Des directives européennes mettent en place des mesures relatives à la représentation collective dans les entreprises de dimension nationale **(1)** et affichent clairement des objectifs **(2)**.

1) Les objectifs de ces directives

Le législateur européen a été amené à se prononcer sur la représentation des salariés lors de l'adoption de textes relatifs à la restructuration de l'entreprise. Pour le législateur européen, l'information ou la consultation des salariés ou de leurs représentants semble nécessaire lorsque dans l'entreprise des remaniements sont envisagés. De nombreuses directives ont posé ce principe, telle la directive du 17 février 1975 relative aux licenciements collectifs, la directive du 14 février 1977 relative aux transferts d'entreprise et la directive du 12 juin 1989 concernant la sécurité et la santé sur les lieux de travail²⁹⁹. Dans la même lignée, le règlement du 21 décembre 1989, rendu en matière de contrôle des opérations de concentration, impose qu'ils soient entendus, lorsqu'ils le demandent et à condition qu'ils justifient d'un « intérêt suffisant », les « représentants reconnus des travailleurs » lors d'opération de concentration dans l'entreprise³⁰⁰. La Charte communautaire des droits fondamentaux accorde également une importance particulière à l'information et à la consultation des représentants du personnel. Elle affirme que « l'information, la consultation et la participation des travailleurs doivent être développées, selon les modalités adéquates, en

²⁹⁹ B. Teyssié, Droit européen du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2013, p. 370.

³⁰⁰ Règlement n°40 64/89/CEE du 21 déc. 1989, art. 18§4, abrogé et remplacé par le règlement n°139/2004/CE du 20 janv. 2004 dont l'article 18§4 reprend les mêmes termes.

tenant compte des pratiques en vigueur dans les Etats membres »³⁰¹. La directive du 11 mars 2002 mettant en place un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs³⁰² confirme la détermination du législateur européen de faire une application générale du principe d'information, de consultation et de participation des travailleurs. Cette position est confirmée par la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne à l'article 27 selon lequel « les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales ». Les dispositions nationales en matière de représentation collective différant d'un pays à l'autre, le législateur européen s'est investi d'une mission d'harmonisation. Ainsi, la directive 14/2002 du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs a un objectif d'harmonisation. L'article 1^{er} §1 de cette directive pose son objectif, « établir un cadre général fixant des exigences minimales pour le droit à l'information et à la consultation des travailleurs dans les entreprises ou les établissements situés dans la Communauté ». Ce cadre général a pour but d'éviter que des décisions graves concernant les travailleurs puissent continuer à être prises sans que des procédures adéquates d'information et de consultation aient été préalablement mises en place³⁰³. Le préambule de la directive impose aux Etats de respecter le cadre général établi par la directive. Mais conscient de la diversité des systèmes de relation professionnelle des pays de l'union et afin d'en tenir compte, le préambule admet que les Etats membres peuvent reconnaître aux partenaires sociaux un rôle prépondérant pour définir les modalités d'information et de consultation par voie d'accord³⁰⁴. Ainsi, des accords collectifs, conclus entre employeurs et partenaires sociaux peuvent définir les procédures d'information et de consultation sous réserve de respecter les dispositions de la directive et du droit national notamment.

Les modalités de la représentation des salariés ne sont, elles, pas définies par la directive du 11 mars 2002. Même si le droit syndical est de la compétence principale des Etats, il est également intégré dans la politique sociale de l'Union. Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne habilite les partenaires sociaux communautaires à organiser la consultation ou la négociation collective communautaire et leur accorde des

³⁰¹ Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, 9 déc. 1989, point 17.

³⁰² Dir. n°2002/14/CE du 11 mars 2002.

³⁰³ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Guide Dalloz, 2^{ème} édition, 2011-2012, p.56.

³⁰⁴ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Guide Dalloz, 2^{ème} édition, 2011-2012, p. 56.

compétences en matière de consultation et de négociation collective³⁰⁵. Le droit syndical est, ainsi, reconnu dans le champ communautaire.

La directive du 6 mai 2009 relative au comité d'entreprise européen définit les notions d'information et de consultation et apporte des précisions fondamentales telle que l'impossibilité pour le droit à l'information de « remettre en cause la capacité d'adaptation de l'entreprise ni ralentir le processus décisionnel au sein des sociétés »³⁰⁶.

2) Les mesures mises en place par ces directives

La directive du 11 mars 2002 fixe les règles relatives à la mise en place des procédures d'information et de consultation. Elle détermine ainsi les seuils d'effectifs. Cette directive offre la possibilité aux Etats membres de l'Union européenne de choisir entre deux seuils d'effectifs. Les Etats membres doivent faire respecter ces procédures soit dans les entreprises qui emploient au moins cinquante travailleurs soit dans les établissements qui emploient au moins vingt travailleurs. La France a donc opté pour la première proposition puisque la création d'un comité d'entreprise est obligatoire lorsque l'entreprise atteint un effectif de cinquante salariés, pendant douze mois consécutifs ou non au cours des trois dernières années. Concernant le calcul des effectifs, la directive renvoie aux normes nationales. Il appartient aux Etats « de déterminer le mode de calcul des seuils de travailleurs employés »³⁰⁷. Cette directive du 11 mars 2002 définit la notion d'entreprise, qui est une « entreprise publique ou privée exerçant une activité économique, qu'elle poursuive ou non un but lucratif »³⁰⁸. Par conséquent, pour être une entreprise, il suffit de poursuivre une activité économique. Syndicats, organismes publics, associations peuvent être considérés comme une entreprise lorsqu'ils exercent une activité économique. Pour la CJCE, constitue une entreprise plusieurs personnes juridiquement distinctes lorsqu'elles forment une unité économique agissant comme un opérateur unique sur un marché³⁰⁹. Une entreprise peut être dépourvue de personnalité juridique³¹⁰. La directive définit également la notion d'établissement comme « une unité d'exploitation définie conformément à la législation et aux pratiques nationales, et située sur le territoire d'un Etat membre, dans laquelle est exercée de façon non transitoire

³⁰⁵ TFUE, art. 154 et 155.

³⁰⁶ Dir. n°2009/38/CE du 6 mai 2009, considérant 14.

³⁰⁷ Dir. n°2002/14/CE du 11 mars 2002, art. 3§1 in fine

³⁰⁸ Dir. n°2002/14/CE du 11 mars 2002, art. 2, point a.

³⁰⁹ CJCE 12 juill. 1984, Hydrotherm, aff. 170/83, Rec. CJCE p. 2999.

³¹⁰ CJCE 12 févr. 2002, Wouters, aff. C-309/99, Rec. CJCE p. I-1577 ; D. 2002-IR 1465.

une activité économique avec des moyens humains et des biens »³¹¹. Si la directive ne fixe pas le mode de calcul des seuils d'effectifs, elle définit toutefois l'effectif d'une unité de représentation. Tous les travailleurs de la collectivité de travail doivent être pris en compte³¹². Elle interdit donc toute « réglementation nationale qui exclut, fût-ce temporairement, une catégorie déterminée de travailleurs du calcul du nombre de travailleurs employés »³¹³. La directive du 11 mars 2002 admet des limites à son champ d'application. Les Etats membres peuvent prévoir des dispositions spécifiques applicables aux entreprises ou établissements « qui poursuivent directement et essentiellement des fins politiques, d'organisations professionnelles, confessionnelles, charitables, éducatives, scientifiques ou artistiques ainsi que des fins d'information et d'expression d'opinions »³¹⁴. Elle autorise également les Etats à adopter des dispositions spécifiques applicables aux équipages des navires de haute mer³¹⁵.

Concernant les modalités d'information et de consultation des travailleurs, cette directive précise qu'elles résultent de normes légales ou de dispositions conventionnelles. Les Etats membres doivent fixer « les modalités d'exercice du droit à l'information et à la consultation au niveau approprié »³¹⁶, sous réserve de respecter les règles particulières dictées par la directive, celle-ci n'exigeant parfois que l'information des travailleurs et imposant d'autres fois l'information et la consultation des travailleurs. Doivent notamment être respectées des règles tenant au régime de l'information et de la consultation³¹⁷. Des stipulations conventionnelles peuvent évincer les normes légales relatives à l'information et la consultation des travailleurs conformément aux dispositions de l'article 5 in limine de ladite directive. Elle prévoit également des garanties à l'égard des employeurs et des salariés³¹⁸.

³¹¹ Dir. n°2002/14/CE du 11 mars 2002, art. 2, point b.

³¹² Voir sur la notion d'entreprise : M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, Guide Dalloz, 2^{ème} édition, 2011-2012, p. 57.

³¹³ CJCE 18 janv. 2007, aff. C-385/05, RJS 4/07, n°508.

³¹⁴ Dir. n°2002/14/CE du 11 mars 2002, art. 3, §2.

³¹⁵ Dir. n°2002/14/CE du 11 mars 2002, art. 3, §3.

³¹⁶ Dir. n°2002/14/CE du 11 mars 2002, art. 4, §1.

³¹⁷ Dir. n°2002/14/CE du 11 mars 2002, art. 4, §3 et art. 4, §4.

³¹⁸ B. Teyssié, *Droit européen du travail*, LexisNexis, 2013, p. 377-378.

B) Les directives européennes relatives à la représentation des salariés dans les entreprises de dimension européenne

Les directives européennes tentent de mettre en place une représentation des salariés dans les entreprises et groupes de dimension communautaire **(1)**, les sociétés de type européen **(2)** et les sociétés coopératives européennes **(3)**.

1) Les directives européennes relatives à la représentation collective dans les entreprises et les groupes de dimension communautaire

Des directives européennes mettent en place des mesures relatives à la représentation des salariés dans les entreprises et groupes de dimension communautaire **(b)**, leurs visées sont franchement affichées **(a)**.

a) Les objectifs de ces mesures

L'organisation spontanée d'instances européennes de concertation à l'initiative de groupes et la volonté de renforcer le volet social de la construction européenne ont conduit le législateur à adopter la directive n°94/45/CE du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européenne ou d'une entreprise dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprise de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs. Cette directive est abrogée et remplacée par la directive n°2009/38/CE du 6 mai 2009, entrée en vigueur le 6 juin 2011, qui a ouvert une période transitoire de deux ans pour permettre aux Etats dépourvus d'un comité d'entreprise européen d'ouvrir une négociation dans le but de mettre en place ce comité sur le fondement des dispositions de la directive du 22 septembre 1994. Restent en vigueur tous les accords, dont les accords d'anticipation, conclus sous la directive antérieure. Ils pourront être renouvelés ou révisés. La nouvelle directive s'applique à défaut d'accord.

Ces directives affichent un objectif social : promouvoir le dialogue social dans l'entreprise ou le groupe. La directive du 22 septembre 1994, dans la lignée de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, affirme la volonté d'instituer une instance de représentation du personnel à caractère international. Adoptée sous le visa de l'Accord sur

la politique sociale joint au traité sur l'Union européenne du 7 février 1992, elle a pour objet la protection des salariés et le développement de l'entreprise. L'institution du comité d'entreprise européen répond aux mêmes objectifs que le comité central d'entreprise et du comité de groupe. Doivent être créées des instances de représentation du personnel adaptées à la vie de l'entreprise ou du groupe, particulièrement lorsqu'une entreprise est divisée en plusieurs établissements ou lorsqu'un groupe est formé de plusieurs sociétés juridiquement distinctes.

L'organisation d'instances européennes d'information et de consultation ne doit pas avoir pour effet d'entraîner la disparition des procédures nationales en la matière.

Un réexamen de la directive de 1994 était prévu au plus tard le 22 septembre 1999³¹⁹ mais « la diversité des regards nationaux sur les dispositifs tendant à assurer l'information et la consultation des travailleurs-que contribuèrent à accroître les élargissements successifs de l'Union-est telle qu'elle rend fort complexe la quête de solutions techniques susceptibles de recevoir l'assentiment du plus grand nombre »³²⁰. Ce réexamen n'est intervenu qu'avec la directive n°2009/38/CE du 6 mai 2009. Si elle abroge la directive de 1994, elle s'inscrit, cependant, dans son prolongement et apporte des précisions qui sont le reflet des décisions de la Cour de justice rendues pour l'interprétation de la directive de 1994. Le 5 juin 2016 est attendu un nouveau rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la directive de 2009 qui peut faire de nouvelles propositions appropriées.

b) Les mesures posées par ces textes

Le législateur européen, dans les directives précédemment citées, fixe le périmètre du comité d'entreprise européen. La création d'un comité d'entreprise européen n'est obligatoire que pour les entités de dimension communautaire. Elle concerne, ainsi, les entreprises et les groupes de dimension communautaire. Est considérée de dimension communautaire, en vertu de la directive du 6 mai 2009, l'entreprise qui possède des établissements sur le territoire d'au moins deux Etats destinataires de cette directive et qui emploie au moins 1000 salariés sur le territoire des deux Etats, dont au moins 150 salariés dans chacun d'entre eux. Elle précise donc l'implantation de l'entreprise et définit son effectif. Selon cette même directive, le

³¹⁹ Dir. n°94/45/CE du 22 sept. 1994, art. 15.

³²⁰ B. Teyssié, Droit européen du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2013, p. 382.

groupe est constitué d'une entreprise qui exerce le contrôle et des entreprises contrôlées³²¹. Il y a contrôle lorsqu'une entreprise exerce sur une autre une influence dominante.

Des règles relatives à la constitution du comité d'entreprise européen sont également contenues dans ces directives. La mise en place d'un CEE se fait par voie conventionnelle. Mais à défaut d'accord, résultant de l'échec des négociations ou du refus du chef d'entreprise d'ouvrir des négociations, un CEE doit être constitué par voie légale. Les directives européennes précisent les règles relatives à la création d'un CEE dans ces deux cas.

2) Les mesures européennes relatives à la représentation collective dans les sociétés de type européen

Les sociétés européennes **(a)** et les sociétés coopératives européennes **(b)** sont des sociétés de type européen également soumises à la représentation collective.

a) La représentation collective dans les sociétés européennes

La directive du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne³²² en matière d'implication des salariés est transposée en France par la loi n°2005-842 du 26 juillet 2005. Cette transposition fait naître dans le Code du travail un nouveau titre intitulé « Implication des salariés dans la société européenne et comité de la société européenne³²³ ». Sont concernées par la directive les sociétés européennes dont le siège est situé en France, les sociétés participant à la constitution d'une société européenne et dont le siège est en France, ainsi que les filiales et établissements situés en France d'une société européenne dont le siège est installé dans un autre Etat de l'Espace économique européen³²⁴. Le mode de création de la société européenne n'importe pas³²⁵. Les salariés de ces sociétés européennes doivent être impliqués dans son fonctionnement. Mais à ce principe il existe des exceptions, c'est le cas lorsqu'une société européenne est créée sans salarié, lorsqu'il a été décidé de ne pas ouvrir des négociations ou d'y mettre fin par le groupe spécial de négociation constitué dans le but de conclure un accord d'implication ou encore lorsqu'est arrivé à expiration la période légale

³²¹ Dir. n°94/45/CE du 22 sept. 1994, art. 2, §1, b. ; Dir. n°2009/38/CE du 6 mai 2009, art. 2, §1, b.

³²² Statut fixé par le règlement n°2157/2001/CE du 8 octobre 2001.

³²³ Art. L. 2351-1 à L. 2355-1 C. trav.

³²⁴ Art. L. 2351-1 C. trav.

³²⁵ B. Teyssié, Droit européen du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2013, p. 436.

de négociation sans qu'un accord soit intervenu, s'applique alors les dispositions légales subsidiaires³²⁶. Il s'agit d'une implication conventionnelle. L'implication des salariés est négociée par accord. L'article 6 de la directive du 8 octobre 2001 prévoit qu'à la procédure de négociation d'un accord d'implication s'applique la loi de l'Etat membre de l'Espace économique européen sur le territoire duquel doit être situé le siège statutaire de la société européenne en cours de création. Le législateur national fixe ainsi les règles d'identification des négociateurs et de conduite de la négociation, sous réserve du respect des prescriptions de la directive. Cette directive précise que les Etats doivent prévoir des mesures garantissant une information, une consultation transnationale des travailleurs et une participation dans les organes essentiels de la société européenne s'appliquant à défaut d'accord d'implication. Les Etats destinataires doivent se doter de normes subsidiaires relatives à l'implication des travailleurs dans la société européenne applicables en l'absence d'accord. Les articles L. 2353-1 à L. 2353-32 du Code du travail répondent à cette exigence.

Si la directive sur la représentation des salariés dans les sociétés européennes a pour objectifs d'éviter que la transformation en société européenne prive les travailleurs de leur droit d'être représenté et de définir un cadre compatible avec les différentes législations nationales sur la participation des travailleurs aux organes d'administration de la société, elle ne présente, cependant, qu'une portée limitée en raison du faible nombre de société européenne.

b) La représentation collective dans les sociétés coopératives européennes

La directive n° 2003/72/CE du 22 juillet 2003 apporte des dispositions relatives à l'implication des travailleurs dans la société coopérative européenne. Elle vient compléter le statut de la société coopérative européenne³²⁷. Ce texte est transposé en France par la loi du 30 janvier 2008 dont résultent les articles L. 2361-1 et suivants du Code du travail.

Sont soumises à ces dispositions, les sociétés coopératives européennes constituées conformément au règlement du 22 juillet 2003 et ayant leur siège social et leur administration centrale en France, les personnes morales ayant leur siège en France et aux personnes physiques résidant en France qui participent à la constitution d'une société coopérative européenne et, enfin, les filiales et établissements situés en France des sociétés coopératives

³²⁶ B. Teyssié, *Droit européen du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2013, p. 436.

³²⁷ Posé par le règlement n°1435/2003/CE du 22 juillet 2003.

européennes constituées dans un autre Etat membre de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen³²⁸. Le règlement de 2003 fixe les modalités de création d'une société coopérative européenne. Peu importe le mode de création d'une société coopérative européenne utilisé, les salariés doivent en principe être impliqués dans le fonctionnement de cette société coopérative européenne en plus de leur participation à l'assemblée générale, s'il y a. L'implication des salariés résulte en principe d'une négociation mais des normes légales adoptées par les Etats membres dans le respect des dispositions de la directive du 22 juillet 2003 peuvent être appliquées à titre subsidiaire pour mettre en place une implication des salariés dans le fonctionnement de la société coopérative européenne. Une société coopérative européenne ne peut être immatriculée que lorsqu'un accord d'implication a été conclu par le groupe spécial de négociation, formé dans le but de conclure un tel accord. Si ce groupe spécial de négociation décide de ne pas ouvrir de négociation ou d'y mettre fin prématurément, les dispositions légales arrêtées à titre subsidiaire s'appliquent. Elles s'appliquent également dans l'hypothèse où à l'expiration de la période légale de négociation aucun accord n'est conclu.

Concernant l'implication conventionnelle des salariés au fonctionnement de la société coopérative européenne, la directive du 22 juillet 2003, dans son article 6, précise que s'applique à la procédure de négociation d'un accord d'implication la législation de l'Etat membre de l'Espace économique européen sur le territoire duquel doit être situé le siège statutaire de la société coopérative européenne en cours de création. Il appartient donc au législateur national de fixer les règles d'identification des négociateurs et de conduite de la négociation sous réserve du respect des prescriptions de la directive.

Concernant l'implication légale des salariés, le préambule de la directive de 2003 précise qu'« en l'absence d'un accord suivant la négociation entre les représentants des travailleurs et les organes compétents des entités participantes, il convient de prévoir certaines dispositions de référence s'appliquant à la société coopérative européenne dès sa constitution. Ces dispositions de référence devraient garantir des pratiques efficaces d'information et de consultation transnationales des travailleurs ainsi que leur participation dans les organes pertinents de la société coopérative européenne dès lors qu'une telle participation existait avant la constitution de celle-ci, dans les entités participantes ». Dans le même esprit, l'article 7 de cette même directive précise que les Etats membres doivent adopter un corps de normes subsidiaires relatives à l'implication des travailleurs dans la société coopérative européenne

³²⁸ Art. L. 2361-1 C. trav.

applicables en l'absence d'accord et respectant les dispositions de référence de la directive. Ces dispositions légales s'appliquent à compter de l'immatriculation de la société coopérative européenne

- c) Les directives européennes relatives à la représentation collective dans la société issue de la fusion transfrontalière de la société de capitaux

Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux sont régies par la directive du 26 octobre 2005³²⁹, transposée en France par la loi du 3 juillet 2008³³⁰ qui insère dans le Code du travail un titre consacré à la fusion transfrontalière de sociétés de capitaux³³¹. Cette directive définit les fusions transfrontalières comme étant des fusions de sociétés de capitaux effectuées en conformité avec la législation d'un Etat membre ayant leur siège statutaire, leur administration centrale et leur établissement à l'intérieur de l'Union européenne, à la condition qu'au moins deux des sociétés concernées relèvent de la législation d'Etats membres différents.

Les représentants nationaux du personnel interviennent au cours du processus de fusion. Une information et une consultation du comité d'entreprise, sur les modifications de l'organisation juridique ou économique de l'entreprise qu'entraîne cette fusion, doivent être effectuées conformément aux dispositions du Code du travail³³². Une fois le processus de fusion achevé et la société issue de la fusion née, les salariés doivent y être impliqués.

Les dispositions du Code du travail relatives à la place des salariés dans la société issue de la fusion s'appliquent aux sociétés issues d'une fusion transfrontalière, mentionnée à l'article L. 236-25 du Code du commerce, ayant leur siège en France, aux sociétés participant à une fusion transfrontalière et ayant leur siège en France et aux filiales et établissements situés en France d'une société issue d'une fusion transfrontalière située dans un autre Etat membre de l'Union³³³. La participation des salariés aux organes de direction de l'entreprise doit être assurée par la société issue d'une fusion transfrontalière lorsqu'une des sociétés participant à la fusion au moins est soumise à des règles de participation des salariés aux organes de direction. La directive du 26 octobre 2005 laisse le choix aux dirigeants des

³²⁹ Dir. n° 2005/56/CE du 26 oct. 2005.

³³⁰ Loi de transposition n° 2008-649 du 3 juillet 2008.

³³¹ Art. L. 2371-1 et s. C. trav.

³³² Art. L. 2323-19 C. trav.

³³³ Art. L. 2371-1 et s. C. trav.

sociétés participant à la fusion de négocier un accord d'implication avec un groupe spécial de négociation ou d'appliquer directement le régime légal établi à titre subsidiaire, à défaut d'accord.

§2) Les textes internationaux relatifs aux élections dans l'entreprise

L'Organisation internationale du travail traite, dans plusieurs de ses textes, de la représentation des salariés **(I)**, mais elle n'est pas la seule sur le plan international à s'être investie de la question, il existe d'autres textes internationaux relatifs à la liberté d'association et au droit de négociation collective adoptés indépendamment de l'OIT **(II)**.

I/ Les textes de l'Organisation Internationale du Travail

La Conférence de la Paix réunie dans un premier temps à Paris puis à Versailles en 1919, à l'issue de la première guerre mondiale, a donné naissance à l'Organisation Internationale du Travail. A l'origine composante de la Société des nations, l'OIT est l'unique survivante de cette organisation à la seconde guerre mondiale. L'OIT s'est aujourd'hui greffée à l'ONU³³⁴. La liberté syndicale et le droit de négociation collective sont des droits fondamentaux figurant dans plusieurs outils de l'OIT. La liberté d'association est « la pierre angulaire du droit du travail au niveau national et international »³³⁵. Sur le plan international, l'OIT « exemple unique de démocratie sociale au niveau mondial »³³⁶ consacre dans différents textes le droit syndical et le droit de négociation collective **(A)**. Leurs portées doivent faire l'objet d'un développement **(B)**.

A) Les différents textes de l'OIT consacrant la représentation collective

La source de droit que représentent les conventions internationales n'est absolument pas négligeable. De nombreux textes de l'OIT sont sources de droit en matière de représentation du personnel. Il en va ainsi de la Déclaration de l'OIT **(I)** et de ses principales

³³⁴G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, Précis Dalloz, 28ème édition, 2014, p. 34.

³³⁵C. La Hovary, Les droits fondamentaux au travail, Origines, statut et impact en droit international, PUF, 2009.

³³⁶G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, Précis Dalloz, 28ème édition, 2014, p. 31.

conventions (2). Mais il existe des outils complémentaires de l'OIT qui en traitent également (3).

1) La Déclaration de l'OIT

La liberté syndicale et le droit de négociation collective sont inscrits dans la Déclaration de l'OIT du 8 juin 1998 relative aux principes et droits fondamentaux du travail. Dans le 2ème point de cette Déclaration « L'assemblée générale de l'OIT, déclare que l'ensemble des membres, même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les convention en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet des dites convention, à savoir: la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire, l'abolition effective du travail des enfants, l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession ».

2) Les principales Conventions de l'OIT

Les Conventions n°87 et n°98 de l'OIT adoptées en 1948 et 1949 posent les fondations de la liberté d'association et de la négociation collective. La résolution, concernant les droits syndicaux et leurs relations avec les libertés civiles, adoptée le 25 juin 1970 précise que ces conventions capitales contiennent « les normes fondamentales de la liberté d'association à des fins syndicales »³³⁷. Ces conventions donnent une véritable expression juridique au principe de la liberté d'association et de la négociation collective.

L'importance des droits fondamentaux consacrés par ces conventions est soulignée par le nombre de ratification importante et cela par des États dont le niveau de développement et les systèmes politiques, économiques et juridiques sont très différents. Cela a conféré à ces conventions « une positivité incontestable »³³⁸. Il faut tout de même souligner que ces conventions sont apparues tardivement. Le principe de la liberté d'association n'a été invoqué

³³⁷ Résolution relative aux droits syndicaux et leurs relations avec les libertés civiles, 1971, préambule, p. 795.

³³⁸ N. Valticos, « Un développement du droit international du travail: les droits syndicaux et les libertés publiques », dans Extrait de « En hommage à Paul Horion », pp. 263-293, Liège: Annales et Collections scientifiques de la Faculté de droit de Liège, 1972, p. 4; et Gernigon, 2000, p. 13.

qu'en 1921 avec la Convention n°11 portant plus particulièrement sur le domaine de l'agriculture et avec la Convention n°84 de 1947 relative à la liberté d'association dans les territoires non métropolitains³³⁹, bien après la consécration de la liberté syndicale dans le Traité de Versailles, la Constitution de l'OIT et la déclaration de Philadelphie de 1944. La déclaration de Philadelphie considère la liberté syndicale comme une liberté publique³⁴⁰.

La Convention n°87 de 1948 relative à la liberté syndicale et à la protection du droit syndical a pour but de faire de la liberté d'association un droit effectif applicable dans la pratique. Cette convention est constituée de quatre parties, les deux premières nous intéressant particulièrement. La première partie consacrant la liberté syndicale, la seconde la protection du droit syndical. Considérée par certains comme la convention de l'OIT la plus importante, elle consacre le droit fondamental de la liberté d'association, qu'elle entend comme le droit de constituer des organisations et de s'y affilier. La Convention n°87 précise dans son article 10 que l'association a pour but la promotion et la défense des intérêts des travailleurs et employeurs. L'article 2 de cette même convention exclut toute discrimination. Disposent ainsi de cette liberté d'association tous les travailleurs et employeurs sans aucune distinction, peu importe leur nationalité, leur position, le secteur et leur relation d'emploi. L'application de cette convention aux membres des forces armées et de la police³⁴¹ est laissée à la libre appréciation des Etats. L'article 2 précise également qu'aucune autorisation préalable n'est nécessaire à la constitution d'organisation et leur affiliation. Les législations nationales peuvent toutefois prévoir des formalités de constitution et d'affiliation à des organisations sans pour autant contrevenir à la Convention n°87. Ces formalités ne devant pas être assimilées à une autorisation et ne devant être laissées à la discrétion des autorités. Ce même article prévoit que les travailleurs et employeurs disposent d'une liberté de choix quant à l'organisation à laquelle ils souhaitent s'affilier ou créer. Il est déduit de cette règle que ne peut être limité le nombre de syndicat par entreprise et que tout monopole syndical imposé par la loi est interdit. Dans son article 3, la Convention n°87 pose le principe du libre fonctionnement des organisations d'employeurs et travailleurs. Ainsi, les organisations ont le « droit d'élaborer leurs statuts et règlements administratifs, d'élire librement leurs représentants, d'organiser leur gestion et leur activité et de formuler leur programme

³³⁹ Convention n°11 sur le droit d'association (agriculture), CIT, 3ème session, Genève, 1921, et Convention n°84 sur le droit d'association (territoires non métropolitains), CIT, 30ème session, Genève, 1947.

³⁴⁰ Art. 9§1, Convention n°87 de l'Organisation internationale du travail.

³⁴¹ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Guide Dalloz, 2^{ème} édition, 2011-2012.

d'action »³⁴². Est donc contraire à cette disposition, toute disposition nationale interdisant aux étrangers de se présenter aux élections du comité d'entreprise. Résulte des articles 2 et 3§1 de la Convention n°87 de l'OIT le caractère indépendant de la liberté syndicale. En effet, aucune autorisation préalable n'est nécessaire à la formation ou à l'affiliation à un syndicat, d'une part, et doivent être élus librement les représentants des organisations de travailleurs et d'employeurs, d'autre part. Ces textes soulignent le principe de non-ingérence de l'Etat dans l'exercice du droit d'association. De plus, les organisations sont libres de former des fédérations ou des confédérations et de s'affilier à des organisations internationales de travailleurs ou d'employeurs³⁴³. Enfin, l'article 11, unique article de la deuxième partie de la Convention n°87, invite les Etats à « prendre les mesures nécessaires et appropriées en vue d'assurer aux travailleurs et aux employeurs le libre exercice du droit syndical ».

Les travaux préparatoires de la Convention n°87 de l'OIT précisait que « la liberté d'association professionnelle n'est qu'un aspect de la liberté d'association en général qui, elle-même, doit s'intégrer dans le vaste complexe des libertés fondamentales de l'homme, interdépendantes et complémentaires les unes des autres »³⁴⁴.

La Convention n°98 de l'OIT relative au droit d'organisation et de négociation collective accorde une protection aux travailleurs contre une discrimination syndicale et aux organisations de travailleurs et d'employeurs contre une ingérence des unes vis-à-vis des autres. Ainsi, l'article 1^{er}§1 de la Convention n°98 souligne l'importance d'une protection accordée aux travailleurs contre toute discrimination qui pourrait porter atteinte à la liberté syndicale. Le paragraphe 2 illustre les cas dans lesquels une protection est nécessaire. Une protection est nécessaire « dans le cas où un emploi serait offert à la condition que le travailleur ne fasse pas partie ou cesse de faire partie d'un syndicat, et dans le cas où un travailleur est soit congédié soit préjudicié de toute autre manière pour son affiliation syndicale ou pour ses activités syndicales entreprises en dehors des heures de travail ou avec le consentement de l'employeur, pendant les heures de travail »³⁴⁵. Encore une fois tout acte d'ingérence est exclu. L'article 2§1 de cette même convention souligne que les organisations d'employeurs et de travailleurs doivent faire l'objet d'une protection contre tout acte d'ingérence des unes vis-à-vis des autres dans leur formation, leur fonctionnement et leur

³⁴² Art. 3§1 de la Convention n°87 de l'OIT.

³⁴³ Art. 5 de la Convention n°87 de l'OIT.

³⁴⁴ OIT, 1994, Liberté syndicale et négociation collective. Droits syndicaux et libertés civiles et politiques, Etude d'ensemble Rapport III Partie 4 B de la 81^{ème} session de la conférence.

³⁴⁵ Art. 1§2, al. a et b, Convention n° 98 de l'OIT.

administration, que ce soit directement ou par l'intermédiaire de leurs représentants ou de leurs membres. Le paragraphe 2 de cet article illustre les cas d'ingérence. Constituent des actes d'ingérence le fait de « provoquer la création d'organisation de travailleurs dominée par un employeur ou une organisation d'employeurs, ou de soutenir des organisations de travailleurs par des moyens financiers ou autrement, dans le dessein de placer ces organisations sous le contrôle d'un employeur ou d'une organisation d'employeurs³⁴⁶. L'indépendance du syndicat est encore soulignée par cet article. La Convention n°98 n'apporte aucune définition de la convention collective et de la négociation collective. Elle en définit simplement leur objet à l'article 4. La convention collective et la négociation collective ont pour objet de régler les conditions d'emploi. La convention collective est définie par la recommandation n°91³⁴⁷ et la négociation collective par la Convention n°154³⁴⁸ de l'OIT. Si la Convention n°98 ne limite pas l'application de ses dispositions à une certaines catégories de travailleurs ou d'employeurs, elle laisse toutefois, comme le fait la Convention n°87, l'application de ses dispositions aux membres des forces armées et de la police ainsi qu'aux fonctionnaires publics, à l'appréciation des Etats³⁴⁹.

L'ensemble des instruments de l'OIT, déclaration et conventions, proclament que peuvent être élus par les salariés ou désignés par les syndicats les représentants des travailleurs. Ces textes n'opèrent aucune distinction entre représentants élus et représentants syndicaux, ceux-ci disposant des mêmes prérogatives.

3) Les outils complémentaires de l'OIT relatifs à la liberté d'association et au droit de négociation collective

De nombreux textes de l'OIT ont été adoptés afin de compléter les conventions fondamentales de l'OIT et sont nécessaires à l'interprétation du principe de liberté d'association et de négociation collective par les organes de contrôle de l'OIT³⁵⁰. Deux de ces textes complémentaires ont une importance particulière. D'une part, la recommandation n°91

³⁴⁶ Art. 2§2, Convention n°98 de l'OIT.

³⁴⁷ Recommandation n°91 de l'OIT relative aux conventions collectives, 29 juin 1951, Genève, 34^{ème} session CIT.

³⁴⁸ Convention n°154 de l'OIT relative à la promotion de la négociation collective, 3 juin 1981, Genève, 67^{ème} session CIT.

³⁴⁹ Art. 5 et 6, Convention n°98 de l'OIT.

³⁵⁰ C. La Hovary, Les droits fondamentaux au travail, Origines, statuts et impact en droit international, PUF, 2009.

de l'OIT³⁵¹ traitant de la procédure de négociation collective ainsi que des effets, de l'interprétation, de l'extension et du contrôle de l'application des conventions collectives. La recommandation n°91 définit la convention collective mais surtout pose le caractère obligatoire et suprême de celle-ci. Ainsi, la convention collective s'applique lorsqu'elle présente plus d'avantage que le contrat de travail. D'autre part, la Convention n°154³⁵² portant et définissant la négociation collective, également complétée par la recommandation n°163 sur la négociation collective³⁵³. Il convient de citer également la Convention n°135 de l'OIT relative aux représentants des travailleurs³⁵⁴ qui complète la Convention n°98. En effet, la Convention n°135 traite de la non-discrimination des représentants syndicaux alors que la Convention n°98 traite, elle, de la non-discrimination des travailleurs en général.

Il est important de souligner le rôle du comité de la liberté syndicale et de la commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale. En effet, les principes institués par ces organes complètent effectivement les normes de l'OIT relatives à la liberté syndicale. Ces organes ont notamment étendu les droits protégés par les Conventions de l'OIT. Ni la Convention n°87 ni la Convention n°98 ne traite du droit de grève, mais ce droit étant consacré par de nombreux textes de l'OIT,³⁵⁵ « la Commission d'experts et le comité de la liberté syndicale ont rapidement affirmé que le droit fondamental des travailleurs à la grève était implicite dans la liberté d'association et donc dans la Convention n°87. Le droit de grève découle des articles 3, 8 et 10 de la Convention n°87 ».³⁵⁶

B) La portée des textes de l'OIT

Les Etats n'ont l'obligation de respecter les conventions internationales que dans la mesure où ils les ont ratifiées. Si le choix de ratifier ou non une convention internationale est réservé aux Etats, ces derniers ont toutefois l'obligation de soumettre à l'organe national compétent les conventions adoptées pour les ratifier et cela dans un délai d'un an à compter

³⁵¹ Recommandation n°91 de l'OIT relative aux conventions collectives, 29 juin 1951, Genève, 34^{ème} session CIT.

³⁵² Convention n°154 de l'OIT relative à la promotion de la négociation collective, 3 juin 1981, Genève, 67^{ème} session CIT.

³⁵³ Convention n°163 de l'OIT relative à la négociation collective, 19 juin 1981, Genève, 67^{ème} session CIT.

³⁵⁴ Convention n°135 de l'OIT relative aux représentants des travailleurs, 23 juin 1971, Genève, 56^{ème} session CIT.

³⁵⁵ La Convention n°105 de l'OIT sur l'abolition du travail forcé, article 1^{er} al. a, dicte que les parties s'engagent à supprimer le travail forcé ou obligatoire « en tant que punition pour avoir participé à des grèves », on peut alors en déduire que les grèves sont permises.

³⁵⁶ C. La Hovary, Les droits fondamentaux au travail, Origines, statuts et impact en droit international, PUF, 2009.

de leur adoption conformément à l'article 19.5 de la Constitution de l'OIT. Est également imposé aux Etats de justifier le refus de ratification. Le manquement constaté à ces obligations et la forte variation du nombre de ratification d'un pays à l'autre ont conduit l'Organisation internationale du travail à adopter la déclaration du 19 juin 1998 relative aux principes et droits fondamentaux du travail.³⁵⁷ Cette déclaration pose la règle selon laquelle certaines conventions internationales, huit au total, s'imposent à tous les Etats membres de l'OIT sans qu'il soit nécessaire de les ratifier. Ces conventions internationales reconnues impératives à tous les Etats membres de l'OIT traitent de l'élimination du travail forcé et du travail des enfants, de l'élimination des discriminations en matière d'emploi et de profession mais également de la liberté d'association, de la liberté syndicale et du droit à la négociation collective qui nous intéresse plus particulièrement. Sont par conséquent visées les Conventions n°87 et n°98 de l'OIT. L'apport essentiel de la déclaration de 1998 est « d'avoir permis la reconnaissance d'un socle universel d'obligations nées de l'appartenance à l'OIT, indépendamment de la ratification des conventions ». ³⁵⁸ Cet apport est fondé sur la règle selon laquelle « en adhérant à l'OIT, les Etats ont adoptés ses valeurs fondatrices et ce sont ces valeurs qui sont explicitées dans les conventions fondamentales visées. Dès lors l'adhésion au traité fondateur de l'OIT vaut adhésion à ces conventions. ³⁵⁹

L'application des conventions relatives à la liberté syndicale et au droit d'organisation et de négociation collective relève de la compétence du Comité d'expert de la liberté syndicale de l'OIT. Ce comité fait un rapport régulier sur la liberté syndicale. Des observations et recommandations peuvent être adressées aux gouvernements par l'organisation internationale. La Cour de cassation fait une application directe de certaines conventions de l'OIT dans le cadre de litiges entre particuliers. Elle a été amenée, quelques fois, à statuer sur l'application de la loi du 20 août 2008³⁶⁰ à la lumière des Conventions n°87, n°98 et n°135 de l'OIT pour déterminer la portée des nouveaux critères de représentativité³⁶¹. Elle a ainsi été saisie des questions sensibles, ayant fait débat, selon lesquelles le critère de 10% d'audience aux élections dans l'entreprise nécessaire à une organisation pour être

³⁵⁷ G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, Précis Dalloz, 28ème édition, 2014, pp. 35-36.

³⁵⁸ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations des représentants syndicaux dans l'entreprise, Guides Dalloz, 2^{ème} édition, 2011-2012, p. 35.

³⁵⁹ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations des représentants syndicaux dans l'entreprise, Guides Dalloz, 2^{ème} édition, 2011-2012, p.36.

³⁶⁰ L. n°2008-789, 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, JO 21 août, p. 13064.

³⁶¹ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations des représentants syndicaux dans l'entreprise, Guides Dalloz, 2^{ème} édition, 2011-2012, p.37.

reconnue comme représentative et participer à la négociation collective et la règle selon laquelle le délégué syndical doit être désigné parmi les candidats ayant obtenu 10% des suffrages à ces élections, porteraient atteinte au principe de la liberté de négociation collective et à la liberté de choix du syndicat de ses représentants. Elle répond à cette problématique dans un arrêt du 14 avril 2010³⁶² en effectuant un contrôle de conventionalité, elle affirme que les conditions précitées n'entravent pas ces conventions. Est également rendu au visa de la Convention n°87 de l'OIT un arrêt du 13 janvier 2009 affirmant que « l'article 2 de la Convention n°87 de l'OIT relative à la liberté syndicale et la protection du droit syndical, ratifiée par la France, prévoit que les travailleurs et employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit de constituer des organisations de leur choix, et l'article 5 que ces organisations ont le droit de former d'autres groupements, l'article L. 411-2 devenu L. 2131-2 du Code du travail qui suppose l'existence d'activités rémunérées à l'exclusion des activités désintéressées ou philanthropiques, ne distingue pas selon que les revenus qui en sont tirés constituent un revenu principal ou accessoire. C'est alors à bon droit qu'une cour d'appel décide que peuvent constituer un syndicat tous les producteurs de miel, que doit être considéré comme tel tout apiculteur qui commercialise ses produits »³⁶³, exerçant habituellement ou non l'activité professionnelle d'apiculteur. Font également référence à la Convention n°87 de l'OIT, les arrêts de la chambre sociale du 3 mars 2010 et du 11 mars 2010 appréciant le nouveau critère d'ancienneté établi à l'article L. 2121-1 du Code du travail à la lumière du principe de la liberté syndicale consacré par la Convention n°87 de l'OIT qui énonce le principe de la liberté d'affiliation. La chambre sociale affirme que ne peut constituer un nouveau syndicat un syndicat changeant d'affiliation³⁶⁴. Bien d'autres arrêts font référence à la Convention n°87³⁶⁵ mais également aux Conventions de l'OIT n°98³⁶⁶ et n°135³⁶⁷. L'utilisation régulière par la Cour de cassation des Conventions de l'OIT dans ses arrêts peut se justifier par l'essor des droits fondamentaux³⁶⁸. Tout comme l'article 19§5 de la Constitution de l'OIT, l'article 1^{er} de la Convention n°87 rappelle que les Etats parties s'engagent à donner effets à ses dispositions. En plus de l'obligation de ne pas entraver

³⁶² Soc., 14 avr. 2010, n°09-60.283, Bull. civ. V, n°54.

³⁶³ Soc., 13 janv. 2009, n°07-17692, Bull. civ. V, n°11.

³⁶⁴ Soc., 3 mars 2010, n°09-60.283, Bull. civ. V ; F. Petit, Dr. soc. 2010, AJ, p. 722.

³⁶⁵ A titre d'exemple, soc., 16 fév. 2011, n°10-60189 et 10-60191 ; soc., 10 avr. 1998, n° 97-17.870, arrêt de la chambre mixte, dit « Front national police ».

³⁶⁶ Soc., 23 mars 2011, n°10-60.185 ; soc., 16 fév. 2011, n°10-60189 et 10-60191 ; soc., 1^{er} déc. 2010, n°10-60.117 ; soc. 14 avr. 2010, n°09-604.26 et 09-60.429.

³⁶⁷ Soc., 28 sept. 2011, n°10-21.294 ; soc. 23 mars 2011, n°10-60.117 ; soc. 14 avr. 2010, n°09-60.426 et n°08-43158, n°08-44022, n°08-40991.

³⁶⁸ A. Lyon-Caen et Vacaric, Droits fondamentaux et droit du travail, Etudes offertes à Verdier, Dalloz 2001, p. 421.

l'exercice des droits protégés par la convention, l'article 1^{er} crée des obligations positives à l'égard des Etats.

Les Etats sont libres de prendre les mesures adéquates à la réalisation des obligations découlant de la Convention n°98 et n°87. La Convention n°98 ne peut toutefois s'empêcher de suggérer aux Etats de mettre en place des organismes appropriés pour assurer l'application de ses dispositions³⁶⁹ et de prendre des mesures appropriées pour « encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire, de convention collective entre les employeurs et les organisations d'employeurs d'une part, et les organisations de travailleurs d'autre part, en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi »³⁷⁰ lorsque cela est nécessaire.

Concernant la condition de représentativité, les conventions de l'OIT n'en traitent point mais la recommandation n°164 de cette organisation reconnaît qu'une telle condition est admissible lorsqu'elle est fondée sur des critères clairs et objectifs³⁷¹.

II/ Les textes internationaux relatifs à la liberté d'association et le droit de négociation collective indépendant de l'Organisation Internationale du Travail

La Déclaration universelle des droits de l'homme (A) et les Pactes internationaux de 1966 (B), adoptés indépendamment de l'OIT, apportent leur pierre à l'édifice et viennent d'une certaine manière renforcer la volonté internationale d'instaurer une représentation collective dans l'entreprise.

A) Déclaration universelle des droits de l'homme

La déclaration universelle des droits de l'homme adoptée le 10 décembre 1948, peu après la Convention n°87 de l'OIT, traite elle aussi de la liberté d'association. Elle affirme cette liberté dans des termes analogues aux articles 2 et 10 de la Convention n°87 puisqu'elle dispose dans son article 23§4 que « Toute personne a le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts ». Mais la Déclaration

³⁶⁹ Art. 3, Convention n°98 de l'OIT.

³⁷⁰ Art. 4, Convention n°98 de l'OIT.

³⁷¹ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations des représentants syndicaux dans l'entreprise, Guides Dalloz, 2^{ème} édition, 2011-2012.

universelle des droits de l'homme ayant une vocation large, n'énonce que des principes généraux.

B) Les pactes internationaux de 1966

Les deux pactes de 1966 évoquent également le principe de la liberté d'association. Il s'agit du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

L'article 22§1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté à New-York le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations unies, proclame le droit d'association dans les termes qui suivent « Toute personne a le droit de s'associer librement avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts ». On ne peut que constater les similitudes avec la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Convention n°87 de l'OIT. Une autre similitude est à noter, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques laisse la possibilité aux États d'imposer des restrictions à l'exercice du droit d'association par les membres de la police et des forces armées, tout comme le font les Conventions n°87 et n°98 de l'OIT. L'article 8 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté le même jour et par la même assemblée, présente des similitudes plus flagrantes avec la Convention n°87. Cet article fait ainsi mention dans son §1 alinéa b) du droit des syndicats de s'affilier avec d'autres pour former des fédérations ou confédérations nationales et du droit de former des organisations syndicales internationales ou de s'y affilier. L'alinéa c) pose, quant à lui, le droit des syndicats d'exercer librement leur activité.

Des textes internationaux relatifs à l'exclusion de certaines catégories de personnes du droit de former un syndicat mentionnent aussi la liberté d'association. Certains textes relatifs à l'égalité traitent de la liberté d'association. Ainsi, la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale³⁷², dans son article 5 §e alinéa ii) affirme que « les Etats parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toute ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance du droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats ». Il en va de même de la Déclaration sur les droits de

³⁷² Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée et ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale dans sa résolution 21 06 A (XX) du 21 décembre 1965, entrée en vigueur le 4 janvier 1969 conformément aux dispositions de l'article 19.

l'homme des personnes qui ne possèdent la nationalité du pays dans lequel elles vivent³⁷³ qui dans son article 8§1 alinéa b) qui prévoit que les étrangers résidant légalement sur le territoire d'un Etat disposent également du droit de s'affilier à des syndicats, associations ou autres organisations de leur choix et de participer à leurs activités. Seules des restrictions prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui peuvent limiter l'exercice de ce droit. L'article 26 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille³⁷⁴ précise que les Etats parties reconnaissent à tous les travailleurs migrants et aux membres de leur famille le droit de participer aux réunions et activités de syndicats et de toutes autres associations créées conformément à la loi, en vue de protéger leurs intérêts économiques, sociaux, culturels et autres, d'adhérer librement à tous syndicats et associations et de demander aide et assistance à un syndicat ou une association. Ces dispositions ont pour objet d'éviter des discriminations spécifiques. L'ensemble de ces textes ont vocation à corriger les carences du droit interne.

Le droit électoral de l'entreprise est un puzzle composé de diverses sources, les carences du Code du travail amenant à chercher des solutions dans d'autres sources. La multiplication des sources du droit électoral complexifie l'application de ce droit et peut avoir pour effet de multiplier les contentieux. L'éclatement du droit électoral de l'entreprise conduit à son manque de lisibilité. Cette diversité des sources marque, cependant, le grand intérêt de la représentation du personnel.

³⁷³ Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 47/144 du 13 décembre 1985.

³⁷⁴ Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/158 du 18 décembre 1990.

Conclusion du titre 1

Le droit électoral de l'entreprise est le fruit de l'histoire de la représentation du personnel. Les groupements ouvriers, déjà présents au moyen-âge, ont longtemps été dénigrés. Mais les mouvements de révolte conduisent à reconnaître les syndicats. Les institutions représentatives du personnel sont apparues progressivement dans notre système afin d'améliorer les conditions de travail et de vie du salarié. La quête d'une représentation efficace et légitime des salariés se poursuit. Le législateur multiplie les mesures visant à améliorer cette représentation.

L'élection, critère de la représentation, doit être encadrée. Le droit électoral de l'entreprise naît alors et se construit progressivement ; les dernières réformes proposées par le législateur l'attestent. Ces dernières réformes prouvent également qu'il s'agit d'un droit lacunaire.

La diversité des sources du droit électoral de l'entreprise, Code du travail, Code électoral, jurisprudence, textes européens et internationaux, conduit à un double constat. Tout d'abord, qu'il s'agit d'un droit d'une grande richesse et d'un grand intérêt, ensuite, qu'il s'agit d'un droit dispersé difficile à maîtriser. L'éclatement du droit électoral de l'entreprise rend son application difficile.

Le regroupement des règles du droit électoral de l'entreprise est indispensable pour permettre leur compréhension ; cette charge revient au législateur.

**TITRE 2 : LE PARTICULARISME DE LA REPRESENTATION DES INTERETS
PROFESSIONNELS**

La nécessité d'une représentation de l'individu qu'elle soit au niveau politique ou au niveau professionnel n'est plus à démontrer. Le citoyen et le salarié ont besoin d'intermédiaires défenseurs de leurs droits. L'objectif principal de chacune de ces représentations est la défense des intérêts des personnes qui les ont élu ou désigné. Le droit électoral de l'entreprise est largement influencé par le droit électoral politique (**Chapitre 1**). Les élections politiques et les élections professionnelles dans l'entreprise ont chacune leur particularité qui implique l'application de règles qui leurs sont propres. Les règles applicables aux élections politiques sont regroupées dans le Code électoral contrairement aux règles des élections professionnelles qui ne bénéficient pas d'un code qui lui est réservé et qui se dispersent entre plusieurs sources. L'importance de la mise en place d'un droit électoral adapté à l'entreprise découle des enjeux de ces élections. En effet, les élections professionnelles ont diverses fonctions dans l'entreprise (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Le droit électoral mis au service de la représentation des intérêts professionnels

La question de l'émergence d'un droit électoral de l'entreprise, droit spécifique nécessaire à la particularité de l'entreprise, trouve une réponse positive. L'existence d'un droit électoral de l'entreprise est aujourd'hui incontestable. Une question revient de manière fréquente dans la doctrine et soulève davantage de difficulté ; celle de savoir si le droit électoral de l'entreprise se distingue du droit des élections politiques ou au contraire en est inspiré. Le droit électoral de l'entreprise se distingue en partie du droit électoral politique en ce qu'il fait appel à des mécanismes électoraux spécifiques (**section 1**), mais ce particularisme n'est pas total. Le droit électoral de l'entreprise est largement influencé par le droit des élections politiques (**section 2**).

Section 1 : La spécificité des mécanismes électoraux dans l'entreprise

Le droit électoral de l'entreprise se distingue par l'intervention dans le processus électoral de protagonistes singuliers. La spécificité des acteurs des élections professionnelles en entreprise s'explique par le cadre particulier d'organisation des élections et par leurs enjeux (§1). Une autre particularité s'ajoute à celle des acteurs ; celle des modalités de vote en entreprise. En effet, l'entreprise³⁷⁵ est une structure particulière qui nécessite une adaptation des règles relatives aux modalités de vote (§2).

§1) Quels acteurs ?

La question des sujets des élections professionnelles dans l'entreprise doit être traitée avec intérêt ; celle-ci mettant en évidence la particularité de ces élections. En effet, ces élections se distinguent des élections politiques notamment par ses acteurs. Les personnes intéressées par les élections dans l'entreprise sont de deux ordres, celles directement liées à l'entreprise, les acteurs internes (**I**) et celles indirectement liées à l'entreprise, les acteurs externes (**II**).

³⁷⁵Ou l'établissement lorsque l'entreprise en comprend.

I/ Les acteurs internes

L'employeur est la première personne directement liée à l'entreprise qui intervient dans les élections (**A**). Le salarié est le deuxième intervenant aux élections (**B**), son rôle dans les élections est fondamental puisqu'il intervient dans toutes les phases du processus électoral.

A) L'employeur, un rôle ambigu

L'employeur est investi de prérogatives tout au long du processus électoral. Le Code du travail lui attribue un rôle d'initiateur au début du processus (**1**) ; ses pouvoirs sont autres après le déclenchement du processus électoral (**2**).

1) L'employeur, un initiateur

Dans le cadre des élections professionnelles dans l'entreprise, l'employeur doit faire preuve d'initiative. Les initiatives électorales assignées à l'employeur (**b**) conduisent à s'interroger sur la qualité même d'employeur dans le cadre de ces élections (**a**).

a) Qui est employeur ?

Il ne s'agit pas ici de simplement déterminer qui est employeur, cette qualité pouvant être attribuée à un nombre important de personnes, qu'elle soit physique ou morale, qui assume envers le salarié qu'elle a engagé et à l'égard des administrations fiscale et sociale les obligations liées au contrat de travail³⁷⁶. Mais il convient notamment de déterminer quels types d'employeurs sont concernés par les élections dans l'entreprise.

Si le Code du travail utilise communément le terme d'employeur dans ces articles relatifs aux élections dans l'entreprise, il convient toutefois d'apporter quelques éclaircissements. C'est le contrat de travail qui permet principalement de déterminer la qualité d'employeur et de salarié dans la relation de travail qu'il crée. Ces deux protagonistes sont parties au contrat de travail. L'employeur, détenteur des pouvoirs patronaux peut être, comme le souligne Gérard Cornu dans sa définition, une personne physique ou morale. Dans la

³⁷⁶ G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, Quadrige/PUF, 9^{ème} édition, 2011.

première hypothèse, les prérogatives patronales sont directement exercées par cette personne physique. C'est le cas, par exemple, des petits commerçants, des professions libérales et des simples particuliers qui font appel à des salariés.

Si cette catégorie d'employeur n'est pas négligeable, ces employeurs ne relèvent pas tous, pour autant, de la catégorie des chefs d'entreprise, lorsque d'entreprise il n'y a point. En effet, dans certains cas, il y a bien contrat de travail dans lequel employeur et salarié sont parties mais leurs relations de travail ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une entreprise. Dans la seconde hypothèse, la plus fréquente, l'employeur est une personne morale à qui appartient l'entreprise dans laquelle sont occupés les salariés. Ici, l'employeur « est alors l'être abstrait qui possède les moyens de production ou incarne l'activité collective (société, syndicat, association). Mais c'est une personne physique qui se trouve concrètement investie des prérogatives et des responsabilités patronales »³⁷⁷. Ce détenteur des pouvoirs patronaux est généralement détenteur d'un capital suffisant lui donnant le droit d'être à la tête de l'entreprise. Concrètement, l'employeur qu'il soit personne physique ou morale est tenu d'organiser des élections de représentants du personnel lorsque les seuils d'effectifs sont atteints.

Bien que le contrat de travail soit l'outil principal permettant d'identifier l'employeur et le salarié, il n'est pas infaillible. Dans certaines situations le contrat de travail ne suffit pas. C'est le cas dans la situation d'un prêt de main d'œuvre, où il est plus délicat de déterminer l'employeur puisqu'un troisième acteur intervient dans la relation de travail. Le principe même du prêt de main d'œuvre semble clair ; il consiste à ce qu'un employeur mette à la disposition d'un tiers tout ou partie de son personnel pour un temps déterminé. Le salarié fournit donc une prestation de travail au bénéfice d'un tiers au contrat de travail. C'est la spécificité des entreprises de travail temporaire dont l'activité exclusive est de mettre à la disposition temporaire d'entreprises utilisatrices des salariés qu'en fonction d'une qualification convenue elle recrute et rémunère à cet effet³⁷⁸. A la lecture de l'article L. 1251-26 du Code du travail, il est possible de conclure que l'entrepreneur de travail temporaire est l'employeur du salarié intérimaire³⁷⁹. D'autres entreprises dont l'objet n'est pas le prêt de main-d'œuvre ont aussi recours à cette pratique. En effet, bien que le Code du travail soit

³⁷⁷ F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, Droit du travail, LGDJ, 4^{ème} édition, 2014, p. 46.

³⁷⁸ Art. L. 1251-2 C. trav.

³⁷⁹ Art. L. 1251-26 al. 1^{er} C. trav. : « L'entreprise de travail temporaire qui rompt le contrat de mission du salarié avant le terme prévu au contrat lui propose, sauf faute grave de ce dernier ou cas de force majeure, un nouveau contrat de mission prenant effet dans un délai maximum de trois jours ouvrables. »

réticent à ces pratiques, il admet toutefois quelques exceptions notamment en faveur des entreprises effectuant des opérations de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif³⁸⁰. Des exceptions sont également admises pour certaines entreprises ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre et dont les opérations ont un but lucratif. C'est notamment le cas des entreprises de travail à temps partagé, des agences de mannequins lorsqu'elles sont exploitées par des personnes titulaires de la licence d'agence de mannequin, des associations et sociétés sportives dans le cadre des dispositions de l'article L. 222-3 du Code du sport. Les articles L. 2135-7 et L. 2135-8 du Code du travail permettent, quant à eux, la mise à disposition des salariés auprès des organisations syndicales ou des associations d'employeurs mentionnées à l'article L. 2231-1 du même code. La mise à disposition d'un salarié vient brouiller les rapports de travail entre les employeurs et le salarié. La détermination de l'employeur s'en trouve complexifiée pour la simple et bonne raison que si les dispositions du Code du travail précédemment citées, par une interprétation a contrario, autorise le prêt de main d'œuvre entre entreprise lorsque cette mise à disposition ne relève pas d'une opération à but lucratif dont l'objet exclusif est le prêt de main d'œuvre, elles ne règlent pas les contours de cette pratique et semblent laisser libre les employeurs de prévoir les modalités de son exercice. C'est par convention que l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice s'accordent sur la durée de la mise à disposition, l'identité et la qualification du salarié, le mode de détermination des salaires, des charges sociales et des frais professionnels facturés à l'entreprise utilisatrice par l'entreprise prêteuse, et éventuellement sur la période probatoire³⁸¹ au cours de laquelle il peut y être mis fin à la demande de l'une des parties. Si en principe, le salarié reste sous la subordination de l'employeur d'origine, contrairement au transfert de salarié, cela n'empêche pas pour autant l'existence d'un lien de subordination avec l'employeur d'accueil. Ce dernier dispose d'un certain nombre de prérogatives et assume des responsabilités « en matière de condition de travail et de sécurité ainsi que les modalités d'exercice du pouvoir disciplinaire en cas de défaillance ou d'insuffisance du salarié »³⁸². Les employeurs peuvent néanmoins prévoir dans la convention que la fonction d'employeur sera partagée entre eux.

La détermination de l'employeur dans les groupes de sociétés pose également difficulté. En effet, dans un tel contexte un salarié peut être successivement au service de

³⁸⁰ Art. L. 1251-3 C. trav : « Toute activité de travail temporaire s'exerçant en dehors d'une telle entreprise est interdite, sous réserve des dispositions relatives aux opérations de prêt de main d'œuvre à but non lucratif autorisées par l'article L. 8241-2 ».

³⁸¹ Période obligatoire lorsque le prêt de main d'œuvre entraîne la modification d'un élément essentiel du contrat de travail.

³⁸² F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, Droit du travail, LGDJ, 4^{ème} édition, 2014, p. 47.

plusieurs sociétés du groupe, notamment dans l'hypothèse d'une mise à disposition, d'un détachement ou d'une affectation, ou encore travailler simultanément pour différentes sociétés du groupe³⁸³. Pour les juges ayant été amenés à statuer sur la question de la qualification de l'employeur dans de telles circonstances, il convient de rechercher quel a été « l'employeur réel du salarié »³⁸⁴ et donc pour cela, déterminer quel employeur exerce effectivement le pouvoir de direction. Cette démarche permet d'identifier la qualité patronale. Ce raisonnement conduit parfois à la désignation d'une pluralité d'employeurs, on parle alors d' « employeurs multiples, de co-employeurs ou d'employeurs conjoints »³⁸⁵. Par conséquent, le juge doit caractériser le lien de subordination³⁸⁶.

Il convient de distinguer les qualités d'employeur et de chef d'entreprise lorsque le cocontractant du salarié est une personne morale³⁸⁷. Dans ce cadre, si le chef d'entreprise est la personne physique disposant de l'intégralité du pouvoir de direction, l'employeur, lui, reste la personne morale. Il appartient, en principe, aux statuts de la société d'encadrer la nomination du chef d'entreprise. Mais celle-ci peut s'avérer plus complexe lorsque les statuts désignent plusieurs personnes à la tête de la société. Il est ainsi possible qu'au sein d'une même société plusieurs personnes endossent la qualité de chef d'entreprise dans le cas où elles sont toutes dotées du pouvoir de diriger. De cette situation délicate naissent des contentieux à l'occasion desquels les juges ont à plusieurs reprises réaffirmé la nécessité de rechercher à quelle personne est effectivement dévolu le pouvoir patronal. Cette qualité est d'un grand intérêt dans la mesure où elle octroie au détenteur du titre un large panel de prérogatives et de responsabilités. Dans l'étendue des pouvoirs dont est investi le chef d'entreprise figurent les prérogatives en matière d'élections professionnelles.

C'est la recodification du Code du travail en 2008 qui a entraîné le remplacement du terme employeur par celui de chef d'entreprise dans certaines de ces dispositions, d'autres comme l'article L. 2342-1 du Code du travail relatif au comité d'entreprise européen continuent à utiliser le vocable de chef d'entreprise³⁸⁸.

³⁸³ F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, Droit du travail, LGDJ, 4^{ème} édition, 2014, p. 48.

³⁸⁴ Soc., 11 février 1970, Bull. V, p. 72, n° 96.

³⁸⁵ A. Mazeaud, Droit du travail, Montchrestien, lextenso éditions, 8^{ème} édition, 2012, p. 381-382.

³⁸⁶ Soc., 23 février 1977, Bull. V, p. 106, n° 136.

³⁸⁷ Lorsque l'entreprise appartient à une personne physique, cette dernière est à la fois employeur et chef d'entreprise.

³⁸⁸ F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, Droit du travail, LGDJ, 4^{ème} édition, 2014, p. 49.

b) Quelles initiatives ?

Le Code du travail charge, tout d'abord, l'employeur de prendre l'initiative de l'organisation des élections dans son entreprise (**α**) ; cette obligation remplie, il lui appartient ensuite d'inviter les organisations syndicales à la négociation préélectorale (**β**).

α) L'employeur à l'initiative des élections

Il incombe à l'employeur de prendre l'initiative d'organiser les élections lorsque les conditions de seuil sont remplies ou lorsque les mandats arrivent à échéance³⁸⁹, ainsi tous les quatre ans³⁹⁰. L'employeur n'est tenu d'organiser les élections que des représentants élus directement, autrement dit des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise ou du comité d'établissement. En ce qui concerne le CHSCT et le comité central d'entreprise, leurs membres sont élus au suffrage indirect. Pour ce qui est du délégué syndical, celui-ci est désigné par une organisation. Ainsi, l'employeur n'intervient pas pour ces dernières institutions. A défaut d'initiative de l'employeur, l'organisation des élections peut être demandée par un salarié ou un syndicat présent dans l'entreprise qui satisfait aux critères de respect des valeurs républicaines, d'indépendance et d'ancienneté dans le champ professionnel et géographique couvrant l'entreprise ou l'établissement ou déjà reconnu comme représentatif dans l'entreprise ou encore affilié à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel.

Un seul salarié par organisation syndicale ainsi que le premier salarié non mandaté par une organisation syndicale, qui demande l'organisation des élections, bénéficie d'une protection contre le licenciement pendant une durée de six mois à compter de l'envoi à l'employeur de la lettre recommandée³⁹¹. L'employeur est ensuite tenu d'enclencher la procédure dans un délai d'un mois³⁹². Celui-ci déclenche la procédure en informant par voie d'affichage³⁹³, le personnel de l'organisation des élections.

La mise en place d'institutions représentatives du personnel incombant à l'employeur est une obligation d'ordre public et comme toutes dispositions d'ordre public, on ne peut y

³⁸⁹ Obligation posée par la loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

³⁹⁰ Art. L. 2324-3 C. trav.

³⁹¹ Art. L. 2411-6 C. trav.

³⁹² Art. L. 2314-4 et 2324-5 C. trav.

³⁹³ D. Gatumel, Le droit du travail en France, Editions Francis Lefebvre, 17^{ème} éd., 2006, p. 287.

déroger³⁹⁴. Ainsi, le chef d'entreprise ne peut justifier son manquement en arguant qu'il résulte de la volonté du personnel de ne pas constituer d'institutions représentatives du personnel. Il ne peut donc consulter les salariés sur l'opportunité de la mise en place d'IRP. Un employeur ayant posé la question « voulez-vous que j'organise les élections ? » à son personnel s'est vu condamné pour délit d'entrave alors même que le processus électoral a été ultérieurement déclenché³⁹⁵. De la même manière, un accord collectif libérant l'employeur de cette obligation légale est dépourvu d'effet.

En cas d'absence de candidats à l'élection, l'employeur doit dresser un procès verbal de carence afin de prouver l'exécution de son obligation et sa bonne foi. Pas de candidats, pas d'élections mais l'employeur est tout de même tenu de déclencher le processus électoral. A défaut, le procès verbal n'a pas de valeur. Dans une telle hypothèse, « l'employeur doit renouveler tous les deux ans l'affichage en vue des élections et dresser à nouveau un procès verbal de carence en l'absence de candidature. Le procès verbal ne dispense pas l'employeur de répondre sans délai à toute demande d'élections »³⁹⁶. Ce procès verbal est transmis par le chef d'entreprise à l'inspecteur du travail dans les 15 jours suivant le scrutin afin que ce dernier s'assure « du déroulement correct du processus ayant abouti à un échec »³⁹⁷.

Le non respect, par l'employeur, de son obligation d'organiser dans son entreprise des élections permettant la désignation de représentants du personnel peut donner lieu à des sanctions pénales. Celui-ci se rend fautif d'un délit d'entrave lorsqu'il omet d'organiser ces élections ou encore lorsqu'il retarde délibérément la mise en place des institutions représentatives du personnel³⁹⁸.

Le défaut d'information du personnel par voie d'affichage de la tenue des élections³⁹⁹ et le refus de l'employeur de donner suite à une demande d'organisation des élections provenant d'un salarié ou d'une organisation syndicale⁴⁰⁰ sont constitutifs d'un délit d'entrave. L'employeur s'expose également à une sanction civile. En effet, la Cour de cassation a affirmé que la carence de l'employeur à la mise en place d'institutions représentatives du personnel constituait une faute causant nécessairement un préjudice au

³⁹⁴ Art. 4 C. civ.

³⁹⁵ Crim., 6 novembre 1984, n° 83-94.557, Lab. Anima.

³⁹⁶ M. Cohen, Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, LGDJ, 7^{ème} éd., 2003, p. 70.

³⁹⁷ A. Mazeaud, Droit du travail, Montchrestien, lextenso éditions, 8^{ème} éd., 2012, p. 119.

³⁹⁸ Crim., 15 mai 2007, n° 06-86.896, RJS 8-9/07, n° 970.

³⁹⁹ Article L. 2314-2 C. trav.

⁴⁰⁰ En vertu de l'article L. 2314-4 du code du travail, l'employeur y est tenu même en présence d'un procès verbal de carence.

salarié dont il peut demander réparation à l'employeur⁴⁰¹. Un salarié ne peut, cependant, s'appuyer sur la défaillance de l'employeur pour prendre acte de la rupture de son contrat de travail ou pour agir en résiliation judiciaire du contrat devant le juge prud'homal⁴⁰².

β) L'employeur à l'initiative de la négociation du protocole d'accord préélectoral

En vertu de l'article L. 2314-3 du Code du travail, l'employeur est chargé d'inviter les organisations syndicales, qu'elles soient représentatives ou non depuis la loi du 20 août 2008, à la négociation d'un protocole d'accord préélectoral et à établir leur liste de candidats pour le premier tour. L'employeur doit inviter les organisations syndicales à la négociation du protocole préélectoral et à établir les listes de candidats par voie d'affichage. Les organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, celles affiliées à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel ainsi que les organisations syndicales ayant constitué une section syndicale doivent, quant à elles, être invitées à la négociation par courrier.

2) Le rôle de l'employeur après le déclenchement du processus électoral

Si l'employeur intervient pendant le processus électoral (**α**), son rôle est toutefois très limité par le principe de neutralité (**β**).

α) L'implication de l'employeur dans l'organisation des élections

L'organisation matérielle du vote incombe à l'employeur. Il lui appartient de fournir les moyens matériels du vote. Celui-ci met donc à disposition des bulletins de vote qu'il fait imprimer en nombre suffisant et de manière égale pour chacune des listes⁴⁰³, ainsi que des isolements ou tout autre moyen permettant d'assurer le respect du vote et des urnes pour les titulaires et les suppléants.

⁴⁰¹ Soc., 17 mai 2011, n° 10-12.852.

⁴⁰² Soc., 30 nov. 2011, n° 09-67.798.

⁴⁰³ Les bulletins de vote doivent être imprimés sur fond blanc sauf disposition contraire du protocole.

Ni l'employeur ni l'un de ses représentants ne peut siéger au bureau de vote. La présence de l'employeur ou de l'un de ses représentants sur les lieux pendant le déroulement du vote est, toutefois, possible à la condition expresse de ne pas sortir d'une obligation absolue de neutralité⁴⁰⁴. Les juges doivent donc s'intéresser au comportement de l'employeur pendant le déroulement du vote. Si l'employeur n'est qu'un simple observateur, sa présence dans le bureau de vote ne peut entraîner l'irrégularité du scrutin ; si celui-ci intervient, peu importe la nature de son action, l'élection peut être annulée. L'obligation de neutralité de l'employeur s'applique-t-elle toujours à l'employeur lorsque la constitution d'un bureau de vote ne s'impose pas ? La chambre sociale dans un arrêt du 17 avril 2013 répond par l'affirmative et affirme que si la constitution d'un bureau de vote ne s'impose pas pour les élections de la délégation du personnel au CHSCT, la présence de l'employeur ou de ses représentants, parmi les personnes exerçant les attributions, constitue une irrégularité entraînant nécessairement la nullité du scrutin. Ainsi, la signature du procès verbal des résultats par un représentant de l'employeur en qualité de « Président » et la participation d'un autre représentant aux opérations de dépouillement suffisent à entraîner la nullité du scrutin⁴⁰⁵.

β) L'ambiguïté du rôle de l'employeur : son obligation de neutralité

Si l'employeur est le premier maillon de la chaîne en ce qu'il dispose du pouvoir d'initiative des élections dans son entreprise, ses prérogatives sont toutefois très limitées par l'obligation de neutralité qui pèse sur lui. Ce principe impose à l'employeur de ne pas avantager, quelle que soit la manière, un candidat ou un syndicat. Pour cette raison, les moyens de propagande mis à la disposition des candidats et des syndicats par l'employeur doivent être identiques.

En application de ce principe, l'employeur ne peut également inciter les salariés à voter pour un candidat en particulier ou les convaincre de s'abstenir d'aller voter. Il ne peut encore moins participer à la campagne électorale⁴⁰⁶. L'employeur ne doit exercer aucune influence sur le vote. Le devoir de neutralité de l'employeur n'est expressément visé par aucune disposition directement applicable aux élections professionnelles. Seul l'article L.

⁴⁰⁴ Soc., 25 févr. 1992, n° 89-61.135, Bull. civ. V, n° 123.

⁴⁰⁵ Soc., 17 avr. 2013, n° 12-21.876.

⁴⁰⁶ F. Petit, La notion de représentation dans les relations collectives du travail, LGDJ, 2000, p. 63.

2141-7 du Code du travail interdit à l'employeur ou à ses représentants d'employer un moyen quelconque de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale. C'est la jurisprudence qui a posé les contours de cette obligation de neutralité en limitant considérablement les interventions de l'employeur durant le processus électoral. Dans cette optique, la Cour de cassation a jugé qu'un employeur qui diffuse des tracts de l'un des syndicats par ses représentants⁴⁰⁷, fait propager une appréciation négative sur un salarié candidat en période électorale⁴⁰⁸, qui invite les salariés à s'unir derrière un syndicat⁴⁰⁹ ou conteste la propagande d'un syndicat⁴¹⁰ viole son devoir de neutralité. L'employeur ne doit également, de quelque manière, favoriser l'organisation d'un second tour. Ainsi, il ne doit encourager les salariés à s'abstenir au premier tour pour pouvoir organiser un second tour afin que soit permise l'élection de candidats libres. L'employeur, qui quelques jours avant les élections, prononce une mise à pied conservatoire de deux des trois candidats d'un syndicat puis les convoque le jour du scrutin devant le comité d'entreprise ne manque-t-il pas à son obligation de neutralité ? Si la mise à pied conservatoire ne constitue pas nécessairement une atteinte au processus électoral, la chambre sociale précise, toutefois, que les juges sont tenus de vérifier la compatibilité d'une telle mesure avec l'obligation de neutralité de l'employeur⁴¹¹. Le manquement à l'obligation de neutralité par l'employeur constitue une cause de nullité des élections, peu importe son influence sur le résultat des élections. Si l'employeur ou un représentant de l'employeur peut être présent dans le bureau de vote, il ne peut, en revanche, ni le présider ni y siéger. Le principe de neutralité est encore une fois la raison de ces restrictions. La présence de l'employeur dans le bureau de vote est autorisée à la condition que celui-ci n'exerce aucune pression morale sur les électeurs⁴¹².

Le manquement de l'employeur à son obligation de neutralité peut être doublement sanctionné. D'abord civilement par l'annulation du scrutin⁴¹³, puis pénalement pour délit d'entrave ou pour discrimination en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale⁴¹⁴, et par l'octroi de dommages et intérêts⁴¹⁵.

⁴⁰⁷ Soc., 20 octobre 1999, n° 98-60.425.

⁴⁰⁸ Soc., 30 octobre 1991, n° 90-60.054.

⁴⁰⁹ Soc., 8 mars 1994, n° 93-81.115.

⁴¹⁰ Soc., 14 mai 1997, n° 96-60.134.

⁴¹¹ Soc., 4 juill. 2012, n° 11-60.216.

⁴¹² M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2003, p. 330.

⁴¹³ Les interventions de l'employeur de nature à entacher d'irrégularités le scrutin seront développées dans la seconde partie.

⁴¹⁴ Article L. 2141-5 C. trav.

⁴¹⁵ Article L. 2141-8 C. trav.

3) Le salarié, un acteur omniprésent

Beaucoup définissent aisément la qualité de salarié. En effet, il paraît très simple de qualifier un salarié mais il est judicieux de revenir sur sa définition **(a)** pour pouvoir ensuite développer son rôle dans les élections **(b)**

a) Qui est salarié ?

L'état actuel du droit français distingue deux types de travailleur, le travailleur salarié dépendant et le travailleur indépendant. Le premier est concerné par les dispositions du Code du travail et donc notamment par les dispositions relatives aux élections dans l'entreprise ; le second, lui, est dépourvu de l'application du Code du travail mais soumis au droit commun des contrats ou au droit des affaires. Il appartient au contrat de travail, peu importe son caractère déterminé ou indéterminé, à temps partiel ou à temps plein, de déterminer la qualité d'employeur et celle de salarié.

Si le Code du travail ne définit pas le contrat de travail, il est généralement défini par la doctrine comme étant une convention par laquelle une personne place sa force de travail sous l'autorité d'une autre, personne physique ou morale, moyennant le versement d'un salaire. Par conséquent, est salarié un travailleur rémunéré qui en vertu d'un contrat de travail, fournit une prestation de travail à un employeur qui le paie et lui donne des ordres⁴¹⁶. L'existence d'une rémunération, d'un lien de subordination⁴¹⁷ et d'une protection⁴¹⁸ permettent de distinguer le travailleur salarié et le travailleur indépendant. La qualité de salarié est donc une condition d'ordre public à la participation au processus électoral. Mais le salarié doit également répondre aux conditions d'âge, d'ancienneté et de capacité électoral pour pouvoir être électeur ou candidat à une élection dans l'entreprise. En revanche, l'adhésion ou non à un syndicat ne constitue pas une condition à la participation des salariés aux élections.

⁴¹⁶ G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 9^{ème} éd., 2011, p. 932-933.

⁴¹⁷ Civ., 6 juillet 1931, arrêt Bardou, DP 1931, 1, 131, note P. PIC : « Attendu que la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter du contrat entre les parties ; que la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qu'il emploie ». La cour de cassation écarte, ainsi, le critère trop large de la subordination économique et retient comme critère celui de la subordination juridique.

⁴¹⁸ La protection des salariés dans les élections professionnelles sera développée dans la deuxième partie.

L'omniprésence du salarié tout au long du processus électoral souligne son importance. A la fois électeur et candidat, il peut même être à l'initiative des élections dans son entreprise. Il ne peut donc point y avoir d'élections sans salariés.

b) Le rôle du salarié dans les élections

Le salarié a plusieurs casquettes dans le processus électoral. Il est, en effet, présent dans toutes les étapes du processus puisqu'il peut en être à l'initiative, être électeur, être candidat et par conséquent, être élu ou désigné.

Si l'employeur est tenu de prendre l'initiative d'organiser les élections lorsque le seuil de déclenchement est atteint ou encore lorsque les mandats arrivent à échéance, à défaut d'initiative de ce dernier, tout salarié peut en demander l'organisation. L'employeur doit impérativement répondre à cette demande dans un délai d'un mois.

La qualité première du salarié est celle d'électeur. Outre les conditions d'électorat⁴¹⁹, il est important de s'interroger sur son rôle d'électeur et sur la finalité de son vote. Le vote du salarié est l'expression de sa volonté dans les relations collectives du travail. Dans les rapports collectifs de travail, le pouvoir patronal n'exerce pas la même influence, celle-ci étant moins marquée que dans les rapports individuels de travail. Cette volonté exprimée par les électeurs lors d'une élection est « loin de devoir s'entendre comme l'expression d'un consentement ou d'un engagement unilatéral ou encore d'une renonciation, le terme renvoie, plus modestement, à la faculté d'exprimer un choix, tout au plus de manifester un refus sinon un assentiment »⁴²⁰. Alain Supiot, lui, considère que le collectif est « un mode d'expression de la liberté individuelle dont le contrat de travail prive le salarié et non pas comme une donnée des relations de travail »⁴²¹. Si le vote du salarié est d'abord l'expression d'une volonté collective, il peut néanmoins également être l'affirmation d'une volonté individuelle.

La seconde qualité possible du salarié, et pas des moindres, est celle de candidat. Le salarié qui remplit les conditions d'éligibilité peut être candidat aux élections. Cette qualité peut le conduire à son investiture comme représentant des salariés. Il devient donc un salarié élu par le personnel ou désigné par les syndicats et, par conséquent, protégé par le Code du

⁴¹⁹ Les conditions d'électorat seront développées dans la seconde partie.

⁴²⁰ G. Borenfreund, « La volonté des salariés dans les relations collectives de travail », *La volonté du salarié*, Dalloz, 2012, p. 9.

⁴²¹ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, p. 169.

travail. Le salarié prenant l'initiative de l'organisation des élections dispose également d'une protection.

II/ Les acteurs externes : les organisations syndicales

Les élections dans l'entreprise se distinguent des élections politiques par l'intervention des organisations syndicales dont les missions sont singulières (**B**) mais toutes les organisations syndicales n'ont pas vocation à être intéressées par ces élections (**A**).

A) Les organisations syndicales intéressées par les élections dans l'entreprise

Les organisations syndicales appelées à intervenir dans le processus électoral sont plus nombreuses depuis la réforme de 2008. Les organisations syndicales représentatives ne sont plus les seules à participer aux élections dans l'entreprise (**1**). Concernant les organisations syndicales représentatives, il existe différents niveaux de représentativité (**2**).

1) Les organisations syndicales représentatives et non représentatives investies par les élections

Antérieurement à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, les cinq confédérations CFDT, CFE-CGC, CFTC, CGT et FO étaient présumées représentatives au plan national. Les autres syndicats devaient justifier de leur représentativité dans l'entreprise. Depuis cette réforme, aucun syndicat n'est présumé représentatif, la présomption de représentativité ayant été abrogée.

Désormais, la représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères cumulatifs suivants : le respect des valeurs républicaines, l'indépendance, la transparence financière, une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation, l'audience établie selon les niveaux de négociation (entreprise, branche, groupe...), ainsi que l'influence et les effectifs d'adhérents et les cotisations⁴²².

⁴²² L'article L. 2121-1 du Code du travail reprend les critères de la « Position commune » du 9 avril 2008.

Le respect des valeurs républicaines, anciennement qualifié « d'attitude patriotique pendant l'occupation », est le 1^{er} critère retenu par la loi. Ce critère est tiré de la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité qui précise qu'il « implique le respect de la liberté d'opinion, politique, philosophique ou religieuse ainsi que le refus de toute discrimination, de tout intégrisme et de toute intolérance »⁴²³. La consécration par les partenaires sociaux puis par le législateur du critère de respect des valeurs républicaines s'inscrit dans la continuité de la position de la Cour de cassation qui en 1998 avait estimé que l'organisation « Front national de la Police » ne pouvait se prévaloir de la qualité de syndicat professionnel, celle-ci étant « l'instrument d'un parti politique qui est à l'origine de sa création et dont il sert exclusivement les intérêts et les objectifs en prônant des distinctions fondées sur la race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique »⁴²⁴. Elle affirmait, par conséquent, que cette organisation poursuivait des objectifs principalement politiques contraires au principe de non-discrimination inscrit dans la Constitution, les textes à valeur constitutionnelle et les engagements internationaux auxquels la France est partie, ainsi qu'aux dispositions de l'article L. 1132-1 du Code du travail⁴²⁵. La jurisprudence est régulièrement amenée à préciser les contours du critère de respect des valeurs républicaines. A titre d'exemple, la Cour de cassation a jugé que « le respect des valeurs républicaines suppose de la part d'un syndicat qu'il ne poursuive pas des objectifs contraires aux principes fondateurs de l'Etat républicain tels qu'ils résultent de la Constitution et de l'ensemble des textes et principes à valeur constitutionnelle, que le syndicat dont l'objet est de former et d'organiser les travailleurs pour l'abolition de l'Etat prône la négation d'une organisation républicaine de la France en contradiction avec les textes constitutionnels. »⁴²⁶

Le critère d'indépendance existe dans le Code du travail depuis la loi du 11 février 1950 relative aux conventions collectives de travail⁴²⁷. Il a pour objectif d'éviter qu'un syndicat sous l'influence de l'employeur ne se voit attribuer un pouvoir de représentation. Son ancienneté n'a pas estompé l'intérêt qui lui est porté. En vertu de ce critère, un syndicat doit être indépendant vis-à-vis des employeurs, de l'Etat, des partis politiques mais également à l'égard de la religion ce qui est plus singulier. Une organisation qui ne respecte pas ce critère

⁴²³ Cette position commune est l'aboutissement des négociations menées par les partenaires sociaux sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme.

⁴²⁴ Ch. mixte, 10 avril 1998, n° 97-17.870, Bull. mixte n° 2 ; D. 1998, jur. 389, note Jeammaud.

⁴²⁵ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 282.

⁴²⁶ Soc., 13 octobre 2010, n° 10-60130.

⁴²⁷ Loi n° 50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives de travail.

ne peut se prévaloir de la qualité de syndicat et, par conséquent, ne peut défendre les intérêts des salariés. L'indépendance des syndicats est une condition exigée notamment par la convention n° 87 de l'OIT. Les arrêts de la Cour de cassation ne cessent de souligner le poids de ce critère de l'indépendance et cela même avant la loi du 20 août 2008. Elle considère, par exemple, que la représentativité doit être attachée à la preuve de l'indépendance du syndicat à l'égard de l'employeur et à la preuve de son « influence réelle »⁴²⁸ auprès du personnel. Par cette exigence, la Cour de cassation tente d'éviter la mise en place de « syndicats-maison » également appelé « syndicats jaunes »⁴²⁹, marionnettes manipulées par l'autorité patronale créées à l'initiative de l'employeur ou avec son soutien.

Plusieurs autres éléments permettent aux juridictions d'apprécier l'indépendance d'un syndicat. Ainsi, le montant et l'origine des ressources du syndicat, le montant des cotisations qu'il perçoit, les avantages attribués aux représentants d'une organisation syndicale et dont les autres syndicats sont privés, l'utilisation de moyens de pression au bénéfice d'une organisation syndicale, ainsi que le fait pour l'employeur de prélever des cotisations syndicales sur les salaires de son personnel au profit des syndicats ou d'exercer des pressions en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale sont autant de facteurs permettant de conclure à l'absence d'indépendance⁴³⁰. La contribution par le chef d'entreprise au financement des syndicats dans son entreprise ou l'accord d'avantages, autres que ceux prévus par la loi, par ce dernier ne méconnaissent pas le critère de l'indépendance lorsque le principe d'égalité de traitement est respecté⁴³¹. La chambre sociale de la Cour de cassation considère que le critère d'indépendance n'est pas satisfait lorsque le syndicat a reçu un soutien de l'employeur pendant une grève⁴³² ou encore lorsqu'un nombre important des membres du syndicat appartiennent au service DRH⁴³³. Il incombe à celui qui réfute l'indépendance d'un syndicat d'en apporter la preuve⁴³⁴. L'indépendance est un critère fondamental que l'on pourrait qualifier d'ordre public ; aucune dérogation, ni aucune compensation avec d'autres critères n'est possible.

⁴²⁸ Soc., 2 mars 2004, n° 02-60746.

⁴²⁹ F. Petit, Droits syndicaux dans l'entreprise et liberté syndicale, La documentation française, 2014, p. 58.

⁴³⁰ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 286.

⁴³¹ Soc., 29 mai 2001, n° 98-23.078, Dr. soc. 2001. 821, obs. Borenfreund ; Dr. soc. 2008. 106, note Borenfreund.

⁴³² Soc., 11 janv. 1979, Bull. civ. V, n° 31.

⁴³³ Soc., 26 févr. 1975, Bull. civ. V, n° 102.

⁴³⁴ Soc., 22 juillet 1981, n° 81-60.695, Bull. V, n° 748.

Le critère de transparence financière introduit dans le Code du travail à l'article L. 2121-1 par la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail⁴³⁵ est, en grande partie, la conséquence des interrogations soulevées concernant le financement syndical et de l'opacité de certaines relations entretenues avec les organismes collecteurs du financement de la formation ou les institutions de retraite complémentaire⁴³⁶. L'obligation pour les syndicats d'établir leurs comptes annuels figurait déjà dans la position commune. Tout syndicat a l'obligation de tenir une comptabilité ainsi que certifier et publier ses comptes à partir d'un seuil de ressources fixé par décret. Cette obligation vient garantir l'effectivité du critère d'indépendance car, en effet, seul l'accès aux comptes du syndicat permet de vérifier que ce dernier n'est pas financé à titre principal par l'employeur⁴³⁷.

Le critère d'ancienneté minimale de deux ans est directement issu de la position commune du 9 avril 2008 signée entre les partenaires sociaux au niveau interprofessionnel. Pour être représentatif, un syndicat doit avoir une ancienneté minimale de deux ans depuis la date de dépôt légal de ses statuts. Il est donc impératif pour le syndicat de s'assurer de la régularité du dépôt des statuts puisque l'ancienneté ne court qu'à compter de l'accomplissement des formalités de dépôt⁴³⁸. L'exigence d'une ancienneté minimale de deux ans n'est-elle pas excessive alors qu'antérieurement à 2008 la jurisprudence se contentait d'anciennetés de six ou sept mois⁴³⁹. A l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, la chambre sociale de la Cour de cassation a estimé que « l'exigence d'une ancienneté minimale de deux ans subordonnant la présentation par une organisation syndicale de candidats au premier tour des élections professionnelles constitue une condition justifiée et proportionnée pour garantir la mise en œuvre du droit de participation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs représentants et l'exercice par le syndicat de prérogatives au sein de l'entreprise, sans priver le salarié de la liberté d'adhérer au syndicat de son choix, ne porte atteinte à aucun des principes invoqués »⁴⁴⁰. Cette solution a été confirmée à l'occasion de deux contentieux en matière d'élection de délégués du personnel le 29 février 2012⁴⁴¹ et le 10

⁴³⁵ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

⁴³⁶ P. Lokiec, *Droit du travail*, Tome II, Les relations collectives de travail, 1^{ère} édition, 2011, p. 44.

⁴³⁷ G. Bélier, H.-J. Legrand, *La négociation collective en entreprise. Nouveaux acteurs, nouveaux accords*, Liaisons, « Droit vivant », 2011, n° 74.

⁴³⁸ Soc., 7 juill. 2010, n° 08-21.805, *Dr. soc.*, 2010, p. 1130, obs. F. Petit.

⁴³⁹ Soc., 5 nov. 1986, *Bull. civ. V*, n° 513.

⁴⁴⁰ Soc., QPC, 20 octobre 2011, n° 11-60203.

⁴⁴¹ Soc., 29 février 2012, n° 11-60203

mai 2012⁴⁴². Ce critère a pour effet positif de permettre l'accomplissement du critère de transparence financière puisqu'à l'issue de ce délai le syndicat aura publié les comptes annuels de son premier exercice⁴⁴³. De plus, la chambre sociale a souligné dans un arrêt du 3 mars 2010 que le changement d'affiliation d'un syndicat n'a pas d'effet sur la personnalité juridique et n'interrompt donc pas son ancienneté⁴⁴⁴. L'exigence minimale d'ancienneté doit par ailleurs être acquise « dans le champ professionnel et géographique » couvrant l'entreprise ou dans le niveau de négociation, c'est-à-dire le niveau où le syndicat revendique sa représentativité. Un syndicat ne peut donc exercer des droits dans des entreprises extérieures au champ d'application défini dans ses statuts et cela peu importe qu'il soit ou non affilié à une union syndicale reconnue représentative dans ce champ⁴⁴⁵. Cette ancienneté minimale exigée dans le champ géographique et professionnel de l'entreprise ou du niveau de négociation constitue un gage d'expérience et de permanence. Il y va de bon sens qu'un syndicat récemment né ne peut être considéré comme représentatif.

Le critère de l'audience électorale est une création de la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail probablement pour faire face au faible taux d'adhésion aux syndicats rendant le critère d'effectif des adhérents obsolète. L'audience électorale devient le passe pour la représentativité. D'ordre public absolu, ce critère ne peut être dérogé par décision unilatérale ou par accord collectif⁴⁴⁶. Concernant la détermination de cette audience, le seuil et les conditions diffèrent selon le niveau de représentativité. Au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, l'organisation syndicale doit pour être représentative avoir recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au 1^{er} tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants⁴⁴⁷. Ce seuil de 10% s'apprécie tous collègues confondus, peu importe que le syndicat ait présenté un candidat dans chacun des collèges⁴⁴⁸. Sont donc pris en compte, prioritairement, les résultats des élections au comité d'entreprise, ceux des élections des délégués du personnel ne peuvent servir comme mesure de la représentativité qu'en l'absence d'élections au comité

⁴⁴² Soc., 10 mai 2012, n° 11-60235.

⁴⁴³ G. Bélier, H.-J. Legrand, La négociation collective en entreprise. Nouveaux acteurs, nouveaux accords, Liaisons, « Droit vivant », 2011, n° 53.

⁴⁴⁴ Soc., 3 mars 2010, n° 09-60.283.

⁴⁴⁵ Soc., 22 sept. 2010, n° 09-60.480.

⁴⁴⁶ Soc., 18 mai 2011, n° 10-60.401.

⁴⁴⁷ Art. L. 2122-1 C. trav.

⁴⁴⁸ Soc., 22 sept. 2010, n° 10-10.678.

d'entreprise⁴⁴⁹. Un syndicat ne peut, ainsi, se prévaloir de ses résultats aux élections des délégués du personnel lorsque les résultats qu'il a obtenus aux élections des délégués du personnel ne lui sont pas favorables ou qu'il n'a simplement pas présenté de candidat à ces élections⁴⁵⁰. Les organisations syndicales doivent ainsi se démenter pour atteindre ce seuil de 10% qui leur ouvre les portes vers de plus grandes prérogatives. Mais le pluralisme syndical et l'abstentionnisme grandissant aux élections professionnelles n'en font pas une mince affaire. Si avant la réforme de 2008, la jurisprudence interdisait la prise en compte des résultats du premier tour faute de quorum⁴⁵¹, l'article L. 2122-1 du Code du travail issu de la loi du 20 août 2008 met un terme à cette exigence de quorum, le nombre de votants n'importe plus. Le législateur, conscient de la réalité de l'abstentionnisme, ne pouvait faire autrement que de mettre fin à cette jurisprudence contestable. Pour faire face aux conséquences du pluralisme syndical, le législateur permet la présentation de liste commune.

La division de l'entreprise en établissement distinct complique la mesure de la représentativité. Dans une telle hypothèse, le principe de concordance s'applique et, ainsi, les résultats aux élections des comités d'établissements servent à mesurer la représentativité des syndicats afin de leur permettre de négocier des accords d'établissement. Tout comme pour les branches et au niveau national interprofessionnel, la mesure de l'audience s'effectue par consolidation de l'ensemble des suffrages mais il s'agira ici des résultats obtenus par le syndicat dans l'ensemble des établissements et cela quel que soit le pourcentage obtenu par l'établissement⁴⁵².

Au niveau du groupe et de l'unité économique et sociale, le seuil de 10% se calcule également en additionnant la totalité des suffrages lors des élections au sein des différentes entités composant le groupe ou l'unité économique et sociale⁴⁵³. La division de l'entreprise en établissements distincts peut conduire à des situations particulières. En effet, un syndicat va pouvoir être représentatif dans l'entreprise mais pas dans un ou plusieurs établissements et inversement. Ainsi, certains compteront des délégués syndicaux et d'autres, à défaut, des représentants de la section syndicale.

Qu'en est-il de la mesure de la représentativité des syndicats catégoriels ? Les organisations syndicales catégorielles affiliées à une confédération syndicale catégorielle

⁴⁴⁹ Soc., 13 juill. 2010, n° 10-60.148 ; CE, 11 oct. 2010, n° 327660 et 328312 ; soc., 10 nov. 2010, n° 09-72.856.

⁴⁵⁰ TI Privas, 18 févr. 2010, Liaisons soc, jurispr. n° 109/2010, p. 14.

⁴⁵¹ Soc., 20 déc. 2006, Bull. civ. V, n° 399 ; RDT, 2007, p. 328, obs. M. Grévy.

⁴⁵² Circ. DGT n° 20 du 13 novembre 2008.

⁴⁵³ Soc., 22 sept. 2010, n° 09-60.435.

interprofessionnelle nationale qui satisfont aux critères de l'article L. 2121-1 du Code du travail et qui ont recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au 1^{er} tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel dans ces collèges, quel que soit le nombre de votants, sont représentatives à l'égard du personnel relevant des collèges électoraux dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats. Ainsi, un syndicat catégoriel non affilié à la CFE-CGC doit apporter la preuve de sa représentativité tous collèges confondus ce qui paraît compliqué⁴⁵⁴. Le Conseil constitutionnel a validé l'avantage accordé à la CFE-CGC en avançant comme simple argument que les organisations syndicales affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale ne sont pas dans la même situation que les autres organisations syndicales⁴⁵⁵. L'affiliation justifierait cette différence de traitement. Cette solution est largement contestable.

Au niveau de la branche et au niveau national interprofessionnel, le calcul de la représentativité s'effectue, tous les quatre ans, par consolidation des suffrages obtenus par le syndicat dans les différentes entreprises de la branche. Un syndicat doit obtenir 8% des suffrages exprimés au 1^{er} tour des dernières élections des titulaires aux comités d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, pour acquérir la qualité représentative. Il appartient au ministre du travail de procéder à l'addition des scores obtenus et de fixer la liste des organisations reconnues représentatives au niveau des branches et au niveau national interprofessionnel.

Les salariés des très petites entreprises, jusqu'à la loi du 15 octobre 2010, étaient écartés de la mesure de l'audience puisque aucune représentation élue n'est obligatoire dans ces entreprises. Désormais des élections régionales sont organisées tous les quatre ans afin de mesurer l'audience des syndicats dans ces très petites entreprises. Ces entreprises généralement dépourvues de moyens logistiques et de service de gestion des ressources humaines, les formalités de vote sont alors simplifiées. Le vote se fait alors par correspondance ou par voie électronique⁴⁵⁶.

Le critère d'influence, découvert par la jurisprudence⁴⁵⁷, est caractérisé par l'activité et l'expérience du syndicat. En effet, la position commune précise que l'influence se caractérise

⁴⁵⁴ Ch. Radé, Les syndicats catégoriels et la réforme de la démocratie sociale, Dr. soc. 2010, p. 821 ; A. Martinon, La négociation catégorielle, JCP, 2011, 1207.

⁴⁵⁵ Cons. const. DC n° 2010-42, QPC du 7 octobre 2010.

⁴⁵⁶ Art. L. 2122-10 et L. 2122-10-7 C. trav.

⁴⁵⁷ Soc., 3 déc. 2002, Bull. civ. V, n° 364.

par « l'activité, l'expérience et l'implantation géographique et professionnelle du syndicat »⁴⁵⁸. La Cour de cassation considère que permet de mesurer l'influence d'un syndicat « l'ensemble de ses actions, y compris celles qu'il a menées alors qu'il était affilié à une confédération syndicale dont il s'est par la suite désaffilié »⁴⁵⁹. Elle se mesure donc par l'activité réelle du syndicat qui doit avoir mené des actions concrètes au profit des salariés. Ce critère qui permet de vérifier l'existence sur le terrain du syndicat est un critère de représentativité déterminant contrairement à celui d'effectifs des adhérents et des cotisations. Ce critère peut, cependant, être compensé par de bons résultats aux élections⁴⁶⁰.

Les deux derniers critères d'effectifs d'adhérents et de cotisation sont indissociables puisque les cotisations permettent le financement des activités du syndicat. Le critère des cotisations souligne, ainsi, l'activité syndicale. Malgré un fort taux d'audience, un syndicat privé de moyens humains et financiers se voit également privé de sa capacité d'agir. Si le législateur a posé, dans la réforme de 2008, comme critères de représentativité celui d'effectifs d'adhérents et de cotisations, il n'en a cependant pas fixé de seuils. Combien d'adhérents et de cotisations un syndicat doit-il disposer afin de pouvoir prétendre à la représentativité ? Il doit simplement faire état d'un taux d'effectifs d'adhérents suffisants. Les taux de syndicalisation variant selon la profession et selon qu'il s'agisse d'une entreprise publique ou privée, les juges apprécient ce critère en fonction des taux existant dans la profession ou dans l'entreprise chez les syndicats concurrents⁴⁶¹.

Ce critère préexistant à la loi du 20 août 2008 a, en grande partie, perdu son efficacité en raison du faible taux d'adhésion en France aujourd'hui ; ce qui n'était pas le cas pendant les Trente Glorieuses. Grand nombre d'individu refuse aujourd'hui d'être lié par une adhésion à un syndicat, un parti politique ou tout autre mouvement mais ne pas adhérer à un syndicat ne veut pas dire ne pas adhérer aux objectifs et au raisonnement de ce syndicat. Au faible taux d'adhésion s'ajoute la difficulté de la preuve des adhérents. En effet, se confrontent ici plusieurs droits : la liberté syndicale, le droit au respect de la vie privée du salarié et le principe du contradictoire. La chambre sociale de la Cour de cassation a tranché sur la question dans un arrêt du 8 juillet 2009 ; en l'espèce, était contestée l'existence d'une section syndicale. L'article L. 2142-1 du Code du travail exige, pour la constitution d'une section syndicale, la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise. Le syndicat devait alors

⁴⁵⁸ Art. 1, Position commune du 9 avr. 2008 sur la représentativité syndicale.

⁴⁵⁹ Soc., 28 septembre 2011, n° 10-26545.

⁴⁶⁰ Soc., 29 février 2012, n° 11-13.748.

⁴⁶¹ J.-E. RAY, Droit du travail Droit vivant, Wolters Kluwer, 24^{ème} édition, 2016, p. 439.

prouver l'existence d'au moins deux adhérents afin de faire survivre la section syndicale. Mais le syndicat peut-il divulguer l'adhésion d'un salarié sans son accord ? La chambre sociale répond par la négative, l'adhésion d'un salarié à un syndicat relève de sa vie privée et ne peut être divulguée sans son accord. Ainsi, à défaut d'un tel accord, le syndicat qui entend créer ou démontrer l'existence d'une section syndicale dans l'entreprise, alors que sa présence y est contestée ne peut produire ou être contraint de produire une liste nominative de ses adhérents. Le syndicat doit apporter les éléments de preuve utile à établir la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise dans le respect du contradictoire, à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents du syndicat, dont seul le juge peut prendre connaissance⁴⁶².

Concernant les cotisations, il appartient aux syndicats de fixer le montant et la périodicité de son versement par les adhérents. Certains prévoient une cotisation mensuelle, d'autres, annuelles, certains prévoient un montant fixe et d'autres un pourcentage du salaire. Mais ce critère de cotisations est-il pertinent comme critère de représentativité ? En quoi des cotisations peuvent déterminer la représentativité d'un syndicat ? Il n'est pas évident de répondre à cette dernière question. S'il n'y a nul doute sur le fait qu'il ne peut y avoir de syndicat sans cotisations et qu'ainsi le critère d'effectifs d'adhérents et celui des cotisations ne vont pas l'un sans l'autre, faire du critère des cotisations un critère indépendant n'est pas pertinent.

2) Les différents niveaux de représentativité

Une organisation syndicale est reconnue représentative dans l'entreprise lorsqu'à l'issue du 1^{er} tour, elle a recueilli, en plus du respect des six autres critères, au moins 10% des suffrages exprimés. Ce résultat s'apprécie sans considération du nombre de votant et par conséquent, il n'importe pas que le quorum ait été atteint.

Les élections professionnelles dans l'entreprise permettent de mesurer la représentativité dans les branches puisque la mesure de l'audience s'effectue, dans cette hypothèse, par l'addition des suffrages obtenus par le syndicat dans les différentes entreprises de la branche tous les quatre ans. Doit résulter de la consolidation des résultats un score de 8% des suffrages exprimés au 1^{er} tour des dernières élections des représentants du personnel

⁴⁶² Soc., 8 juillet 2009, n° 09-60.011, 09-60.031, 09-60.032.

aux comités d'entreprise ou de la délégation unique du personnel, peu importe le nombre de votants. Il appartient au ministre du travail de déterminer la liste des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau des branches ainsi qu'au niveau national interprofessionnel et, par conséquent, de procéder à l'addition des résultats obtenus⁴⁶³. Le ministère du travail a, ainsi, progressivement, de septembre 2008 au 31 décembre 2012, au fur et à mesure des remontées des résultats de toutes les entreprises branche par branche, consolidé ces résultats⁴⁶⁴. Ce ne fut pas pour lui une tâche facile, l'intégration dans le calcul des résultats d'un nombre considérable d'entreprises implique nécessairement l'apparition de complications. La loi du 20 août 2008 fait une grâce aux cinq organisations syndicales les plus connues ; en effet, son article 11 indique que « pendant quatre ans à compter de la 1^{ère} détermination des organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au niveau des branches, toute organisation syndicale affiliée à l'une des organisations syndicales de salariés reconnues représentatives au niveau national interprofessionnel est présumée représentative au niveau de la branche ». Ainsi, jusqu'en mai 2017, les organisations syndicales affiliées à la CGT, la CGT-FO, la CFE-CGT et la CFTC jouissent d'une présomption simple de représentativité dans toutes les branches professionnelles. Elle doit notamment bénéficier d'une implantation territoriale équilibrée au niveau de la branche.

Pour être représentatif au niveau national et interprofessionnel, une organisation syndicale doit recueillir au moins 8% des suffrages exprimés. Elle doit être représentative dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services. Ce critère d'audience est mesuré par l'association de l'ensemble des résultats électoraux comme au niveau des branches.

B) Le rôle particulier des organisations syndicales dans les élections professionnelles dans l'entreprise

Les organisations syndicales ont un rôle particulier dans les élections, elles interviennent à double titre : elles sont à la fois parties prenantes aux élections (1) et ont la qualité de représentants du personnel pendant les élections (2).

⁴⁶³ P. Lokiec, Droit du travail, Tome II, Les relations collectives de travail, PUF, 1^{ère} éd., 2011, p. 49.

⁴⁶⁴ J.-E. Ray, Droit du travail droit vivant, Wolters Kluwer, 24^{ème} éd., 2016, p. 430.

1) Les interventions des organisations syndicales en qualité de parties prenantes aux élections

Le rôle des syndicats pendant les élections est central puisque en plus de disposer du monopole de présentation des candidats au 1^{er} tour des élections **(a)**, ils contribuent à l'élaboration du protocole d'accord préélectoral **(b)**.

a) Un monopole de présentation des candidatures au 1^{er} tour des élections

Le monopole reconnu à des organisations syndicales de présentation des candidats au 1^{er} tour des élections⁴⁶⁵ souligne le particularisme des élections professionnelles. Cette faculté réservée aux organisations syndicales a été instaurée par l'ordonnance du 22 février 1945 et la loi du 17 mai 1946. Si à l'origine, ce monopole ne concernait que les organisations syndicales représentatives, la loi du 20 août 2008 a étendu cette exclusivité à d'autres organisations syndicales. En vertu des articles L. 2314-3 et L. 2324-4 du Code du travail, cette faculté est dorénavant attribuée aux syndicats dont la représentativité est en cours d'acquisition. Cela concerne 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 » et les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel. Cette prérogative, réservée aux quelques organisations syndicales précitées, a suscité une question prioritaire de constitutionnalité. La question dont a été saisie la Cour de cassation était de savoir si « le fait de restreindre les candidatures, au 1^{er} tour des élections professionnelles, aux seuls salariés syndiqués » et donc qui « conduit à imposer directement en droit, aux salariés souhaitant se porter candidat à des fonctions de représentants du personnel, de se syndiquer » constituait une « contrainte manifestement contraire à la liberté syndicale ». La chambre sociale a jugé que « les dispositions légales qui réservent aux organisations syndicales le monopole de présentation des candidats au 1^{er} tour des élections professionnelles ne heurtent aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle⁴⁶⁶ ».

⁴⁶⁵ Art. L. 2314-24 et L. 2324-22 C. trav.

⁴⁶⁶ Soc., 18 janvier 2011, n° 10-40.054.

Ce monopole d'ordre public⁴⁶⁷ de présentation des candidats au 1^{er} tour, s'explique, selon Laurence Pécaut-Rivolier, « nécessairement par le fait que les organisations syndicales ont une vocation naturelle à assurer la représentation des salariés. Et qu'il paraît dès lors légitime de favoriser une sélection des candidats à l'intérieur de ces organisations »⁴⁶⁸. Si l'on ne peut contester cette vocation naturelle des organisations syndicales à représenter les salariés, il est toutefois contestable de considérer qu'un salarié non syndiqué n'a pas vocation à représenter les salariés de l'entreprise dans laquelle il est employé. Tous les salariés ont qualité à représenter dès lors qu'ils sont élus par leurs confrères. Seules les élections doivent être un critère de représentation. Ainsi, le monopole de présentation des candidats par les organisations syndicales au premier tour des élections constitue une atteinte à la liberté syndicale puisqu'un salarié doit généralement, pour pouvoir se présenter au premier tour des élections, adhérer à une organisation syndicale. La liberté syndicale n'est-elle pas également la liberté de ne pas adhérer à un syndicat. Le Conseil constitutionnel admet la présentation par un syndicat d'un salarié non syndiqué. En effet, un syndicat est libre d'intégrer sur la liste de candidats tous salariés éligibles⁴⁶⁹. Si les syndicats ont cette faculté, ils n'en font que très peu usage préférant présenter des candidats façonnés à leur image. Mais la présentation de listes non syndicales au premier tour ne compromettrait-elle pas la finalité de la loi de 2008 qui fait des élections professionnelles l'outil de mesure de la représentativité ? Cette atteinte ne trouve-t-elle pas justification dans la loi du 20 août 2008 ? En effet, la compétition électorale pour la détermination de la représentativité doit s'effectuer entre les seules organisations syndicales au premier tour de scrutin. Le premier tour de scrutin servant à apprécier la représentativité des seules organisations syndicales, permettre à des listes non syndicales de se présenter viendrait fausser les résultats⁴⁷⁰.

b) La négociation du protocole d'accord préélectoral

L'invitation d'organisations syndicales à la négociation du protocole d'accord préélectoral qui prévoit les modalités d'organisation des élections dans l'entreprise est une grande particularité des élections professionnelles dans l'entreprise.

⁴⁶⁷ CE, 7 janvier 1949, Jouannet, Lebon 11 ; Soc., 27 janvier 2010, n° 09-60.103, RDT 2010. 244, obs. I. Odoul-Asorey, Bull. civ. V, n° 21.

⁴⁶⁸ L. Pécaut-Rivolier, L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise, Dr. soc 2013, p. 502.

⁴⁶⁹ Cons. const., 16 mars 2006, n° 2006-533 DC, JCP S 2006, 1273, note J.-F. Cesaro.

⁴⁷⁰ P.-H. d'Ornano, Les organisations syndicales face aux enjeux de la compétition électorale, JCP S 2013, 16.

Antérieurement à la réforme du 20 août 2008 étaient invités à la négociation préélectorale par l'employeur les syndicats représentatifs dans son entreprise, ceux donc qui bénéficiaient de la représentativité au niveau national, ainsi que les syndicats dont la représentativité était reconnue dans l'entreprise. L'employeur était tenu de convoquer ces syndicats à la négociation préélectorale par courrier recommandé. L'invitation des syndicats par voie d'affichage constituait une cause d'annulation des élections⁴⁷¹ dans la mesure où de cette manière il était impossible à l'employeur de prouver que tous les syndicats intéressés avaient pris connaissance de cette invitation⁴⁷².

La réforme de 2008 a entraîné de nombreux changements. Sont dorénavant invitées à la négociation 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 concerné, les organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, les organisations syndicales ayant une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement ainsi que les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel.

Les modalités de convocation diffèrent selon les organisations syndicales. L'employeur doit inviter par courrier les syndicats dont il connaît la présence dans l'entreprise. Il s'agit des syndicats représentatifs au niveau de l'entreprise, des syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel ainsi que ceux ayant constitués une section syndicale dans l'entreprise. En revanche, les syndicats qui désirent participer à la négociation et qui satisfont aux conditions de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constitués depuis au moins 2 ans et ayant un champ géographique et professionnel qui couvre l'entreprise ou l'établissement concernés sont invités à la négociation par voie d'affichage. La convocation de ces syndicats à la négociation par voie d'affichage s'explique par l'ignorance de leur existence dans l'entreprise par l'employeur.

⁴⁷¹ Soc., 6 avril 2005, n° 04-60.309.

⁴⁷² Soc., 16 mai 1990, n° 89-61.365, Bull. civ. V, n° 231.

2) L'intervention des organisations syndicales en qualité de représentants des salariés

Les syndicats interviennent régulièrement dans le processus électoral en qualité de représentants des salariés. En effet, en négociant le protocole d'accord préélectoral et en constituant les listes de candidats au premier tour, les syndicats ont pour mission de représenter les salariés en exprimant au mieux leur volonté.

§2) Quelles modalités de vote ?

La spécificité des élections dans l'entreprise est notamment marquée par la particularité de certaines de ses modalités de vote. Si les règles de droit commun électoral influence largement le droit électoral des élections dans l'entreprise, grand nombre de règles applicables aux élections dans l'entreprise sont adaptées au format de l'entreprise et par conséquent se distinguent nettement des règles électorales politiques. Toutes les phases du processus électoral se voient appliquer des règles particulières, les conditions d'électorat et d'éligibilité d'une part **(I)** et les règles relatives au vote *stricto sensu* d'autre part **(II)**.

I/ Les spécificités des règles relatives à l'électorat et l'éligibilité

Le corps électoral se voit appliquer des règles particulières en matière d'élection professionnelle dans l'entreprise **(A)**, ce qui est également le cas des candidats **(B)**.

A) Les spécificités des règles relatives au corps électoral

Le droit électoral de l'entreprise se distingue en ce qu'il impose la mise en place de collèges électoraux **(2)** dans lesquels sont répartis les électeurs qui se voient également appliquer des règles particulières **(1)**.

1) Le particularisme des règles relatives à l'électeur

Plusieurs éléments permettent de différencier l'électeur aux élections dans l'entreprise de celui des élections politiques. Tout d'abord, pour être électeur aux élections des membres

des comités d'entreprise et des délégués du personnel, un individu doit justifier son appartenance à l'entreprise comme salarié. La qualité de salarié et son ancienneté conditionnent donc l'électorat. En matière d'élection politique, la qualité d'électeur est attachée à un tout autre niveau ; il doit plus largement disposer de la qualité de citoyen. Est qualifiée comme étant national ou ressortissant d'un Etat une personne qui, dans un Etat démocratique, participe à l'exercice de la souveraineté, soit dans la démocratie indirecte par l'élection de représentants, soit dans la démocratie directe par l'assistance à l'assemblée du peuple, soit dans la démocratie semi-directe par le jeu du référendum ou de l'initiative populaire⁴⁷³.

En matière d'élections professionnelles en entreprise le raisonnement inverse s'applique ; la qualité de salarié est une condition à la participation au processus électoral. Participe donc aux élections le travailleur rémunéré qui en vertu d'un contrat de travail, fournit une prestation de travail à un employeur qui le paie et lui donne des ordres⁴⁷⁴. Concernant l'ancienneté, le salarié doit avoir travaillé au moins trois mois dans l'entreprise lors du 1^{er} tour de scrutin⁴⁷⁵. Le salarié doit-il avoir travaillé 3 mois dans l'entreprise de manière consécutive sans interruption ? Le Code du travail n'apportant aucune précision, la jurisprudence a pris position ; elle admet pour le calcul de l'ancienneté la prise en compte de contrats successifs ou par intermittence⁴⁷⁶. Ainsi, les travailleurs intermittents et les bénéficiaires de contrats à durée déterminée lorsqu'ils ont travaillé dans l'entreprise au moins à deux reprises dans les 3 mois précédant l'élection sont électeurs⁴⁷⁷. Concernant l'hypothèse d'une suspension du contrat de travail, celle-ci ne prive pas le salarié de sa qualité d'électeur⁴⁷⁸. Sur le calcul de l'ancienneté lorsqu'il y a suspension du contrat de travail deux hypothèses sont à distinguer. En principe, la période de suspension doit être déduite du calcul de l'ancienneté ; puisque le contrat est suspendu, l'ancienneté est également suspendue. Le législateur a cependant apporté quelques dérogations en assimilant, dans certains cas particuliers, la suspension du contrat de travail à une période de travail effectif. Ainsi, pour le congé maternité, les accidents de travail et le congé de formation notamment, l'ancienneté doit inclure la période de suspension⁴⁷⁹. Cette condition d'ancienneté de 3 mois peut, en vertu

⁴⁷³ G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 9^{ème} édition, 2011, p. 174.

⁴⁷⁴ G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 9^{ème} édition, 2011, p. 932-933.

⁴⁷⁵ Soc., 6 juill. 1983, n° 82-60.613, Bull. civ. V, n° 399.

⁴⁷⁶ Soc., 2 nov. 1994, n° 93-60.472 ; soc., 24 sept. 2008, n° 07-60.310, Bull. civ. V, n° 180 ; D. 2008, AJ 2435.

⁴⁷⁷ Soc., 20 oct. 1999, Bull. civ. V, n° 389.

⁴⁷⁸ Soc., 8 avr. 1992, Dr. soc., 1992, p. 628.

⁴⁷⁹ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations des représentants syndicaux dans l'entreprise, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 666.

des articles L. 2314-20 et L. 2324-18 du Code du travail, se voir appliquer des dérogations autorisées par l'inspecteur du travail après consultation des organisations syndicales représentatives, notamment lorsque son application aurait pour effet de réduire à moins de deux tiers de l'effectif le nombre de salariés remplissant ces conditions ou en cas d'entreprise nouvellement créée. Un accord collectif, qu'il s'agisse d'une convention collective ou d'un protocole d'accord préélectoral, peut également prévoir des conditions d'ancienneté moins importantes.

De plus, les conditions d'âge et de nationalité diffèrent également dans ces deux types d'élection. Pour les élections dans l'entreprise, la condition d'âge est plus large que pour les élections politiques. Si l'âge électoral est fixé à 18 ans pour les élections politiques, elle n'est que de 16 ans révolus pour les élections dans l'entreprise. Cette souplesse se justifie par le fait qu'un contrat de travail peut être signé par un jeune de 16 ans ou plus. Cette condition pose peu de difficultés puisqu'elle n'exclut, en principe, personne. L'emploi des jeunes étant interdit au moins de 16 ans⁴⁸⁰, sauf pour des petits travaux, tous les salariés satisfont à cette condition d'âge.

La stricte condition de nationalité, cher à l'électorat politique, n'a pas vocation à s'appliquer en matière d'électorat en entreprise. En effet, le droit de vote des étrangers est une controverse non close en matière d'élection politique. Les partisans du non droit de vote des étrangers avancent comme argument que la gestion de la chose publique doit être réservée aux personnes qui ont des liens d'allégeance avec l'Etat, le Conseil général et régional et la commune notamment, ces liens d'allégeance étant traduits dans la nationalité qu'ils possèdent. Ce lien d'allégeance n'existe pas dans l'entreprise mais on y trouve, toutefois, une relation forte établie par le lien de subordination qui ne prête aucune distinction selon la nationalité. Ce dernier argument ne laisse place à aucune justification d'une discrimination entre français et étrangers dans les élections professionnelles. Mais s'est, toutefois, manifestée une sorte de tabou du geste électoral des étrangers lors de la mise en place des institutions représentatives du personnel. La loi du 24 juin 1936⁴⁸¹ impose la mention dans les conventions collectives de l'institution « dans les établissements occupant plus de 10 salariés, des délégués élus, dans son sein, par le personnel ». Elle ne prévoit, cependant, aucune

⁴⁸⁰ En France, la scolarité est obligatoire jusqu'à 16 ans. Les jeunes ne peuvent donc travailler de façon régulière avant cet âge.

⁴⁸¹ Loi instituant le régime légal de la convention collective.

restriction attachée à la nationalité⁴⁸². La loi du 16 avril 1946 modifiant le statut des délégués du personnel précise que pour être électeurs, les salariés doivent avoir travaillé au moins 6 mois dans l'entreprise mais ne pose aucune condition de nationalité. Ce n'est qu'avec l'ordonnance du 22 février 1945, créant les comités d'entreprise qu'une distinction est opérée entre les salariés étrangers et les salariés français. En effet, ce texte ne donne le droit de vote aux élections des membres du comité d'entreprise qu'aux salariés français. Cette discrimination est vite corrigée par la loi du 16 mai 1946 qui étend le droit de vote aux salariés étrangers travaillant en France depuis 5 années au moins. L'octroi du droit de vote, pour les élections des membres du comité d'entreprise, aux salariés étrangers ne va pas sans conséquence. Le corps électoral des institutions de délégué du personnel et du comité d'entreprise n'est plus le même. C'est à l'occasion des débats au sénat précédant le vote de la loi du 27 juin 1972⁴⁸³ qu'est souligné une nouvelle fois l'idée d'égalité entre tous les étrangers et entre les étrangers et les français par le rapporteur de la commission des affaires sociales M. Hector Viron⁴⁸⁴. La loi du 27 juin 1972 exauce le souhait des grandes organisations syndicales représentatives et accorde le droit de vote au comité d'entreprise, aux salariés étrangers comme aux salariés français. Le vote aux élections dans l'entreprise n'est plus réservé aux seuls nationaux français. S'ils peuvent élire les délégués du personnel depuis 1946, ils ne peuvent, cependant, pas tous être élus à cette fonction. Les électeurs français sont éligibles, nul débat sur ce point, mais les sujets ou protégés⁴⁸⁵ français sachant lire et écrire peuvent l'être également. Cette condition de savoir lire et écrire s'applique à tous les salariés qu'ils soient français ou étrangers. Concernant l'éligibilité au comité d'entreprise, l'ordonnance du 22 février 1945 la réserve aux français, seuls électeurs. La condition de lecture et d'écriture s'applique également, à laquelle s'ajoute une condition d'âge, l'électeur doit être âgé de 25 ans. Cette dernière condition va être révisée par la loi du 16 mai 1946 qui va réduire l'âge requis à 21 ans, âge de la majorité à l'époque et ouvrir l'éligibilité aux sujets et protégés

⁴⁸² Tout comme les décrets-lois du 12 novembre 1938 précisant que les délégués sont élus et du 10 novembre 1939 décidant que les délégués seront désignés par les syndicats.

⁴⁸³ Loi n° 72-517 du 27 juin 1972.

⁴⁸⁴ Celui-ci précise que « Ces droits sont, faut-il le souligner revendiqués depuis longtemps par les grandes organisations syndicales représentatives de notre pays. Consultées par votre rapporteur, elles ont confirmé leur attachement à ce principe syndical qui veut que soient accordés aux travailleurs, sur le plan des entreprises, en matière de droits syndicaux, les mêmes droits que ceux accordés aux travailleurs français. Les lois actuelles qui régissent ces droits se devaient donc d'être modifiées. En effet, se référant à certains textes de la Communauté économique européenne, aux accords d'Evian, aux rapports existant avec les pays d'Afrique francophone, à la situation particulière des possesseurs de la carte de résident privilégié, ces droits sont accordés à une partie importante de l'immigration, et par contre refusés à une autre partie également importante. Nous nous devons donc de traiter tous ces travailleurs étrangers sur le même pied d'égalité. »

⁴⁸⁵ Termes qui désignaient les ressortissants des colonies et les ressortissants des protectorats. On parlait de sujets mais pas de citoyens.

français. L'évolution des relations internationales ont conduit la France à supprimer la condition de nationalité pour ne laisser que celle de la lecture et de l'écriture en français par la loi du 27 juin 1972. Cette condition de maîtrise de la lecture et de l'écriture de la langue française a suscité un vif débat. En faveur de la suppression de cette dernière, le sénateur Robert Schwint avance comme argument non négligeable que lorsqu'un étranger vient s'installer en France comme chef d'entreprise, ce qui implique que ce dernier a ensuite des ouvriers sous ses ordres, on n'exige pas qu'il sache lire et écrire le français. La loi du 11 juillet 1975 allégera cette condition à la suite d'un amendement sur proposition du sénateur Hector Viron ; les salariés devront dorénavant savoir s'exprimer en Français pour être éligibles.

2) Le particularisme de la mise en place de collèges électoraux

Les élections dans l'entreprise se distinguent également par la répartition des électeurs en catégories ou collèges. Les électeurs à l'institution des membres des comités d'entreprise et des délégués du personnel revêtent tous la qualité de salarié. Cependant, ils sont divisés en deux collèges, celui d'ouvriers et employés et celui de cadres. Cette répartition des électeurs en collèges électoraux, règle en matière d'élection professionnelle, n'est qu'une exception dans les élections politiques. En effet, seuls les sénateurs sont élus par un collège électoral, le suffrage étant indirect. Ce collège électoral, dont les membres sont souvent appelés « grands électeurs », est composé, en vertu de l'article L. 280 du Code électoral, des députés et sénateurs, des conseillers régionaux de la section départementale correspondant au département et des conseillers de l'assemblée de Corse désignés dans les conditions prévues par le Code électoral, des conseillers à l'assemblée de Guyane et des conseillers à l'assemblée de Martinique, des conseillers départementaux et des délégués des conseils municipaux ou des suppléants de ces délégués.

Pourquoi le Code du travail impose à l'employeur d'organiser les élections par collèges électoraux ? Permettent-ils une meilleure représentation des salariés ? L'organisation des élections par groupe est une nécessité en matière d'élections professionnelles en entreprise car le vote en commun par groupe de salariés pour élire ses propres représentants permet une représentation des salariés en adéquation avec leurs intérêts et leurs attentes. En effet, les intérêts et les attentes des salariés peuvent varier selon la catégorie de salariés. Il est donc indispensable pour chaque catégorie d'avoir des représentants propres. Ne serait-il pas

opportun d'appliquer le même concept à toutes les élections en matière politique ? Diviser la population française en catégorie n'aurait aucune utilité, les français sont réunis en une seule catégorie celle de citoyen. En plus de n'avoir aucun intérêt et de s'avérer trop compliqué, diviser les électeurs français en catégorie serait, sans aucun doute, discriminatoire.

B) Les spécificités des règles relatives à l'éligibilité

Les conditions d'éligibilité des salariés aux fonctions de représentants du personnel sont adaptées aux élections dans l'entreprise (1), ces mêmes élections qui conduisent à un régime particulier des candidatures (2).

1) Des conditions d'éligibilité particulières

Tout comme pour les élections politiques, les conditions d'éligibilité aux élections dans l'entreprise subissent un alourdissement par rapport à celles déterminant l'électorat. Si les conditions pour être candidat sont aggravées dans ces deux types d'élection, elles sont pour certaines différentes. Concernant la condition d'âge pour être éligible, elle est fixée à la majorité civile donc à 18 ans tant pour les élections présidentielles ou législatives que pour les élections dans l'entreprise. En revanche, pour les élections sénatoriales, le candidat doit être âgé d'au moins 24 ans pour se présenter. Dans les élections politiques, d'autre part, la condition d'ancienneté n'a pas lieu d'être, elle s'impose, cependant, aux candidats aux élections dans l'entreprise qui doivent avoir travaillé au moins 1 an dans l'entreprise. Enfin, contrairement aux élections politiques, le Code du travail ne pose aucune condition de nationalité pour être éligible. Cette exigence a été supprimée tout comme celle de la connaissance de la langue française par la loi du 28 octobre 1982. Savoir lire et écrire n'est plus une condition d'éligibilité.

2) Un régime des candidatures particulier

Election politique et election dans l'entreprise s'opposent notamment dans leur régime des candidatures. En effet, le candidat aux élections politiques ne doit pas nécessairement être investi par un groupement, une organisation ou un parti politique même s'il est évident que

les chances d'être élu, d'un candidat qui n'est pas investi et soutenu par un parti politique, sont moindres. La règle est toute autre pour les élections dans l'entreprise puisque le droit de présentation des candidatures est réservé aux organisations syndicales. En effet, les organisations syndicales disposent au premier tour d'un monopole de la présentation des candidats. La liste des syndicats habilités à présenter des listes de candidats est limitative. Seules les organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement, affiliées à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel ou encore 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 concerné ont la faculté de présenter des listes de candidats.

Une liste commune peut, notamment, être présentée. En effet, l'article L. 2122-3 du Code du travail permet aux organisations syndicales de déposer une liste commune de candidats pour les élections professionnelles. Lors du dépôt de cette liste commune, les organisations syndicales la composant peuvent prévoir une clé de répartition des suffrages entre elles. A défaut d'un tel accord, la répartition doit se faire à parts égales. Lorsque les organisations syndicales conviennent de la répartition des suffrages, celle-ci doit alors être retranscrite dans un document écrit et signé par les syndicats composants la liste commune. Elle doit également être portée à la connaissance de l'employeur et des électeurs sous peine de voir la répartition se faire à parts égales⁴⁸⁶. L'option des listes communes est choisie lorsque pour une organisation syndicale, le franchissement du seuil de 10% des suffrages se révèle difficile. Si des organisations syndicales s'unissent avec pour objectif commun le franchissement de ce seuil, elles ne doivent, cependant, pas négliger la négociation de la répartition des suffrages au sein de la liste commune, car elle déterminera l'audience propre de chaque organisation syndicale composant la liste commune. Les organisations syndicales composant la liste commune doivent être précisées, mais le formalisme reste libre. Un protocole d'accord préélectoral peut, toutefois, préciser les modalités de dépôt des listes de candidats. Ce monopole disparaît au second tour, les candidatures deviennent libres. Ainsi, au second tour, tout salarié peut se présenter. De plus, l'exigence d'un parrainage par des

⁴⁸⁶ Soc., 13 janv. 2010, n° 09-60.208.

titulaires de mandats électifs pour l'élection présidentielle n'a pas vocation à s'appliquer aux élections dans l'entreprise⁴⁸⁷.

II/ Les spécificités des règles relatives au vote

Le droit électoral de l'entreprise se construit en tenant compte du particularisme des élections organisées au sein de l'entreprise, et ne peut se voir transposer toutes les règles de droit commun. Ce droit souligne la particularité de ces élections, en instaurant des règles spécifiques relatives au mode de scrutin **(A)**, il en fait de même pour les règles relatives à l'opération et au contentieux électoral **(B)**.

A) Les spécificités des règles relatives au mode de scrutin

Les modes de scrutin utilisés dans les élections politiques, qu'il s'agisse d'élection présidentielle, législative ou municipale par exemple, et dans les élections dans l'entreprise diffèrent. Ainsi, pour l'élection présidentielle, le scrutin est un scrutin uninominal majoritaire à deux tours, ce qui implique que pour être élu au premier tour, le candidat doit réunir la majorité absolue des suffrages exprimés. Seuls deux candidats sont autorisés à se présenter au 2nd tour, il s'agit des deux candidats ayant obtenu le plus grand nombre de suffrages au premier tour. Pour être élu au 2nd tour, le candidat doit obtenir la majorité des suffrages exprimés. Pour les élections législatives, les députés sont élus par les citoyens au suffrage universel direct, au scrutin majoritaire à deux tours par circonscription. Le candidat doit recueillir pour être élu au 1^{er} tour plus de 50% des suffrages exprimés, et au moins 25% des voix des électeurs inscrits. A défaut, il est procédé à un 2nd tour où seuls les candidats arrivés en tête au premier tour peuvent se maintenir. Est élu au 2nd tour, le candidat qui obtient le plus grand nombre de suffrage. En revanche, en matière d'élection municipale, les conseillers municipaux sont élus au scrutin proportionnel, de liste, à deux tours avec prime majoritaire accordée à la liste arrivée en tête. Ce mode de scrutin implique que la liste qui obtient, au 1^{er} tour, la majorité absolue des suffrages exprimés (50% des voix plus une) reçoit un nombre de

⁴⁸⁷ Pour être recevable, une candidature à la présidentielle doit être parrainée par au moins 500 citoyens titulaires de mandats électifs définis par la loi organique. Parmi les 500 parrains, doivent impérativement figurer des élus d'au moins 30 départements ou territoires d'Outre-Mer et sans que plus de 10% d'entre eux puissent être du même département ou territoire d'Outre-Mer.

sièges égal à la moitié des sièges à pourvoir. Pour ce qui est des autres sièges, ils sont répartis à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne entre toutes les listes ayant obtenu plus de 5% des suffrages exprimés en fonction du nombre de suffrages obtenus. Si de tels résultats ne sont pas obtenus au 1^{er} tour, un 2nd tour est organisé où seules les listes ayant obtenu au moins 10% des suffrages exprimés au 1^{er} tour sont autorisées à se présenter. Une fusion de listes est possible au 2nd tour entre celles ayant obtenu au moins 5% des suffrages exprimés et ayant obtenu plus de 10%.

Alors que, dans les élections en entreprise le mode de scrutin est le scrutin de liste à deux tours avec représentation proportionnelle à la plus forte moyenne. Les électeurs votent donc pour une liste et non pas pour des candidats isolément. Il s'agit d'un scrutin à deux tours, mais contrairement aux élections politiques, l'organisation d'un 2nd tour dépend du quorum qui a été ou pas atteint et non pas des résultats au 1^{er} tour. Le choix d'une représentation proportionnelle pour l'élection des représentants du personnel, à l'exception du comité central d'entreprise, est marqué par la volonté d'aboutir à une représentation diversifiée des tendances exprimées au sein de l'entreprise⁴⁸⁸.

B) Les spécificités des règles relatives à l'opération et au contentieux électoral

Le particularisme du processus électoral **(1)** conduit au particularisme de son contentieux **(2)**.

1) Le particularisme du processus électoral en entreprise

Dans toutes les phases du processus électoral, que ce soit antérieurement au vote **(a)** ou postérieurement au vote **(b)**, des règles adaptées à la particularité de l'entreprise s'appliquent.

⁴⁸⁸ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Dalloz, 2^{ème} édition, 2011, p.740.

a) Le particularisme des règles relatives à la phase antérieure au vote

Les élections professionnelles dans l'entreprise ont un électorat particulier (α), amené à voter dans des circonscriptions électorales singulières (β).

α) La singularité de certaines règles relatives aux électeurs

Le recensement des électeurs diffère selon qu'il s'agisse d'élection politique ou d'élection en entreprise, celles-ci ayant lieu à deux niveaux différents. Une liste électorale doit être établie pour ces deux types d'élections mais le procédé utilisé à cette fin est différent. En matière d'élection politique, chaque commune établit une liste électorale qui fait l'objet d'une révision annuelle. En matière d'élection au comité d'entreprise et aux fonctions de délégués du personnel, en revanche, aucune révision annuelle des listes d'électeurs n'est prévue. Ces dernières ne sont pas permanentes mais spécialement établies à l'occasion d'une élection. La faculté d'établissement d'une liste électorale incombe à la direction de l'entreprise, celle-ci disposant de toutes les informations sur le personnel de l'entreprise. Les oublis d'inscription sur les listes électorales de salariés remplissant les conditions d'électorat sont peu fréquents, les organisations syndicales veillant aux inscriptions sur les listes notamment en raison de la forte portée de telles élections.

Concernant les procédés de convocation des électeurs, il faut souligner que lorsque l'employeur organise dans son entreprise des élections pour la désignation des membres des comités d'entreprise et des délégués du personnel, il lui revient de convoquer les électeurs à cette fin. L'inspecteur du travail et les organisations syndicales veillent à l'exécution de cette obligation dans les entreprises assujetties à la mise en place des institutions représentatives du personnel. Pour les élections politiques, peu importe leur nature, législative ou locale par exemple, les électeurs sont, en principe, réunis par une convocation du gouvernement ou du préfet.

β) La singularité des circonscriptions électorales

Les circonscriptions électorales, autrement dit les zones au sein desquelles sont organisées les élections, ne sont pas les mêmes. Pour les élections des membres des comités d'entreprise et des délégués du personnel, la circonscription électorale est l'établissement et plus généralement l'entreprise, ce qui paraît d'une grande logique puisque les élections

s'organisent à cette échelle. Alors que pour les élections législatives, les circonscriptions électorales sont formées d'une partie des départements ou secteurs, pour les élections au conseil général, des cantons, et pour les élections municipales, de la commune.

b) Le particularisme des règles relatives à l'organisation du vote

L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise appelle des règles particulières notamment sur le lieu et le temps de vote.

Où le vote doit-il être organisé ? La question du lieu d'organisation des élections pour la désignation des représentants du personnel trouve une réponse relativement simple. Les locaux de l'établissement ou de l'entreprise, par conséquent les lieux de travail, servent de lieux de vote. En ce qui concerne les élections politiques, les lieux de vote sont déterminés d'un point de vue territorial et de sorte qu'une commune dispose d'au moins un bureau de vote et autant que l'exigent les circonstances locales et le nombre d'électeurs. En pratique, à chaque bureau de vote est affecté un périmètre géographique.

Quand le vote doit-il être organisé ? Toutes les élections politiques se voient appliquer le principe du vote dominical. Pour les élections dans l'entreprise, c'est le principe inverse qui s'applique, le vote doit avoir lieu un jour ouvrable. Aucune disposition du Code du travail ne pose cette règle mais elle semble, toutefois, aller de soi. Un accord contraire peut être conclu entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives existantes dans l'entreprise.

Section 2 : L'influence du concept des élections politiques

Il n'y a nul doute sur ce point, les carences du droit électoral de l'entreprise justifient l'utilisation de certaines règles électorales politiques (2§), mais un autre concept politique inspire les élections dans l'entreprise, celui de légitimité démocratique (§1).

§1) L'influence du principe de légitimité démocratique

Le droit du travail et plus particulièrement le droit des élections dans l'entreprise sont constamment à la quête d'une légitimité semblable à celle de la représentation politique (I). Si

sur le principe ces deux types d'élections se rejoignent, les mécanismes utilisés à cette fin sont différents (II).

I/ Une légitimité plagiée sur celle de la représentation politique

Pour de nombreux publicistes, l'élection attribue la qualité de représentant. Election et fonction de représentation sont incontestablement liées. La légitimité des représentants politiques découle de leur élection. En matière politique, le degré de légitimité varie selon qu'il s'agisse d'une élection au suffrage universel indirect ou direct, la dernière étant plus légitime, ou selon qu'il s'agisse d'un suffrage censitaire, d'une nomination ou d'hérédité, les deux premières étant dans ce cas plus légitime. Le degré de légitimité varie également en fonction du champ géographique de l'élection.

Le droit du travail cherche à transposer cette légitimité démocratique politique à la représentation des salariés. Ce qui semble en contradiction avec l'objet même du syndicalisme. Les syndicats disposaient initialement d'une « légitimité sociologique ». En effet, « la représentativité du syndicat procédait bien plus d'un rapport d'identification (fait sociologique) que de la pure logique liée à une arithmétique du suffrage (logique politique) »⁴⁸⁹. Désormais, prévaut le concept selon lequel la représentativité syndicale est fondatrice d'une représentation de type politique⁴⁹⁰.

La loi du 20 août 2008 a renforcé cette légitimité issue des urnes, en posant le critère de l'audience électorale. En mettant fin à la présomption de responsabilité et en imposant des critères de représentativité, la loi de 2008 a sacralisé l'élection, et a montré la volonté du législateur d'aller vers une légitimité renforcée.

La crédibilité de la négociation collective découle notamment de la représentativité et résulte, en partie, des élections dans l'entreprise⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ V. Bernaud, Est-il pertinent de penser la représentation syndicale en fonction des critères relatifs à la représentation politique ?, Dr. soc. 2013, p. 496.

⁴⁹⁰ F. Petit, La notion de représentation dans les relations collectives du travail, LGDJ, 2000, p. 335.

⁴⁹¹ A. Mazeaud, Un nouveau droit syndical ou un droit syndical rénové ?, JCP S 2012. 1240.

II/ Une légitimité différente

Pour certains auteurs, la transposition de la légitimité démocratique en droit du travail paraît inopportune, en ce qu'elle a vocation à dénaturer certains concepts du droit constitutionnel, et qu'une transposition sans adaptation, sans réflexion ne semble pas pertinente. Plusieurs constats permettent de conclure que la représentativité syndicale ne dispose pas tout à fait de la même légitimité démocratique que la représentation politique. Ainsi, le critère de l'audience électorale est de nature à remettre en cause la fonction de légitimation de l'élection. C'est ce que retient Mme Valérie Bernaud qui a affirmé qu' « en exigeant que soit dépassé un seuil quantitatif de 10% ou 8%, on impose une idée arithmétique de concurrence des légitimités qui n'est pas justifiable si on postule que la légitimité repose sur un même critère qui est l'élection (à le supposer pertinent : soit l'élection rend légitime, soit elle ne rend pas légitime, peu importe alors le score réalisé) »⁴⁹². Ensuite, la légitimité, tirée en partie de l'élection, ne permet pas aux syndicats de disposer des mêmes prérogatives que les représentants politiques, puisqu'ils n'ont pas le pouvoir de légiférer. Représentation politique et représentation des salariés sont deux types de représentations bien différents qui ne peuvent se substituer.

§2) L'influence des règles électorales politiques : les principes généraux du droit électoral

L'objet même des principes généraux du droit électoral est qu'ils ont une vocation naturelle à s'appliquer à toutes les élections, et cela peu importe l'objet des élections **(I)** ; et c'est pour cette raison que la chambre sociale de la cour de cassation ne cesse de les appliquer aux élections professionnelles dans l'entreprise **(II)**.

⁴⁹² V. Bernaud, Est-il pertinent de penser la représentation syndicale en fonction des critères relatifs à la représentation politique ?, Dr. soc. 2013, p. 496.

I/ L'universalité des principes généraux du droit électoral politique

A l'origine, les principes généraux du droit électoral ont été créés pour les élections politiques (A), mais le législateur a étendu leur champ d'application aux élections dans l'entreprise (B).

A) Les principes généraux du droit électoral : principes de droit commun initialement applicables aux élections politiques

Avant de s'interroger sur la portée des principes généraux du droit électoral (2), il convient de préciser les contours de cette notion (1).

1) La notion de principes généraux du droit électoral

Les principes généraux du droit électoral sont une large notion regroupant un ensemble de principes ou de règles relatives aux élections, mais qui ne fait l'objet d'aucune définition juridique ni d'aucune énumération. Tant le Code électoral que le Code du travail font expressément référence à ces principes sans plus de précision quant à leur contenu. Le législateur est donc resté muet sur les catégories de normes concernées, ce qui surprend, d'autant plus qu'une grande partie de la réglementation des élections des représentants du personnel est subordonnée au respect de ces principes.

La doctrine s'interroge cependant sur les intentions du législateur. Celui-ci visait-il les règles de droit commun du Code électoral ou globalement l'ensemble des principes généraux du droit, même ceux ne faisant pas l'objet d'une consécration législative⁴⁹³. La chambre sociale semble retenir la deuxième solution. Les principes généraux du droit électoral sont une source de droit non écrit, mais leur application par le juge implique souvent la référence à des textes écrits. Ainsi, de nombreux arrêts de la cour de cassation faisant référence aux principes généraux du droit électoral sont rendus au visa d'articles du Code électoral⁴⁹⁴. On peut donc

⁴⁹³ F. Petit, L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise, Droit social, 2000, p. 603.

⁴⁹⁴ M. de Béchillon, « La notion de principe général en droit privé », 1998, PUAM, p. 54.

en déduire que « l'invocation des principes généraux du droit électoral sert de prétexte à l'application dans l'entreprise d'une disposition expresse du Code électoral »⁴⁹⁵.

Les principes généraux du droit électoral sont également caractérisés par leur généralité. L'imprécision du contenu de ces principes leur attribue une généralité et universalité incontestable. Dans la pratique, les juges de la Cour de cassation usent des principes généraux du droit électoral afin de construire un droit des élections dans l'entreprise. L'inadaptation de certaines dispositions du Code électoral aux élections des représentants du personnel les ont conduits à s'adapter. Ainsi, régulièrement, les solutions de la Cour de cassation utilisent simplement comme expression, que la solution « ne méconnaît pas » ou « n'est pas contraire aux principes généraux du droit électoral ». Par ces termes, les juges de la chambre sociale renforcent leur généralité, et pour certains auteurs conduit même à douter de leur existence. Par conséquent, les principes généraux du droit électoral sont des instruments mis à la disposition du juge afin de pouvoir instituer des règles de droit électoral de l'entreprise sous l'inspiration des règles de droit commun électoral ou plus simplement en les transposant.

2) La portée des principes généraux du droit électoral

Les caractéristiques des principes généraux du droit électoral amènent à penser qu'ils entrent dans la catégorie des principes généraux du droit. En effet, les principes généraux du droit électoral, tout comme les principes généraux du droit, constituent une source du droit non écrite. Ils sont dotés d'une généralité plus marquée que celle de toutes les règles de droit et ont une place avantageuse dans la hiérarchie des normes. Pour certains auteurs⁴⁹⁶ et pour l'administration⁴⁹⁷, il n'y a pas lieu de douter de la qualification des principes généraux du droit électoral comme principes généraux du droit. Mais certains constats font obstacle à ce rattachement ou conduisent plutôt à faire le tri. Seuls certains principes généraux du droit électoral pourraient être qualifiés de principes généraux du droit. En effet, les règles faisant l'objet de nombreuses restrictions ne peuvent être qualifiées de principes généraux du droit, notamment en raison du fait que les PGD s'imposent à tous.

⁴⁹⁵ F. Petit, L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise, *Droit social*, 2000, p. 603.

⁴⁹⁶ Dont le Professeur R. Chapus, par exemple, qui rattache les principes généraux du droit électoral à la catégorie des principes généraux du droit.

⁴⁹⁷ Qui intervient dans l'organisation des élections des représentants du personnel en vertu des articles L. 423-3 al. 3 et L. 433-2 al. 7 du code du travail.

L'admission par la Cour de cassation de la possibilité de déroger à l'application de la règle qui pose l'obligation d'utiliser des bulletins blancs lorsque l'intérêt des électeurs le justifie⁴⁹⁸, est de nature à remettre en cause la qualification de principe général du droit. On s'étonne de ce constat à la lecture des articles L. 423-13 et L. 433-9 du Code du travail, selon lesquels un accord préélectoral « doit respecter les principes généraux du droit électoral ». En vertu de ces prescriptions, il devrait être impossible de déroger par convention aux principes généraux du droit électoral, et pourtant la jurisprudence l'a admis dans l'arrêt du 11 mars 1992.

Mais ce type de dérogation reste unique, les juges ne cessent de prouver leur volonté de « garantir l'effectivité des règles qu'il fait dériver de l'application des principes généraux du droit électoral », comme « par exemple dans l'arrêt du 9 juin 1998⁴⁹⁹ » où « la cour de cassation précise qu'aucun accord ne pourra déroger à la règle du secret du scrutin »⁵⁰⁰.

B) La référence aux principes généraux du droit électoral dans les élections en entreprise

Le législateur a imposé en 1982⁵⁰¹ le respect des principes généraux du droit électoral par les acteurs des élections en entreprise et plus généralement des élections professionnelles. Si le recours aux principes généraux du droit électoral n'a été consacré législativement en matière d'élection professionnelle qu'en 1982, les juges de la chambre sociale de la cour de cassation en avaient déjà pris l'initiative antérieurement. Le législateur a marqué dans le Code du travail l'importance du respect de ces principes, tant en matière d'élection que pour la conclusion de certains accords⁵⁰². Conséquence de cette obligation, les accords conclus entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées pour régler les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales, doivent impérativement respecter les principes généraux du droit électoral.

⁴⁹⁸ Soc., 11 mars 1992, Bull. V. n° 174, p. 107.

⁴⁹⁹ Soc., 9 juin 1998, 2^{ème} esp., RJS 1998, p. 569, n° 884.

⁵⁰⁰ F. Petit, Les principes généraux du droit électoral dans la jurisprudence de la chambre sociale de la cour de cassation, Recueil Dalloz, 2005, p. 1815.

⁵⁰¹ Loi n°82 915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

⁵⁰² A titre d'exemple, l'article L. 132-26, III, alinéa 4 du code du travail dispose que l'accord signé par un salarié, mandaté doit avoir été approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions fixées par décret et devant respecter les principes généraux du droit électoral.

II/ L'usage des principes généraux du droit électoral par la chambre sociale

La chambre sociale ne se restreint pas dans l'application des principes généraux du droit électoral. Elle fait tantôt référence à une règle spécifique (**A**), et tantôt référence aux principes généraux du droit électoral dans leur globalité (**B**).

A) La référence à un principe général du droit électoral spécifique

La chambre sociale fait appel à de nombreux principes généraux du droit électoral bien déterminés (**2**) dont celui de liberté des électeurs (**1**).

1) Le principe de liberté des électeurs

Le principe de liberté des électeurs, également appelé « principe de libre détermination des électeurs » est l'un des principes généraux du droit électoral le plus connu, tant en matière d'élection politique qu'en matière d'élection professionnelle. De ce principe, découlent les principes de secret du vote (**a**) et de sincérité du scrutin (**b**), dont la chambre sociale veille scrupuleusement au respect.

a) Le principe de secret du vote

Le secret du vote est un principe général de droit commun, dont la chambre sociale de la cour de cassation fait expressément référence à l'occasion du contentieux électoral d'entreprise. Si cette même chambre peut faire preuve de souplesse dans l'organisation du vote, elle ne peut négliger le respect du secret du vote. Aucune convention, même légalement formée, ne peut déroger à ce principe. A ce titre, la cour de cassation a jugé que l'accord qui prévoit en cas d'égalité des voix, pour les élections au comité d'entreprise, qu' « est élu le candidat pour lequel a ou ont voté le ou les élus des listes ayant obtenu le plus grand nombre de suffrages aux élections du comité d'établissement », méconnaît la règle de secret du scrutin et ne peut produire d'effet⁵⁰³.

⁵⁰³ Soc. 9 juin 1998, 2^{ème} esp., RJS 1998, p. 569, n° 884.

Le particularisme des élections en entreprise rend impossible l'application de certaines dispositions du Code électoral garantissant le secret du vote. La cour de cassation se permet donc d'adapter certaines règles du Code électoral au format de l'entreprise en veillant toutefois au respect du principe du secret du vote. Concernant le dispositif d'isolement, la Cour de cassation a, ainsi, affirmé que l'employeur n'est pas tenu d'installer des isolements similaires à ceux utilisés pour les élections politiques, mais doit simplement mettre à disposition des électeurs un dispositif leur permettant l'isolement⁵⁰⁴. Les dispositifs d'isolement admis sont donc plus nombreux en entreprise, mais ne doivent pas pour autant méconnaître ce principe de secret du vote. Ne méconnaît pas ce principe, le dispositif permettant l'isolement grâce à un rideau ou la mise à disposition d'une pièce indépendante. En revanche, y est contraire tout dispositif permettant de voir les bulletins que les salariés glissent dans l'enveloppe ainsi que les votes collectifs⁵⁰⁵. Ce principe de secret du vote s'applique également au vote par correspondance et au vote électronique tout comme pour les élections politiques. Si le vote physique est le principe, le vote par correspondance et le vote électronique en sont les exceptions. En effet, la Cour de cassation considère que le vote physique n'est pas un principe général et d'ordre public du droit électoral, et que par conséquent, un protocole préélectoral peut y déroger en prévoyant pour les élections qu'il organise le recours au vote par correspondance⁵⁰⁶. Ces modes de vote, particulier en ce qu'ils ne se déroulent pas au sein de l'entreprise, ne sont pas exonérés du respect du secret du vote. Les juges veillent scrupuleusement au respect du secret du vote en matière de vote par correspondance. Ils exigent pour que le vote soit validé, que soient envoyées à l'électeur deux enveloppes, l'une contenant le bulletin et ne faisant apparaître aucun signe distinctif, l'autre contenant la première enveloppe et faisant apparaître les nom, prénom, adresse et signature du votant. L'enveloppe extérieure permet au bureau de vote d'enregistrer l'identité du votant et l'enveloppe intérieure est glissée dans l'urne par ce dernier. Ce mécanisme permet de préserver le secret du vote. La chambre sociale a également jugé que le recours au vote par correspondance avec possible lecture par code-barres ne peut être admis, que si le protocole préélectoral prend des mesures préservant le secret du vote⁵⁰⁷. Le secret du vote électronique n'est pas négligé par la jurisprudence. Elle considère que la communication du code PIN secret et du mot de passe, que doit posséder l'électeur pour procéder au vote, sur sa

⁵⁰⁴ Soc., 12 octobre 2000, n° 99-60.368.

⁵⁰⁵ L. Pécaut-Rivolier, *L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise*, droit social, 2013, p. 502.

⁵⁰⁶ Soc., 13 février 2013, n° 11-25.696, D. 2013. 513 ; Dr. soc. 2013. 372, obs. F. Petit.

⁵⁰⁷ Soc., 10 mai 2012, n° 11-25.029, D. 2012. 1341, Bull. civ. V, n° 140.

messagerie professionnelle sans qu'aucune précaution ne soit prise pour s'assurer que ces codes ne puissent être vus par une autre personne, ne garantit pas le secret du vote⁵⁰⁸.

b) Le principe de sincérité du scrutin

La notion de sincérité du scrutin est l'une des plus répandues du droit électoral politique et de l'entreprise. Le juge utilise régulièrement cette notion dans ces décisions et lui accorde un rôle fondamental puisque le sort du contentieux dépend de son respect. Généralement, on peut définir la sincérité du scrutin comme le révélateur de la volonté réelle de l'électeur. La question qui se pose est donc de savoir ce qui permet de garantir cette sincérité du scrutin. La densité des jurisprudences rendues montre toute la difficulté d'apporter une réponse complète. Cette notion hybride s'inscrit dans le registre des principes généraux du droit électoral, tant applicable aux élections politiques qu'aux élections professionnelles.

Madame Laurence Pécaut-Rivolier décline ce principe en deux axes pour le rendre plus clair. Elle suggère, tout d'abord, que la sincérité implique une transparence des données du vote. Ainsi, les salariés doivent être informés de manière précise des candidatures, des conditions de déroulement du scrutin et des conséquences de leur vote. Toutes les mesures doivent être prises afin que les électeurs votent en connaissance de cause. La jurisprudence s'appuie principalement sur l'obligation d'information qui pèse sur l'employeur, mais depuis peu, elle exige des organisations syndicales habilitées à présenter des listes de candidatures, de respecter cette obligation de transparence. Ensuite, elle associe sincérité et fiabilité. Elle entend par là que la sincérité du scrutin implique la fiabilité des résultats. Autrement dit que les résultats du vote doivent refléter la volonté exprimée par les électeurs⁵⁰⁹.

2) Les autres principes généraux du droit électoral transposés aux élections dans l'entreprise

La chambre sociale use également de règles relatives à l'organisation des élections **(b)**, mais surtout elle tente de transposer le principe d'égalité aux élections dans l'entreprise **(a)**.

⁵⁰⁸ Soc., 27 février 2013, n° 12-14.415, D. 2013. 645.

⁵⁰⁹ L. Pécaut-Rivolier, L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise, droit social, 2013, p. 502.

a) Le principe d'égalité

Le principe d'égalité trouve également sa place dans les élections en entreprise. La cour de cassation applique ce principe à l'égard des candidats d'une part. Elle retient, par exemple, qu'en vertu des principes généraux du droit électoral, l'égalité des candidats dans les élections professionnelles implique nécessairement « l'utilisation de bulletins blancs pour tous les candidats comme le prévoit l'article 66 du Code électoral en matière d'élection politique »⁵¹⁰.

Le monopole de présentation des candidatures au premier tour des élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise détenu par les organisations syndicales, ne contrevient pas à ce principe. Ce principe ne permet pas, également, de remettre en cause la répartition définitive des candidatures entre collèges électoraux. Le principe est identique pour les électeurs, ceux-ci sont également répartis entre collèges électoraux, et un électeur ne peut librement basculer dans l'autre collège électoral, mais l'application de ce principe n'est pas écartée au sein des collèges électoraux. Concrètement, ce principe vise principalement l'égalité des moyens entre les candidats, particulièrement dans le cadre des opérations de propagande. Les articles du Code du travail qui posent le principe de neutralité de l'employeur, sont inspirés du principe d'égalité. La souplesse des conditions d'éligibilité semble également être influencée par ce principe d'égalité.

b) Les règles d'organisation

Face aux carences du droit électoral de l'entreprise, la chambre sociale puise dans le Code électoral des règles d'organisation matérielle (α) et de déroulement du scrutin (β).

α) L'influence des règles d'organisation matérielle des élections

L'étude de la jurisprudence montre l'influence qu'a le Code électoral sur les juges de la chambre sociale. Il arrive à ces derniers de renvoyer expressément au Code électoral, et particulièrement aux principes généraux du droit électoral, mais il leur arrive également de s'y référer sans nécessairement justifier leurs décisions par l'application de ces principes.

⁵¹⁰ Soc. 11 mars 1992, Bull. civ. V, n° 174, D. 1992, IR p. 105.

Les règles de droit commun électoral relatives à l'organisation matérielle des élections, constituent une référence de premier choix pour les juges de la chambre sociale. Le respect des règles de droit commun destinées à garantir la liberté des électeurs et la sincérité du scrutin, est également nécessaire en matière d'élections professionnelles dans l'entreprise. A titre d'exemple, la Cour de cassation a usé des articles L. 67 et R. 47 du Code électoral, qui prévoient la possible désignation de scrutateurs chargés de la surveillance du déroulement des scrutins, pour refuser le droit à l'employeur de s'opposer à la présence de représentants syndicaux pour contrôler la régularité du scrutin⁵¹¹. La désignation de délégués de liste⁵¹² s'inscrit dans cette lignée, puisque ces représentants dont la fonction est de contrôler le déroulement des scrutins sont semblables à ceux que le Code électoral décrit. Cette règle qui relève du droit commun électoral est d'ordre public, un accord préélectoral ne peut alors y déroger. Pour autant, la Cour de cassation ne considère pas cette règle comme découlant de l'application des principes généraux du droit électoral.

L'imprécision du Code du travail sur les informations que doivent contenir les listes électorales, pousse également la jurisprudence à user du droit commun électoral. Sur ce point, en effet, la cour de cassation s'est expressément référée au droit commun électoral dans un arrêt du 6 juillet 1976, dans lequel elle a affirmé que « si le Code du travail n'indique pas les mentions qui doivent figurer à la suite des noms inscrits sur la liste électorale, il est toutefois indispensable que, conformément au droit commun électoral, soient mentionnés à la suite du nom des inscrits au moins leur lieu et date de naissance, ainsi que leur domicile, afin de permettre leur identification et de vérifier éventuellement s'ils remplissent les conditions générales d'électorat et d'éligibilité ». La référence au droit commun électoral s'est poursuivie après 1982⁵¹³. Pour diverses raisons, notamment parce qu'il existe d'autres manières de prendre connaissance des domiciles des électeurs, la jurisprudence a admis des assouplissements à cette règle comme l'obligation pour un protocole d'accord préélectoral de ne pas mentionner le domicile des électeurs sur les listes électorales⁵¹⁴.

La Cour de cassation a plusieurs fois souligné « qu'à défaut de dispositions spéciales dans le Code du travail, celles du droit commun électoral sont applicables »⁵¹⁵. L'usage par la

⁵¹¹ Soc., 26 mai 1976, Bull. V n° 330, p. 272.

⁵¹² Institution mise en place depuis la réforme de 1982.

⁵¹³ Soc., 20 mars 1985, Bull. V n° 195 p. 140 ; Soc., 19 juin 1987, Bull. V n° 411 p. 260 ; Soc., 2 octobre 1991, RJS 11/91 n° 1222.

⁵¹⁴ Soc., 2 octobre 1991, RJS 11/91 n° 1222.

⁵¹⁵ Soc., 20 mars 1985 et 19 juin 1987, Bull. V n° 411 p. 260.

jurisprudence des règles relatives au déroulement du scrutin le prouve, bien que cette formule ait disparu dans les jurisprudences ultérieures.

β) L'influence des règles relatives au déroulement du scrutin

Diverses dispositions relatives au déroulement du scrutin sont communément appliquées aux élections politiques et aux élections des représentants du personnel. La Cour de cassation s'est, par exemple, référée à la lettre de l'article 66 du Code électoral qui dispose que « les bulletins blancs, ceux ne contenant pas une désignation suffisante ou dans lesquels les votants se sont fait connaître, les bulletins trouvés dans l'urne sans enveloppes ou dans des enveloppes non réglementaire, les bulletins écrits sur papier couleur, les bulletins ou enveloppes portant des mentions injurieuses pour des candidats ou pour des tiers n'entrent pas dans le résultat du dépouillement ». Elle affirme ainsi qu'il convient lors du dépouillement de compter séparément les bulletins blancs et nuls qui ne doivent pas être comptabilisés dans le résultat du dépouillement pour l'attribution des sièges.

Si la Cour de cassation se réfère à des dispositions particulières du Code électoral qui prouve qu'une partie du Code électoral est directement applicable dans l'entreprise, elle emploie également le droit commun électoral ou les principes généraux du droit électoral dans leur globalité⁵¹⁶.

B) La référence aux principes généraux du droit électoral dans leur globalité

Dans de nombreux arrêts, les juges évoquent de manière indéterminée les principes généraux du droit électoral. Dans ces cas, ils affirment simplement que la situation litigieuse ne respecte pas les principes généraux du droit électoral ou qu'elle y est contraire. Cela permet dans certains cas de suppléer la loi, et dans d'autres cas d'adapter la loi. En effet, l'invocation de principes indéterminés permet de compléter le dispositif électoral. Les juges de la Cour de cassation ont ainsi mis en place l'obligation pour l'employeur de reproduire le sigle du syndicat sur les bulletins de vote et le matériel de propagande électoral en vertu des principes généraux du droit électoral, en considérant que cette obligation n'était pas de nature

⁵¹⁶ F. Petit, L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise, Droit social 2000, p. 603.

à méconnaître les principes généraux du droit électoral⁵¹⁷. Elle a également posé l'obligation pour l'employeur de communiquer une circulaire de propagande des syndicats présentant des candidats, aux salariés votant par correspondance en l'absence d'accord entre les partenaires sociaux, en jugeant que cela ne méconnaissait pas les principes généraux du droit électoral⁵¹⁸. Cette forme de motivation a un grand intérêt. Il permet d'abord de faire face aux carences de la législation relative aux élections professionnelles. Elle permet donc de pallier le vide juridique, et l'inadaptation de certaines règles du Code électoral aux élections dans l'entreprise. Si par cette voie, le juge crée de nouvelles règles, celles-ci restent cohérentes vis-à-vis des règles déjà existantes.

La portée de ces normes créées par le biais des principes généraux du droit électoral est réelle puisque elles entrent dans le rang des principes généraux du droit, et que par conséquent elles ne peuvent, en principe, être écartées. Cela a toutefois suscité quelques critiques. En effet, comme le souligne Monsieur Franck Petit, « les principes généraux du droit constituent sous cette forme un standard à la disposition du juge dont il pourrait à sa guise modifier le contenu ; la sécurité juridique ne s'en trouverait-elle pas menacée ? Ce renvoi à des règles au contenu incertain serait presque un encouragement, pour les juges à se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire à travers les causes qui leur seraient soumises ; les magistrats deviendraient non plus les serviteurs et les interprètes de la loi, mais les suppléants du législateur »⁵¹⁹. Le recours aux principes généraux du droit électoral offre également la possibilité au juge d'adapter certaines dispositions du Code électoral aux réalités de l'entreprise. Ces principes sont investis d'une fonction d'adaptation de la loi⁵²⁰ du Code électoral aux élections dans l'entreprise. L'étude du contentieux électoral amène à la conclusion que les juges ont la faculté d'adapter les règles du Code électoral aux spécificités de l'entreprise. La Cour de cassation a, ainsi, jugé que l'article L. 54 du Code électoral qui prévoit que le vote doit s'effectuer sur une seule journée, était inadapté à l'entreprise, au motif que l'élection a lieu pendant le temps de travail, et que tous les salariés ne peuvent être présents dans l'entreprise ce même jour⁵²¹.

⁵¹⁷ Soc., 25 juin 1987, Bull. civ. V, n° 431.

⁵¹⁸ Soc., 6 juillet 1983, Bull. civ. V, n° 402.

⁵¹⁹ F. Petit, Les principes généraux du droit électoral dans la jurisprudence de la chambre sociale de la cour de cassation, recueil dalloz, 2005, p. 1815.

⁵²⁰ M. J.-L. Aubert, Introduction au droit, coll. U, Armand Colin, 9^{ème} éd., 2002, p. 172.

⁵²¹ Soc., 2 novembre 1994, Dr. ouvrier 1995, p. 356-357, note Debliquis.

Le droit électoral de l'entreprise use du droit électoral politique qui est l'une de ses composantes. La Cour de cassation applique le Code électoral dans nombreuses de ses jurisprudences. Mais les élections professionnelles dans l'entreprise nécessite des règles qui lui sont adaptées et fait appel à des mécanismes spécifiques. La spécificité de ses acteurs, de son lieu d'organisation et de ses enjeux, rend nécessaire la mise en place de règles propres.

Chapitre 2 : Les fonctions des élections professionnelles

Nul ne peut ignorer l'impact qu'a eu la loi du 20 août 2008 sur les fonctions des élections professionnelles. En effet, l'utilité des élections en entreprise s'est étendue et diversifiée depuis cette loi mais on peut, toutefois, subdiviser les fonctions des élections en deux catégories pour en comprendre la finalité. Les élections professionnelles dans l'entreprise ont pour fonction primaire de permettre l'investiture de représentants du personnel (**section 1**), mais celles-ci revêtent également d'autres fonctions (**section 2**). Le choix du terme « Fonctions » n'est pas sans intention, celui-ci a une vocation plus large que les simples finalités des élections, il comprend tous les enjeux des élections pour l'entreprise mais également le rôle des élections dans la construction du système français de relations professionnelles⁵²². Tous ces points seront minutieusement développés dans ce chapitre.

Section 1 : Fonction directe d'investiture des organes de représentation des salariés

Les enjeux des élections professionnelles dans l'entreprise se sont multipliés ces dernières décennies. Deux d'entre eux se distinguent des autres, le rôle des élections dans la désignation des représentants de salariés (§1) et le rôle des élections dans la mesure de la représentativité des syndicats professionnels (§2). Ces deux fonctions sont les plus connues et les plus prisées des syndicats.

§1) Rôle des élections dans la désignation des représentants de salariés

La consécration en France du principe de représentativité s'est accompagnée de la consécration d'une représentation élective des salariés avec l'institution des délégués du personnel en 1936 et du comité d'entreprise en 1945. La création de la section syndicale et du représentant de la section syndicale⁵²³ a considérablement perturbé la subsistance de ce double canal de représentation. Le législateur trouve un compromis entre ces deux modes de représentation, il accorde mandat représentatif issu de l'élection et mandat impératif issu de la désignation des candidats par les organisations syndicales. Cette combinaison juridique particulière suscite des critiques notamment lors de la crise du syndicalisme. La mise en place

⁵²² G. Borenfreund, Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise, Droit social, 2013, p. 486.

⁵²³ Loi n° 68-1179 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises.

de nouveaux droits, par les lois Auroux, des institutions représentatives du personnel et des organisations syndicales, accroît les frictions entre représentants élus et représentants désignés. Ainsi, dans l'entreprise, deux types de représentation s'enchevêtrent : une représentation élue et une représentation syndicale. La première résulte directement des élections professionnelles dans l'entreprise (I), la seconde, quant à elle, est indirectement le fruit de ces élections (II).

I/ Un rôle direct de mise en place d'une représentation élue

L'organisation d'élections dans l'entreprise permet aux salariés d'attribuer à des représentants la faculté de défendre leurs intérêts à plusieurs niveaux (A), mais cette liberté de choix peut être remise en cause par l'application du droit électoral de l'entreprise (B).

A) Le choix des défenseurs de leurs intérêts

Les élections en entreprise ont pour finalité première l'expression de la volonté des salariés et notamment l'expression de la volonté des salariés d'être représentés dans leur intérêt par tel ou tel individu ou syndicat. Ainsi, par le biais des élections, les collectivités de salariés désignent démocratiquement leurs représentants. Elles représentent donc une « garantie sociale »⁵²⁴ pour les salariés. Ce concept de représentation élue, a fait ses débuts après la seconde guerre mondiale avec la mise en place du comité d'entreprise et des délégués du personnel, auxquels on reconnaît des droits à l'information et à la consultation, mais également une fonction de réclamation individuelle ou collective. Les mandats des membres du comité d'entreprise et des délégués du personnel résultent d'un scrutin de représentation à la proportionnelle, auxquels tous les salariés sont appelés à voter. Les représentants du personnel émanent donc de l'expression de la volonté de l'ensemble de la collectivité de travail de l'entreprise.

L'enjeu sociétal de la représentation des salariés renforce l'enjeu des élections professionnelles dans l'entreprise. Le droit électoral de l'entreprise, via les institutions de représentation qu'il met en place, régule les conflits d'intérêts et limite les inégalités que requiert la relation employeur-salariés. Tout comme le souligne Georges Borenfreund, « la

⁵²⁴ A. Supiot, Les protocoles préélectoraux, Dr. soc. 1988. 115.

représentation permet d'apposer des bornes à l'exercice du pouvoir patronal dans l'entreprise, et donc tempérer la subordination juridique qui caractérise le contrat de travail »⁵²⁵. La mise en place d'IRP marque le passage du règne de la monarchie absolue à celui de la monarchie représentative⁵²⁶. La représentation, objectif premier des élections professionnelles dans l'entreprise, permet l'exercice du droit des salariés à la négociation collective, notamment par la conclusion d'accords collectifs. A travers toutes ces fonctions, les élections structurent la vie professionnelle. Les élections en entreprise font donc naître des collectivités de travail, dotées d'une faculté d'expression et d'organisation déléguée aux représentants chargés d'intervenir au nom de ces collectivités. L'appartenance à une collectivité de salariés ouvre le droit aux salariés à être représentés. On parle, ainsi, de représentation-délégation. Ces représentants, mis en place par les élections professionnelles dans l'entreprise, servent donc d'intermédiaires entre les collectivités de salariés et l'Etat, qui détermine la législation relative au travail, et les collectivités de salariés et l'employeur. Le législateur organise la participation des salariés à la prise de décision à travers, d'une part, l'information et la consultation des représentants des salariés⁵²⁷ et la négociation collective, d'autre part. De cette manière, le droit électoral permet une meilleure gouvernabilité de la société⁵²⁸.

Une représentation des salariés par des institutions spécifiques est indispensable pour l'expression de la volonté réelle des salariés. La loi du 4 août 1982 crée au profit des salariés un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail. Si cette faculté d'expression directe affaiblit l'influence des représentants des salariés⁵²⁹, elle ne l'éteint pas. La nécessité d'intermédiaires pour connaître les idées et revendications du personnel est toujours aussi grande.

B) Une liberté de choix remise en cause par l'application du droit électoral de l'entreprise

Le mode de décompte des résultats pose plusieurs difficultés. L'audience électorale est appréciée au premier tour des élections et seuls les suffrages exprimés sont pris en compte.

⁵²⁵ G. Borenfreund, La représentation des salariés et l'idée de représentation, Dr. soc. 1991, p. 685.

⁵²⁶ J. Le Goff, Du silence à la parole, Calligrammes 1989, p. 156.

⁵²⁷ Il revient principalement au comité d'entreprise d'être informé et consulté, notamment depuis la loi du 28 octobre 1982.

⁵²⁸ P. Rosanvallon, La question syndicale, Calmann Lévy, pp. 37 et 38.

⁵²⁹ G. Borenfreund, La représentation des salariés et l'idée de représentation, Dr. soc. 1991, p. 685.

Or, si le taux de participation est faible au premier tour, la comptabilisation des suffrages exprimés, peu importe le nombre de votant, peut entraîner des résultats qui ne font pas écho de la réalité. Cette modalité de décompte incite les salariés à voter au premier tour pour des organisations syndicales, puisque les candidats libres ne peuvent se présenter qu'au second tour. Le quorum peut ainsi être atteint et priver les salariés sans étiquette syndicale de la possibilité d'exprimer leur vrai choix⁵³⁰.

II/ Un rôle indirect dans la désignation d'une représentation syndicale

Sans aucun doute, le droit électoral de l'entreprise favorise la représentation syndicale en organisant sa mise en place **(A)**. Mais les règles de mise en place d'une représentation syndicale ne sont-elles pas trop restrictives au risque d'avoir l'effet inverse et de freiner cette représentation syndicale ? **(B)**.

A) Une représentation syndicale, fruit des élections

Indirectement, les élections en entreprise, comme toutes les élections professionnelles, permettent la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise dans les entreprises d'au moins 300 salariés, à la condition pour le syndicat d'avoir obtenu deux élus. Georges Borenfreund qualifie cette fonction de « prolongement opportun de l'utilité première des élections professionnelles » mais dont l'exercice peut avoir pour conséquence « d'ébranler le principe d'égalité entre syndicats représentatifs »⁵³¹.

Le délégué syndical est mis en place par la loi du 27 décembre 1968 qui prévoit sa désignation par le syndicat. Attaché à la section syndicale dont il est l'animateur, le délégué syndical est chargé de défendre les intérêts du personnel, particulièrement dans le cadre de négociations collectives. S'il appartient aux syndicats de présenter des candidats au premier tour, leurs poulains une fois élus ne sont pas liés par les avis des syndicats sur la liste desquels ils ont été présentés aux élections. Il en est autrement pour le délégué syndical qui représente le syndicat dans l'entreprise et auprès du chef d'entreprise.

⁵³⁰ J.-F. Cesaro, La négociation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux, Dr. soc., 2009, p. 658.

⁵³¹ G. Borenfreund, Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise, Droit social, 2013, p. 487.

B) Une représentation syndicale freinée par les élections

Un syndicat ne peut désigner un délégué syndical que s'il a franchi le seuil d'audience de 10%. A cette condition s'ajoute celle selon laquelle ne peut être désigné délégué syndical que les candidats ayant personnellement recueillis au moins 10% des suffrages. Cette double condition à la désignation d'un DS limite considérablement la représentation syndicale. En ce qui concerne la seconde condition, elle semble également porter atteinte à la liberté d'organisation des syndicats, corollaire de la liberté syndicale, même si la Cour de cassation affirme le contraire. Elle considère qu'une telle règle tend à « assurer la détermination par les salariés eux-mêmes des personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à conclure les négociations pour leur compte »⁵³².

§2) Rôle des élections dans la mesure de la représentativité syndicale

La réforme du 20 août 2008 vient bouleverser les techniques en place de détermination de la représentativité syndicale. Cette dernière ne repose plus sur une présomption, mais doit être dorénavant prouvée par la satisfaction de certains critères, notamment celui de l'audience électorale. Ce nouveau critère posé par la loi de 2008 repose sur les élections professionnelles dans l'entreprise. Elles deviennent donc l'outil indispensable de mesure de la représentativité **(I)**, mais ces nouvelles règles de seuils n'ont-elles pas pour effet de freiner la représentativité de certains syndicats **(II)** ?

I/ Les élections en entreprise, outil de la représentativité des syndicats

Depuis la loi du 20 août 2008, les élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise ne se cantonnent plus uniquement à mettre en place une représentation élue des salariés, ils ont dorénavant une nouvelle fonction et non des moindres, mesurer la représentativité des organisations syndicales au niveau de l'entreprise, de la branche et au niveau interprofessionnel. En effet, ce texte conditionne la représentativité syndicale aux résultats obtenus lors des élections. Les élections deviennent alors une étape incontournable à l'accession des syndicats à la représentativité. La loi de 2008 n'a fait que concrétiser un

⁵³² Soc. 14 avr. 2010, RDT 2010. 374 obs. J.-F. Akandji-Kombé ; L. Pécaut-Rivolier, « La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens », Dr. soc. 2010. 647.

dispositif pensé par certains syndicats⁵³³ et posé dans un protocole commun signé par ces derniers. Cette idée a émergé en 1936, alors qu'il incombait à l'administration de déterminer la qualité d'organisation représentative, la Confédération générale des syndicats professionnels français qui critiquait ce mode de détermination de la qualité représentative proposait, dans un souci d'égalité et d'impartialité, que la représentativité soit déterminée en fonction des résultats des organisations syndicales aux élections des délégués du personnel. La Confédération générale des syndicats professionnels, organisation minoritaire à l'époque⁵³⁴, n'a pas vu son vœu exaucé. 72 ans plus tard, le débat est relancé, cette fois-ci à l'initiative des deux plus grandes confédérations, et conduit à l'adoption de la loi du 20 août 2008 qui pose comme nouvelle règle d'évaluation de la représentativité : la mesure de l'audience électorale.

Un syndicat peut se prétendre représentatif lorsque son audience, c'est-à-dire l'intérêt que lui porte les salariés, est suffisamment importante. Pour mesurer cet intérêt, le législateur a opté pour les résultats des élections d'entreprise, et a écarté ceux des élections prud'homales et des élections *ad hoc*. M. Jean-Pierre Le Crom interprète ce choix comme « le déplacement du centre de gravité des relations professionnelles vers l'entreprise, qui risque de devenir dans peu de temps le seul lieu où se tiendront les élections sociales »⁵³⁵. L'aptitude d'un syndicat à défendre les intérêts des salariés dépend, ainsi, d'un seuil d'audience à atteindre lors du premier tour des élections professionnelles dans l'entreprise. La loi du 20 août 2008 élargit le champ des organisations pouvant se soumettre aux élections afin de mesurer leur représentativité. En effet, les organisations syndicales représentatives ne sont plus les seules autorisées à accéder aux élections, les syndicats affiliés à une organisation représentative au niveau national interprofessionnel et les syndicats légalement constitués depuis au moins deux ans, dont le champ d'application professionnel ou géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concerné, et qui satisfont aux critères d'indépendance et de respect des valeurs républicaines, peuvent également y accéder.

Mais qu'en est-il dans les entreprises de moins de 11 salariés où l'employeur n'est pas tenu d'organiser des élections ? Ces salariés ne pouvaient, jusqu'à la loi du 15 octobre 2010, voter pour élire leurs représentants, puisque les élections professionnelles ne sont pas

⁵³³ En outre le MEDEF, la CGPME, l'UPA, la CGT et la CFDT.

⁵³⁴ Cette Confédération générale des syndicats professionnels français a été dissoute par un décret du 9 novembre 1940 portant dissolution de la confédération française des travailleurs chrétiens, de la confédération des syndicats professionnels français et de la confédération générale du travail.

⁵³⁵ J.-P. Le Crom, Les élections sociales : essor ou déclin ?, L'essor du vote dans les relations professionnelles, Dalloz, 2011, p. 39.

obligatoirement organisées pour les entreprises de moins de 11 salariés. Cette loi permet de prendre en compte dans la détermination de l'audience des organisations syndicales au niveau des branches comme au plan interprofessionnel, les choix des salariés des entreprises de moins de 11 salariés. En effet, la loi du 20 août 2008 avait planifié l'adoption d'une loi ultérieure après une négociation interprofessionnelle sur les moyens de mesurer l'audience des organisations syndicales auprès des salariés des TPE. « Chose promise, chose due », la loi du 15 octobre 2010 organise un scrutin régional tous les 4 ans, afin que soit mesurer l'audience des organisations syndicales auprès des salariés des TPE. La loi du 15 octobre 2010 se conforme, ainsi, à l'avis du Conseil d'Etat rendu le 29 avril 2010, qui a affirmé qu'en vertu des principes constitutionnels de participation et d'égalité, les salariés des très petites entreprises doivent être pris en compte dans la mesure de l'audience des organisations syndicales. Tout comme l'a suggère le Conseil d'Etat dans son avis⁵³⁶, la loi de 2010 a précisé que la détermination des organisations syndicales représentatives devait intervenir en 2013.

L'alliance entre le suffrage et la représentation syndicale aboutit à une plus grande légitimité des syndicats. La représentativité syndicale issue de la loi du 20 août 2008 semble s'inspirer du modèle de la représentation politique : tous deux se fondent sur les élections. Les élections fondent la légitimité des syndicats et des représentants politiques. Le choix des élections comme outil de mesure de la représentativité, et donc de la légitimité, est un choix judicieux dans la mesure où il est difficile de contester la véracité de la préférence exprimée. L'exigence d'un seuil est justifiée, tous les syndicats ne peuvent être considérés comme représentatifs du seul fait qu'une poignée de salariés ont voté en leur faveur. Elle « assure une rencontre effective entre le vote et la représentativité »⁵³⁷.

En plus d'offrir des prérogatives aux syndicats, notamment le droit de négocier des conventions et accords collectifs, le franchissement de ces seuils permet aux syndicats de désigner un délégué syndical. L'importance de la qualité représentative est telle, que les irrégularités commises pendant le processus électoral peuvent entraîner l'annulation des élections lorsqu'elles ont été déterminantes de la qualité représentative d'un syndicat⁵³⁸.

⁵³⁶ CE, avis, 29 avr. 2010, « Compte tenu des termes de la loi du 20 août 2008, c'est avant le 21 août 2013 que la mesure de cette audience dans les très petites entreprises devra avoir été réalisée. Un manquement à cette obligation fragiliserait l'ensemble du dispositif prévu par la loi de 2008 ».

⁵³⁷ G. Borenfreund, *Le vote et la représentation syndicale, quelques interrogations à partir de la loi du 20 août 2008, L'essor du vote dans les relations professionnelles*, 2011, p. 17.

⁵³⁸ Soc. 13 janv. 2010, RDT 2010. 314, obs. E. Peskine.

II/ Les élections en entreprise, frein à la représentativité de certains syndicats

Mesurer l'audience « sur la base du pourcentage de suffrages valablement exprimés par chaque liste au premier tour des élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, dans les entreprises où elles sont organisées »⁵³⁹ suscite quelques critiques. Ces nouvelles règles sont un vecteur d'instabilité de la représentativité (A) et un vecteur d'exclusion de la représentativité de certains syndicats (B).

A) Le vote, vecteur d'instabilité de la représentativité

La représentativité syndicale est marquée par une grande instabilité puisqu'elle repose tous les quatre ans sur le vote des salariés qui peut changer du tout au tout d'une élection à l'autre. Les fondations de la représentativité construite sur la base des élections sont donc régulièrement menacées d'effondrement. De plus, ce système de mesure de la représentativité est imparfait puisque en fonction du niveau dans lequel cette mesure est effectuée, il peut perdre en légitimité. En effet, lorsque la mesure de l'audience s'effectue au niveau national interprofessionnel, les salariés des entreprises où ne sont pas organisées des élections professionnelles sont exclus. Le nombre de ces salariés écartés n'est pas négligeable⁵⁴⁰ et peut remettre en cause la véracité de la représentativité. L'utilisation des élections professionnelles comme outil de détermination de la représentativité d'un syndicat, manque de fiabilité dans la mesure où lors du vote, les salariés s'expriment plus en faveur d'une ou de plusieurs personnes plutôt que pour un syndicat. Ne serait-il pas plus simple d'organiser une élection spécialement sur la représentativité à tous les niveaux, au risque tout de même « de favoriser des joutes politiques et des surenchères sociales dangereuses »⁵⁴¹.

L'exigence du franchissement de seuils électoraux pousse les organisations syndicales à intensifier leurs efforts à l'égard des salariés, d'une part, et de leurs adhérents, d'autre part.

⁵³⁹ Art. 2-1, position commune du 9 avril 2008.

⁵⁴⁰ P.-H. Antonmattei, Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008, Dr. soc. 2008. 771.

⁵⁴¹ P.-H. Antonmattei, Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008, Dr. soc. 2008. 771.

B) Le vote, vecteur d'exclusion de la représentativité

L'exigence d'un score de 10% des suffrages au niveau de l'entreprise ou de 8% au niveau des branches et au niveau national interprofessionnel, pour être représentatif et jouir des prérogatives attachées à la représentativité, exclut de nombreux syndicats pourtant représentatifs sur le terrain. L'application stricte de cette règle conduit à priver de la représentativité les syndicats se rapprochant de près de ce seuil. L'audience requise peut ainsi avoir des effets sur le paysage syndical. En effet, la mise en place d'un seuil d'audience restreint le pluralisme syndical, puisqu'elle a pour objet de sélectionner les syndicats représentatifs. Cette exigence peut rendre l'accession à la représentativité au niveau des branches plus difficile pour certaines confédérations. L'application de ce critère amène des résultats différents selon le niveau d'organisation des élections. Ainsi, l'accession à la représentativité va être plus ou moins difficile, voire impossible, en fonction du niveau d'organisation des élections. Une organisation syndicale peut être représentative au niveau de l'entreprise mais pas au niveau de sa branche et au niveau national interprofessionnel, ce qui peut inciter des rapprochements entre organisations⁵⁴². Un autre indice de la mobilisation accrue des syndicats autour des élections professionnelles est le développement de la pratique des listes communes, dont les conséquences en terme de répartition des suffrages ont d'ailleurs été précisées par la loi du 20 août 2008.

L'inflexibilité de ce critère ne contrevient-elle pas au principe de participation et à la liberté syndicale ? Le Conseil Constitutionnel saisi par la Cour de cassation d'une QPC a considéré que la fixation d'un seuil d'audience est conforme au principe d'égalité et ne méconnaît pas le principe de participation. Elle ajoute, au contraire, qu'elle a pour bienfait d'« éviter la dispersion de la représentation syndicale »⁵⁴³. Mais la réalité semble tout autre car en privant de la représentativité les organisations n'ayant pas atteint les seuils requis, on les exclut également du processus de négociation collective, expression du principe de participation et de la liberté d'action syndicale.

En plus de conférer aux syndicats les prérogatives de défense des intérêts des salariés, le franchissement de ces seuils leur permet également de désigner un délégué syndical. Le conditionnement de la désignation d'un délégué syndical⁵⁴⁴ à l'acquisition de la

⁵⁴² G. Borenfreund, Regards sur la position commune du 9 avril 2008, Rev. trav. 2008. 360.

⁵⁴³ Cons. const. 7 oct. 2010, JCP S 2010. 42.

⁵⁴⁴ Pour pouvoir être désigné comme délégué syndical, le candidat doit lui-même avoir recueilli 10% des suffrages.

représentativité porte incontestablement préjudice à l'installation des syndicats dans l'entreprise.

Section 2 : Fonctions indirectes des élections dans l'entreprise

Les effets des élections professionnelles dans l'entreprise sont vastes et peuvent être conséquent. C'est le cas notamment en matière de négociation collective (§1) et de démocratie sociale (§2).

§1) Le rôle des élections dans la négociation collective

En France, la négociation d'entreprise et les négociations interprofessionnelles ne se sont développées qu'après 1968. Les lois Auroux de 1982 font de la négociation d'entreprise une obligation à la demande de plusieurs confédérations syndicales. La loi du 13 novembre 1982 ouvre la voie au développement de la négociation d'entreprise. Elle est suivie par plusieurs réformes qui viennent la renforcer. Si le législateur oblige à une négociation annuelle, les partenaires sociaux de l'entreprise ont également la faculté de négocier sur des thèmes qu'ils fixent de manière facultative. L'enjeu de la négociation collective est grande, elle reflète pour certains « une défiance profonde des syndicats à l'égard d'un mode de production normatif hétéronome »⁵⁴⁵. C'est notamment pour cette raison que l'exercice de ce droit est favorisé par le législateur.

Si la loi du 20 août 2008 lie les élections professionnelles et la négociation collective (I), ce lien peut avoir des conséquences désavantageuses pour la négociation collective (II).

I/ Des élections en faveur d'une négociation collective

Les fonctions des élections dans la négociation collective sont de deux ordres. Les élections professionnelles dans l'entreprise permettent de désigner les négociateurs des conventions et accords collectifs (A). La validité de ces conventions ou accords, est subordonnée aux résultats des élections (B).

⁵⁴⁵ G. Borenfreund, La représentation des salariés et l'idée de représentation, Dr. soc. 1991, p. 685.

A) Les négociateurs, résultats des élections

La réforme du 20 août 2008 lie la négociation collective aux élections professionnelles, en ce qu'elle fait de ces élections un instrument de détermination des syndicats négociateurs. Ces élections deviennent « un mécanisme d'identification de l'aptitude propre d'un syndicat à défendre les intérêts des salariés dans la négociation collective »⁵⁴⁶. La négociation est réservée aux syndicats représentatifs. Ces derniers sont habilités à négocier par le biais de leurs délégués syndicaux désignés (1). A tout principe une exception, dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, la négociation peut être menée avec des élus du personnel ou des salariés mandatés à cette fin (2). Du côté patronal, aucune complication, le négociateur est le chef d'entreprise ou d'établissement, lorsque la négociation se fait au niveau de l'établissement, ou un cadre habilité.

1) Les délégués syndicaux, négociateurs nés des élections

Les élections professionnelles dans l'entreprise permettent de sélectionner les syndicats habilités à négocier. Elles opèrent donc un tri entre les syndicats parties aux négociations et les autres organisations. Sont parties à la négociation avec les organisations patronales, les organisations syndicales représentatives dans un périmètre considéré.

Ce principe du monopole syndical de négociation est implanté dans la tradition du droit international et des droits nationaux. Dans le système juridique français, l'ensemble des organisations syndicales représentatives doivent être parties à la négociation, ce qui n'est pas le cas de certains pays, notamment les Etats-Unis, où la négociation est réservée à une délégation unique. Réserver la négociation au seul syndicat majoritaire serait contraire au pluralisme syndical français.

Depuis la réforme du 20 août 2008, sont invités à la table de la négociation les seuls syndicats satisfaisant aux critères de l'article L. 2121-1 du Code du travail et ayant recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des élections du comité d'entreprise, de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel. Pour mesurer cette représentativité, les résultats de tous les collèges confondus doivent être pris en compte⁵⁴⁷, à

⁵⁴⁶ G. Borenfreund, Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise, Dr. soc., 2013, p. 491.

⁵⁴⁷ Art. L. 2122-1 C. trav.

l'exception des syndicats affiliés à une confédération syndicale catégorielle qui doivent remplir la condition d'audience dans leur collège d'implantation.

Cette représentativité doit être appréciée dans le champ d'application de la convention ou de l'accord⁵⁴⁸. La question de la participation des syndicats catégoriels à la négociation inter catégorielle a été résolue par la Cour de cassation⁵⁴⁹. Un syndicat catégoriel représentatif, donc ayant obtenu 10% des suffrages au premier tour des élections au sein de son propre collège, peut négocier et signer, avec des syndicats représentatifs intercatégoriels, un accord d'entreprise intéressant l'ensemble du personnel.

En principe, seuls le ou les délégués syndicaux peuvent négocier dans l'entreprise lorsqu'elle en est pourvue. Leur qualité de représentants du syndicat ne nécessite pas une investiture particulière⁵⁵⁰. La loi du 20 août 2008 ajoute une exigence supplémentaire à la condition de la représentativité syndicale. Les délégués syndicaux, membres de la délégation syndicale, doivent, pour avoir la qualité de négociateurs, avoir recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des élections au comité d'entreprise ou des délégués du personnel⁵⁵¹. Cette condition « d'audience personnelle » implique une légitimité personnelle en plus de la légitimité de l'organisation. La satisfaction de cette condition suffit à la désignation des candidats en qualité de DS et donc de négociateur, peu importe leur élection ou non-élection.

La question de la conventionalité et de la constitutionnalité de cette disposition s'est posée. La Cour de cassation a apporté une réponse claire : la réservation de la négociation aux seuls syndicats représentatifs n'entre pas en contradiction avec l'article 11 de la CEDH, avec la charte sociale européenne et la charte de l'union européenne ainsi qu'avec les conventions de l'OIT⁵⁵². Elle n'entre pas plus en contradiction avec la Constitution⁵⁵³. Dans une décision postérieure, le Conseil constitutionnel s'inscrit dans la lignée de la Cour de cassation⁵⁵⁴.

⁵⁴⁸ Art. L. 2231-1 C. trav.

⁵⁴⁹ Soc., 31 mai 2011, n° 10-14391, P.-H. Antonmattéi, Négociation collective et syndicats catégoriels : la parole est à la cour de cassation, Dr. soc. 2011, 1254.

⁵⁵⁰ Soc., 19 février 1992, Dr. trav. 1992, Cah. Soc. 1992, A19.

⁵⁵¹ Art. L. 2143-2 C. trav.

⁵⁵² Soc., 14 avril 2010, n° 09-60.426 et 09-60.429, D. 2010. 1150, obs. B. Inès ; J.-M. Béraud, Les nouvelles règles de représentativité : l'évaluation de la cour de cassation, RDT 2010. 276.

⁵⁵³ Ass. plén., 18 juin 2010, n° 10-40.007, J.-M. Béraud, Les nouvelles règles de la représentativité syndicale et la représentativité catégorielle sont-elles compatibles avec la Constitution ?, RDT 2010. 276 ; J.-F. Akandji-Kombé, A propos de la constitutionnalité de la loi du 20 août 2008, occasions manquées, Sem. soc. Lamy 2010, n° 1453, p.7 ; V. Bernaud et F. Petit, La Cour de cassation face aux premières questions prioritaires de constitutionnalité en droit du travail : la porte étroite, D. 2010. 2264.

Ces organisations syndicales représentatives sont représentées par des personnes physiques habilitées à contracter en leur nom. En effet, l'action de ces groupements exige l'intervention de personnes physiques ; c'est pourquoi le Code du travail a, en matière de négociation, fixé les règles de nomination des personnes physiques habilitées à représenter une organisation. Ainsi, l'article L. 2231-2 du Code du travail précise que les représentants des organisations mentionnées à l'article L. 223161, sont habilités à contracter au nom de l'organisation qu'ils représentent en vertu, soit d'une stipulation statutaire de cette organisation, soit d'une délibération spéciale de cette organisation, soit de mandats spéciaux écrits qui leur sont donnés individuellement par tous les adhérents de cette organisation. Ainsi, le pouvoir de conclusion d'un acte juridique au nom et pour le compte de l'organisation ne dépend aucunement de la position de la personne physique au sein de l'organisation.

2) Des alternatives, résultats des élections

L'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 attribue à tout salarié le droit de participer à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises par l'intermédiaire de ses délégués. Le syndicat, à travers la négociation collective, permet cette participation. Mais toutes les entreprises ne sont pas pourvues d'interlocuteurs syndicaux. Qu'en est-il de ces entreprises ? Le principe de participation trouve-t-il porte close devant ces entreprises ?

Ce principe reconnu comme ayant valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel doit également trouver une application dans les entreprises privées de représentants syndicaux. En effet, les salariés ne peuvent être privés d'une gestion négociée de leurs conditions de travail. La recherche d'un interlocuteur apte à négocier dans les entreprises dénuées de délégués syndicaux s'est révélée compliquée. Les dispositions se sont succédées sans grande efficacité. Le facteur commun reste les élections. De l'arrêt *dame Charre*⁵⁵⁴ à la loi du 20 août 2008 relative à la rénovation de la démocratie sociale, en passant par la loi Fillon du 4 mai 2004, l'idée de base est la même : ce sont les élections professionnelles dans l'entreprise qui permettent « l'entrée en scène de nouveaux agents de

⁵⁵⁴ Cons. const., 7 octobre 2010, n° 2010-42 QPC, D. 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; D. 2012. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; V. Bernaud, Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et les QPC relatives au droit du travail, Dr. soc. 2011. 141, p. 146.

⁵⁵⁵ Soc., 25 janv. 1995, n° 90-45.796, Bull. civ. V, n° 40, Dr. soc. 1995, p. 274, obs. G. Borenfreund ; JCP éd. E, 1995, I, 3901, n° 23, obs. P.-H. Antonmattéi.

négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux »⁵⁵⁶. La difficulté demeure de ne pas remettre en cause la vocation naturelle négociatrice des organisations syndicales, mais de l'adapter au particularisme de ces entreprises⁵⁵⁷. Une alternative ancienne et qui a été reprise dans la position commune et la loi du 2008, est la désignation dans les entreprises de moins de 50 salariés d'un délégué du personnel comme délégué syndical par les syndicats représentatifs pour la durée de son mandat⁵⁵⁸. Ce palliatif ne faisait pas l'unanimité, la recherche d'un agent de négociation s'est donc poursuivie. Le développement de la négociation rend cette recherche plus attractive.

Dans l'arrêt Dame Charre⁵⁵⁹, la Cour de cassation validait le recours aux mandataires syndicaux dans les entreprises de moins de 50 salariés⁵⁶⁰ et ne visait donc, bien évidemment, que les entreprises qui ne remplissaient pas les conditions légales pour disposer d'un délégué syndical. Un risque subsistait, celui de voir des mandataires syndicaux signer des accords de manière intempestive. Ainsi, les intentions réelles des salariés pouvaient être remises en cause. Les partenaires sociaux ont pris le relais ; l'ANI du 31 octobre 1995 relatif à la politique contractuelle habilitait les mandataires syndicaux à la négociation alternative. Ainsi, un accord d'entreprise pouvait être négocié par les délégués du personnel, membres du comité d'entreprise non désignés par une organisation syndicale représentative, afin d'assurer les fonctions négociatrices du délégué syndical, ou par les salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives, peu importe qu'ils soient représentants du personnel ou non. La condition était l'alternativité, ces nouveaux agents de négociations ne devaient pas être en concurrence avec les organisations syndicales dont la vocation naturelle était et demeure de négocier. S'opposer à la négociation alternative contreviendrait au principe de participation contenu dans la Constitution. La loi du 12 novembre 1996 reprend ce dispositif. Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé que « les organisations syndicales n'ont pas le monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective »⁵⁶¹ et que par conséquent ce dispositif était conforme à la Constitution. Le défaut de consensus syndical et la complexité de l'ANI ont conduit à son échec. Les lois Aubry relative à la réduction du temps de travail favorisaient également la négociation

⁵⁵⁶ G. Borenfreund, Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise, Dr. soc. 2013, p. 486.

⁵⁵⁷ A. Mazeaud, Droit du travail, LGDJ, 2012, p. 226.

⁵⁵⁸ Art. L. 2143-6 al. 1^{er} C. trav.

⁵⁵⁹ Soc., 25 janv. 1995, Dr. soc. 1995, 274, obs. G. Borenfreund, JCP E 1995, 3901, obs. P.-H. Antonmattei.

⁵⁶⁰ La Cour de cassation en validant un accord signé ce avec un mandataire syndical habilite le mandataire syndical à négocier.

⁵⁶¹ Cons. const., n°96-383 DC du 6 novembre 1996, JO 13 novembre 1996 ; G. Lyon-Caen, Dr ; ouvrier 1996, 479.

d'accords de réduction dans les PME dénuées d'interlocuteurs syndicaux. Ici encore, les délégués du personnel et les mandataires syndicaux sont mis en avant⁵⁶².

La loi Fillon du 4 mai 2004 et la loi du 20 août 2008 ont penché pour les élus du personnel au sein du comité d'entreprise, à défaut des délégués du personnel, les salariés mandatés ne pouvant intervenir qu'en ultime recours contrairement aux dispositifs antérieurs⁵⁶³. Si la loi du 20 août 2008 ne semble pas apporter plus que la loi Fillon dont elle s'inspire fortement, en réalité elle vient en combler une faille : l'absence de seuil. La négociation d'entreprise ou d'établissement avec les représentants élus dans les entreprises ne concerne que les entreprises de moins de 200 salariés⁵⁶⁴.

Cette hiérarchie supplétive est légitime, la délégation du personnel au sein du comité d'entreprise étant le lieu naturel de consultation. Les délégués du personnel ne sont appelés à négocier qu'en l'absence de comité d'entreprise. Les mandataires syndicaux n'interviennent qu'à titre subsidiaire lorsqu'un procès-verbal établit la carence de représentants élus. Les mandataires syndicaux sont des salariés mandatés par une organisation syndicale représentative au niveau de la branche⁵⁶⁵. L'exigence d'un constat par procès-verbal de la carence n'est pas nouvelle, certains dispositifs antérieurs l'exigeaient, le mandatement étant subsidiaire. Le champ de la négociation par ces nouveaux agents est limité, puisqu'il exclut les entreprises de moins de 11 salariés, contrairement à l'arrêt Dame Charre qui admettait le recours au mandatement dans les entreprises de moins de 50 salariés, et donc dans les entreprises qui ne pouvaient être pourvues des délégués syndicaux.

Le choix des représentants élus comme agent alternatif de négociation présente avantages et inconvénients. La proximité de ces représentants élus avec les salariés de l'entreprise, fait d'eux des négociateurs de première ligne. Mais cette faculté ne leur est pas innée contrairement aux organisations syndicales qui en ont le monopole. En effet, les organisations syndicales « représentent les intérêts de la profession, c'est-à-dire des travailleurs présents et à venir. Fort de leur indépendance, elles sont la voix des travailleurs. Tandis que les délégués élus ne représentent que le personnel de l'entreprise, le temps de leur

⁵⁶² A. Mazeaud, *Droit du travail*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2012, p. 376.

⁵⁶³ G. Borenfreund, *Les élections professionnelles dans l'entreprise*, *Dr. soc.*, juin 2013, p. 486.

⁵⁶⁴ A. Mazeaud, *La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégués syndicaux*, *Dr. soc.* 2009, p. 669.

⁵⁶⁵ Art. L. 2232-24 al. 1^{er} C. trav.; art. 4-2-1, in fine, position commune.

mandat »⁵⁶⁶. La Cour de cassation qualifiait l'accord conclu avec les élus d'atypique ou d'imparfait.

Aucun des dispositifs qui se sont succédés n'a confié la négociation à une personne extérieure à l'entreprise. La négociation doit être réservée aux salariés, élus ou mandatés, de l'entreprise. L'exclusion de représentant extérieur à la négociation trouve justification dans l'insuccès des délégués de site et dans la légitimité des salariés à représenter les salariés de l'entreprise.

Depuis la loi du 20 août 2008, un représentant de la section syndicale peut conclure un accord dans les entreprises dénuées de délégués syndicaux, et où une négociation ne peut être engagée avec des élus ou des salariés mandatés. Ce mécanisme de négociation concerne les entreprises d'au moins 200 salariés dotées d'élus mais dépourvues de délégués syndicaux, et qui n'entrent pas dans le champ d'application d'un accord de branche concernant les modalités dérogatoires de négociation. Le représentant de la section syndicale est désigné par une organisation syndicale affiliée à un syndicat représentatif au niveau national et interprofessionnel qui le mandate pour négocier⁵⁶⁷.

B) La validité de l'accord conditionnée aux résultats des élections

Le législateur, frileux lors de la réforme du 20 août 2008, n'avait pas totalement suivi la position commune du 9 avril 2008 qui posait comme règle de légitimation des signataires des accords collectifs le principe majoritaire en conditionnant la validité des conventions et accords collectifs de travail à leur signature par des organisations syndicales majoritaires ayant obtenu la moitié ou plus des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles, soit 50%. La validité d'un accord collectif était soumise à une double condition : recueillir la signature d'organisations représentant au moins 30% des suffrages et ne pas faire l'objet d'une opposition de la part d'organisations représentant 50% des suffrages.

Le législateur a récemment révisé les conditions de validité de l'accord collectif. Les accords majoritaires doivent progressivement devenir la règle au niveau de l'entreprise. Pour être valides, les accords devront être signés par une ou plusieurs organisations syndicales de

⁵⁶⁶ A. Mazeaud, La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégués syndicaux, Dr. soc. 2009, p. 669.

⁵⁶⁷ F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, Droit du travail, LGDJ, 4^{ème} éd. 2014, p. 161.

salariés représentatives ayant recueilli plus de 50% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel. Si l'audience électorale conditionne la validité d'un accord, le nombre de votants, lui, est indifférent. Le poids des organisations syndicales représentatives ne se mesure plus au regard du nombre total de suffrages exprimés, mais en fonction des voix recueillies par les organisations représentatives.

Cette nouvelle condition posée par la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels⁵⁶⁸ est destinée à favoriser une culture du dialogue et de la négociation. Cette nouvelle règle sera appliquée progressivement. Elle sera, dans un premier temps, appliquée au chapitre relatif à la durée du travail, aux congés et aux repos et aux accords en matière d'emploi. Elle sera, ensuite, progressivement étendue aux autres chapitres du Code du travail, après un bilan en 2018.

Pour faciliter la négociation, le législateur prévoit la possibilité d'organiser un référendum pour consulter les salariés à l'égard d'un accord imparfait. En effet, si cette condition n'est pas remplie et si l'accord a été signé à la fois par l'employeur et par les organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30% des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections, quel que soit le nombre de votants, une ou plusieurs de ces organisations ayant recueilli plus de 30% des suffrages disposent d'un délai d'un mois à compter de la signature de l'accord pour indiquer qu'elles souhaitent une consultation des salariés visant à valider l'accord. Si, à l'issue d'un délai de huit jours à compter de cette demande, les éventuelles signatures d'autres organisations syndicales représentatives n'ont pas permis d'atteindre le taux de 50% et si les conditions d'organisation du référendum sont toujours remplies, cette consultation est organisée dans un délai de deux mois. L'accord est valide s'il est approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés.

Le législateur tend à renforcer la légitimité démocratique de la négociation collective. Le rôle accru de la négociation collective dans la détermination des règles relatives aux rapports de travail accroît l'impératif d'une légitimité renforcée des signataires.

⁵⁶⁸ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

II/ Des élections influençant la négociation collective

La prise en compte des résultats électoraux peut avoir des effets sur la conclusion des accords collectifs **(A)**, ainsi que sur l'application dans le temps de ces accords **(B)**.

A) Les effets des élections sur la conclusion d'accords collectifs

Le droit électoral de l'entreprise semble clairement freiner la conclusion de conventions et accords collectifs **(2)**. Ces règles posées semblent cacher certains objectifs **(1)**.

1) Les vices dissimulés des accords conclus avec des représentants élus

L'ouverture du droit pour les représentants élus de conclure des accords, que l'on peut qualifier d'atypique **(b)**, n'est-elle pas une manière d'exclure les représentants syndicaux extérieurs ? **(a)**.

a) Une barrière dressée à l'encontre des représentants syndicaux extérieurs

L'objectif des élections professionnelles dans l'entreprise est de favoriser l'engagement de négociation sur les lieux de travail. Le législateur met tout en œuvre afin de trouver des interlocuteurs à la négociation dans l'entreprise. Ainsi, par exemple, ce dernier a pallié la carence de délégué syndicaux en habilitant de nouveaux agents de négociation : les représentants élus et les mandataires syndicaux. Mais la qualification de représentants élus en qualité de négociateur d'accord n'entraîne-t-elle pas des risques ?

Le Conseil constitutionnel décide que la négociation collective est une vocation naturelle des syndicats et que, par conséquent, la négociation avec des représentants élus ne peut se faire, qu'à la condition de n'avoir ni pour objet ni pour effet de porter atteinte à la liberté d'action collective des syndicats. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, la liberté syndicale comprend le droit de former un syndicat et de s'y affilier, mais aussi le droit de mener une négociation collective⁵⁶⁹. De cette manière, le Conseil constitutionnel articule le principe de la liberté syndicale et le principe de participation, tout comme le fait l'article 5 de

⁵⁶⁹ CEDH, 12 nov. 2008, n° 34503/97, Demir et Baykara c/ Turquie.

la convention n° 135 de l'OIT. Ce n'est qu'en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise que la négociation avec les élus est possible.

Le droit électoral de l'entreprise ne fait-il pas tout pour exclure les représentants syndicaux extérieurs de la négociation ? La réponse est positive, ce qui semble en contradiction avec la décision du conseil constitutionnel. Cette exclusion des représentants syndicaux extérieurs ne porte-t-elle pas atteinte au droit d'action collective des syndicats ? Les syndicats ayant vocation à négocier, ne serait-il pas plus simple d'ouvrir la négociation aux syndicats extérieurs à l'entreprise, afin d'éviter une négociation avec des représentants élus sur des listes non syndicales⁵⁷⁰ ?

b) Accords conclus avec les élus : des accords atypiques

Ces accords conclus avec des représentants élus valent-ils les accords conclus avec des organisations syndicales ? Si le législateur s'est efforcé de pallier la carence de délégué syndical dans les entreprises, pour permettre l'exercice du droit de négociation en habilitant les représentants élus, les salariés mandatés et les représentants de la section syndicale à négocier, il n'a pas prévu d'équivalence entre ces deux accords.

La Cour de cassation s'est chargée d'analyser les accords conclus avec des organisations syndicales représentatives et ceux conclus avec des représentants élus par exemple, et elle souligne que ces derniers accords dits « atypiques » correspondent à des engagements unilatéraux du chef d'entreprise et, par conséquent, ne relèvent pas du régime des accords collectifs⁵⁷¹. N'est-ce pas là une manière pour la cour de cassation de rappeler que le monopole de la négociation appartient aux syndicats et que seuls ces derniers peuvent conclure de vrais accords collectifs.

Jusqu'à la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels⁵⁷², les accords négociés en l'absence de délégué syndical étaient soumis à l'approbation par la commission paritaire de branche.

⁵⁷⁰ G. Borenfreund, Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise, Dr. soc. 2013, p. 486.

⁵⁷¹ Cass. soc. 4 avr. 1990, n° 86-42.626, Bull. civ. V, n° 161 ; Dr. soc. 1990. 803, note Savatier ; Dockès, « Les engagements unilatéraux du chef d'entreprise », Dr. soc. 1994. 227.

⁵⁷² Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

Désormais, les accords signés par les élus ne doivent être transmis à la commission paritaire de branche que pour information, et non plus validation⁵⁷³.

2) L'exigence d'un seuil, un frein à la conclusion de conventions et accords collectifs

Le législateur a adopté la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels pour favoriser une culture du dialogue et de la négociation, et étonnamment, pour cela, il élève le seuil électoral qui conditionne la validité d'un accord collectif. La validité d'une convention ou d'un accord collectif va être progressivement conditionnée par l'obtention de 50% des suffrages exprimés par les syndicats représentatifs signataires. Si le franchissement d'un seuil de 30% s'avérait difficile pour les organisations syndicales représentatives, le franchissement d'un seuil de 50% va l'être davantage.

Si l'objectif du législateur est de favoriser une culture du dialogue et de la négociation, l'élévation du seuil risque, au contraire, de diminuer le nombre d'accords et de conventions puisqu'il devient plus difficile d'atteindre le seuil de validité. L'impact de ce seuil sur la négociation collective est considérable parce qu'il n'a pas seulement pour effet de priver une organisation syndicale représentative de sa vocation naturelle de conclure des accords, il peut priver une entreprise entière de convention ou accords collectifs, la consultation des salariés n'étant possible que si l'accord a été signé par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30% des suffrages.

B) Les effets des résultats électoraux sur l'application dans le temps des accords collectifs

Jusqu'à la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, la perte de la représentativité des syndicats bloquait la révision des accords collectifs. Le législateur a révisé ses règles pour supprimer les effets du cycle électoral sur la révision des accords collectifs **(1)**. On relève, cependant, toujours des effets de la représentativité sur la vie des accords collectifs **(2)**.

⁵⁷³ Art. L. 2232-22 C. trav.

1) L'impact du cycle électoral sur la révision des accords

La représentativité syndicale fluctue d'élection en élection. Cette inconstance a pour effet de modifier les acteurs de la négociation collective. Une question se pose depuis la loi du 20 août 2008, la perte de la représentativité peut-elle bloquer le contenu des accords collectifs ? Le principe de la continuité conventionnelle implique l'adaptabilité de la règle conventionnelle. Ainsi, la discontinuité de la représentativité ne peut, en principe, avoir pour effet de figer le contenu des accords collectifs.

Jusqu'à la loi du 8 août 2016, la perte de représentativité par les syndicats signataires de l'accord compliquait la révision des accords collectifs. Seules les organisations syndicales signataires d'une convention ou d'un accord collectif et les syndicats qui y avaient adhéré étaient habilités à signer un accord ou un avenant de révision. La fluctuation de l'audience électorale et donc, par conséquent, de la qualité des syndicats représentatifs rend difficile leur conciliation avec la logique contractuelle. En effet, la logique contractuelle, à laquelle est soumise la révision des accords collectifs, implique la stabilité des signataires, stabilité qui n'est pas le maître-mot de la représentativité syndicale. De telle sorte que la faisabilité d'une révision pouvait se compliquer lorsque tous les signataires de l'accord initial perdaient leur représentativité suite à de nouvelles élections ou même lorsque seulement une ou plusieurs, mais pas la totalité, des signataires perdaient leur représentativité.

La loi du 8 août 2016 comble les lacunes de la loi du 20 août 2008 en matière de révision des conventions et accords collectifs en tenant compte du caractère évolutif de la représentativité syndicale. Le législateur distingue deux périodes, celle avant la fin du cycle électoral et celle après le cycle électoral. Avant la fin du cycle électoral, sont désormais habilités à signer un accord ou un avenant de révision une ou plusieurs organisations syndicales signataires ou adhérentes. Après le cycle électoral, peuvent engager une procédure de révision les organisations syndicales représentatives dans le champ d'application de l'accord⁵⁷⁴. Les élus du personnel mandatés et, à défaut, les salariés mandatés peuvent engager une procédure de révision d'un accord collectif, en l'absence de syndicats représentatifs dans l'entreprise⁵⁷⁵.

Les conditions de conclusion des avenants modificatifs sont les mêmes que pour la conclusion des conventions et accords collectifs, à savoir l'exigence majoritaire de 50% à la

⁵⁷⁴ Art. L. 2261-7 C. trav.

⁵⁷⁵ Art. L. 2232-21, L. 2232-22 et L. 2232-24 C. trav.

date de la conclusion de l'avenant. Il n'y a donc nul doute sur l'existence d'un « véritable risque de blocage à défaut d'adhésion des syndicats majoritaires »⁵⁷⁶. Ainsi, les signataires initiaux qui ne satisfont plus à l'exigence majoritaire à la date de la conclusion de l'avenant se voient priver de la possibilité de signer un avenant modificatif. A défaut de respect des conditions de révision, l'accord collectif continue à être appliqué.

La négociation collective étant la source majeure de la réglementation des rapports de travail par l'édition de normes conventionnelles, une réforme était nécessaire afin de supprimer le parallélisme des signataires et reconnaître la capacité de signer des avenants modificatifs à tous les syndicats représentatifs quel que soit leur rapport avec l'accord initial.

2) Les effets de la représentativité sur la vie des conventions ou accords collectifs de travail

La représentativité des syndicats se maintient, se gagne ou se perd à chaque élection. Conserver sa représentativité ne peut être que bénéfique pour l'application des conventions et accords collectifs conclus avant la dernière élection. Mais ces conventions et accords sont-ils en danger à chaque élection, menacés par la perte de représentativité de leurs signataires ? La perte de représentativité d'un ou de plusieurs signataires n'a pas pour effet de mettre fin à l'application de l'accord. Une difficulté est cependant soulevée concernant les accords étendus par arrêté ministériel ou interministériel⁵⁷⁷. La perte de la représentativité peut-elle être une cause d'abrogation de l'arrêté d'extension ? A la lecture de l'article D. 2261-13 du Code du travail⁵⁷⁸, la réponse semble affirmative. En effet, cet article prévoit que « le ministre chargé du travail peut, à la demande d'une des organisations représentatives intéressées ou de sa propre initiative, abroger l'arrêté d'extension en vue de mettre fin à l'élargissement du champ d'application de la convention ou d'un accord ou de certaines de leurs dispositions lorsqu'il apparaît que les textes en cause ne répondent plus à la situation de la branche ou des

⁵⁷⁶ B. Palli, La révision des conventions collectives de travail à l'épreuve de la réforme de la représentativité syndicale, RDT 2010. 155.

⁵⁷⁷ Une procédure d'extension peut être engagée à la demande de l'une des organisations syndicales d'employeurs ou de salariés représentatives dans le champ d'application considéré ou à l'initiative du ministre (article L. 2261-24 du code du travail). Cette procédure a pour objet de rendre applicable l'accord collectif de branche à tous les salariés et employeurs compris dans son champ d'application par arrêté ministériel ou interministériel. Les entreprises qui ne sont pas adhérentes à l'une des organisations patronales signataires se voient également appliquer l'accord étendu.

⁵⁷⁸ Art. D. 2261-13 C. trav., décret n° 2008-244 du 7 mars 2008.

branches dans le champ d'application considéré ». La perte de la représentativité peut être considérée comme relevant de la situation de la branche et peut, par conséquent, entraîner l'abrogation de l'arrêté d'extension. Cette abrogation ne va-t-elle pas avoir pour effet de remettre en cause l'accord collectif lui-même ?⁵⁷⁹ Le retrait de l'arrêté d'extension limite les effets de l'accord collectif puisqu'il en restreint le champ d'application. La précarité de la représentativité a un effet indirect sur la vie de l'accord collectif. Les résultats électoraux peuvent, ainsi, avoir un effet négatif sur la négociation collective.

La perte de la représentativité a-t-elle un effet sur les droits et obligations des syndicats signataires de l'accord ? Une distinction doit être opérée entre les droits et obligations mis en place pour les signataires et ceux qui ne visent pas uniquement les signataires.

§2) Le rôle des élections dans l'émergence d'une démocratie sociale

L'objectif des élections professionnelles dans l'entreprise est incontestablement de favoriser une démocratie sociale **(I)**. Mais le législateur, en multipliant les règles électorales dans l'entreprise, ne décourage-t-il pas cette démocratie sociale **(II)**.

I/ Une démocratie sociale encouragée par les élections professionnelles dans l'entreprise

Le rôle des élections dans l'émergence d'une démocratie sociale est fondamental. En effet, point de démocratie sociale sans élections **(B)**. Pour comprendre cela, il convient, au préalable, de faire un point sur ce qu'est la démocratie sociale **(A)**.

A) Qu'est-ce que la démocratie sociale ?

La notion de démocratie sociale naît après la première guerre mondiale. Elle trouve son origine dans le Traité de Versailles⁵⁸⁰ de 1919 mais également dans l'avis de la Cour

⁵⁷⁹ M. Despax, Négociations, conventions et accords collectifs, Traité de droit du travail, vol. 7, 2^{ème} éd., Dalloz, 1989, spéc. p. 507.

⁵⁸⁰ Partie XIII « Travail » du Traité de Versailles signé le 28 juin 1919 entre l'Allemagne et les alliés à l'issue de la première guerre mondiale. C'est à l'article 389 de ce Traité instituant l'OIT que l'on doit la notion « d'organisations professionnelles les plus représentatives ».

permanente de justice internationale de l'Haye du 31 juillet 1922⁵⁸¹. Si cette notion a suscité l'enthousiasme d'un grand nombre à l'issue de la première guerre, elle s'est aussitôt effacée pendant quelques décennies. Elle fait une réapparition remarquée lors du lancement de l'opération de refondation sociale par le MEDEF en novembre 1999⁵⁸². Ernest-Antoine Seillère, son président, souligne lors d'une tribune publiée par le journal *Le monde* le 6 décembre 2000, que « la refondation sociale se propose comme un objectif ambitieux de redonner force à la démocratie sociale par le dialogue et le contrat entre les acteurs sociaux et de mieux redéfinir, nécessairement, pour ce qui nous concerne en le limitant, le rôle de l'Etat dans l'ordre public social. » La refondation sociale replace la démocratie sociale comme l'un des enjeux fondamentaux du débat social.

Ce concept découle de l'histoire sociale et syndicale qui donne à cette notion des valeurs et un sens fort. L'histoire explique la ferveur qu'il existe à l'égard de cette notion. La notion de démocratie sociale a beaucoup évolué depuis son apparition. Dans l'après-guerre, elle s'entendait comme le droit à une protection pour le salarié, ainsi que le droit pour ce dernier d'être « associé à la conduite des affaires le concernant (...) en tant que titulaire de droits sociaux »⁵⁸³. Quelques décennies plus tard, cette notion s'est quelque peu précisée. La démocratie sociale implique la participation des salariés et de leurs représentants à la gestion

⁵⁸¹ Cet avis précise que « l'on doit tenir pour organisations les plus représentatives celles qui représentent au mieux les employeurs et les travailleurs. Préciser qu'elles sont ces organisations, c'est une question d'espèce qui doit être résolue par chaque pays au moment même où se fait la désignation. Certes le nombre d'adhérents n'est pas le seul critère, mais c'est un facteur important. Toutes choses égales d'ailleurs, l'organisation comprenant le plus grand nombre d'adhérent sera l'organisation la plus représentative. Le gouvernement de l'Etat a le droit de déterminer, d'après les éléments dont il dispose, quelles organisations sont, en fait, les plus représentatives ». Ainsi selon la Cour, seule une présomption simple de représentativité peut découler du nombre d'adhérents. Elle souligne également que quand bien même une organisation emporte le plus grand nombre d'adhérents cela ne lui attribue pas nécessairement la qualité d'organisation la plus représentative. Le point le plus marquant de cet avis reste l'ouverture au « pluralisme syndical » que fait la Cour en reconnaissant que plusieurs organisations syndicales peuvent être qualifiées de « plus représentatives ».

⁵⁸² Le 15 novembre 1999, le président du MEDEF, Ernest-Antoine Seillère, en s'adressant aux présidents et secrétaires généraux des cinq organisations syndicales de salariés (CFDT, CGT-FO, CGT, CFE-CGC et CFTC) annonce que « Force est de constater aujourd'hui que l'immixtion généralisée et répétée de la puissance publique dans les relations entre employeurs et salariés vide de son contenu la politique contractuelle et remet en cause la gestion paritaire. Ceci conduit à une situation dangereuse qui ne peut perdurer sans dommage pour les entreprises, leurs salariés et l'ensemble de l'économie française. C'est la raison pour laquelle le MEDEF profondément attaché au dialogue social et convaincu qu'il appartient aux partenaires sociaux de réfléchir ensemble aux voies et moyens de développement économique et du progrès social, propose aux cinq organisations syndicales de salariés qui sont ses interlocuteurs naturels d'entamer une réflexion de fond et d'ouvrir un chantier ambitieux. (...) L'objectif est de bâtir une nouvelle constitution sociale redéfinissant en commun nos champs de responsabilités dans les domaines des relations du travail et de la protection sociale ainsi que les rapports nouveaux susceptibles d'être noués avec les pouvoirs publics. »

⁵⁸³ M. Borgetto, *Quelle démocratie sociale ?*, RDP 2002, p. 194.

des institutions qui les concernent⁵⁸⁴. Ce concept suggère un système où les partenaires sociaux définissent de manière autonome les normes sociales.

La démocratie sociale est un système tripartite qui inclut les représentants du monde patronal, les représentants des salariés et l'Etat⁵⁸⁵. L'Etat joue un triple rôle dans la démocratie sociale. Il inspire, tout d'abord, les négociations par la détermination des thèmes discutés entre partenaires sociaux⁵⁸⁶. Cette fonction n'est pas exclusive d'une capacité d'initiative des partenaires sociaux. Les partenaires sociaux avaient ainsi pris l'initiative de négocier sur les conditions de travail. Un accord national interprofessionnel a été signé par ces derniers au premier semestre 2013 sur les conditions de travail. Cet accord a été négocié pendant plusieurs années et comporte des dispositions incitatives et aucune disposition contraignante, contrairement aux accords nationaux interprofessionnels négociés à l'initiative de l'Etat, qui ont une durée de négociation plus courte et qui comporte des dispositions plus contraignantes.

La démocratie sociale peut être appréciée sous deux angles. Elle représente, en premier lieu, une valeur. En effet, la démocratie sociale favorise la justice sociale et vient fortifier la liberté. De manière plus concrète, la démocratie sociale représente, en second lieu, une forme politique⁵⁸⁷. Elle met en place des institutions chargées de la réaliser. L'Etat joue, ensuite, un rôle de modérateur dans ces négociations. Et enfin, il appartient à l'Etat de transposer les négociations dans la loi. Le modèle de démocratie sociale en France est étatiste.

La « démocratie sociale », idéale à atteindre, est prônée par les politiques qui tentent de s'attirer les grâces du peuple. Georges Burdeau relève la fundamentalité de cette notion dans les démocraties contemporaines. Selon lui cette notion souligne que l'homme est plus qu'un citoyen, il est une personne « située » dans un environnement économique et social et dans un tissu de relations sociales diverses⁵⁸⁸. La résolution de l'OIT du 18 juin 2002 fait de

⁵⁸⁴ M. Borgetto, *Quelle démocratie sociale ?*, RDP 2002, p. 194.

⁵⁸⁵ Contrairement à l'Allemagne qui a posé le principe de neutralité de l'Etat dans le domaine de la négociation sociale. Le gouvernement allemand n'arbitre pas la négociation entre représentants du patronat et représentants des salariés. L'Etat allemand ne fixe pas les thèmes de négociation sociale, n'intervient pas dans le cadre de la négociation et ne peut décider d'adopter une norme sociale si patrons et salariés ne se sont pas mis d'accord sur un texte. Ce principe de neutralité s'explique par l'histoire de l'Allemagne. Après la seconde guerre mondiale, il n'était pas question de revenir à une logique fédérale où l'Etat avait la faculté de s'impliquer dans des domaines régaliens.

⁵⁸⁶ Principe de documentation d'orientation envoyé aux partenaires sociaux avant la négociation interprofessionnelle qui fixe le cadre de la négociation.

⁵⁸⁷ B. Burdeau, *Encycl. Universalis*, vol. 5, V° Démocratie.

⁵⁸⁸ P.-Y. Verkindt, *Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale*, la semaine juridique sociale n° 22, 29 mai 2012, 1233, p. 1.

la démocratie sociale « un élément central des sociétés démocratiques ». Le rapport Le Garrec sur la démocratie sociale a tenté d'éclaircir quelques zones d'ombre de la démocratie sociale. Selon ce rapport, la démocratie sociale peut se définir par la mise en place et le fonctionnement d'une sphère de régulation sociale entre le marché et l'Etat, confiée aux partenaires sociaux. La démocratie sociale comprend deux aspects : le paritarisme et négociation collective. En effet, la négociation collective est un élément essentiel de la démocratie sociale. Elle a pour effet positif de tempérer les conflits collectifs.

Jean Le Garrec, président de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, affirme dans ces propos d'ouverture du colloque relative à la démocratie sociale « qu'il n'est pas question d'opposer la démocratie sociale à la démocratie politique »⁵⁸⁹. L'idée d'une complémentarité entre ces deux types de démocratie n'est pas nouvelle. Léon Blum affirmait déjà en 1941 que « la démocratie politique ne sera viable si elle ne s'épanouit pas en démocratie sociale ; la démocratie sociale ne serait ni réelle ni stable, si elle ne se fondait pas sur une démocratie politique »⁵⁹⁰. Ainsi, il ne pourrait exister de démocratie politique sans démocratie sociale et inversement. Il s'agit là d'une remarque étonnante puisqu'elle date du régime de Vichy, époque où la démocratie est oubliée dans un Etat centralisé et jacobin, rétif à la négociation sociale et où l'institution de la démocratie sociale a été tardive⁵⁹¹.

Par la mise en place de représentants élus par tous les salariés, qu'ils soient syndiqués ou non, les élections professionnelles procédant d'une « démocratie salariale ou industrielle ». Par le biais de ces représentants, tout travailleur peut participer à la détermination collective des conditions de travail dans l'entreprise⁵⁹². La démocratie salariale ou industrielle contribue selon M. Georges Borenfreund « à ce qu'une relation étroite se formalise entre le mouvement syndical et l'ensemble des travailleurs »⁵⁹³.

Le principe évoqué dans le préambule de la Constitution de 1946, accordant le droit à tout travailleur de participer « par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises », ne semble-t-il pas rattacher ces deux formes de démocratie ? Les dispositions de la loi du 20 août 2008 tendent à effacer

⁵⁸⁹ Rapport d'information n° 2323 déposé par la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur la démocratie sociale présenté par le député M. Jean Le Garrec le 4 avril 2000.

⁵⁹⁰ L. Blum, L'échelle humaine in L'œuvre de Léon Blum, Albin Michel, 1955, p. 472.

⁵⁹¹ A. Charriot, La démocratie sociale à la française : l'expérience du conseil national économique 1924-1940, Editions La découverte, 2002, p. 1.

⁵⁹² Alinéa 8, Préambule de la Constitution de 1946.

⁵⁹³ G. Borenfreund, Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise, Dr. soc., juin 2013, p. 486.

les disparités entre démocratie sociale et démocratie industrielle. En effet, la réforme de 2008, en provoquant une extension des fonctions assignées aux élections professionnelles dans l'entreprise, notamment « dans la détermination de la représentativité dans l'entreprise, d'abord, dans l'ensemble des relations sociales, ensuite, par consolidation, ainsi que leur impact sur la négociation d'entreprise », en augmente les convergences.

La démocratie sociale se définit comme étant toutes les formes de négociation, de consultation, ou d'échange d'information, à tous les niveaux, entre les employeurs, les représentants des travailleurs et les pouvoirs publics sur des questions d'intérêts commun. Elle exprime donc la nécessité de définir ensemble l'intérêt général. Le droit électoral de l'entreprise permet l'association des forces économiques et sociales à la construction de la politique de l'Etat et particulièrement de la politique de l'emploi⁵⁹⁴.

La démocratie sociale se reflète dans le principe de participation, qui, contenu dans le préambule de la Constitution⁵⁹⁵, accorde à tout travailleur le droit de participer à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises. Pour éviter une anarchie, cette participation s'effectue par l'intermédiaire des délégués, d'où l'enjeu des élections dans la démocratie sociale. Elle s'exerce sous toute forme de « concertation appropriée », notamment l'information, la consultation ainsi que la négociation collective. Elle comprend même la participation aux organes d'administration de la société.

Ce principe, élément fondamental de la démocratie sociale, reçoit un soutien précieux du Conseil constitutionnel, qui en a fait référence pour la première fois dans sa décision relative à la loi sur l'emploi des jeunes du 5 juillet 1977⁵⁹⁶. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel précise l'ampleur du principe de participation, celui-ci renferme la négociation collective ainsi que le droit d'être représenté par des délégués. Il attribue, notamment, à l'accord collectif une fonction réglementaire⁵⁹⁷. Par plusieurs décisions postérieures, le Conseil constitutionnel a complété l'étendue du principe de participation : le pouvoir du comité d'entreprise⁵⁹⁸ et la participation aux organes de surveillance des

⁵⁹⁴ G. Lyon-Caen, *Droit syndical et mouvement syndical*, Dr. soc. 1984, p. 8 ; A. Arseguel, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, Thèse Université des Sciences Sociales de Toulouse, p. 2.

⁵⁹⁵ Alinéa 8, préambule de la constitution de 1946.

⁵⁹⁶ Cons. const., 5 juill. 1977, n° 77/79 DC.

⁵⁹⁷ Morin, *Le conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective*, Dr. soc. 1997. 27.

⁵⁹⁸ Cons. const., 25 juill. 1989, n° 89-257 DC, loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, JO 28 juill., p. 9503.

sociétés⁵⁹⁹ se rattachent également à ce principe. Les délégués sont les agents d'exercice des droits de participation à la détermination collective des conditions de travail après une « concertation appropriée »⁶⁰⁰. Le conseil constitutionnel considère cette pratique comme étant conforme à la constitution⁶⁰¹. En vertu de sa casquette constitutionnelle, le législateur ne peut, en principe, priver les salariés de leur droit à la détermination collective des conditions de travail et par conséquent de leur droit à la négociation collective et d'être représenté dans l'entreprise. C'est notamment pour cette raison que ce principe s'applique également aux fonctionnaires⁶⁰².

Le principe de participation est indiscutablement lié aux élections professionnelles dans l'entreprise, il est « la référence obligée pour déterminer le corps électoral ou délimiter la compétence du comité d'entreprise »⁶⁰³. La cour de cassation use de ce principe pour apprécier la portée de certaines dispositions légales⁶⁰⁴. Les instances de représentation mises en place par les élections font la démocratie sociale.

La démocratie sociale est, ainsi, en principe une démocratie représentative. L'expression directe des salariés est très limitée. Le droit du travail ne prévoit que le référendum comme mode d'expression directe des salariés. Rare est l'usage du référendum dans l'entreprise. La représentation semble être un moyen plus efficace qu'une expression directe des salariés pour défendre les intérêts des salariés. Le droit communautaire privilégie également une démocratie participative⁶⁰⁵.

B) Pourquoi une démocratie sociale ?

Deux nécessités majeures fondent la démocratie sociale. La première concerne l'entreprise, le rapport de subordination crée une inégalité entre l'employeur et le salarié, que la démocratie sociale se doit de limiter **(1)**. La seconde concerne la société, la démocratie sociale implique la participation des salariés par le biais de corps intermédiaires à

⁵⁹⁹ Cons. const., 20 juill. 1983, n° 83-162 DC, loi relative à la démocratisation du secteur public, JO 22 juill., p. 2267.

⁶⁰⁰ Cons. const., 29 juill. 2005, n° 2005-523 DC ; cons. const. 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, loi de modernisation sociale, JO 18 janv., p. 1053.

⁶⁰¹ Elle ne contrevient pas à l'article 37 de la constitution conférant au pouvoir réglementaire compétence en matière de détermination des conditions d'application des normes législatives.

⁶⁰² Cons. const., 20 juill. 1977, n° 77-83 DC, JO 22 juill., p. 3885.

⁶⁰³ P. Lokiec, Droit du travail, Tome II, Les relations collectives de travail, PUF, 1^{er} éd. 2011, p. 8.

⁶⁰⁴ Soc., 4 mars 2009, n° 07-20627.

⁶⁰⁵ Art. 6, dir. 2009/38/CE ; art. 4, dir. 2002/14/CE.

l'élaboration de la politique de l'Etat (2). Il convient, toutefois de noter que leur conciliation peut s'avérer difficile.

1) Pour une égalité

Dans l'entreprise, « le contrat entre l'employeur et le salarié n'est pas un contrat entre égaux. L'échange entre un travail subordonné et une rémunération a besoin d'être régulé, équilibré, de façon spécifique par la loi et la négociation collective »⁶⁰⁶. Les élections professionnelles dans l'entreprise permettent, ainsi, l'instauration d'un « contre-pouvoir démocratique » destiné à défendre les intérêts des salariés et à limiter les conséquences néfastes de ce rapport de subordination. Il convient de souligner que dans la procédure de concertation, l'employeur conserve son pouvoir de décision ; en revanche, les règles qui découlent de l'accord collectif limitent ce pouvoir⁶⁰⁷. Concrètement, les élections professionnelles appellent à une réflexion « sur la manière de contrebalancer une souveraineté dont l'employeur est dépositaire, tout en facilitant une manifestation authentique de la volonté des travailleurs »⁶⁰⁸. Par le biais des élections⁶⁰⁹, la démocratie sociale garantit le rétablissement d'une égalité économique, condition d'une égalité politique réelle et assure la promotion de l'égalité des chances⁶¹⁰. Selon Georges Burdeau, cette « démocratie gouvernante »⁶¹¹ se caractérise par « l'extension des procédés démocratiques du domaine politique au plan économique et social »⁶¹². Ainsi, les élections professionnelles dans l'entreprise, à travers l'institution de représentants élus et désignés dans l'entreprise, organise « la démocratie dans la démocratie » et assurent « la promotion collective du monde du travail, en rompant avec la logique individualiste du contrat »⁶¹³.

⁶⁰⁶ H. Rouilleault, *Où va la démocratie sociale ?*, Editions de l'Atelier, 2010.

⁶⁰⁷ G. Lyon-Caen, « Critique de la négociation collective », *Dr. soc.* 1979. 350.

⁶⁰⁸ G. Borenfreund, *Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise*, *Droit social*, 2013, p. 495.

⁶⁰⁹ Les résultats des élections sont devenus, depuis la réforme de 2008, un critère de la représentativité des syndicats et un critère de validité des accords collectifs.

⁶¹⁰ P.-Y. Verkindt, *Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale*, *semaine juridique social*, 29 mai 2012, 1233, p. 4.

⁶¹¹ G. Burdeau, *Traité de science politique : LGDJ, 2^{ème} édition 1973*, t. VII, n° 169, p. 456.

⁶¹² G. Burdeau, *ouvrage préc.* note 46, n° 171, p. 462.

⁶¹³ G. Borenfreund, *La représentation des salariés et l'idée de représentation*, *Dr. soc.* 1991, p. 685.

2) Pour une loi négociée

Les instances de défense des intérêts des salariés, mises en place par le biais des élections professionnelles dans l'entreprise, n'ont pas pour seules fonctions de défendre les intérêts des salariés au niveau de l'entreprise. Elles sont également habilitées à porter la parole des salariés au plus haut sommet : l'Etat. Le concept de démocratie sociale confère aux corps intermédiaires une place essentielle. Ces derniers sont à la fois des instances de protections des individus et des coordinateurs entre l'Etat et les individus.

Pour une société performante dans un environnement favorable, la gouvernance du social doit être partagée. Les élections professionnelles favorisent la participation des organisations syndicales patronales et salariales, en raison de la proximité avec leurs mandants, confèrent à la loi une expertise et une légitimité supplémentaire lorsque celle-ci se repose sur le compromis trouvé. La loi négociée est la pleine expression de la démocratie sociale. Selon Durkheim, les corps intermédiaires sont des producteurs de normes auxquelles ils participent à la mise en œuvre⁶¹⁴. Comme le souligne Henri Rouilleault « pas plus que le marché ne suffit à réguler l'économie, la décision de l'employeur ne suffit pas à réguler l'entreprise, et le suffrage universel à réguler la société ». Les règles négociées ont valeur de normes directement intégrées dans l'ordre juridique. Les juges sont chargés de les appliquer et de les interpréter⁶¹⁵.

II/ Une démocratie sociale découragée par les élections professionnelles dans l'entreprise

La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, tout comme la loi Fillon du 4 mai 2004 sur le dialogue social, n'a pas totalement eu l'effet escompté. S'il ne peut être nié que les élections professionnelles dans l'entreprise favorisent la démocratie sociale, encore plus depuis 2008, elles en constituent également un frein. En effet, l'audience électorale exigée depuis 2008 pour l'attribution de la qualité représentative, considérait d'un côté comme le « nerf de la démocratie sociale », ne vient-elle pas de l'autre freiner la démocratie sociale ?

En fixant un seuil en dessous duquel les organisations syndicales ne peuvent être considérées comme représentatives, et par conséquent ne peuvent être appelées à négocier un

⁶¹⁴ E. Durkheim, *De la division du travail social* : PUF, 1893, réédit. « coll. « Quadrige » 2007.

⁶¹⁵ Ass. plén., 6 févr. 1976, n° 74-40.223, Bull. ass. plén., n° 2.

accord ou une convention collective, la loi n'a-t-elle pas pour conséquence en pratique, de raréfier la conclusion d'un accord faute de partenaire ? Il en est de même pour l'exigence de 30% des suffrages exprimées comme condition de validité de l'accord. Cette double exigence de suffrages, limite les accords d'entreprise et donc l'édiction de normes conventionnelles, expression du principe de participation des salariés. La loi limite indirectement la participation des salariés à la détermination des conditions de travail. Le constat est aujourd'hui indéniable, c'est la légitimité ou rien. L'exigence de légitimité est largement justifiable par le rôle primordial qu'ont les partenaires sociaux. Mais le tout ou rien a des effets néfastes sur la démocratie sociale, il est donc nécessaire de trouver une solution afin de légitimer les négociateurs par la voie des élections tout en favorisant la conclusion d'accord collectif.

Le préambule de la constitution de 1946 vise « tout travailleur », ainsi, en principe, tous les salariés doivent bénéficier de ce droit. Se pose alors la question de la participation des salariés des très petites entreprises. Le législateur peut-il « s'abstenir de prendre toute disposition sur le droit de participation des salariés dans les très petites entreprises »⁶¹⁶. Si le conseil constitutionnel admet l'institution de modalités de représentation différente selon la taille de l'entreprise, il précise que cela ne peut se faire qu'à la condition pour le législateur de garantir l'exercice du droit à la participation. Or, en réservant les élections de délégués du personnel aux entreprises ayant atteint un certain effectif et ainsi, par conséquent, en excluant de la mesure de l'audience⁶¹⁷ les salariés des très petites entreprises, le législateur ne méconnaît-il pas le droit de participation des salariés employés dans les très petites entreprises ? Le Conseil d'Etat dans un avis du 29 avril 2010, sur la nécessité juridique d'instaurer un mécanisme spécifique pour mesurer la représentativité syndicale dans les très petites entreprises, a répondu par l'affirmative. Il affirme que le législateur « ne peut sans méconnaître le principe de participation, retenir le critère de l'audience pour apprécier la représentativité des organisations syndicales de salariés, en excluant de la mesure de cette audience les salariés des très petites entreprises ». Ainsi, le Conseil d'Etat confirme la nécessité de mettre en place une consultation électorale pour mesurer l'audience des syndicats de salariés auprès des salariés des très petites entreprises avant le 21 août 2013, afin que les principes constitutionnels de participation et d'égalité soient respectés. Cet avis a largement

⁶¹⁶ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 72.

⁶¹⁷ Permettant l'appréciation de la représentativité des organisations syndicales et ainsi la détermination des négociateurs des accords collectifs.

influencé le législateur, qui a adopté, peu de temps après, la loi du 15 octobre 2010 complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi du 20 août 2008, dite « loi sur le dialogue social dans les très petites entreprises ». Elle instaure, ainsi, un mécanisme permettant de mesurer l'audience des organisations syndicales prenant en compte les salariés employés dans des très petites entreprises.

Une autre question doit attirer notre attention, celle de l'exclusion de certains salariés de l'effectif de l'entreprise. En effet, en excluant du calcul de l'effectif certains salariés, le législateur ne méconnaît-il pas encore une fois le principe de participation et donc la démocratie sociale ? Le Conseil constitutionnel a répondu à cette question délicate et a apporté une réponse surprenante. Le Conseil constitutionnel admet l'exclusion de l'effectif des salariés titulaires de contrats aidés⁶¹⁸. Une telle exclusion ne porte atteinte ni au principe de participation ni au principe d'égalité, sous réserve que celle-ci ne produise aucun effet sur l'électorat et l'éligibilité de ces salariés, ce qui en revanche contreviendrait au principe de participation, et qu'elle ait pour objectif d'encourager l'emploi de ces salariés⁶¹⁹. Le raisonnement du Conseil constitutionnel suscite une interrogation : « Comment est-il possible d'être exclu des effectifs et donc de la collectivité de travail tout en étant électeur et éligible ? »⁶²⁰ L'effectif de l'entreprise étant déterminant pour la mise en place d'institutions représentatives du personnel, le bannissement de certains salariés de cet effectif peut avoir pour conséquence néfaste d'exempter l'employeur de mettre en place des institutions représentatives du personnel. En effet, il est possible qu'une entreprise n'atteigne pas les seuils requis, alors que celle-ci comprend un certain nombre de contrats aidés. Cela a pour conséquence directe de mettre en cause l'exercice du droit de participation⁶²¹ et donc la démocratie sociale. Le droit des élections professionnelles dans l'entreprise a donc un effet dévastateur sur la démocratie sociale.

« La démocratie est une forme toujours inachevée, à la fois une promesse et un problème, un équilibre construit par sédimentation, imparfait et toujours menacé » selon Pierre Rosanvallon. La notion de démocratie sociale comprend une ambiguïté importante. Elle

⁶¹⁸ Notamment les contrats d'apprentissage, contrats d'accompagnement dans l'emploi, contrats initiative emploi, contrats d'avenir et contrats de professionnalisation.

⁶¹⁹ Cons. const. 29 avr. 2011, n° 2011-122.

⁶²⁰ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 73.

⁶²¹ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 73.

laisse croire que la norme sociale est fixée par une négociation totalement libre entre les partenaires sociaux, les représentants du patronat et les représentants des salariés.

En élargissant les fonctions des élections professionnelles, la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a bouleversé le droit électoral de l'entreprise. Ces nouvelles fonctions impliquent de nouvelles règles qui, parfois, remettent en cause les principes fondateurs de la représentation du personnel. L'appréciation de l'audience électorale des syndicats au premier tour des élections, imposant que les candidatures au premier tour soient réservées aux organisations syndicales au détriment des candidatures libres, peut fausser la volonté des électeurs. L'électeur qui n'est pas en phase avec les idées des candidats présentées au premier tour par des organisations syndicales a trois possibilités : voter pour des représentants ayant des idées auxquelles il n'adhère pas, voter blanc ou s'abstenir. Cette nouvelle règle ne préserve pas la volonté des électeurs. La conciliation des différents enjeux est complexe. Si le législateur tente de trouver des compromis, les résultats sont décevants. Ces nouvelles règles n'ont pas seulement des effets négatifs pour les salariés, mais également pour les syndicats menacés d'être privés de représentativité tous les quatre ans. L'exigence du franchissement d'un seuil d'audience électorale pour être représentatif, a pour effet de priver de nombreux syndicats de représentativité et donc des prérogatives qui leur sont attachées. Ces règles méconnaissent le principe de participation et la liberté syndicale. L'exclusion de la représentativité des organisations syndicales qui n'ont pas atteint les seuils requis, a également pour effet de les exclure du processus de négociation collective, expression du principe de participation et de la liberté syndicale. Ces règles sont préjudiciables aux syndicats sur un autre point : la désignation d'un délégué syndical dans l'entreprise étant subordonnée à l'acquisition de la représentativité, de nombreux syndicats sont privés de représentation dans l'entreprise.

Conclusion du titre 2

L'assimilation du droit électoral de l'entreprise au droit électoral politique est impossible ; il s'en inspire mais s'en distingue. Election politique et élection professionnelle dans l'entreprise ont chacune leur particularité qui implique l'application de règles qui leurs sont adaptées.

Le droit électoral politique influence le droit électoral de l'entreprise sur plusieurs points. Le droit électoral de l'entreprise est à la quête d'une légitimité semblable à celle de la représentation politique. Le droit électoral politique vient pallier les carences du droit électoral de l'entreprise. Mais ce dernier s'en distingue par l'intervention dans le processus électoral de protagonistes singuliers. La spécificité des acteurs des élections professionnelles dans l'entreprise s'explique par le cadre particulier d'organisation des élections et par ses enjeux. Autre particularité, celle des modalités de vote, l'entreprise étant une structure particulière une adaptation des règles relatives aux modalités de vote est nécessaire.

La grande particularité des élections professionnelles dans l'entreprise est la diversité de ses enjeux. Elles n'ont plus seulement vocation à permettre aux salariés de choisir leurs représentants, elles permettent également de mesurer la représentativité des syndicats et de désigner les négociateurs des conventions et accords collectifs. Elles influencent également la validité des conventions et accords collectifs et ont un rôle fondamental dans l'émergence d'une démocratie sociale.

Mais ces différentes fonctions attribuées aux élections alourdissent la tâche du législateur, elles compliquent la construction d'un droit lisible. Le législateur a encore beaucoup à faire pour simplifier le droit électoral de l'entreprise.

Conclusion de la première partie

L'émergence d'un droit électoral de l'entreprise n'est plus à démontrer. Le législateur, depuis la création du délégué du personnel en 1936, construit ce droit, le nourrit, dans l'objectif de renforcer la représentation des salariés. Le droit électoral de l'entreprise est d'une grande richesse, il fait appel à diverses sources tant nationales qu'européennes et internationales. Mais le Code du travail reste la première source du droit électoral de l'entreprise, il réglemente les différentes étapes du processus électoral. Mais il fait preuve de nombreuses lacunes que la Cour de cassation tente de pallier. Le droit électoral de l'entreprise est, ainsi, un droit en grande partie jurisprudentiel.

La diversité des enjeux des élections professionnelles dans l'entreprise, renforcée par la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail⁶²², rend nécessaire la poursuite de la construction d'un droit électoral de l'entreprise. Ce droit doit impérativement concilier les différents enjeux des élections et mettre en place des règles complémentaires qui s'articulent. Les élections non plus seulement vocation à conférer à des personnes la qualité de représentant, elles permettent également la mesure de la représentativité. Les élections permettent d'attribuer aux syndicats les prérogatives attachées à la représentativité, notamment la faculté de désigner les négociateurs des conventions et accords collectifs. La validité de ces conventions et accords est également subordonnée aux résultats des élections. Les élections ont donc un rôle fondamental.

L'élection est un outil de légitimation ; elle légitime les représentants des salariés, les négociateurs des conventions et accords collectifs et ces conventions et accords. Mais dans sa quête de légitimité le législateur entrave l'exercice des droits des salariés et des syndicats.

⁶²² Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

**PARTIE 2 : LA COMPLEXE MISE EN ŒUVRE DU DROIT
ELECTORAL DE L'ENTREPRISE**

Les élections professionnelles dans l'entreprise sont bien régies par un droit électoral de l'entreprise. L'importance du contentieux et la multiplication des interventions du législateur en la matière, prouve qu'il s'agit d'un droit en construction, d'un droit imparfait. Le législateur et la jurisprudence tente de corriger les imperfections, d'apporter une certaine cohérence, entre la multitude de règles composant ce droit. Les efforts du législateur et de la jurisprudence sont notables mais ils ne sont pas suffisants, la mise en œuvre du droit électoral de l'entreprise reste trop complexe. L'utilisation du droit électoral de l'entreprise a un double effet, elle présente des avantages et des inconvénients (Titre 1). L'un des effets de la construction d'un droit complexe est sa méconnaissance. De trop nombreuses irrégularités sont relevées à l'occasion des opérations électorales, mais leurs conséquences sont limitées (Titre 2).

**TITRE 1 : L'UTILISATION A DOUBLE EFFET DU DROIT ELECTORAL DE
L'ENTREPRISE : DES AVANTAGES ET DES INCONVENIENTS**

Les élections professionnelles dans l'entreprise comprennent plusieurs étapes successives : la détermination du cadre d'organisation, la détermination du public visé, la préparation des opérations électorales et l'opération électorale. Autant d'étapes qu'il faut réglementer pour la mise en place d'une représentation du personnel. Si le législateur et la jurisprudence tentent d'encadrer au mieux les prémices des opérations électorales (**Chapitre 1**) et leur déroulement (**Chapitre 2**), de trop nombreuses lacunes sont encore relevées.

Chapitre 1 : Les prémices des opérations électorales

La nécessité d'une représentation du personnel conduit le législateur à élargir la sphère des élections professionnelles (**Section 1**), dont la préparation soulève quelques difficultés (**Section 2**).

Section 1 : La sphère en chantier des élections professionnelles

L'objectif annoncé du législateur est de mettre en place une représentation du personnel dans toutes les entreprises (§1). Cette représentation n'est possible que si les seuils d'effectifs sont atteints, mais la détermination de l'effectif d'une entreprise pose de nombreuses difficultés (§2).

§1) Vers une représentation dans toutes les entreprises

La nécessité d'une représentation du personnel dans toutes les entreprises est incontestable (**I**), elle est même multipliée (**II**).

I) Une représentation nécessaire dans toutes les entreprises

Si l'entreprise est le principal cadre de représentation du personnel (A), le législateur a étendu ce cadre pour une meilleure représentation du personnel (B).

A) L'entreprise, cadre de représentation

Si toutes les entreprises privées sont concernées par le droit de la représentation du personnel (**1**), se pose la question du droit de la représentation du personnel dans les établissements publics et la fonction publique (**2**).

1) Un droit de la représentation du personnel réservé aux entreprises privées

L'entreprise est le périmètre général d'organisation des élections professionnelles. Les articles L. 2311-1 et L. 2321-1 du Code du travail soumettent tous les employeurs de droit privé ainsi que leurs salariés, à l'application des dispositions sur la représentation du personnel. En utilisant cette formule générale, la volonté du législateur est de viser le maximum d'entreprise pour garantir une meilleure représentation du personnel. Antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau Code du travail, était listé les organismes de droit privé dans lesquels étaient exigés l'organisation d'instance représentative du personnel. Cette liste comprenait les sociétés civiles et mutualistes, les offices publics et ministériels, toutes les entreprises agricoles, commerciales, industrielles et libérales⁶²³, les organismes de sécurité sociale⁶²⁴, les syndicats professionnels dont les unions de syndicats, les associations, quels que soient leur forme et leur objet, notamment celles exerçant une mission d'intérêt public⁶²⁵ et les groupements de copropriétaires⁶²⁶.

Cette liste étant non exhaustive, la Cour de cassation a soumis d'autres entités au respect de ces dispositions, notamment les groupements d'intérêt économique⁶²⁷ et les fondations⁶²⁸. Cette liste demeure soumise aux dispositions du Code du travail relatives aux élections professionnelles, puisqu'ils satisfont à la qualité d'employeur de droit privé. L'objectif de cette nouvelle formule est de soumettre toutes les entreprises de droit privé implanté en France et remplissant les conditions de seuils au droit de la représentation du personnel. Aucun employeur ne peut désormais échapper à la mise en place d'institution représentative du personnel⁶²⁹. Ainsi, un comité d'entreprise employant son propre personnel est également assujéti au droit de la représentation du personnel.

Ces entreprises de droit privé ne sont soumises aux dispositions du Code du travail relatives aux élections professionnelles et à la désignation de responsables syndicaux, que si elles exercent leur activité sur le territoire français. En effet, la jurisprudence assimile les

⁶²³ Peu importe la forme juridique adoptée et le mode d'activité : Versailles, 18 avr. 1980, Dr. ouvrier, 1980, 449.

⁶²⁴ A l'exception de ceux ayant le caractère d'établissement public administratif : CE, 13 mai 1938, n° 57302, D. 1939. 3. 65, note Pepy et Prétot.

⁶²⁵ CE, 10 avr. 1970, n° 74857, Lebon 241.

⁶²⁶ Soc. 4 avr. 1990, n° 88-11.746, Bull. civ. V, n° 164, Dr. soc. 1990, 871, concl. J. Graziani.

⁶²⁷ Crim. 29 avr. 1986, n° 84-94.476, Bull. crim., n° 147 : Les GIE sont soumis aux dispositions relatives à la représentation du personnel même s'ils sont exclusivement composés de salariés mis à disposition par les sociétés membres du groupement et qu'ils n'emploient pas d'effectif propre.

⁶²⁸ Soc. 28 avr. 1981, n° 81-60.008, Bull. civ. V, n° 345.

⁶²⁹ B. Teyssié, Droit du travail Relations collectives, LexisNexis, 9^{ème} éd., 2012, p. 129.

dispositions relatives à la mise en place d'institution représentative du personnel à des lois de police, qui obligent tous ceux qui habitent sur le territoire. Dans un arrêt du 28 février 1986, la chambre mixte de la Cour de cassation était saisie d'une contestation de la désignation d'un délégué syndical, pour assister aux réunions du comité d'entreprise de la représentation générale à Paris de la Compagnie aérienne Air Afrique. Se posait alors la question de savoir si la loi du 28 octobre 1982 s'appliquait à la succursale d'Air Afrique à Paris. La chambre mixte a répondu par l'affirmative et a précisé que les textes du Code du travail relatifs à la représentation du personnel sont des lois de police d'application territoriale, et s'imposaient donc à Air Afrique pour sa succursale de Paris. Cependant, le personnel navigant technique exerçait son activité exclusivement sur des appareils ayant la nationalité ivoirienne en vertu de la Convention de Chicago du 7 décembre 1944, la Cour de cassation estimait alors que ces navigants n'appartenaient pas au personnel de la succursale parisienne d'Air Afrique, et qu'ainsi la contestation par la compagnie aérienne de la désignation de Monsieur X en qualité de représentant du Syndicat National des Officiers Mécaniciens navigants de l'Aviation Civile au comité d'entreprise des succursales de Paris devait être acceptée⁶³⁰. La chambre sociale a rappelé cette assimilation dans un arrêt du 3 mars 1988 dans lequel elle dispose que « les lois relatives à la représentation des salariés et à la défense de leurs droits et intérêts sont des lois de police s'imposant à toutes les entreprises et organismes assimilés qui exercent leur activité en France »⁶³¹. Ainsi, toute entreprise qui emploie des salariés sur le territoire français est tenue de mettre en place des instances représentatives du personnel si les seuils requis sont atteints. Le Conseil d'état précise qu'en vertu des dispositions de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 22 février 1945, la circonstance qu'une entreprise employant en France plus de 50 salariés ait son siège social à l'étranger, ne saurait la faire échapper à l'application de la législation sur les comités d'entreprise⁶³². Il en va de même pour les bureaux, antennes, agences, établissements, succursale ou filiale d'une entreprise étrangère implantée en France, dès lors que les seuils requis sont atteints⁶³³. L'application de ces dispositions dépend uniquement de l'emploi de salariés sur le territoire français et de la satisfaction des seuils, peu importe la nationalité de l'entreprise ou même de ses salariés⁶³⁴.

Sont, toutefois, dispensés de la mise en place d'instance représentative du personnel les établissements implantés à l'étranger, peu importe que son siège social soit en France, que

⁶³⁰ Ch. mixte, 28 févr. 1986, n° 85-60.026, n° 84-93.287 et n° 84.60-724.

⁶³¹ Soc., 3 mars 1988, Bull. civ. V, p. 109, n° 164

⁶³² CE, ass., 29 juin 1973, n° 77982, Lebon 458 ; Dr. soc. 1974, 42, concl. N. Questiaux, obs. J. Savatier.

⁶³³ Soc., 14 févr. 2001, RJS 5/01, n° 617 ; soc. 14 janv. 2004, n° 02-60.119, Bull. civ. V, n° 17 ; D. 2004. IR 321.

⁶³⁴ Soc. 23 sept. 2008, n° 07-42.842, Bull. civ. V, n° 171.

les salariés employés à l'étranger soient principalement des français et que la société soit française. Sont, en revanche, concernées les entreprises exerçant leur activité dans un territoire, un département d'outre mer, ou une collectivité territoriale. Des règles particulières s'appliquent dans les territoires d'outre mer⁶³⁵ et dans la collectivité territoriale de Mayotte en raison des compétences qui leurs sont attribuées en matière de législation du travail⁶³⁶.

Une atténuation trouve effet lorsque s'exerce la souveraineté d'un Etat étranger. C'était le cas de la délégation générale du Québec qui employait des salariés dans les conditions de droit privé. La Province du Québec avait demandé l'annulation de la désignation faite par le syndicat SMA-CFDT le 4 septembre 2008 de Monsieur X comme délégué syndical au sein de la délégation générale du Québec. La chambre sociale a fait droit à cette demande en précisant que « le principe de la souveraineté des Etats fait obstacle à ce qu'il soit fait application au sein de la représentation officielle d'un Etat étranger des règles du Code du travail relatives à la représentation du personnel et à celle des syndicats »⁶³⁷.

2) Droit de la représentation du personnel, établissements publics et fonction publique

Si la fonction publique est exclue du droit de la représentation du personnel **(b)**, certains établissements publics y sont assujettis **(a)**.

a) Des établissements publics sélectionnés

Depuis la loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel⁶³⁸, les dispositions du Code du travail relatives aux délégués du personnel et aux comités d'entreprise sont également applicables aux entreprises publiques qui emploient du personnel dans les conditions de droit privé. Antérieurement à cette loi, aucune disposition ne soumettait les entreprises publiques à l'application des règles du Code du travail relatives à la représentation du personnel. La jurisprudence administrative et judiciaire avait donc pris les devants, estimant que ces entreprises devaient être soumises à ces

⁶³⁵ Polynésie française, Nouvelle Calédonie, Wallis-et-Futuna, Terres australes et antarctiques.

⁶³⁶ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 390 et 391.

⁶³⁷ Soc., 4 nov. 2009, n° 08-60.593, JCP S 2009, 1565, note B. Gauriau.

⁶³⁸ Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, loi dite « Auroux ».

dispositions. Dans un arrêt du 20 octobre 1954, le Conseil d'état a donc assujéti les entreprises publiques à l'application du droit de la représentation du personnel⁶³⁹. La Cour de cassation, quant à elle, a visé expressément les établissements publics à caractère industriel et commercial⁶⁴⁰. Le législateur a donc étendu l'application des règles relatives à la représentation du personnel aux établissements publics à caractère industriel et commercial, notamment aux collectivités territoriales gérant en régie un service public industriel et commercial dont le personnel relève du droit privé⁶⁴¹. Qu'en est-il, cependant, des entreprises publiques dites « à statut » ? Sont-elles également soumises au droit de la représentation du personnel au sens du Code du travail ? Les personnels des entreprises publiques à statut sont en principe des agents de droit privé⁶⁴². Ils sont soumis aux règles communes à toutes les entreprises publiques et notamment aux règles relatives aux services publics industriels et commerciaux. Le Code du travail s'applique au personnel statutaire de droit privé dès lors que le champ d'application de ces dispositions inclut les entreprises publiques. Les entreprises publiques à statut telles que la SNCF, la RATP et EDF-GDF sont également tenues de respecter les dispositions relatives à la représentation du personnel. Le législateur a également étendu l'application de ces dispositions aux établissements publics à caractère administratif employant du personnel dans les conditions du droit privé. En effet, les articles L. 2311-1 et L. 2321-1 du Code du travail assujétissent les établissements publics à caractère administratif aux dispositions relatives aux délégués du personnel et aux comités d'entreprise, lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé. Une chambre départementale d'agriculture rentre dans ce cadre⁶⁴³.

La particularité de certains établissements publics à caractère industriel et commercial et de certains établissements publics à caractère administratif, ainsi que la spécificité de leurs instances de représentation du personnel éventuellement existantes, peuvent conduire à l'adaptation des dispositions du Code du travail relatives à la représentation du personnel par décrets en Conseil d'Etat, sous réserve d'assurer les mêmes garanties aux salariés de ces établissements⁶⁴⁴. Des accords collectifs peuvent ensuite adapter les dispositions du Code du travail aux spécificités de ces entreprises. Des règles spéciales peuvent également déterminer

⁶³⁹ CE, 20 oct. 1954, Société nationale de constructions aéronautiques du nord, Lebon 545.

⁶⁴⁰ Soc., 2 mars 1977, n° 76-60.020, Bull. civ. V, n° 156.

⁶⁴¹ Soc., 19 sept. 2007, n° 06-60.203, RJS 11/07, n° 1188.

⁶⁴² Les personnels de ces entreprises peuvent exceptionnellement être des agents de droit public soit par la volonté du juge, soit par celle du législateur.

⁶⁴³ Soc., 9 oct. 2012, n° 11-22.350, n° 11-22.353 et n° 11-22.355, JCP S 2013, 1166, note L. Flament.

⁶⁴⁴ Art. L. 2311-1 et L. 2321-1 C. trav.

les conditions d'application du droit de la représentation du personnel prévu par le Code du travail dans ces établissements publics. Ainsi, l'article L. 142-9 du Code monétaire et financier définit les conditions d'application des dispositions du Code du travail à la Banque de France, société à capital entièrement public qualifiée par la loi du 4 août 1993 « d'institution dont le capital appartient à l'Etat » et désignée par la Cour de cassation comme établissement public administratif⁶⁴⁵.

Les établissements publics mixtes, autrement dit qui assurent à la fois une mission de service public administratif et de service public industriel et commercial, sont également tenus par les dispositions du Code du travail relatives à la représentation du personnel lorsqu'un accord collectif fait référence aux règles du Code du travail⁶⁴⁶. C'est le cas des ports autonomes⁶⁴⁷ qui exercent ces deux types de missions et qui sont gérés comme des établissements publics à caractère industriel et commercial.

Des règles législatives spéciales peuvent prévoir l'application de certaines dispositions du Code du travail relatives à la représentation du personnel. Ainsi, l'article L. 161-43 du Code de la sécurité sociale dispose que « les dispositions des articles L. 412-1, L. 421-1, L. 431-1 et L. 236-1 du Code du travail », désormais articles L. 2111-1, L. 2311-1 et L. 2321-1 du Code du travail, « sont applicables au personnel des services de la Haute Autorité de la santé⁶⁴⁸ ». Ces dispositions peuvent, toutefois, faire l'objet, par décret en Conseil d'Etat, d'adaptations rendues nécessaires par les conditions de travail propres à la Haute autorité, et les différentes catégories du personnel qu'elle emploie. A défaut d'autorisation spéciale par la loi, il ne peut être mis en place des instances représentatives du personnel prévues par le Code du travail dans les établissements publics administratifs et les autorités administratives indépendantes qui n'emploient pas de personnel dans les conditions de droit privé. Les dispositions d'un accord collectif qui prévoient l'application des règles du Code du travail relatives à la représentation du personnel dans un établissement public administratif ou une

⁶⁴⁵ Civ., 5 févr. 2002, n° 00-11.588.

⁶⁴⁶ Soc., 29 mai 2001, n° 00-60.024, Bull. civ. V, n° 186.

⁶⁴⁷ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Dalloz, 2^{ème} éd., 2001, p. 497.

⁶⁴⁸ Cette Autorité administrative indépendante a été créée par la loi n° 2004-810 du 20 août 2004 relative à l'assurance maladie. Elle emploie des agents contractuels de droit public, des salariés de droit privé ainsi que des agents de droit privé régis soit par les conventions collectives applicables au personnel des organismes de sécurité sociale, soit par un statut fixé par décret. Des agents publics peuvent être placés auprès de la Haute Autorité dans une position prévue par le statut qui les régit dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

autorité administrative indépendante, qui n'emploie pas de personnel dans les conditions de droit privé, alors qu'aucune disposition spéciale ne le prévoit sont nulles.

b) Une fonction publique exclue

En principe, les dispositions du Code du travail relatives à la représentation du personnel ne s'appliquent pas aux fonctionnaires. Le particularisme du statut des fonctionnaires impose l'application de règles qui leurs sont spécifiques. Ainsi, si les fonctionnaires bénéficient également d'un droit à la participation par l'intermédiaire de représentants élus ou désignés⁶⁴⁹, les règles qui leurs sont applicables diffèrent de celles qui s'appliquent aux entreprises de droit privé et dans les établissements publics employant du personnel dans les conditions de droit privé. Plusieurs organismes consultatifs peuvent être institués au sein de la fonction publique, telle que les commissions administratives paritaires, les comités techniques, les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et les conseils supérieurs. Des représentants syndicaux peuvent également être désignés dans certains services.

Les fonctionnaires sont donc exclus de l'application du Code du travail. Mais en est-il de même pour les fonctionnaires mis à disposition ou détachés dans des entreprises privées ? La Cour de cassation a répondu à cette interrogation mais en opérant, dans un premier temps, une distinction selon qu'il s'agissait d'élections de délégués du personnel ou d'élections des membres du comité d'entreprise. Elle a, en effet, d'abord considéré que les fonctionnaires mis à disposition ou détachés étaient concernés par les élections des délégués du personnel lorsqu'il existait un lien de subordination entre le fonctionnaire et l'employeur de l'entreprise⁶⁵⁰, puis par la désignation des délégués syndicaux⁶⁵¹, mais les excluait cependant des élections au comité d'entreprise. Elle met fin à cette distinction dans un arrêt du 23 mai 2006 dans lequel elle affirme que les agents de droit public mis à la disposition ou détachés dans des entreprises privées doivent être inclus sur les listes électorales pour les élections professionnelles⁶⁵², tout comme les salariés de droit privé mis à disposition. Lorsque des règles spéciales le prévoient, les fonctionnaires et agents publics non titulaires peuvent être concernés par les dispositions relatives aux institutions représentatives du personnel. Le

⁶⁴⁹ Cons. const., 20 juill. 1977, n° 77-83 DC.

⁶⁵⁰ Ass. plén., 29 févr. 1980, n° 79-60.051, Bull. ass. plén., n° 2.

⁶⁵¹ Soc., 5 mars 1997, n° 96-60.041, Bull. civ. V, n° 99.

⁶⁵² Soc., 23 mai 2006, n° 05-60.119, n° 05-60.160, Bull. civ. V, n° 1.

personnel de droit privé des collectivités publiques exploitant des services industriels et commerciaux, sont également soumis à l'application des dispositions du Code du travail⁶⁵³.

B) Une flexibilité du cadre de représentation pour une meilleure représentation

L'éclatement de la collectivité de travail dans l'hypothèse de plus en plus fréquente d'une parcellisation des sociétés, a conduit le législateur à s'interroger sur les moyens de reconstituer fictivement la collectivité de travail afin de permettre la mise en place d'institutions représentatives du personnel. Il crée alors l'unité économique et sociale qui consiste à regrouper des entités juridiques distinctes **(1)** et reconnaît la notion d'établissements distincts **(2)**.

1) L'unité économique et sociale, unité de regroupement d'entités juridiques distinctes

La particularité de l'unité économique et sociale impose un régime juridique spécifique **(a)**. Ce cadre d'organisation des élections suscite quelques interrogations notamment sur ses effets **(b)**.

a) Le régime juridique de l'unité économique et sociale

La création de l'unité économique et sociale répond à un objectif déterminé du législateur **(α)** qui encadre sa reconnaissance **(β)**.

α) L'objectif annoncé

L'unité économique et sociale est une création purement prétorienne du début des années 1970 dont l'objectif était de lutter contre les manœuvres frauduleuses qui visaient à créer diverses sociétés, afin de ne pas atteindre les seuils requis, et ainsi échapper à l'obligation de mettre en place des instances représentatives du personnel. La chambre criminelle avait alors affirmé qu'il ne suffisait pas que « des sociétés d'un même groupe aient

⁶⁵³ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 490.

une existence juridique propre pour constituer à l'égard du droit du travail des entreprises distinctes »⁶⁵⁴. De cette manière, l'entreprise subdivisée était reconstituée. Deux ans plus tard, la chambre sociale reconnaît également la notion d'unité économique et sociale dans un litige qui mettait en cause un employeur qui, pour ne pas atteindre le seuil de 50 salariés avait fictivement réparti ses salariés au sein de plusieurs structures⁶⁵⁵. Si au départ le seul objectif de l'UES était de pallier aux fraudes, au fil du temps les critères de création d'une UES se sont élargis. La Cour de cassation a, par exemple, précisé dans un arrêt du 31 mars 1977 qu'« il y a lieu, même en l'absence de fraude, à l'élection d'un comité d'entreprise commun à toutes les personnes morales composant une unité économique et sociale »⁶⁵⁶.

L'objectif de l'UES est donc de permettre une représentation des salariés de la communauté de travail⁶⁵⁷ qui n'ont pour seule différence d'appartenir à des entités juridiques distinctes. La jurisprudence s'est ensuite chargée de préciser la notion pour garantir une représentation du personnel la plus adaptée possible, face à l'unité de direction⁶⁵⁸. La consécration législative est intervenue une décennie plus tard par la loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel⁶⁵⁹, qui a intégré à l'ancien article L. 431-1 du Code du travail⁶⁶⁰ un alinéa disposant que la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire lorsqu'une unité économique et sociale regroupant au moins 50 salariés est reconnue par convention ou par décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes. La rédaction de cet article a porté à confusion puisqu'en effet il ne visait que le comité d'entreprise. Etait-ce un retour en arrière ou une simple maladresse du législateur ? La jurisprudence a penché pour la maladresse, puisqu'elle a réaffirmé que la notion d'UES s'appliquait à toutes les institutions représentatives du personnel. Elle a, ainsi, précisé que « malgré le silence de la loi à cet égard, la notion d'UES de personnes morales juridiquement distinctes s'applique en matière de désignation de délégués syndicaux »⁶⁶¹. Le législateur semble s'être précipité dans la rédaction de cet article, une deuxième erreur peut être relevée : il emploie la formule « entreprises juridiquement

⁶⁵⁴ Crim., 23 avr. 1970, n° 68-91.333, Bull. civ. V, n° 144 ; D. 1970, 444.

⁶⁵⁵ Soc., 8 juin 1972, n° 71-12.860, Bull. civ. V, n° 4180.

⁶⁵⁶ Soc., 31 mars 1977, n° 76-60.262, Bull. civ. V, n° 246.

⁶⁵⁷ Pour F. Tönnies, la communauté de travail se caractérise par une proximité affective, sociale et spatiale des individus qui transcende leurs différences et assure la primauté de l'intérêt collectif sur l'intérêt individuel : F. Tönnies, *Communauté et société. Catégories fondamentales de la sociologie pure*, PUF, 2010.

⁶⁵⁸ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 397.

⁶⁵⁹ Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, loi dite « Auroux ».

⁶⁶⁰ Désormais art. L. 2322-4 C. trav.

⁶⁶¹ Soc., 3 juill. 2005, n° 85-60.060, Bull. civ. V, n° 401.

distinctes » qui complique la compréhension de la notion d'UES puisque cette dernière, entreprise au sens social, ne peut être composée d'entreprises⁶⁶². L'UES rassemble donc plusieurs structures juridiquement distinctes « qui forment ensemble une seule entreprise au sens économique et sociale »⁶⁶³.

β) Une reconnaissance encadrée

L'unité économique et sociale peut être reconnue par voie conventionnelle ou par voie judiciaire. En ce qui concerne la reconnaissance conventionnelle, la Cour de cassation assimile l'accord collectif, dont la conclusion est nécessaire, à un protocole d'accord préélectoral. Cette assimilation est critiquable à double titres : d'une part, en assimilant l'accord collectif au protocole d'accord préélectoral, les règles de conclusion de l'accord préélectoral s'appliquent ce qui soulève encore une fois la question de l'application de la règle de l'unanimité ou de la double majorité. Ces règles risquent de faire obstacle à la conclusion d'accord collectif reconnaissant l'existence d'une unité économique et sociale. D'autre part, l'élargissement de la finalité de l'UES, au-delà de la représentation élue du personnel, rend discutable cette assimilation. Ne serait-il pas plus simple de soumettre l'accord collectif de reconnaissance d'une UES au droit commun des conventions collectives⁶⁶⁴.

A défaut d'unanimité ou de majorité, une reconnaissance peut se faire par voie judiciaire. La reconnaissance judiciaire de l'existence d'une UES relève de la compétence d'attribution du tribunal d'instance, tout comme l'action aux fins de modification, par voie d'élargissement ou de réduction, du périmètre d'une UES⁶⁶⁵. Le tribunal d'instance compétent est celui du siège de l'une des structures composant l'UES dont la reconnaissance est demandée⁶⁶⁶. La reconnaissance peut être sollicitée par toute partie intéressée, ainsi, par

⁶⁶² B. Boubli, « Unité économique et sociale, état des lieux et souhaits de réforme », JS Lamy 2004, n° 150-1.

⁶⁶³ R. Lestang, La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes, Dr. soc. 1979, n° 4, p. 5.

⁶⁶⁴ P. Lokiec, Droit du travail, Tome II, Les relations collectives du travail, PUF, 2011, p. 151 ; J. Savatier, Le contentieux de la reconnaissance d'une unité économique et sociale, Dr. soc., 2007, p. 1248 ; G. Borenfreund, Négociation préélectorale et droit commun de la négociation collective, in Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2001, p. 93.

⁶⁶⁵ Cass, avis, 19 mars 2007, n° 06-00.020.

⁶⁶⁶ Soc., 7 mai 1981, n° 80-60.207, Bull. civ. V, n° 408.

l'employeur, les syndicats représentatifs, le comité d'entreprise⁶⁶⁷ et par les salariés de l'une des structures concernées⁶⁶⁸.

Les critères de reconnaissance judiciaires d'une UES sont désormais communs à toutes les institutions représentatives du personnel. La Cour de cassation a précisé ces critères dans un arrêt du 18 juillet 2000, dans lequel elle a affirmé qu'« une unité économique et sociale entre plusieurs entités juridiques distinctes se caractérise, en premier lieu, par la concentration des pouvoirs de direction à l'intérieur du périmètre considéré ainsi que par la similarité ou la complémentarité des activités déployées par ces différentes entités, en second lieu, par une communauté de travailleur résultant de leur statut social et de conditions de travail similaires pouvant se traduire en pratique par une certaine permutableté des salariés »⁶⁶⁹. L'UES doit donc, pour être reconnue, constituer une unité économique et une unité sociale.

L'unité économique repose sur deux critères cumulatifs : une unité de direction et une identité ou complémentarité d'activités. L'unité de direction se caractérise par l'existence d'une direction unique, qui exerce son pouvoir sur l'ensemble des salariés de l'UES⁶⁷⁰, ou par le fait que des mêmes personnes se retrouvent dans les instances décisionnelles de chacune des structures⁶⁷¹. On ne peut caractériser l'existence d'une unité de direction lorsqu'il est simplement démontré l'appartenance à un même groupe⁶⁷² ou la participation par certaines personnes aux organes sociaux des différentes sociétés⁶⁷³. La Cour de cassation a également jugé que le critère de direction n'était pas rempli du simple fait d'employer des collaborateurs au sein d'une structure commune⁶⁷⁴. Deuxième critère de l'unité économique, l'existence d'une identité ou complémentarité des activités. Les activités des différentes structures doivent être identiques ou complémentaires. Cette complémentarité peut être que partielle, sous réserve que les salariés de l'UES forment une seule communauté de travail⁶⁷⁵.

La caractérisation de l'unité sociale, contrairement à l'unité économique, repose sur des faisceaux d'indices déterminant l'existence d'une communauté de travail. La Cour de

⁶⁶⁷ Soc., 29 janv. 2003, Bull. civ. V, n° 33.

⁶⁶⁸ Soc. 22 oct. 1984, n° 83-51.208.

⁶⁶⁹ Soc., 18 juill. 2000, n° 99-60.353, Bull. civ. V, n° 299 ; D. 2000 IR, 235.

⁶⁷⁰ Soc., 15 mai 2001, n° 00-60.048, Bull. civ. V, n° 173 ; D. 2001. IR, 1771.

⁶⁷¹ Soc., 27 juin 1990, n° 89-60.033, Bull. civ. V, n° 322 ; soc., 13 sept. 2005, JCP S 2005, 1355, note G. Blanc-Jouvan.

⁶⁷² Soc., 24 mai 2006, n° 05-60.313.

⁶⁷³ Soc., 13 sept. 2005, n° 05-60.008.

⁶⁷⁴ Soc., 18 févr. 2004, n° 02-60.567, Bull. civ. V, n° 56 ; Dr. soc. 2004, p. 567, obs. J. Savatier ; D. 2004. IR 732.

⁶⁷⁵ Soc., 12 janv. 2005, Dr. soc. 2005, p. 479, note J. Savatier.

cassation a précisé certains éléments pouvant permettre l'existence d'une unité sociale. Elle évoque ainsi la permutabilité du personnel, l'identité de statut collectif et la communauté d'intérêt entre les salariés.

b) Les effets controversés de l'UES

La reconnaissance d'une UES oblige les employeurs à organiser des élections pour la mise en place d'institutions représentatives du personnel, afin de pallier aux stratégies de décomposition des entreprises. L'UES se substitue aux structures juridiques qui la composent pour la mise en place des institutions représentatives du personnel. Lorsque l'existence d'une UES est reconnue, l'employeur est tenu de mettre en place une représentation du personnel au sein de cette dernière, avant même l'expiration des mandats en cours⁶⁷⁶. En plus des sanctions pour délit d'entrave, l'employeur qui ne satisfait pas à son obligation, peut se voir reprocher dans le cadre d'une procédure de licenciement le défaut de consultation du comité d'entreprise, et voir la procédure de licenciement entaché d'irrégularité⁶⁷⁷. La reconnaissance d'une UES entraîne également une nouvelle désignation des délégués syndicaux dans ce nouveau périmètre. Le syndicat qui n'organise pas de nouvelles désignations peut se voir infliger comme sanction la caducité des mandats en cours⁶⁷⁸. L'effet déclaratif du jugement de reconnaissance de l'UES fait cesser les mandats en cours au jour des élections organisées au niveau de l'UES⁶⁷⁹.

Il est incontestable que les effets de l'UES dépassent aujourd'hui la mise en place des institutions représentatives du personnel. On fait désormais référence à l'UES dans le cadre de l'appréciation de la validité du plan de sauvegarde de l'emploi ou encore dans le cadre de l'application du régime de participation obligatoire aux résultats. La référence croissante à l'UES ne va-t-elle pas avoir pour conséquence de substituer l'UES aux structures juridiques qui la composent⁶⁸⁰.

⁶⁷⁶ Soc., 26 mai 2004, Bull. civ. V, n° 142.

⁶⁷⁷ TGI, Lyon, 16 nov. 1998, Dr. ouvr. 1999, p. 300, note J. Grinsnir.

⁶⁷⁸ Soc., 29 avr. 2009, Bull. civ. V, n° 117.

⁶⁷⁹ Soc., 26 mai 2004, Bull. civ. V, n° 142.

⁶⁸⁰ G. Blanc-Jouvan, L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise, Dr. soc. 2005, p. 68.

2) L'établissement distinct, solution à la décomposition des sociétés

La nouvelle organisation des entreprises et l'utilisation de modes de production de plus en plus décentralisées conduisent à adapter le cadre juridique de l'entreprise⁶⁸¹. C'est pourquoi a été consacré la notion d'établissements distincts. En effet, une entreprise peut être composée de plusieurs établissements, au sein desquels peuvent être implantés des institutions représentatives du personnel. Les syndicats ont un grand intérêt à la reconnaissance d'établissements distincts, puisque plus l'entreprise aura d'établissements plus il y aura de représentants du personnel. La reconnaissance de l'établissement distinct se fait par voie conventionnelle. En effet, l'existence d'un établissement distinct doit être reconnue par accord collectif conclu dans les conditions du protocole d'accord préélectoral au niveau de l'entreprise, puisque l'article L. 2327-7 du Code du travail exige un accord conclu selon la règle de la double majorité.

A défaut d'accord établissant l'existence d'un établissement distinct, le juge d'instance peut intervenir pour la désignation de délégués syndicaux. Pour la mise en place du comité d'entreprise et l'élection des délégués du personnel, la compétence appartient à l'autorité administrative.

Dans le silence de la loi, la jurisprudence s'est chargée de définir les contours de l'établissement distinct et de déterminer s'il doit être identique d'une institution à l'autre. Avant l'arrêt du 18 mai 2011, la chambre sociale de la Cour de cassation adoptait une définition fonctionnelle de l'établissement distinct. La caractérisation d'établissement distinct pour une institution représentative du personnel ne valait pas pour une autre institution. Ainsi, un établissement pouvait accueillir un délégué du personnel ou un délégué syndical et pas un comité d'établissement. La division de l'entreprise en établissements distincts devait être dictée par la finalité propre de chaque institution⁶⁸². Dans l'arrêt du 18 mai 2011, la Cour de cassation adopte une conception unitaire de l'établissement distinct. Elle pose le principe selon lequel « sauf accord collectif en disposant autrement, le périmètre de désignation des délégués syndicaux est le même que celui retenu, lors des dernières élections, pour la mise en place du comité d'entreprise ou d'établissement »⁶⁸³. La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a poussé la Cour de

⁶⁸¹ Y. Chalaron, A propos de l'établissement, in *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Etudes offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2001, p. 153.

⁶⁸² G. Borenfreund, L'établissement distinct, unité de représentation, *SSL*, 2003, n° 1140.

⁶⁸³ *Soc.*, 18 mai 2011, n° 10-60.383.

cassation a révisé sa jurisprudence, l'appréciation des conditions de désignation d'un délégué syndical dépendant désormais des résultats au comité d'entreprise ou d'établissement.

Deux critères sont nécessaires pour la reconnaissance d'un établissement distinct au titre des délégués du personnel et des délégués syndicaux. L'existence d'une communauté de travailleurs doit être établie. Elle peut être établie à partir de deux séries d'indices : l'existence d'intérêts propres et des revendications ou des réclamations communes et spécifiques. Un autre critère doit être satisfait : la présence d'un représentant de l'employeur au sein de l'établissement, peu important qu'il ait le pouvoir de se prononcer sur les revendications des délégués syndicaux et des délégués du personnel⁶⁸⁴. Cette solution permet d'éviter que l'employeur prive un chef d'établissement de son pouvoir, pour échapper à la reconnaissance d'un établissement distinct⁶⁸⁵. En revanche, le Conseil d'Etat accorde un rôle essentiel au critère de l'autonomie de gestion, à propos des comités d'établissement, en exigeant que le chef d'établissement soit habilité à prendre des décisions relatives à la gestion du personnel et à l'exécution du service⁶⁸⁶. A ces critères s'ajoutent l'exigence d'une implantation géographique propre et d'une stabilité de l'établissement.

La notion d'établissement distinct pose quelques difficultés, notamment dans l'hypothèse où seulement certains établissements de l'entreprise atteignent le seuil d'effectifs requis alors que d'autres ne l'atteignent pas. Un établissement n'atteignant pas le seuil de onze salariés pour les délégués du personnel ou cinquante salariés pour les délégués syndicaux doit être rattaché à un établissement distinct déjà existant. A défaut, il peut se regrouper avec d'autres établissements de petite taille pour constituer ensemble un établissement distinct⁶⁸⁷. Cette règle ne s'applique pas au comité d'entreprise. Pour le Conseil d'Etat, la reconnaissance d'un établissement distinct peut se faire même s'il comprend moins de cinquante salariés⁶⁸⁸. Cette solution étonne, le seuil requis pour mettre en place un comité d'établissement étant de cinquante salariés.

⁶⁸⁴ Soc., 15 déc. 2004, n° 03-60.461.

⁶⁸⁵ P. Lokiec, *Droit du travail*, Tome II, Les relations collectives de travail, PUF, 2011, p. 157.

⁶⁸⁶ CE, 6 mars 2002, n° 230225.

⁶⁸⁷ Soc., 30 mai 2001, n° 00-60.006.

⁶⁸⁸ CE, 26 juill. 1996, n° 152444 et n° 153952.

II) Une représentation multipliée dans l'entreprise

Pour maximiser la représentation des salariés, le législateur a multiplié les instances de représentations (A), mais cette multiplication n'est pas sans conséquence (B).

A) Un millefeuille de représentants des salariés

Au millefeuille de représentants élus (1), se superpose un millefeuille de représentants désignés (2).

1) Un millefeuille de représentants élus

Des délégués du personnel doivent être élus dans les entreprises dont le seuil atteint au moins 11 salariés. C'est l'institution qui repose sur le seuil le moins élevé. L'article L. 2312-2 du Code du travail fixe la période de référence pour l'appréciation du seuil, puisqu'il ne rend obligatoire la mise en place des délégués du personnel que si l'effectif de 11 salariés et plus est atteint pendant 12 mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes. A la lecture du texte, on peut relever que cette obligation n'incombe à l'employeur que 12 mois après la création de l'entreprise, quand bien même le seuil aurait été atteint dès sa création. La satisfaction du seuil n'est pas obligatoire au jour du scrutin, mais seulement à l'issue de la période de référence, ce qui implique la possibilité que le seuil ne soit plus atteint au jour du scrutin. Ce seuil de 11 salariés peut être dérogé favorablement par voie conventionnelle. Un accord collectif peut donc prévoir un seuil inférieur⁶⁸⁹.

Des délégués de site doivent être mis en place si deux seuils d'effectif sont atteints, chaque entreprise du site doit comprendre habituellement moins de 11 salariés et doivent être employés durablement, toutes entreprises confondues, au moins cinquante personnes. Contrairement aux autres institutions représentatives du personnel, il n'y a pas de période de référence prédéfinie par les textes. On parle simplement d'occupation habituelle pour le calcul de l'effectif de 11 salariés et d'occupation durable pour le calcul de l'effectif de 50 salariés.

Un comité d'entreprise doit être mis en place lorsque l'entreprise atteint un seuil d'au moins 50 salariés. Lorsque l'entreprise est divisée en établissements distincts, ce seuil ne

⁶⁸⁹ Art. L. 2312-4 C. trav.

s'apprécie plus au niveau de l'entreprise mais au niveau de chaque établissement pour mettre en place des comités d'établissements. Ce seuil doit être atteint pendant 12 mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes. Un accord collectif peut toutefois prévoir un seuil inférieur.

Une délégation unique du personnel peut être mise en place lorsque l'effectif de l'entreprise est au moins égal à 50 salariés mais inférieur à 200 salariés, dans le but de regrouper l'institution des délégués du personnel et celle du comité d'entreprise. Le choix de regrouper ces institutions incombe au seul employeur après consultation des délégués du personnel et du comité d'entreprise s'il a été antérieurement constitué. L'employeur n'est cependant pas tenu de l'avis de ces institutions.

Un comité central d'entreprise peut être mis en place lorsqu'au moins deux comités d'établissement existent dans l'entreprise. Un tel comité peut également être mis en place lorsque dans l'hypothèse où une unité économique et sociale a été reconnue, celle-ci comporte au moins deux établissements distincts avec un effectif permettant la constitution de comités d'établissement.

Un comité d'entreprise européen doit être mis en place lorsque sont remplies les conditions relatives à l'existence d'établissements sur le territoire d'au moins deux Etats destinataires de la directive mais également des conditions de seuils d'effectif. L'entreprise doit comprendre au moins mille salariés sur le territoire d'un Etat de l'union européenne et doit employer au moins 150 salariés dans au moins deux Etats de l'union européenne.

Un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail doit être mis en place lorsque l'entreprise atteint un seuil d'au moins 50 salariés. Le seuil s'apprécie au niveau de l'entreprise si celle-ci ne comporte qu'une seule structure, ou au niveau de chaque établissement si l'entreprise est composée de plusieurs établissements. Ce seuil doit être atteint pendant 12 mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes.

2) Un millefeuille de représentants désignés

Un représentant de la section syndicale peut être désigné lorsque l'entreprise atteint un seuil de 50 salariés ou plus. Ce seuil s'apprécie soit au niveau de l'entreprise soit au niveau de l'établissement. Lorsque l'entreprise n'atteint pas ce seuil de 50 salariés, les syndicats peuvent désigner un délégué du personnel comme représentant de la section syndicale. L'effectif doit

également être atteint pendant 12 mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes.

Un délégué syndical peut être désigné par tout syndicat représentatif dans l'entreprise lorsque l'entreprise emploie au moins 50 salariés. Le seuil s'apprécie soit au niveau de l'entreprise soit au niveau de l'établissement. Dans les entreprises de moins de 50 salariés, les syndicats représentatifs peuvent toutefois désigner un délégué du personnel pour remplir les fonctions de délégué syndical pour la durée de son mandat. Ce seuil s'apprécie également au cours des trois années précédentes et doit être atteint pendant 12 mois, consécutifs ou non.

B) Un millefeuille compliqué

La multiplication des institutions représentatives du personnel complique leur mise en place et leur fonctionnement. Le millefeuille social tel qu'il est en France n'existe dans aucun autre pays. L'objectif des lois qui se sont succédées était de créer de nouvelles instances pour garantir une meilleure représentation du personnel, mais cela a eu pour conséquence de complexifier leur mise en place et leur fonctionnement. La multiplication des IRP ne renforce pas forcément le dialogue social. En Allemagne, par exemple, les droits des salariés et le dialogue social sont renforcés, et pourtant ce pays ne dispose que d'une seule instance. La situation est plus confuse en France, si le Code du travail semble répartir clairement les compétences de chacune des institutions, en pratique les compétences des unes se croisent avec celles des autres. On retrouve également souvent les mêmes représentants au sein des différentes institutions.

Dans un souci de simplification, le législateur a permis dans certaines conditions aux employeurs de regrouper les institutions de délégués du personnel et du comité d'entreprise au sein d'une délégation unique du personnel. Cette volonté a été réaffirmé par la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi⁶⁹⁰ dite « loi Rebsamen », qui a étendu le champ des entreprises pouvant recourir à la DUP. Jusqu'à cette loi, la DUP était réservée aux entreprises de moins de 200 salariés et ne concernait que les délégués du personnel et le comité d'entreprise. Dorénavant, les entreprises d'au moins 50 salariés mais de moins de 300 salariés ont la possibilité de fusionner les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le CHSCT en une délégation unique du personnel. Cette loi permet donc également l'intégration

⁶⁹⁰ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

du CHSCT. L'employeur doit prendre sa décision après avoir consulté les délégués du personnel et s'ils existent, le comité d'entreprise et le CHSCT. Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, le recours à la DUP n'est pas possible. En revanche, la conclusion d'un accord est possible avec certaines organisations syndicales représentatives pour regrouper les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le CHSCT ou seulement deux de ces institutions.

§2) La difficile tâche de la détermination de l'effectif

La mise en place d'instances représentatives du personnel dépend de la satisfaction de seuils d'effectif qui varient en fonction des institutions, à l'exception de la section syndicale qui ne nécessite aucun seuil d'effectif minimum, de la taille de l'entreprise et des missions qu'elles entreprennent. La détermination de la collectivité de travail est donc fondamentale puisque tout repose sur cette dernière : l'élection ou la désignation de représentants et leur nombre.

Il appartient à l'employeur de prendre en charge cette lourde tâche qui n'est facilitée ni par la nouvelle organisation du travail dans l'entreprise, notamment par l'utilisation de salariés mis à disposition, ni par les dispositions législatives et jurisprudentielles dont on peut relever le manque de cohérence. En effet, les règles applicables en matière de décompte de l'effectif semblent un peu brouillon ; les articles L. 1111-2 et L. 1251-54 du Code du travail exigent, pour que soit pris en compte un salarié dans l'effectif, l'existence d'un contrat de travail avec l'employeur, mais la satisfaction de ce seul critère ne suffit parfois pas, puisque malgré l'existence d'un tel contrat certains salariés sont exclus du décompte **(I)**. Le développement de l'utilisation de salariés extérieurs à l'entreprise a conduit à s'interroger sur la prise en compte de ces salariés dans la collectivité de travail. La multiplication des entreprises ne satisfaisant pas les seuils d'effectif pour la mise en place d'institutions représentatives du personnel, en raison de la non prise en compte des salariés mis à disposition, et les enjeux que cela entraîne ont conduit le législateur à intervenir pour déterminer les conditions de la prise en compte de ces salariés et ainsi réduire les chances d'être exonéré de l'obligation d'organisation d'élections **(II)**.

D) La détermination complexe des salariés de l'entreprise comptabilisés dans l'effectif

La détermination des salariés de l'entreprise inclus dans l'effectif (A) est une tâche délicate, certains contrats excluant des salariés de ce décompte (B).

A) Les salariés de l'entreprise inclus dans la collectivité de travail

L'article L. 1111-2 du Code du travail énonce les règles de décompte des effectifs qui, lorsque les seuils sont atteints, entraînent un certain nombre d'obligations pour l'employeur comme établir un règlement intérieur lorsque l'effectif est d'au moins 20 salariés ou encore d'employer un certain nombre de travailleurs handicapés, mais surtout pour ce qui nous concerne, l'obligation de mettre en place des instances représentatives du personnel. Cet article énumère donc les salariés inclus dans l'effectif de l'entreprise et s'applique, depuis l'ordonnance du 24 juin 2004 relative à la simplification du droit dans les domaines du droit du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle⁶⁹¹, de la même manière à toutes les entreprises pour déterminer les seuils de mise en place des institutions représentatives du personnel, du nombre de représentants pouvant être élus ou désignés et les modalités de fonctionnement spécifique à chaque institution⁶⁹². Mais il aurait été trop simple pour l'employeur de n'avoir qu'à vérifier dans la loi si ses salariés doivent être intégrés ou pas dans l'effectif de l'entreprise. Les choses sont en réalité plus compliquées, certains salariés sont pris en compte intégralement dans l'effectif (1) et d'autres au prorata de leur temps de présence ou de leur temps de travail dans l'entreprise (2).

1) Les salariés comptant une unité

Les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée et à temps plein et les travailleurs à domicile doivent être pris en compte intégralement dans l'effectif de l'entreprise⁶⁹³. Les salariés dont les horaires de travail sont flexibles mais dont on ne peut qualifier le contrat de temps partiel sont également intégralement intégrés dans l'effectif.

⁶⁹¹ Ord. n° 2004-602 du 24 juin 2004 relative à la simplification du droit du travail dans les domaines du droit du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle.

⁶⁹² M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 505.

⁶⁹³ Art. L. 1111-2 al. 1 C. trav.

C'est le cas des VRP⁶⁹⁴ et des enseignants⁶⁹⁵ par exemple. Le Code de l'action sociale et des familles répond à la question de la prise en compte des travailleurs handicapés dans les effectifs. Son article R. 344-21 précise que les travailleurs handicapés admis en établissement ou en service d'aide par le travail, qui exercent une activité à caractère professionnel en milieu ordinaire de travail dans les conditions définies par le même code, sont pris en compte dans les effectifs. Chaque salarié à temps plein correspond à une unité. Les salariés en forfait jours, c'est-à-dire rémunérés sur la base d'un nombre de jours travaillés, sont comptés pour une unité chacun quelle que soit la durée de leur forfait.

L'article L. 1111-2 du Code du travail exige l'existence d'un contrat à durée indéterminé et à temps plein mais qu'en est-il du salarié qui, toujours titulaire d'un contrat de travail, n'exerce pas son activité pendant la période de référence à prendre en considération pour la détermination de l'effectif de l'entreprise ? La suspension du contrat de travail a-t-elle pour conséquence de faire sortir de l'effectif les salariés qui en font l'objet ? La suspension du contrat de travail ne vaut pas rupture du contrat. Les parties au contrat restent tenues de certaines obligations. Si, durant la suspension, le salarié est autorisé à ne pas exécuter sa prestation de travail, il reste tenu d'une obligation de loyauté, de confidentialité et de non-concurrence notamment. La suspension n'a aucune incidence sur les droits collectifs. Ainsi, durant la suspension de l'exécution du contrat de travail, le salarié garde sa qualité d'électeur ou de potentiel candidat et continue d'exercer son mandat représentatif⁶⁹⁶. Les salariés dont le contrat de travail est suspendu en raison d'un accident du travail, d'un arrêt maladie, d'un congé maternité ou d'un congé parental doivent être décomptés dans l'effectif. La Cour de cassation a de nombreuses fois été saisie afin de répondre aux interrogations relatives à l'intégration des salariés sujets d'une suspension dans l'effectif de l'entreprise. Elle a, ainsi, jugé que le salarié en chômage partiel ou technique, autrement dit dont l'entreprise est confrontée à des difficultés économiques ou à des circonstances exceptionnelles telles qu'un sinistre ou des intempéries, qui ont nécessité une réduction ou une suspension temporaire de son activité, doit toujours être comptabilisé dans l'effectif de l'entreprise⁶⁹⁷.

Concernant les salariés exerçant une activité syndicale à temps plein, la chambre sociale a jugé que le détachement pour trois ans d'un employé de la caisse régionale de crédit agricole mutuel de l'Ile de France dans des fonctions syndicales à l'échelon national

⁶⁹⁴ Soc., 7 oct. 1998, n° 97-60.429, Bull. civ. V, n° 415 ; D. 1998. IR. 232.

⁶⁹⁵ Soc., 20 mai 1992, n° 91-60.250, Bull. civ. V, n° 326.

⁶⁹⁶ J.-E. Ray, Droit du travail Droit vivant, Wolters Kluwer, 24^{ème} éd., 2016, p. 189.

⁶⁹⁷ Soc., 17 déc. 1984, n° 84-60.909, Bull. civ. V, 494.

n'affectait ni son avancement ni son ancienneté au sein de cette caisse régionale qui continuait de le rémunérer. Que ce salarié, dont le contrat de travail était simplement suspendu, satisfaisait aux conditions prévues par l'article L. 433-3 du Code du travail pour participer en qualité d'électeur à la désignation des membres du comité d'entreprise⁶⁹⁸. Ainsi, un salarié détaché dans des fonctions syndicales doit être inscrit sur les listes électorales.

Les salariés protégés licenciés sur autorisation de l'inspecteur du travail, alors qu'un tel licenciement est illicite, restent éligibles même si la réintégration de ces salariés exigée par la juridiction administrative n'est pas effective. Le contrat de ces salariés n'étant pas rompu, ils font toujours parties du personnel de la société et donc restent électeurs et éligibles⁶⁹⁹. Le salarié licencié en période d'essai, peu importe qu'il soit mis à pied⁷⁰⁰ ou dispensé de travail⁷⁰¹, est toujours comptabilisé dans l'effectif. Les salariés en pré-retraite demeurent comptabilisés dans l'effectif lorsqu'ils continuent de percevoir une rémunération versée par l'employeur⁷⁰².

La situation du salarié en période d'essai⁷⁰³ est délicate puisque si le contrat de travail est signé, à tout moment l'une des parties peut rompre ce contrat sans motifs. Bien que dans une situation précaire, le salarié en période d'essai doit-il être pris en compte dans l'effectif ? La réponse semble se trouver dans un arrêt de la chambre sociale du 7 avril 1976 dans lequel elle a précisé que si la loi, pour la désignation d'un délégué syndical, se borne à viser les entreprises employant habituellement au moins 50 salariés liés par un contrat de travail, elle n'accorde aucune importance aux modalités du contrat de travail, et qu'il n'y a pas lieu de lui apporter une restriction qu'elle ne comporte pas en excluant pour le calcul de l'effectif de l'entreprise les salariés dont le contrat de travail était à durée déterminée⁷⁰⁴. La chambre sociale n'attachant aucune importance aux modalités du contrat de travail, le salarié en période d'essai n'a pas à être exclu du calcul de l'effectif.

Les cas de suspension du contrat de travail sont encore nombreux : les congés de solidarité familiale pour assister un proche avec une grave pathologie⁷⁰⁵, les congés de

⁶⁹⁸ Soc., 27 nov. 1980, n° 80-60.208, Bull. civ. V, n° 861.

⁶⁹⁹ Soc., 7 juill. 1983, n° 83-60.060, Bull. civ. V, n° 430.

⁷⁰⁰ Soc., 13 juin 1979, n° 79-60.082, Bull. civ. V, n° 528.

⁷⁰¹ Soc., 11 févr. 1981, n° 80-60.308, Bull. civ. V, n° 118.

⁷⁰² Soc., 12 déc. 1990, n° 88-60.782, Bull. civ. V, n° 662.

⁷⁰³ Art. L. 1221-19-1 C. trav. : « La période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent . »

⁷⁰⁴ Soc., 7 avr. 1976, n° 75-60.174, Bull. civ. V, n° 196.

⁷⁰⁵ Art. L. 225-15 C. trav.

présence parentale lorsqu'un enfant est gravement malade ou handicapé⁷⁰⁶, les congés individuels de formation ou d'accompagnement d'une personne en fin de vie⁷⁰⁷ par exemple, sont autant de suspensions susceptibles de maintenir le salarié dans l'effectif.

2) La proratisation complexe des salariés en CDD ou en temps partiel

Les salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat de travail intermittent⁷⁰⁸ sont pris en compte dans le calcul de l'effectif à proportion de leur temps de présence dans l'entreprise au cours des 12 mois précédents⁷⁰⁹. Ces salariés ne correspondent pas à une unité mais vont peser dans l'effectif en fonction de leur temps de présence dans l'entreprise. A titre d'exemple, un salarié en CDD à temps plein de 6 mois du 1^{er} février au 31 juillet de l'année, est pris en compte dans l'effectif en divisant son temps de présence dans l'entreprise pendant la période de référence (soit 6 mois) par la durée de la période de référence (soit 12 mois). Ainsi, $6 / 12 = 0.50$ unité. Ce salarié compte donc 0.50 dans l'effectif de l'entreprise. Les choses peuvent être encore plus compliquées. Pour un salarié en CDD de 9 mois, du 1^{er} septembre de l'année N au 31 mai de l'année N+1 (soit 4 mois de présence dans l'entreprise sur l'année N), le calcul de l'effectif s'effectue le 31 décembre de l'année N, ce salarié compte, ainsi, pour 0,33 (soit $4 / 12 = 0.33$). La présence de ces salariés dans l'entreprise au moment de l'élection n'importe pas.

Les salariés à temps partiel, c'est-à-dire travaillant dans l'entreprise pour une durée de travail inférieure à la durée légale de travail, sont pris en compte en divisant la somme totale des horaires inscrits dans leurs contrats de travail par la durée légale ou la durée conventionnelle du travail, quelle que soit la nature de leur contrat de travail⁷¹⁰, contrat à durée déterminée ou contrat à durée indéterminée. A défaut de contrat écrit, le salarié est présumé être à temps complet⁷¹¹. Mais lorsqu'un salarié à temps partiel est en contrat à durée déterminée, il y a lieu de cumuler les deux règles de décompte, à savoir la règle de prorata des salariés titulaires d'un CDD et celle des salariés à temps partiel. Ainsi, un salarié titulaire d'un CDD de 6 mois à temps partiel, soit 20 heures par semaine, se voit appliquer les deux proratisations, en fonction du temps de présence et du temps de travail. Il compte alors pour :

⁷⁰⁶ Art. L. 122-28-9 C. trav.

⁷⁰⁷ Art. L. 225-15 C. trav.

⁷⁰⁸ Contrat saisonnier, travailleurs vacataires, extra par exemple.

⁷⁰⁹ Art. L. 1111-2 2° C. trav.

⁷¹⁰ Art. L. 1111-2 3° C. trav.

⁷¹¹ Soc., 12 mars 2003, n° 01-60.766.

$20 / 35 \times 6 / 12$ soit 0.57×0.5 qui correspond à 0.28 unité. Un salarié titulaire d'un CDI à temps partiel qui effectue 25 heures de travail hebdomadaire compte pour : $25 / 35$ soit 0.714 que l'on doit arrondir au nombre entier immédiatement supérieur⁷¹² soit 0.72 unité.

Ces règles compliquent énormément la détermination de l'effectif par l'employeur. Une simplification s'impose.

B) Les contrats excluant les salariés de l'effectif

Les salariés sous contrat à durée déterminée, intérimaires ou mis à disposition par une entreprise extérieure sont exclus pour la détermination de l'effectif dès lors qu'ils remplacent un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu, notamment du fait d'un congé maternité, d'un congé d'adoption ou d'un congé parental d'éducation⁷¹³. L'exclusion de ces salariés de l'effectif de l'entreprise est de bon sens puisque les salariés absents ou dont le contrat est suspendu continuent à faire partie des effectifs de l'entreprise. La chambre sociale a précisé que les salariés remplaçants qui ne remplacent pas des salariés nommément désignés restent exclus de l'effectif⁷¹⁴.

L'article L. 1111-3 du Code du travail va plus loin en excluant de l'effectif certains contrats spéciaux d'aide à l'emploi. Ne sont pas pris en compte dans le calcul de l'effectif les apprentis, les titulaires d'un contrat initiative-emploi, pendant la durée d'attribution de l'aide financière mentionnée à l'article L. 5134-72, les titulaires d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi pendant la durée d'attribution de l'aide financière mentionnée à l'article L. 5134-30 et les titulaires d'un contrat de professionnalisation jusqu'au terme prévu par le contrat lorsque celui-ci est à durée déterminée ou jusqu'à la fin de l'action de professionnalisation lorsque le contrat est à durée indéterminée. Les contrats d'avenir et les contrats insertion-revenu minimum d'activité ayant été supprimés, ils ne figurent plus dans la liste des contrats excluant les salariés de l'effectif. Dans ces hypothèses, il n'est pris en compte ni leur temps de présence ni leur temps de travail dans l'entreprise. Ils sont tout simplement exclus de l'effectif, peu importe qu'ils exercent une activité à temps plein.

L'exclusion de ces salariés du calcul de l'effectif ne porte-t-elle pas atteinte au principe de participation des salariés et au principe d'égalité. La Cour de cassation a été saisie

⁷¹² Soc., 23 juin 1993, n° 91-60.344.

⁷¹³ Art. L. 1111-2 2° in fine C. trav.

⁷¹⁴ Soc., 7 févr. 1990, n° 89-60.679.

de cette question prioritaire de constitutionnalité dont elle a relevé l'intérêt et transmis au Conseil constitutionnel⁷¹⁵. L'objectif du législateur est clair, il souhaite inciter les employeurs à embaucher les publics cibles de ces contrats⁷¹⁶. L'objectif est saluable mais doit-il se faire au détriment des droits des salariés. On espérait que le Conseil constitutionnel censure cette exclusion et renvoie aux parlementaires la tâche de trouver une autre solution pour inciter les employeurs à embaucher ces publics. Et pourtant, le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité de cette disposition en estimant que ni le principe d'égalité ni le principe de participation ne sont entravés. Il justifie sa position de manière abracadabrante en avançant qu'aucun principe ni aucune règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prendre des mesures destinées à venir en aide à des catégories de personnes défavorisées. Le législateur peut donc, en vue d'améliorer l'emploi des jeunes et des personnes en difficulté et leur faire acquérir une qualification professionnelle, autoriser des mesures propres à ces catégories de travailleurs.

Concernant le principe d'égalité, il souligne que les différences de traitement qui peuvent résulter de ces mesures entre les catégories de travailleurs ou les catégories d'entreprise répondent à un objectif d'intérêt général et, par conséquent, ne sont pas contraires au principe d'égalité. Concernant enfin le principe de participation, la justification manque invraisemblablement de cohérence. Il affirme que si l'article L. 1111-3 du Code du travail exclut certaines catégories de salariés du décompte des effectifs de l'entreprise, qui s'applique notamment au calcul des effectifs au regard des divers seuils fixés par le Code du travail en vue d'assurer la représentation du personnel dans l'entreprise, il ne leur interdit pas d'être électeurs ou éligibles au sein des instances représentatives du personnel de l'entreprise dans laquelle ils travaillent. Qu'ainsi, cette disposition ne porte pas atteinte, en elle-même, au principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises⁷¹⁷. Le Conseil constitutionnel opère donc une distinction entre l'exclusion de ces salariés de l'électorat et de l'éligibilité qui serait contraire au principe de participation des travailleurs à la désignation de leurs représentants et leur exclusion de l'effectif qui ne saurait porter atteinte à ce principe.

Cette décision est hautement critiquable, comment est-il possible de considérer qu'un salarié exclu de l'effectif peut toutefois être électeur ou éligible ? L'un ne va pas sans l'autre,

⁷¹⁵ Soc., 15 févr. 2011, n° 10-40.064.

⁷¹⁶ F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, Droit du travail, LGDJ, 4^{ème} éd., 2014, p. 261.

⁷¹⁷ Cons. const., QPC, 29 avr. 2011, n° 2011-122.

sont en principe électeurs ou éligibles les salariés comptabilisés dans l'effectif de l'entreprise. L'admission de cette exclusion est lourde de conséquence puisqu'elle peut avoir un effet négatif sur le droit de participation. En effet, en excluant du calcul de l'effectif les salariés titulaires de tels contrats, les chances d'atteindre les seuils requis pour la mise en place d'instances représentatives du personnel sont réduites. Les employeurs usant de tels contrats peuvent alors échapper à l'obligation d'organiser des élections grâce à cette disposition. Dans un arrêt du 9 juillet 2014, la Cour de cassation a une nouvelle fois été saisie de la question de l'exclusion des contrats aidés du calcul de l'effectif. En l'espèce, l'Association de médiation sociale employait plus de 50 salariés, mais après déduction des contrats visés par l'article L. 1111-3 du Code du travail, celle-ci n'atteignait pas les seuils requis pour la mise en place d'institutions représentatives du personnel, ce qui lui avait permis de s'opposer à la désignation d'un représentant de la section syndicale. L'union départementale des syndicats CGT des Bouches-du-Rhône a alors contesté la compatibilité du mode de décompte prévu par le droit interne avec le droit de l'union relatif à l'information et à la consultation des travailleurs.

Avant de trancher sur ce point, la Cour de cassation a sollicité la CJUE dans le cadre d'une question préjudicielle visant à déterminer si l'article 27 de la charte des droits fondamentaux de l'union européenne, seul ou combiné des dispositions de la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002, reconnaissant un droit à l'information et à la consultation des travailleurs dans la communauté européenne, s'oppose à l'application de l'article L. 1111-3 du Code du travail. La CJUE a jugé que l'article L. 1111-3 du Code du travail est incompatible tant avec la directive 2002/14/CE établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la communauté européenne⁷¹⁸ qu'avec l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne. Elle a cependant estimé que, dépourvues d'effet horizontal, ces dispositions n'autorisent pas le juge judiciaire d'écarter l'application de l'article L. 1111-3 du Code du travail dans un litige entre particulier⁷¹⁹. La Cour de cassation a donc suivi la position de la CJUE et a jugé que l'article L. 1111-3 du Code du travail est, bien qu'incompatible avec le droit de l'union, applicable dans la mesure où les dispositions supranationales invoquées sont dépourvues d'effet direct horizontal et ne peuvent donc être invoquées dans un litige entre

⁷¹⁸ Art. 3§1, directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002.

⁷¹⁹ CJUE, grande chambre, 15 janv. 2014, AMF, affaire C. 176/12.

particuliers. Le juge judiciaire est donc tenu d'appliquer l'article L. 1111-3 du Code du travail.

Les mandataires sociaux sont également exclus du calcul de l'effectif⁷²⁰ sauf s'ils cumulent leur mandat avec un contrat de travail et qu'une rémunération distincte leur est versée. Les salariés dont le contrat de travail est suspendu et qui ne perçoivent aucune rémunération de leur employeur sont également exclus de l'effectif.

II) L'éclatement de l'effectif de l'entreprise, une complication supplémentaire

Si la question des salariés détachés à l'étranger ne pose pas de grandes difficultés (A), celle de la prise en compte des salariés mis à disposition dans l'effectif pose, en revanche, de nombreuses difficultés (B).

A) L'éclatement des salariés de l'entreprise : les salariés détachés à l'étranger

L'employeur doit, lors de la détermination de l'effectif de l'entreprise, prendre en compte ses salariés détachés à l'étranger pour une période déterminée⁷²¹. En revanche, les personnels recrutés à l'étranger pour y exercer définitivement et exclusivement leur activité sont exclus de l'effectif et de l'électorat pour les élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise⁷²².

B) La détermination complexe des salariés mis à disposition à comptabiliser dans les effectifs

L'utilisation accrue des mécanismes de sous-traitance a conduit à s'interroger sur la nécessité de l'introduction des salariés mis à disposition, autrement dit attachés par un contrat de travail avec un autre employeur, dans l'effectif et l'électorat de l'entreprise utilisatrice dans laquelle ils exercent effectivement leur mission.

⁷²⁰ Soc., 29 mai 1979, n° 78-60.768, Bull. civ. V, n° 459.

⁷²¹ Soc., 4 mai 1994, n°91-60.008, Bull. civ. V, n° 162.

⁷²² Soc., 5 déc. 2000, n° 99-60.318.

La position du législateur a été empreinte d'hésitation puisque, si dans l'article L. 1111-2 du Code du travail issu de l'ordonnance du 24 juin 2004 relative à la simplification du droit dans les domaines du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle il prévoyait déjà l'introduction des salariés mis à disposition dans l'effectif de l'entreprise, il a parfois tenté d'exclure ces salariés de l'effectif. C'était le cas dans la loi 31 mars 2006⁷²³ qui prévoyait l'exclusion des salariés exerçant leur mission sous l'empire d'un contrat de sous-traitance des effectifs de l'entreprise utilisatrice, tentative censurée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 30 mars 2006⁷²⁴ en se fondant sur l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946, qui accorde aux salariés le droit de participer à la détermination collective des conditions de travail de l'entreprise dans laquelle ils exercent. Il a dans une autre décision précisé que les travailleurs de l'entreprise « intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, même s'ils n'en sont pas les salariés » devaient participer au processus électoral⁷²⁵.

La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps du travail, est venue apporter des précisions sur le critère de l'intégration étroite et permanente à la communauté de travail, en affirmant que ce critère suppose une ancienneté du lieu de travail. Ainsi, l'article L. 1111-2 du Code du travail, nouvellement rédigé, prévoit la prise en compte dans les effectifs des salariés travaillant pour le compte de l'entreprise utilisatrice depuis au moins 12 mois et présents dans les locaux de l'entreprise, pour la mise en place des délégués du personnel et du comité d'entreprise. La chambre sociale est également venue apporter des précisions sur la notion d'intégration étroite et permanente à la communauté de travail, notamment concernant la prise en compte de ces salariés pour la désignation des représentants syndicaux et la mise en place du CHSCT. Les critères du législateur ne suffisent pas toujours ce qui a également nécessité des précisions. Ainsi, dans plusieurs arrêts rendus le 13 novembre 2008, la chambre sociale a considéré que les salariés présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice, y travaillant depuis une certaine durée et qui partagent des conditions de travail au moins en partie commune susceptibles de générer des intérêts communs, sont intégrés de façon étroite et permanente. Elle souligne, ainsi, la nécessité de l'existence de l'intérêt commun découlant des conditions de travail en partie commune. Ce dernier point ne constitue nullement une condition supplémentaire mais découle des deux conditions précédemment citées. Elle a considéré, en revanche, que les

⁷²³ Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006.

⁷²⁴ Cons. const., 30 mars 2006, n° 2006-535 DC.

⁷²⁵ Cons. const., 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC.

salariés qui travaillaient indifféremment pour plusieurs transporteurs et qui ne se rendaient que ponctuellement dans les locaux de la société utilisatrice où se trouvaient les marchandises et les documents administratifs nécessaires à l’accomplissement de leur transport, n’étaient pas mis à la disposition exclusive de la société utilisatrice et ne pouvaient être pris en compte dans l’effectif de cette dernière⁷²⁶.

La situation des travailleurs intérimaires est particulière car s’ils sont comptabilisés dans l’effectif de l’entreprise utilisatrice, ils sont, en revanche, électeurs uniquement dans l’entreprise de travail temporaire.

Section 2 : La préparation délicate des élections dans l’entreprise

Les élections dans l’entreprise doivent être préparées sur plusieurs points. Tout d’abord, les modalités des élections doivent être négociées dans le cadre d’un protocole d’accord préélectoral (§1). Ensuite, les candidats préparent les élections en faisant campagne (§2).

§1) Des opérations électorales négociées : la négociation imposée d’un protocole d’accord préélectorale

Le législateur confie la détermination des modalités de l’élection aux partenaires sociaux dans l’entreprise, afin que soient fixées des règles adaptées à l’entreprise. En effet, les entreprises ayant des structures et une composition différentes, il serait difficile de leur appliquer des règles communes. La nécessité d’encadrer au maximum les élections dans l’entreprise conduit à élargir le champ de la négociation préélectorale (I). Si les clauses contenues dans le protocole préélectoral suscitent parfois quelques interrogations, la viabilité de l’accord négocié est un sujet plus délicat (II).

I) Le champ du droit à la négociation préélectorale

L’invitation à la négociation préélectorale est attendue par les organisations syndicales (A), elle permet de déterminer librement le contenu de l’accord préélectoral (B).

⁷²⁶ Soc., 14 avr. 2010, n° 09-60.367.

A) L'invitation attendue à la négociation préélectorale

En élargissant le champ des organisations syndicales disposant du monopole de présentation des candidatures au premier tour des élections, la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a également révisé le champ des négociateurs du protocole préélectoral (1). Elle a également modifié les conditions de convocation de ces derniers (2).

1) Un panel élargi de négociateurs : la fin du monopole des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise

Le protocole d'accord préélectoral doit être négocié entre l'employeur, chef d'entreprise ou chef d'établissement en fonction du lieu d'organisation des élections ou un collaborateur du chef d'entreprise habilité à négocier le protocole au nom de l'employeur, et les organisations syndicales. L'enjeu de la négociation du protocole d'accord préélectoral et la suppression du monopole des organisations syndicales représentatives à la négociation des accords collectifs, ont conduit le législateur à élargir le champ des négociateurs au protocole et, ainsi, tendre à garantir un pluralisme syndical égalitaire.

La négociation d'un protocole d'accord préélectoral était, jusqu'à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, réservée aux seuls syndicats représentatifs dans l'entreprise. L'employeur était, ainsi, tenu d'inviter uniquement les syndicats représentatifs dans son entreprise⁷²⁷ à négocier avec lui le protocole d'accord préélectoral organisant les prochaines élections, et à établir les listes de leurs candidats aux fonctions de délégué du personnel ou de membre du comité d'entreprise. Si le législateur réservait la négociation préélectorale aux syndicats représentatifs dans un souci de légitimité du protocole préélectoral, cela a produit l'effet inverse. En effet, peut-on considérer comme légitime un accord conclu entre les seuls organisations syndicales représentatives, excluant celles n'ayant pas atteint le seuil de représentativité ? Le défaut de représentativité n'empêche pas leur existence dans l'entreprise et leur représentation d'une partie des salariés, soit-elle inférieure à celle des syndicats représentatifs. Elles représentent une partie des salariés dont la voix doit

⁷²⁷ Participaient à la négociation préélectorale les syndicats affiliés à une organisation syndicale bénéficiant d'une présomption de représentativité au niveau national ou reconnus représentatifs au sein de l'entreprise ou de l'établissement.

également être entendue. La conclusion d'un accord par un nombre important de syndicats, représentatifs ou non, ne le rendrait-il pas plus légitime ? Nul doute sur ce point, la réponse est affirmative. De plus, le risque d'un abus des organisations syndicales représentatives est réel. Ces organisations ne peuvent pas fixer des règles dont l'objectif caché est de limiter la concurrence en rendant l'élection des organisations syndicales non représentatives plus compliquée. Un autre argument est en faveur d'un accroissement des acteurs de la négociation préélectorale : la suppression du monopole des organisations syndicales représentatives à la négociation des accords collectifs. En abrogeant ce monopole en matière de négociation collective, le législateur ne pouvait maintenir celui en matière de négociation préélectorale dans un souci de cohérence. La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, supprime donc le monopole des syndicats représentatifs dans ces deux domaines.

La réforme opérée par la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale ouvre la négociation du protocole préélectoral à un panel plus large de syndicats. Cette négociation n'est plus réservée aux seuls syndicats représentatifs dans l'entreprise, l'employeur doit désormais inviter à la négociation préélectorale :

- les organisations syndicales dont la représentativité n'est pas établie mais qui remplissent certaines conditions. Ces derniers doivent avoir un champ professionnel et géographique qui couvre l'entreprise ou l'établissement concernés, satisfaire aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance et être légalement constitués depuis au moins deux ans⁷²⁸. Le législateur permet, ainsi, aux syndicats susceptibles de devenir représentatifs aux prochaines élections de participer au processus électoral qui conduira éventuellement à leur investiture. Il doit, toutefois, s'agir d'organisation syndicale au sens stricte⁷²⁹. Le risque de voir un trop grand nombre de syndicats vouloir profiter de cette disposition afin de participer à la négociation préélectorale est tempéré par les critères posés. Les critères d'ancienneté légale de deux ans et d'indépendance, écartent les syndicats dont la finalité est d'entraver le bon déroulement des élections. L'exigence d'une ancienneté minimale de deux ans a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité et la chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu la conformité à la Constitution de cette exigence⁷³⁰.

⁷²⁸ Art. L. 2314-3 et L. 2324-4 C. trav.

⁷²⁹ Soc., 27 janv. 2010, RJS 2010, n° 360.

⁷³⁰ Soc., 20 oct. 2011, QPC, RJS 1/12, n° 55.

- celles reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement ;
- les organisations syndicales ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement ;
- les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national interprofessionnel⁷³¹.

L'invitation en vue d'un renouvellement de l'institution représentative doit, en principe, être adressée aux organisations syndicales concernées deux mois avant l'expiration des mandats en cours⁷³², et cela peu importe les modalités de convocation, invitation par voie d'affichage ou par courrier. L'employeur doit s'assurer qu'il y ait un délai suffisant entre l'invitation et la première réunion⁷³³. La convocation doit être communiquée en temps utile⁷³⁴ ; le législateur a ainsi jugé que l'invitation à négocier doit parvenir aux organisations syndicales concernées au plus tard 15 jours avant la date de la première réunion de négociation⁷³⁵. Concrètement, l'invitation est adressée seulement 1 mois et demi à 2 mois avant le premier tour des élections qui doit avoir lieu dans les 15 jours qui précèdent l'expiration des mandats et 15 jours avant la première réunion de négociation. Dans ce laps de temps, l'employeur doit procéder à l'invitation, négocier le protocole préélectoral déterminant les modalités des élections avec les organisations syndicales concernées qui doivent, quant à elles, établir leurs listes de candidats et procéder aux élections. Ce délai ne semble-t-il pas insuffisant au regard des différentes actions à entreprendre particulièrement pour les organisations syndicales ? Sans oublier que les syndicats doivent surtout organiser leur propagande électorale afin d'espérer un succès aux élections. Le législateur a probablement pris en considération le fait que les organisations syndicales ont la possibilité de se préparer avant l'invitation. En effet, ces dernières ont connaissance de la date de l'expiration des mandats et de l'obligation qui incombe à l'employeur d'organiser des élections, elles peuvent alors commencer à s'organiser avant la convocation à la négociation préélectorale.

Dans l'hypothèse d'une première élection organisée dans l'entreprise, l'employeur doit prendre l'initiative d'organiser des élections lorsque son entreprise a atteint le seuil de

⁷³¹ Art. L. 2314-3 C. trav.

⁷³² Art. L. 2314-3 al. 3 et L. 2324-4 al. 3 C. trav.

⁷³³ Soc., 9 juill. 2008, RJS 11/08, n° 1103.

⁷³⁴ Soc., 25 janv. 2012, RJS 4/12, n° 370 ; JCP S 2012, 1170, note A. Barège.

⁷³⁵ L. 2314-3 al. 4 et L. 2324-4 al. 4 C. trav.

déclenchement de l'institution⁷³⁶. Le législateur n'a apporté aucune précision quant à l'invitation à la négociation dans un tel cas, hormis l'obligation de respect d'un délai minimum de 15 jours entre l'invitation et la première négociation. Cela ne permet-il pas à l'employeur de repousser l'échéance ?

Lorsque des élections s'organisent simultanément dans l'entreprise, par exemple élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise, la loi ne contraint pas l'employeur à adresser deux invitations aux organisations syndicales concernées pour négocier l'organisation des deux scrutins séparément. Une seule invitation peut être formulée par l'employeur, libre ensuite aux syndicats de rédiger un seul protocole ou plusieurs⁷³⁷.

Le défaut de convocation et l'absence de délai suffisant entre l'invitation et la négociation, peuvent avoir de lourdes conséquences sur la viabilité des élections. Si le défaut de convocation peut être sanctionné civilement et pénalement, il constitue surtout une cause automatique d'annulation du scrutin. Nul besoin de prouver l'impact qu'a eu la carence de l'employeur sur les résultats des élections. Cette sanction paraît juste en vertu du principe d'égalité. Ainsi, ce manquement ne constitue une irrégularité de nature à justifier l'annulation des élections, qu'à la demande d'une organisation syndicale non convoquée alors qu'elle aurait dû l'être⁷³⁸. Il ne peut donc être invoqué par des syndicats qui ont participé au processus électoral et présenté des candidats sans réserves⁷³⁹. En matière de délai les sanctions diffèrent ; concernant le délai de 2 mois prévu à l'article L. 2314-3 al. 3 du Code du travail, la chambre sociale précise que sa méconnaissance ne constitue pas une cause d'annulation du protocole préélectoral ultérieurement conclu⁷⁴⁰ ; concernant le délai de 15 jours minimum avant la première réunion pour faire parvenir l'invitation aux organisations syndicales concernées, son manquement constitue une irrégularité pouvant conduire à l'annulation des élections⁷⁴¹.

L'intervention de nouveaux acteurs dispensés de représentativité, a conduit à une modification conséquente des conditions de convocation, l'employeur n'étant plus en mesure

⁷³⁶ Cela implique, toutefois, que le nombre de salariés prévu par les textes ait été atteint pendant une période raisonnable, généralement 12 mois au cours des 3 années précédentes.

⁷³⁷ Circ. DRT n° 94-9, 21 juin 1994, BOMT 94/14.

⁷³⁸ Soc., 24 oct. 2012, RJS 1/13, n° 61 ; JCP S 2013, 1363, obs. J.-Y. Kerbouc'h.

⁷³⁹ Soc., 2 mars 2011, n° 10-60.201, Bull. civ. V ; RJS 5/11, n° 437.

⁷⁴⁰ Soc., 25 janv. 2012, n° 11-60.093, RJS 4/12, n° 370 ; JCP 2012, 1170, note J.-Y. Kerbouc'h.

⁷⁴¹ Soc., 1^{er} avr. 1998, RJS 5/98, n° 616 ; soc., 14 févr. 2007, RJS 5/07, n° 637, JCP S 2007, 1446, note B. Gauriau ; soc., 9 nov. 2011, JCP S 2012, 1139, note J.-Y. Kerbouc'h.

de connaître l'ensemble des syndicats concernés par les élections prochainement organisées dans son entreprise.

2) Des conditions de convocation modifiées

Si antérieurement à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, il existait un mode unique de convocation des syndicats représentatifs à la négociation préélectorale, cette loi, en modifiant les règles de participation à la négociation préélectorale, a dû également remanier les conditions de convocation des syndicats intéressés⁷⁴².

Avant la grande réforme, les seuls syndicats concernés par la négociation préélectorale étaient les syndicats représentatifs qui étaient forcément connus de l'employeur. Ce dernier devait alors les convier par courrier et de préférence par courrier recommandé afin d'en conserver la preuve. L'invitation par voie d'affichage pouvait conduire à l'annulation des élections lorsque l'employeur ne pouvait démontrer que tous les syndicats intéressés avaient pris connaissance de la convocation⁷⁴³. L'affichage était donc admis sous réserve que l'employeur apporte la preuve que les organisations syndicales ont eu connaissance de l'invitation⁷⁴⁴. L'obligation d'invitation d'acteurs non identifiable au préalable par l'employeur complique les choses pour ce dernier. En effet, des modalités de convocation différentes s'appliquent selon les destinataires de la convocation ; certains sont invités par courrier, d'autres par voie d'affichage.

L'employeur convoque par courrier les syndicats dont il connaît la présence dans l'entreprise ; ainsi, les organisations syndicales qui sont pleinement reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, les organisations syndicales affiliées à une organisation reconnue représentative au niveau national et interprofessionnel et celles ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise⁷⁴⁵. Les articles L. 2314-3 et L. 2324-4 du Code du travail n'apportent aucune précision quant au destinataire du courrier et à la forme qu'il doit prendre. La Cour de cassation vient encore une fois pallier aux carences des dispositions du droit électoral de l'entreprise et apporter des précisions. Le courrier doit être adressé au délégué syndical représentant le syndicat dans l'entreprise. La chambre sociale admet, toutefois, la

⁷⁴² M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011-2012, p. 608.

⁷⁴³ Soc., 6 avr. 2005, n° 04-60.309.

⁷⁴⁴ Soc., 29 oct. 1996, RJS 12/96, n° 1289.

⁷⁴⁵ Art. L. 2314-3 al.2 et L. 2324-4 al.2 C. trav.

validité d'une convocation adressée à l'organisation syndicale alors qu'un délégué syndical est présent dans l'entreprise⁷⁴⁶. Le défaut de délégué syndical dans l'entreprise ne dispense pas l'employeur de convoquer les syndicats représentatifs⁷⁴⁷. La convocation peut être remise en main propre à un représentant syndical bien que l'envoi par courrier, notamment recommandé, est plus judicieux pour pouvoir apporter la preuve de l'invitation. Il invite, en revanche, par voie d'affichage, les organisations syndicales qui bénéficient de la « petite représentativité »⁷⁴⁸. Les organisations syndicales qui ont un champ professionnel et géographique couvrant l'entreprise ou l'établissement, légalement constituées depuis au moins deux ans et qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, doivent recevoir une information par voie d'affichage. Les syndicats remplissant ces critères et désirant participer au processus électoral qui se sont manifestés doivent être invités à la négociation du protocole préélectoral et à établir les listes de candidats.

B) Le contenu libre de l'accord préélectoral

Le contenu du protocole préélectoral est librement fixé par les parties. Il doit, cependant, comporter au minimum des clauses portant sur des sujets déterminés par le législateur **(1)**, libre aux négociateurs d'en déterminer le contenu et d' étoffer le protocole avec des clauses facultatives **(2)**.

1) Des clauses obligatoires, libres mais conditionnées

Le protocole préélectoral doit comporter au minimum des dispositions sur la répartition du personnel dans les collèges électoraux **(a)** et des sièges entre ces différents collèges **(b)**, l'organisation matérielle du scrutin **(c)**, la détermination du nombre d'établissements distincts et éventuellement l'existence d'une UES **(d)**. Si la détermination de ces clauses est libre, elles ne sont valides que sous réserve de respecter les principes

⁷⁴⁶ Soc., 2 mars 2005, n° 04-60.019, D. 2005. IR 793.

⁷⁴⁷ Soc., 14 févr. 2007, n° 06-60.019, Bull. civ. V, n° 26 ; D. 2007, AJ 801 ; Ass. plén. 5 juill. 2002, n° 00-60.275, Bull. ass. plén., n° 2 ; D. 2002, somm. 3113, obs. Arseguel.

⁷⁴⁸ F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, Droit du travail, LGDJ, 4^{ème} éd., 2014, p. 268.

généraux du droit électoral⁷⁴⁹ et les dispositions conventionnelles applicables aux élections en question. Les négociateurs ont également l'obligation de négocier une parité (e).

a) La répartition du personnel dans les collèges électoraux

La répartition du personnel dans les collèges électoraux fait l'objet d'un accord entre l'employeur et les organisations syndicales, conclu selon les conditions de l'article L. 2314-3-1 du Code du travail⁷⁵⁰. Cette répartition dépend de la nature des fonctions exercées par les salariés⁷⁵¹, seules les fonctions réellement exercées par les salariés doivent être prises en compte. Ainsi, si les salariés peuvent être chargés occasionnellement de tâches d'encadrement, cette circonstance n'est pas de nature à permettre de les regarder comme appartenant à la catégorie des agents de maîtrise dès lors que les tâches effectivement exercées appartiennent à la catégorie des ouvriers⁷⁵². L'employeur est tenu d'élaborer et de publier la liste électorale de chaque collège conformément à la qualification réelle des salariés la composant⁷⁵³. Le titre et la fonction réellement exercée peuvent différer⁷⁵⁴. Les salariés exerçant de réelles fonctions d'encadrement et disposant de prérogatives pour l'organisation du travail sont inclus dans le troisième collège : le collège cadres. Lorsque les agents de maîtrise disposent de responsabilités étendues, ils peuvent être classés dans le collège cadres. Ainsi, les chefs de rayon relèvent du collège cadres lorsqu'ils encadrent une équipe et gèrent seul leur rayon. Les instituteurs et les professeurs, travaillant dans des établissements privés, disposent d'une large initiative et assument des responsabilités certaines, ils appartiennent donc au collège cadres⁷⁵⁵. Les salariés exerçant des fonctions techniques avec une marge d'initiatives et de responsabilités appartiennent au deuxième collège : le collège techniciens/agents de maîtrise. Les salariés n'entrant pas dans les troisième et deuxième collège appartiennent au premier collège : le collège ouvriers /employés. Ainsi, les travailleurs à domicile appartiennent à ce collège.

⁷⁴⁹ Art. L. 2314-23 al. 1 et L. 2324-21 al. 1 C. trav.

⁷⁵⁰ Art. L. 2314-11 et L. 2324-13 C. trav.

⁷⁵¹ CE, 28 juill. 1995, n° 104717.

⁷⁵² CE, 19 juin 1989, n° 88074.

⁷⁵³ Soc., 28 juin 2006, n° 05-60.290.

⁷⁵⁴ CE, 24 juin 1987, n° 71976.

⁷⁵⁵ Soc., 12 juin 1985, n° 84-60.609.

Les conventions collectives peuvent déterminer les règles de répartition des salariés dans les collèges⁷⁵⁶

b) La répartition des sièges entre les différents collèges électoraux : point
fondamental du protocole

La négociation de la répartition des sièges entre les différents collèges est d'une grande importance, en ce qu'elle permet de fixer le nombre de sièges à élire dans chaque collège. En l'absence de précisions relatives aux modalités de répartition dans le Code du travail, le Conseil d'Etat a apporté quelques précisions. Il précise, ainsi, que la répartition des sièges entre les différents collèges doit se faire proportionnellement aux effectifs de chaque collège⁷⁵⁷. Il semble s'inspirer de l'article L. 2333-4 du Code du travail relatif aux comités de groupe qui dispose que « le nombre total des sièges au comité de groupe est réparti entre les élus des différents collèges électoraux proportionnellement à l'importance numérique de chaque collège ». Ainsi, plus le nombre de salariés dans le collège électoral est important plus le nombre de sièges qui lui est attribué est important. Mais l'effectif n'est pas le seul critère à prendre en considération ; la particularité des fonctions exercées par un groupe de salariés et de l'organisation de l'entreprise, peut justifier l'attribution de sièges supplémentaires⁷⁵⁸. L'organisation et les conditions de travail sont également des critères à prendre en considération. En effet, l'article L. 2314-12 du Code du travail incite l'employeur et les organisations syndicales intéressées à prendre des dispositions pour faciliter la représentation des salariés travaillant en équipes successives ou dans des conditions qui les isolent des autres⁷⁵⁹. Des sièges peuvent être réservés à une catégorie de salariés dans chaque collège⁷⁶⁰. Le niveau d'études requis pour accéder au poste dont se prévaut un salarié peut être pris en compte pour effectuer la répartition⁷⁶¹. A défaut d'accord sur la répartition des salariés dans les collèges, l'employeur doit saisir l'inspecteur du travail. En l'absence de décision de ce

⁷⁵⁶ CE, 24 juin 1987, n° 78425.

⁷⁵⁷ CE, 29 juin 1983, n° 37591.

⁷⁵⁸ CE sect., 27 mai 1983, n° 23464, min. Travail et Participation c/ syndicat unifié des agents et cadres des caisses d'épargne, Lebon 223. Une représentation renforcée du collège cadre était nécessaire compte tenu des fonctions particulières exercées par les chefs d'agences locales de la caisse d'épargne.

⁷⁵⁹ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011-2012, p. 617.

⁷⁶⁰ Soit par le protocole d'accord préélectoral ou le directeur du travail, soit en application de l'article L. 2324-11 du Code du travail.

⁷⁶¹ Circ. DRT, n° 93/12, 17 mars 1993.

dernier, l'élection n'est pas valablement organisée⁷⁶². La répartition des salariés dans les différents collèges permet à l'employeur d'établir les listes électorales et aux salariés de présenter leur candidature dans l'un des collèges, elle doit donc être effectuée avant l'établissement des listes électorales.

c) La négociation des modalités et organisation du vote, une négociation libre

Le législateur invite l'employeur et les organisations syndicales intéressées, à négocier les clauses fixant les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales⁷⁶³ pour le premier et le second tour s'il y a. Une seule négociation doit avoir lieu pour le premier et le second tour⁷⁶⁴. Il ne précise, cependant, pas les points à négocier qu'il laisse à l'appréciation des négociateurs. Un protocole d'accord préélectoral remplissant son objectif est un protocole qui fixe les modalités de tout le processus électoral et qui évite les interrogations pendant ce processus. Afin de limiter les contentieux, un protocole préélectoral doit préciser la date, le lieu ou les lieux s'il existe plusieurs établissements et les heures du scrutin. Il doit également contenir des dispositions relatives à la composition et à l'organisation du ou des bureaux de vote ainsi qu'aux urnes et isolements. Le protocole peut également préciser les personnes pouvant être présentes dans le bureau de vote pendant les opérations électorales. Peuvent être mentionnés le type d'enveloppes et de bulletins de vote qui seront utilisés lors des élections.

Indirectement le législateur apporte quelques précisions quant aux modalités de vote à négocier dans le protocole d'accord préélectoral, puisqu'il impose, pour qu'il puisse y avoir recours au vote par correspondance et/ou au vote électronique aux élections en question, que ces modalités de vote soient prévues par le protocole préélectoral. A défaut de mention d'un recours au vote par correspondance et/ou au vote électronique leur utilisation est impossible.

⁷⁶² Soc., 8 nov. 2006, n° 06-60.007.

⁷⁶³ Art. L. 2314-23 et L. 2324-21 C. trav.

⁷⁶⁴ Lorsque le protocole d'accord préélectoral ne prévoit pas les modalités d'organisation du second tour il appartient alors à l'employeur de les fixer seul. Les organisations syndicales intéressées peuvent, toutefois, saisir le juge d'instance : Soc., 13 juin 1989, n° 88-60.715, Bull. civ. V, n° 437.

d) La détermination des établissements distincts

L'existence d'établissements distincts doit être discutée lors de la négociation préélectorale et, si leur existence est établie, les négociateurs sont tenus d'organiser la répartition des sièges et des personnels entre ces établissements.

e) Une parité hommes-femmes négociée

Depuis la loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁷⁶⁵, les parties à la négociation préélectorale avaient l'obligation d'étudier « les voies et les moyens en vue d'atteindre une représentation équilibrée des femmes et des hommes sur les listes de candidature »⁷⁶⁶. Cette volonté du législateur de faire parvenir à une égalité lors des élections professionnelles, a été réitérée à l'occasion de la loi du 24 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes⁷⁶⁷, dans laquelle était prévue une disposition imposant un nombre égal d'hommes et de femmes dans les listes de candidatures aux élections professionnelles. Le législateur passait donc d'une obligation de moyen à une obligation de résultat, en imposant à l'employeur et aux organisations syndicales de rendre effective cette parité. Mais cette ambition a été freinée par le Conseil constitutionnel qui a censuré cette disposition la considérant trop contraignante⁷⁶⁸. Et pourtant cette mesure aurait pu être permise d'atteindre cet objectif loin d'être une réalité, puisque le nombre de femmes dans les instances représentatives du personnel est bien inférieur à celui des hommes. En effet, les femmes restent sous représentées au sein des instances représentatives du personnel. A titre d'exemple, en moyenne un tiers de femmes sont comptabilisées dans les comités d'entreprise. Leur proportion peut varier en fonction du secteur d'activité⁷⁶⁹ et de l'organisation syndicale⁷⁷⁰. Cette sous représentation des femmes existe aussi bien dans le secteur privé que dans le secteur public⁷⁷¹.

⁷⁶⁵ Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

⁷⁶⁶ Art. L. 2324-6 et R. 2314-4 C. trav.

⁷⁶⁷ Loi n° 2006-340 du 24 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes.

⁷⁶⁸ Cons. const., 16 mars 2006, n° 2006-533 DC, AJDA 2006. 1961, note Geslot ; D. 2007, pan. 1166, obs. Bernaud, Gay et Severino.

⁷⁶⁹ Le nombre de femmes est plus important dans les comités d'entreprise des activités tertiaires que dans ceux de la construction.

⁷⁷⁰ Par exemple, chez les élus CFTC on compte 41,4% de femmes contre 23,3% dans la délégation syndicale CFE-CGC.

⁷⁷¹ Chiffres clés 2011, L'égalité entre les femmes et les hommes, Ministère des droits des femmes, Edition Dicom n° S 12-065, DGCS, juin 2012, p. 24.

Cette insatisfaction a conduit le législateur à une nouvelle tentative qui a prospéré puisqu'a été adoptée la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi⁷⁷² dite « loi Rebsamen », qui pose l'exigence d'une représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des instances représentatives dans l'entreprise. A compter du 1^{er} janvier 2017, les listes de candidats aux élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise devront respecter une composition sexuée équilibrée des listes de candidats ainsi qu'une alternance de femmes et d'hommes en tête de liste. Les listes établies par les organisations syndicales qui compteront plusieurs candidats seront composées d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale⁷⁷³. Ainsi, si une liste électorale est composée de 60% de femmes et 40% d'hommes, l'organisation syndicale devra présenter une liste de candidats avec 60% de femmes et 40% d'hommes. Si pour un collège électoral le nombre de sièges à pourvoir est de 6, l'organisation syndicale devra inscrire sur sa liste 6 candidats dont 60% de femmes et 40% d'hommes donc 4 femmes et 3 hommes⁷⁷⁴.

Le non-respect par une liste de candidats de ces prescriptions entraînera l'annulation de l'élection d'un nombre d'élus du sexe surreprésenté, égal au nombre de candidats du sexe surreprésenté en surnombre sur la liste de candidats, au regard de la part de femmes et d'hommes que celle-ci devait respecter. Le juge annulera alors l'élection des derniers élus du sexe surreprésenté en suivant l'ordre inverse de la liste des candidats⁷⁷⁵.

Le protocole d'accord préélectoral devra, à compter du 1^{er} janvier 2017, également mentionner la proportion de femmes et d'hommes composant chaque collège électoral⁷⁷⁶. Dès qu'un accord sur la répartition du personnel interviendra, l'employeur devra porter à la connaissance des salariés, par tout moyen permettant de donner une date certaine à cette information, la part de femmes et d'hommes composant chaque collège⁷⁷⁷. La loi du 17 août 2015 précise que les listes devront être composées alternativement d'un candidat de chaque sexe jusqu'à l'épuisement des candidats d'un des sexes. Dans l'hypothèse d'un nombre égal de femmes et d'hommes sur les listes électorales et d'un nombre impair de sièges à pourvoir la liste de candidats comprendra indifféremment un homme ou une femme supplémentaire.

⁷⁷² Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

⁷⁷³ Art. L. 2314-24-1 et L. 2324-22-1 C. trav. au 1^{er} janvier 2017.

⁷⁷⁴ Lorsque le calcul n'aboutira pas à un nombre entier de candidats, il conviendra d'arrondir à l'entier supérieur en cas de décimale supérieure ou égale à 5 ou à l'entier inférieur en cas de décimale inférieure à 5.

⁷⁷⁵ Art. L. 2314-25 et L. 2324-23 C. trav. au 1^{er} janvier 2017.

⁷⁷⁶ Art. L. 2314-11 et L. 2324-13 C. trav. au 1^{er} janvier 2017.

⁷⁷⁷ Art. L. 2314-24-2 et L. 2324-22-2 C. trav. au 1^{er} janvier 2017.

Cette loi, en cohérence avec l'accord national interprofessionnel du 19 juin 2013 « vers une politique d'amélioration de la qualité de vie au travail et de l'égalité professionnelle », peut soulever une interrogation qui risque de poser des difficultés lors de sa mise en application. En effet, à partir du 1^{er} janvier 2017 les listes de candidatures devront strictement refléter le nombre d'hommes et de femmes de chaque collège électoral mais qu'advient-il si, par exemple, aucune femme ou pas assez ne veulent se présenter ? La loi n'a pas soulevé cette hypothèse ; les juges devront-ils annuler l'élection d'élus du sexe surreprésenté ? On risquera dans ce cas d'être pris dans un cercle vicieux tant qu'une égalité ne sera pas établie. L'établissement d'un procès verbal de carence à l'initiative de l'employeur et des organisations syndicales concernées suffira-t-il à prouver la bonne foi de ces derniers et maintenir les résultats des élections ? Cette mesure concerne les élections de délégués du personnel⁷⁷⁸ et des membres du comité d'entreprise⁷⁷⁹ et, par conséquent, elle vise également les instances qui les regroupent notamment l'élection de la délégation unique du personnel. Mais l'exigence d'une parité homme-femme doit-elle s'arrêter à ces seules instances ? Pourquoi le législateur n'impose-t-il pas aux syndicats de respecter cette parité lors de la désignation des délégués syndicaux, dont les attributions de représentation du syndicat auprès de l'employeur et de défense des intérêts collectifs ou individuels des salariés ne sont pas négligeables ?

Le protocole d'accord préélectoral doit, ainsi, comporter plusieurs clauses obligatoires relatives aux sujets précédemment cités, mais rien n'empêche les négociateurs de convenir de clauses spécifiques.

2) Des clauses facultatives libres mais conditionnées

L'employeur et les organisations syndicales peuvent négocier des clauses dérogeant au nombre et à la composition des collèges électoraux **(a)**, et des clauses aménageant les heures du scrutin **(c)**. Ils peuvent également prévoir d'autres clauses plus favorables que la loi pour le salarié **(b)**.

⁷⁷⁸ Art. L. 2314-24-1 et s C. trav. au 1^{er} janvier 2017.

⁷⁷⁹ Art. L. 2324-22-1 et s C. trav. au 1^{er} janvier 2017.

a) Des clauses dérogeant au nombre et à la composition des collèges électoraux

Le protocole préélectoral peut prévoir d'autres dispositions relatives au nombre et à la répartition des collèges électoraux. Les articles L. 2314-8 et L. 2324-11 du Code du travail fixent le nombre et la répartition des collèges électoraux pour les élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise. Ils sont, en principe, au nombre de deux : un collège comprenant les ouvriers et employés et un collège comprenant les ingénieurs, chef de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés. Dans les établissements n'élisant qu'un délégué titulaire et un délégué suppléant, les délégués du personnel sont élus par un collège électoral unique regroupant l'ensemble des catégories professionnelles⁷⁸⁰. Lorsque l'effectif global de l'entreprise est supérieur à 25 salariés et que deux cadres y sont employés, constituant ainsi une catégorie de personnel, les élections des délégués du personnel doivent être organisées sur la base de deux collèges⁷⁸¹. Dans les entreprises, quel que soit leur effectif, dont le nombre des ingénieurs, chefs de service et cadres administratifs, commerciaux ou techniques assimilés sur le plan de la classification est au moins égal à vingt cinq au moment de la constitution ou du renouvellement du comité, ces catégories constituent un troisième collège⁷⁸². Les cadres représentants du chef d'entreprise auprès du personnel doivent être retenus dans l'effectif particulier des cadres pour l'appréciation du seuil entraînant la création d'un troisième collège⁷⁸³. Dans les entreprises de cinq cent et un salariés et plus, les ingénieurs, les chefs de service et cadres administratifs, commerciaux ou techniques assimilés ont au moins un délégué titulaire au sein du second collège élu dans les mêmes conditions⁷⁸⁴. La loi du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports, a mis en place un régime spécifique de représentativité pour le collège du personnel navigant technique (pilotes de lignes). L'article L. 6524-2 du Code des transports, issu de cette loi, prévoit que par dérogation aux articles L. 2314-8 et L. 2324-11 du Code du travail, dans les entreprises de transport et de travail aérien, lorsque le nombre de personnels navigants techniques est au moins égal à vingt cinq au moment de la mise en place ou du renouvellement des délégués du personnel, de la délégation unique du personnel ou des représentants du personnel au comité d'entreprise, cette catégorie constitue un collège spécial.

⁷⁸⁰ Art. L. 2314-9 C. trav.

⁷⁸¹ Soc., 17 avr. 1991, n° 90-60.537, Bull. civ. V, n° 202.

⁷⁸² Art. L. 2324-11 C. trav.

⁷⁸³ Soc., 30 mai 2001, n° 99-60.564, Bull. civ. V, n° 189.

⁷⁸⁴ Art. L. 2324-11 C. trav.

Le nombre et la composition des collèges électoraux peuvent être modifiés par une convention, un accord collectif ou un accord préélectoral signé par toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise⁷⁸⁵. L'employeur ne peut donc signer un accord dérogeant au nombre de collèges avec un seul syndicat bénéficiant d'une présomption de représentativité que dans les collèges cadres⁷⁸⁶. Il ne peut, cependant, être dérogé à l'obligation dans les entreprises occupant plus de cinq cent salariés de réserver un siège aux cadres⁷⁸⁷, ni à l'obligation, dans les entreprises employant au moins vingt cinq cadres, d'un collège propre aux cadres⁷⁸⁸. Seule la suppression par voie d'accord du collège spécial cadres, lorsque sa création est obligatoire, est interdite, la constitution de plusieurs collèges cadres est possible⁷⁸⁹.

b) Des clauses plus favorables pour le salarié

Tout comme les conventions collectives, le protocole d'accord préélectoral peut prévoir des dispositions plus favorables aux salariés que celles posées par la loi. Il peut même comporter des dispositions plus avantageuses que les dispositions conventionnelles. C'est la jurisprudence qui offre cette possibilité aux négociateurs afin d'assouplir les règles légales et d'améliorer la représentation du personnel. Ainsi, il leur est possible, par exemple, d'augmenter le nombre des représentants du personnel à élire⁷⁹⁰ ou encore de réduire ou de supprimer les conditions d'ancienneté pour être électeur ou éligible. Concernant la durée des mandats, un protocole préélectoral ne peut déroger à la durée de 4 ans que s'il répond aux exigences d'un accord collectif classique⁷⁹¹.

De telles dispositions ne sont valides que sous réserve de respecter l'ordre public social⁷⁹². Certaines règles du Code du travail relatives aux élections professionnelles dans l'entreprise sont d'ordre public et ne peuvent, en aucun cas, faire l'objet d'une dérogation conventionnelle. On ne peut ainsi déroger à la règle qui prévoit l'attribution d'au moins 1 siège à chaque collège électoral afin que toutes les catégories de salariés participent aux

⁷⁸⁵ Art. L. 2314-10 et L. 2324-12 C. trav.

⁷⁸⁶ Soc., 19 sept. 2007, n° 06-60.134.

⁷⁸⁷ Soc., 13 janv. 1977, n° 76-60.215.

⁷⁸⁸ Soc., 13 oct. 2004, n° 03-60.275.

⁷⁸⁹ Soc., 9 juin 1983, n° 82-60.637.

⁷⁹⁰ Soc., 26 juin 1996, n° 95-60.895, Bull. civ. V, n° 257 ; D. 1996. IR 182.

⁷⁹¹ Soc., 24 mai 2006, n° 05-60.351.

⁷⁹² CE, avis, ass., 22 mars 1973, Dr. soc. 1973. 514.

élections⁷⁹³. Les règles relatives au mode de scrutin et à l'autorisation du vote par procuration sont également d'ordre public et ne peuvent être écartées. De plus, la suppression du collège cadre, lorsque les effectifs pour la mise en place d'un tel collège sont atteints, est interdite⁷⁹⁴. La chambre sociale a, notamment, jugé dans un arrêt du 9 novembre 1983 que les règles concernant les ratures ne peuvent faire l'objet d'une dérogation conventionnelle. En l'espèce, l'employeur et l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise⁷⁹⁵ avait conclu un accord prévoyant que les bulletins raturés seraient nuls. Deux candidats des deux plus importantes organisations syndicales se confrontaient lors de cette élection et ont obtenu des résultats très serrés puisque le candidat du syndicat CGT avait obtenu 69 bulletins dont un portait une rature, donc 68 voix seulement lui ont été décomptées en application de cet accord et le candidat du syndicat CFDT avait, lui, obtenu le même nombre de voix et a été proclamé élu au bénéfice de l'âge. La Cour a jugé que la disposition de l'accord préélectoral relative aux ratures était contraire aux dispositions d'ordre public du dernier alinéa de l'article L. 423-14 du Code du travail⁷⁹⁶, dès lors que le nombre de ratures était inférieur à 10% des suffrages valablement exprimés en faveur de la liste sur laquelle figurait le candidat dont le nom avait été rayé⁷⁹⁷.

Ces clauses sont également tenues de respecter les principes généraux du droit électoral. C'est ce qu'a rappelé la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 20 mars 2013. Dans cette affaire, le protocole préélectoral, conclu par l'employeur de la société Ausy et les syndicats concernés dans son entreprise, prévoyait que n'étaient pas électeurs et éligibles les salariés que leurs fonctions assimilaient au chef d'entreprise et notamment les managers commerciaux, à partir de la fonction de responsable d'agence. La Cour de cassation a jugé qu'un protocole d'accord préélectoral, même signé aux conditions de validité prévues par l'article L. 2324-4-1 du Code du travail, ne peut exclure de l'éligibilité au comité d'entreprise, et par suite du droit à y être désigné représentant syndical, des salariés qui remplissent les conditions légales pour en être membres sans faire référence à une délégation

⁷⁹³ Soc., 4 juill. 2012, n° 11-60.229.

⁷⁹⁴ Soc., 7 juill. 1983, n° 82-60.262.

⁷⁹⁵ Depuis la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, les organisations syndicales représentatives ne sont plus les seules à pouvoir négocier l'accord préélectoral. Désormais, les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national interprofessionnel, les organisations syndicales ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement et les syndicats légalement constitués depuis au moins deux ans qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance et qui ont un champ professionnel et géographique qui couvre l'entreprise ou l'établissement concernés peuvent également faire partie de la négociation.

⁷⁹⁶ Art. L. 2314-24 et L. 2324-22 C. trav. nouvelle codification.

⁷⁹⁷ Soc., 9 nov. 1983, n° 82-60.635.

écrite particulière d'autorité⁷⁹⁸ ou à leur pouvoir de représentation de l'employeur devant les institutions représentatives du personnel⁷⁹⁹. Le protocole d'accord préélectoral ne peut écarter le droit de toutes les parties intéressées d'assister aux élections et de pouvoir inscrire des observations sur le procès verbal d'élection⁸⁰⁰.

La mise en place de telles dispositions par le protocole préélectoral ne crée en aucun cas un usage dans l'entreprise, ces mesures peuvent prendre fin lors de la signature du protocole préélectoral des prochaines élections⁸⁰¹.

Le législateur permet également aux négociateurs d'aménager les heures du scrutin.

c) Des clauses aménageant les heures du scrutin

L'élection doit, en principe, être organisée pendant le temps de travail. La loi permet, toutefois, à l'employeur et l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise de conclure un accord contraire. Ils peuvent, par exemple, convenir que l'élection aura lieu en dehors du temps de travail en cas de travail continu⁸⁰². Le protocole d'accord préélectoral peut alors fixer les modalités de rémunération des salariés venus voter hors de leur temps de travail. Si les organisations syndicales considèrent que les heures de scrutin fixées empêchent la participation normale des salariés au processus, ces dernières peuvent saisir le tribunal d'instance d'une demande de modification des horaires du scrutin. L'organisation d'élection du personnel hors du temps de travail et en l'absence d'accord le prévoyant n'entraîne l'annulation du scrutin que si cette irrégularité a faussé les résultats du scrutin. Une seconde exception a été relevée par la chambre sociale de la Cour de cassation lorsque le vote se fait par voie électronique. En effet, dans un tel cas, le vote peut être effectué via les ordinateurs personnels des salariés en dehors des heures de travail⁸⁰³.

Les dispositions des articles L. 2314-22 et L. 2324-20 du Code du travail n'ont été modifiées ni par la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale ni par la

⁷⁹⁸ En vertu de l'article L. 1441-4 du Code du travail, sont électeurs dans le collège des employeurs les cadres détenant sur un service, un département ou un établissement de l'entreprise une délégation particulière d'autorité établie par écrit, permettant de les assimiler à un employeur.

⁷⁹⁹ Soc., 20 mars 2013, n° 12-11.702.

⁸⁰⁰ Soc., 20 avril 2005, n° 04-60.250.

⁸⁰¹ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011-2012, p. 627.

⁸⁰² Art. L. 2314-22 et L. 2324-29 C. trav.

⁸⁰³ Soc., 5 avr. 2011, n° 10-19.951.

loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale⁸⁰⁴. Ces articles ne visent que les organisations syndicales représentatives, mais la loi du 20 août 2008 n'avait-elle pas pour intention d'élargir le nombre de négociateurs du protocole d'accord préélectoral mettant ainsi fin au monopole de ces organisations⁸⁰⁵. A la lecture de ces textes, seuls les syndicats représentatifs peuvent conclure une clause fixant le vote en dehors du temps de travail, mais qu'en est-il des autres organisations syndicales invitées à la négociation ? N'ont-elles pas leur mot à dire sur ce point ? S'agit-il d'une maladresse renouvelée du législateur ou d'une incohérence assumée ? La chambre sociale n'a pas encore été saisie de cette problématique, s'en tiendra-t-elle à une interprétation stricte de la lettre de la loi ou tranchera-t-elle dans l'esprit de la loi ?

II) La viabilité de l'accord préélectoral

La conclusion du protocole préélectoral est une étape délicate du processus électoral. Sa validité repose sur des conditions strictes **(A)** et peut faire l'objet de contestations **(B)**.

A) Une conclusion semée d'obstacles

La question de la signature du protocole d'accord préélectoral suscite de nombreux débats, particulièrement depuis l'adoption de la loi du 20 août 2008 relative à la rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail. L'accord préélectoral doit-il pour être valide, être signé par l'ensemble des syndicats présents à la table de négociation ? L'unanimité est-elle ainsi requise ? La jurisprudence a été hésitante sur ce point **(1)** et le législateur intervenu sur la question, adopte une solution qui ne paraît pas trancher définitivement entre l'exigence d'une unanimité ou d'une double majorité **(2)**.

1) Une jurisprudence hésitante

Antérieurement à la réforme du 20 août 2008, le législateur ne s'était intéressé qu'aux conditions de la modification du nombre et de la composition des collèges électoraux. Il avait

⁸⁰⁴ Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.

⁸⁰⁵ Depuis la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, les organisations syndicales représentatives ne sont plus les seules à être invitées à la négociation préélectorale.

alors simplement précisé que dans l'hypothèse d'une modification du nombre ou de la composition des collèges électoraux, l'accord devait être signé par toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise⁸⁰⁶. Mais qu'en était-il de la signature initiale ? La chambre sociale avait tenté d'apporter une réponse à cette interrogation, mais sa position avait été empreinte d'hésitation. En effet, dans certains arrêts, elle estimait qu'un syndicat présentant des candidats sans contester le protocole d'accord préélectoral était réputé y avoir adhéré bien qu'il ne l'ait pas signé⁸⁰⁷. On pouvait donc en déduire que l'unanimité n'était pas exigée. Et pourtant, dans un arrêt du 12 janvier 1999, elle exigeait l'unanimité puisqu'elle imposait la signature de l'accord par le chef d'entreprise et tous les syndicats représentatifs dans l'entreprise⁸⁰⁸, même si elle apportait une atténuation à l'effet de l'absence d'unanimité, puisqu'elle considérait que l'absence d'unanimité ne rendait pas, à elle seule, le protocole d'accord préélectoral irrégulier mais avait pour seul effet de permettre à la partie qui pouvait y avoir intérêt de saisir le juge d'instance d'une demande de fixation des modalités sur lesquelles l'accord unanime n'avait pu intervenir⁸⁰⁹. Elle était allée plus loin dans un arrêt du 10 mai 2000 dans lequel elle avait admis la validité d'un protocole d'accord préélectoral même en l'absence d'accord unanime du fait, d'une part, que l'organisation des bureaux de vote et le déroulement du scrutin sur deux jours prévu par le protocole d'accord préélectoral permettait une plus large participation des salariés et n'était pas de nature à porter atteinte à la confidentialité du vote ni à influencer les salariés et que, d'autre part, les modalités de dépouillement prévues par ce protocole étaient conformes aux prescriptions des articles R. 63 à R. 67 du Code électoral. Qu'ainsi, ce protocole n'avait pas à être annulé⁸¹⁰. Elle a, par la suite, jugé que l'application des accords préélectoraux, même non unanimes, s'imposent aux parties à l'exception de la modification du nombre ou de la composition des collèges électoraux⁸¹¹. L'exigence d'unanimité avait pour objectif d'éviter que les syndicats puissants dans l'entreprise fixent les règles du jeu au détriment des petits syndicats et qu'ils perturbent le jeu démocratique propre aux élections⁸¹².

La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a, à son tour, tenté de trancher la question. Mais si son objectif de départ était

⁸⁰⁶ Art. L. 2314-10 et L. 2324-12 C. trav.

⁸⁰⁷ Soc., 15 nov. 1995, Dr. trav. 1996, n° 1, p. 10 ; soc., 8 janv. 2002, RJS 3/02, n° 307 ; soc., 20 nov. 2002, RJS 4/03, n° 489 ; soc., 12 juill. 2006, RJS 11/06, n° 1208.

⁸⁰⁸ Soc., 12 janv. 1999, n° 97-60.337.

⁸⁰⁹ Soc., 28 oct. 1997, n° 96-60.272, n° 96-60.273, n° 96-60.274 et n° 96-60.275, RJS 12/97, n° 1404.

⁸¹⁰ Soc. 10 mai 2000, n° 99-60.064.

⁸¹¹ Soc., 8 nov. 2006, n° 05-60.283, RJS 1/07, n° 76 ; JCP S 2007, 1174, note B. Gauriau.

⁸¹² E. Dockès, E. Peskine, C. Wolmark, Droit du travail, Dalloz « Hypercours », 2010, p. 588.

une simplification des conditions de conclusion du protocole d'accord préélectoral, elle semble au contraire semer le trouble.

2) D'une jurisprudence hésitante à une législation hésitante

La loi du 20 août 2008 ne tranche pas définitivement entre double majorité et unanimité **(a)**, elle complexifie cependant les conséquences du non respect des conditions de signatures **(b)**.

a) Entre double majorité et unanimité

La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail subordonne la validité du protocole d'accord préélectoral au respect d'une double majorité, mais manque encore une fois de précision quant au champ d'application de cette nouvelle règle. Concernant la première règle de majorité, en vertu des articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du Code du travail, l'accord doit désormais être signé 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. Des précisions jurisprudentielles étaient nécessaires quant aux syndicats à prendre en compte. L'expression « majorité des syndicats qui ont participé à sa négociation » renvoie à l'ensemble des organisations syndicales qui, invitées à la négociation, s'y sont présentées, même si elles ont ensuite décidé de s'en retirer⁸¹³. Concernant la seconde règle de majorité, les organisations syndicales représentatives signataires doivent, désormais, également avoir recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles dans l'entreprise. La majorité s'exprime cette fois-ci en voix ; le nombre de voix recueillies par les organisations syndicales représentatives à prendre en compte est le nombre de suffrages exprimés au profit de chaque liste sans tenir compte des ratures de noms de candidats⁸¹⁴. Les conditions de validité d'un protocole d'accord préélectoral doivent être appréciées au jour de sa signature, doivent donc être pris en

⁸¹³ Soc., 26 sept. 2012, n° 11-60.231, JCP S 2012, 1420, rapp. L. Pécaut-Rivolier ; RJS 11/12, n° 889.

⁸¹⁴ Soc., 6 janv. 2011, n° 10-17.653, JCP S 2011, 1232, note J.-Y. Kerbouc'h ; RJS 3/11, n° 247.

compte les résultats des dernières élections ce qui exclut donc les résultats des élections postérieures à la signature du protocole d'accord préélectoral⁸¹⁵.

b) Une complexification des conséquences du non respect des conditions de signatures

Le glissement partiel de la règle de l'unanimité vers la règle de la double majorité pose grand nombre de difficultés. En effet, double majorité et unanimité cohabite désormais. La double majorité est exigée pour la répartition du personnel entre les collèges, la répartition des sièges entre les collèges, la détermination des établissements distincts, les conditions de mise en place des délégués de site et le nombre de membres du comité d'entreprise. La règle de l'unanimité continue, en revanche, à s'appliquer pour le nombre et la composition des collèges, l'organisation du scrutin en dehors du temps de travail, la suppression du comité d'entreprise et les modalités d'organisations et de déroulement des opérations électorales.

Mais lorsque la règle de la double majorité n'est pas satisfaite, les effets sont différents selon l'objet de la négociation et l'autorité compétente.

B) Un accord préélectoral sujet aux contestations

Les signataires du protocole d'accord préélectoral ne peuvent en aucun cas en contester l'application. Cette faculté n'est offerte qu'aux syndicats non signataires dans la mesure où ils ne l'ont pas accepté tacitement en présentant des candidats. La chambre sociale a précisé que l'organisation syndicale qui a présenté des candidats au premier tour des élections professionnelles « n'est réputé avoir adhéré au protocole d'accord préélectoral qu'elle n'a pas signé que dans la mesure où elle n'a pas exprimé de réserves »⁸¹⁶. Dans un litige soumis à la chambre sociale, un syndicat n'adhérait pas à l'accord préélectoral en ses dispositions relatives à la répartition des sièges et des personnels. Il a alors saisi l'inspecteur du travail sur ce point, puis contesté ensuite les résultats des élections évoquant l'irrégularité de ces dispositions du protocole. La Cour de cassation a suivi la position du tribunal d'instance qui avait affirmé que le syndicat ne pouvait plus contester les modalités d'application de l'accord et qu'ainsi les élections étaient régulières. Elle a considéré que le

⁸¹⁵ Soc., 5 avr. 2011, n° 10-18.733, JCP S 2011, 1342, note J.-Y. Kerbouc'h.

⁸¹⁶ Soc., 30 mars 2004, n° 02-60.359 ; soc., 8 janv. 2002, n° 00-60.270 ; Soc., 16 avril 2008, n° 07-60.362.

syndicat qui n'a pas signé l'accord préélectoral n'est pas réputé y avoir adhéré et peut donc le contester sans être tenu de saisir le juge avant les élections⁸¹⁷.

§2) La campagne électorale : un régime juridique éclaté difficile à mettre en œuvre

La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail⁸¹⁸, dont le principal objet était d'intensifier les enjeux des élections professionnelles, a eu pour effet d'aviver l'importance des campagnes électorales. Les élections professionnelles dans l'entreprise sont désormais le ticket pour accéder à la représentativité ou au contraire en sortir. En effet, un syndicat ne peut devenir représentatif et ainsi voir ses prérogatives multiplier, que s'il satisfait à l'exigence d'une audience électorale de 10% des suffrages exprimés. Les élections, à la fois attendues et redoutées par les organisations syndicales, sont donc une étape à franchir avec succès. La campagne électorale est donc un moyen non négligeable de collecter le nombre de voix nécessaire par la communication notamment des programmes électoraux et des professions de foi des candidats. Et pourtant, le Code du travail ne prévoit aucune disposition relative à la campagne électorale contrairement au Code électoral en matière politique. L'absence de telles dispositions dans le Code du travail n'empêche pas les candidats aux élections d'organiser librement leur propagande électorale afin d'argumenter sur les raisons de leur candidatures et sur les idées qu'ils espèrent défendre⁸¹⁹. Le silence de la loi a conduit les organisations syndicales à se saisir de la question de l'encadrement de la campagne lors de la négociation des accords préélectorales⁸²⁰. Mais elles n'en sont pas tenues, une campagne électorale peut être organisée même si elle n'est pas orchestrer par le protocole d'accord préélectoral. On sait, toutefois, que la propagande électorale doit être organisée dans le respect des principes généraux du droit électoral. Mais quels principes ? Les principes généraux du droit électoral ne sont énoncés ni par le Code électoral ni par le Code du travail, ils ne sont que le fruit de la greffe de règles régissant les élections politiques. Comment les organisations syndicales peuvent-elles respecter des principes dont elles ne mesurent pas l'étendu ? Le rôle de la Cour de cassation est encore une fois fondamental, puisque confrontée à des contentieux relatifs à

⁸¹⁷ Soc., 19 sept. 2007, n° 06-60.222.

⁸¹⁸ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

⁸¹⁹ J.-E. Ray, L'utilisation des TIC à des fins électorale, Dr. soc. 2013. 515.

⁸²⁰ Art. L. 2314-23 et L. 2324-21 C. trav. en vertu desquels « les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales font l'objet d'un accord » entre l'employeur et les organisations intéressées.

la campagne elle tente d'en construire le régime juridique **(I)**. Si sa démarche est saluable, elle manque parfois de cohérence et ne pallie pas à toutes les difficultés rencontrées par les organisations syndicales. Les technologies de l'information et de la communication sont des outils qui ne peuvent être écartées lors de la campagne électorale mais leur régime juridique dans ce cadre est particulier et suscitent des difficultés **(II)**. Une question reste sans réponse : pourquoi le législateur n'a-t-il pas intégré une section relative à la campagne électorale dans le Code du travail ? Cela simplifierait, sans aucun doute, l'organisation et le bon déroulement des campagnes électorales à l'occasion d'élections professionnelles.

I) La construction prétorienne du droit relatif à la campagne électorale

Le Code du travail ne contient aucune disposition relative à la campagne électorale. La Cour de cassation l'a donc réglementée en tenant compte des règles du droit électoral de l'entreprise. Elle en pose les conditions d'ouverture **(A)** et en contrôle le contenu **(B)**.

A) Les conditions d'ouverture posées

La jurisprudence encadre l'exercice **(1)** et la durée de la campagne électorale **(2)**.

1) La campagne électorale : un exercice encadré

L'exercice de la propagande électorale est réservé aux seuls candidats **(a)**, y est exclu l'employeur à qui est imposée une obligation de neutralité **(b)**.

a) Un droit réservé

Encore une fois il y a un avant et un après la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail. Antérieurement à la grande réforme, la Cour de cassation a été saisie de la question de savoir quelles sont les organisations syndicales autorisées à faire propagande ? Elle a retenu une solution en adéquation avec les règles applicables en matière de présentation des candidatures au premier tour des élections. Son raisonnement était simple : les syndicats représentatifs ayant le monopole de présentation des

candidatures au premier tour des élections professionnelles, ils avaient ipso facto le monopole de propagande électorale⁸²¹. Mais le monopole de présentation des candidatures au premier tour des élections attribué aux organisations syndicales représentatives, justifiait-il de faire taire les autres syndicats habilitaient à présenter des candidats au second tour et notamment les candidats sans étiquette syndicale ? Il semble logique d'attribuer le droit de mener une propagande à tous les candidats qu'ils soient présentés au premier tour ou au second tour. Il est d'autant plus nécessaire pour les candidats du second tour et particulièrement pour les candidats libres de commencer au plus tôt leur campagne électorale, ces derniers étant loin derrière dans la course à la représentativité.

La loi du 20 août 2008 a élargi la liste des syndicats pouvant présenter des candidats au premier tour des élections. Sont dorénavant invitées à négocier le protocole d'accord préélectoral et à établir les listes de leurs candidats aux fonctions de délégués du personnel et de représentants du personnel au comité d'entreprise, en plus des organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel et les syndicats 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 concernés⁸²². Le raisonnement de la Cour de cassation doit, en principe, être le même que dans l'arrêt du 14 janvier 2004 ; toutes les organisations syndicales habilitées à présenter des candidats au premier tour peuvent organiser leur campagne électorale.

Si les syndicats habilités à présenter des candidats au premier tour et donc, par conséquent, autorisés à faire propagande sont plus nombreux, il n'en demeure pas moins que des candidats restent privés du droit de mener une propagande. L'employeur ne peut donc autoriser des candidats libres souhaitant se présenter au second tour à se manifester avant l'issue du premier tour. Le monopole n'a donc pas disparu, il est simplement réservé à un plus grand nombre. Pourtant il n'a pas lieu d'être, aucune disposition du Code du travail ne le prévoit et il va à l'encontre du principe d'égalité entre les candidats⁸²³ et de leur liberté d'expression. Il entrave également la liberté d'expression de certains électeurs, il s'agit des salariés électeurs et candidats. En effet, l'électeur dispose d'une liberté d'expression durant le

⁸²¹ Soc., 14 janv. 2004, n° 01-60.788, Bull. civ. V, n° 12 ; D. 2004. IR 249 ; JCP E 2004, 1149, obs. S. Miara.

⁸²² Art. L. 2314-3 et L. 2324-4 C. trav.

⁸²³ F. Petit, Les principes généraux du droit électoral dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation ; D. 2005, p. 1815 ; soc., 11 mars 1992, Bull. civ. 1992, V, n° 174.

processus électoral mais il s'en voit priver lorsqu'il annonce sa candidature au second tour⁸²⁴. Si un accord collectif ou un protocole d'accord préélectoral fait jouer ce monopole, il ne peut cependant empêcher les syndicats intéressés par les élections à exprimer leurs opinions⁸²⁵. Dans ce sens, la chambre sociale a jugé qu'une affiche déposée à l'occasion du 1^{er} tour par des candidats au second tour pouvait être « un acte normal d'information et de propagande insusceptible de diminuer la liberté du vote »⁸²⁶. En revanche, un syndicat qui ne présente pas de liste peut recourir à la propagande électorale à la condition qu'elle ne porte pas atteinte à la libre détermination des électeurs⁸²⁷.

Mais la propagande électorale est-elle réservée aux seuls membres de l'entreprise ? La propagande est, en principe, réservée aux membres de l'entreprise à savoir les candidats, les syndicats présents dans l'entreprise ou les membres de la section syndicale. Une exception est cependant admise par la jurisprudence au profit d'organisations syndicales représentatives nationales, donc extérieures à l'entreprise, qui désirent être connues des électeurs. Ces syndicats extérieurs à l'entreprise ont la possibilité d'organiser une propagande à l'intérieur de l'entreprise à la condition de ne pas avoir d'adhérents ou d'élus dans l'entreprise où s'organisent les élections et de présenter des candidats. Dans une telle hypothèse, ces syndicats extérieurs peuvent se faire représenter dans l'entreprise auprès du corps électoral par des personnes extérieures qui ne sont pas salariées de l'entreprise⁸²⁸.

b) Une neutralité imposée

L'employeur est très actif durant le processus électoral ; il lui appartient de procéder à de nombreux actes nécessaires au bon fonctionnement du scrutin. En effet, il est tenu d'informer les salariés par voie d'affichage de l'organisation des prochaines élections, et de convoquer les organisations syndicales intéressées à négocier le protocole d'accord préélectoral et à établir les listes de leurs candidats aux fonctions de délégués du personnel et de membres du comité d'entreprise. Lorsqu'il est prévu un recours au vote électronique, il doit communiquer aux électeurs une notice d'information détaillée sur le déroulement des opérations électorales afin de les informer sur les modalités de vote et de fonctionnement du

⁸²⁴ F. Petit, La campagne électorale dans l'entreprise, JCP S 2009, 1222.

⁸²⁵ C. Desset, La propagande électorale à l'entreprise, RPDS 1989, p. 325 à 329.

⁸²⁶ Soc., 23 mars 1977, Bull. civ. 1977, V, n° 219.

⁸²⁷ Soc., 27 juin 1990, n° 87-60.027.

⁸²⁸ Soc., 4 févr. 1997, n° 95-60.994, Bull. civ. 1997, V, n° 50 ; Dr. soc. 1997, p. 435, obs. G. Couturier.

système de vote électronique⁸²⁹. Lorsqu'il est fait recours au scrutin par correspondance, celui-ci est tenu d'envoyer le matériel de vote et les circulaires de propagande publiées par les syndicats présentant des candidats⁸³⁰. Dans le cas d'une absence de candidature, l'employeur a l'obligation de dresser un procès-verbal de carence qu'il affiche dans l'entreprise puis communique à l'inspecteur du travail qui en adresse une copie aux organisations syndicales de salariés du département⁸³¹.

L'employeur doit cependant faire preuve d'une grande neutralité au cours du processus électoral. L'obligation de neutralité, « principe essentiel du droit électoral »⁸³², ne fait l'objet d'aucune définition tant dans le Code du travail que dans le Code électoral. Toutefois, des dispositions de ces deux codes renvoient implicitement à cette obligation. Dans le Code du travail, c'est le cas de l'article L. 2141-7 qui interdit à l'employeur ou à ses représentants d'employer un moyen quelconque de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale. Dans le Code électoral, la règle selon laquelle il doit être attribué des emplacements spéciaux pour l'apposition des affiches électorales d'une surface égale à chaque candidat ou à chaque liste de candidats prévue à l'article L. 51, renvoie à l'obligation qu'a l'organisateur des élections de ne pas favoriser ou défavoriser un ou des candidats aux élections. L'article R. 26 du Code électoral, ne permettant l'ouverture de la campagne électorale du second tour que le lendemain du second tour, peut également être rapproché de l'obligation de neutralité incombant à l'employeur. De ces dispositions découlent de nombreux principes que la Cour de cassation a assimilé à l'obligation de neutralité dont notamment l'égalité de traitement de tous les candidats ou encore l'interdiction qui pèse sur l'employeur de donner son opinion sur les candidats⁸³³. Cette obligation de neutralité trouve tout son sens durant la campagne électorale. Durant cette période, elle s'exprime principalement par la double obligation de l'employeur de ne pas favoriser un candidat ou un syndicat, d'une part, et de ne pas favoriser l'organisation d'un second tour, d'autre part. En effet, selon la Cour de cassation, l'obligation de neutralité interdit à l'employeur de prendre position sur le scrutin et ainsi d'inciter à voter pour une liste, un candidat ou un syndicat⁸³⁴. Il doit éviter toute attitude tendancieuse, pression⁸³⁵ ou prise de position. Toute initiative de

⁸²⁹ Art. R. 2324-11 C. trav.

⁸³⁰ Soc., 6 juill. 1983, JCP E 1984, I, 13087, p. 37, n° 3, obs. B. Teyssié : Dans cet arrêt la Cour de cassation qualifie l'obligation de neutralité de « principe essentiel du droit électoral ».

⁸³¹ F. Petit, La campagne électorale dans l'entreprise, JCP S, 2009, 1222.

⁸³² Soc., 31 mai 2011, n° 10-60.228.

⁸³³ M. Patin, L'obligation de neutralité au cours de la campagne électorale dans l'entreprise, JCP S, 2012, 1428.

⁸³⁴ Soc., 17 nov. 1971, n° 71-60.206.

⁸³⁵ Soc., 28 oct. 1997, n° 96-60.260.

l'employeur destinée à influencer le vote constitue un manquement justifiant l'annulation des élections.

La Cour de cassation ne permet aucune exception à ce principe et demeure intransigeante à l'égard des employeurs. Elle a, à titre d'exemple, fait droit à la demande de l'Union départementale du transport FO-UNCP du Nord, d'annulation du second tour des élections de délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise qui a eu lieu le 4 novembre 1995 au sein de la société Transports Degrave et Marcant en raison d'un document à caractère discriminatoire émanant de l'employeur affiché avant le premier tour de scrutin, alors que l'annulation de ce premier tour n'avait pas été sollicitée, le syndicat ayant démontré que l'affichage du document litigieux avait persisté pendant le second tour du scrutin⁸³⁶. La distribution de tracts en faveur de l'une des listes de candidats la veille du scrutin par les représentants de l'employeur constitue un manquement à l'obligation de neutralité qui justifie l'annulation des élections et l'organisation de nouvelles élections⁸³⁷. De plus, l'incitation par l'employeur à l'union des salariés en faveur d'un syndicat constitue irréfutablement un manquement à son obligation de neutralité⁸³⁸. L'employeur ne peut également extérioriser une simple appréciation négative sur un candidat durant le processus électoral⁸³⁹ ; il ne peut donc encore moins faire distribuer un tract contestant la propagande d'un candidat ou d'un syndicat⁸⁴⁰. Entraîne également l'annulation des élections, l'affichage par l'employeur ou ses représentants des tracts de certains candidats du second tour⁸⁴¹. L'employeur est donc tenu de mettre les mêmes moyens de propagande à la disposition des candidats et syndicats. Il doit donc leur permettre de partir sur un pied d'égalité à la course à l'investiture. L'employeur ne peut ainsi prévoir, par le biais d'un accord ou d'une convention collective, d'attribuer aux seules organisations syndicales représentatives le droit de l'affichage et de la diffusion des communications syndicales à l'intérieur de l'entreprise. En facilitant la communication des seules organisations syndicales représentatives l'employeur manque au principe d'égalité⁸⁴².

Concernant le pouvoir disciplinaire de l'employeur durant la campagne, celui-ci en conserve l'exercice durant la campagne électorale à la condition que les sanctions prononcées n'aient pas pour objet d'exercer des pressions sur les salariés qui figurent sur les listes de

⁸³⁶ Soc., 6 février 1997, n° 96-60.011.

⁸³⁷ Soc., 20 oct. 1999, n° 98-60.425.

⁸³⁸ Soc., 8 mars 1994, n° 93-81.115.

⁸³⁹ Soc., 30 oct. 1991, n° 90-60.054.

⁸⁴⁰ Soc., 30 oct. 1991, n° 91-60.058 ; soc., 14 mai 1997, n° 96-60.134.

⁸⁴¹ Soc., 14 janv. 2004, n° 01-60.788, RJS 2004, n° 330.

⁸⁴² Soc., 11 janv. 2012, n° 11-14.292.

candidats⁸⁴³. Il peut donc sanctionner l'un des candidats peu de temps avant le jour du scrutin, dès lors que la sanction n'est pas illégitime et manifestement prononcée pour nuire aux candidatures, dans l'hypothèse inverse la validité des élections peut être remise en cause⁸⁴⁴. L'employeur ne peut également favoriser l'organisation d'un second tour. Il lui est ainsi interdit d'inciter les électeurs à s'abstenir ou à voter blanc au premier tour. L'enjeu de cette abstention est grand, puisque si le quorum n'est pas atteint, un second tour doit être organisé à l'issue duquel des candidats libres peuvent être élus. Il est donc interdit à l'employeur ou ses représentants de diffuser des notes de services, affiches, tracts ou tout autre document qui incitent à voter blanc⁸⁴⁵ ou à s'abstenir au premier tour⁸⁴⁶.

La distribution de bulletins blancs au moment du vote constitue une manœuvre poussant au vote blanc et est donc prohibée⁸⁴⁷. En revanche, la mise à disposition de bulletins blancs le jour du scrutin ne constitue pas une mesure destinée à inciter à voter blanc et donc n'est pas susceptible de fausser les résultats électoraux⁸⁴⁸. Il ne peut être reproché à l'employeur de ne pas avoir retiré l'affichage incitant à l'abstention ou au vote blanc⁸⁴⁹ au premier tour lorsque celui-ci n'a pas procédé à cet affichage. Dans cette hypothèse, l'élection ne peut être annulée. L'affichage par l'employeur de la liste des candidats du second tour alors que n'a pas encore eu lieu le vote du premier tour constitue une incitation que la Cour de cassation désapprouve⁸⁵⁰. Des candidats libres circulant dans l'entreprise avant le premier tour de scrutin qui incitent les salariés à ne pas voter lors du premier tour de manière à augmenter les chances de voir s'organiser un second tour, faute d'atteinte du quorum, ne commettent pas d'irrégularité susceptible d'autoriser l'annulation des élections dès lors qu'aucune pression ou menace n'est exercée sur les salariés⁸⁵¹. Au-delà de ces deux grandes obligations, le principe de neutralité interdit à l'employeur de présider un bureau de vote⁸⁵² et même d'y siéger⁸⁵³. Lorsqu'il est présent dans le bureau de vote, l'employeur ou son représentant ne peut interdire aux membres d'inscrire les irrégularités constatées sur le procès verbal⁸⁵⁴. En revanche, ne

⁸⁴³ Soc., 7 juill. 1983, n° 83-60.806.

⁸⁴⁴ Soc., 10 déc. 1987, n° 86-60.550.

⁸⁴⁵ Soc., 10 mai 1978, n° 78-60.070, Bull. civ. V, n° 344.

⁸⁴⁶ Crim., 20 mars 1979, n° 78-92.967, Bull. crim. n° 114 ; soc., 25 févr. 1992, n° 91-60.140.

⁸⁴⁷ Soc., 10 mai 1978, n° 78-60.070, Bull. civ. V, n° 344 ; soc., 10 mai 1984, n° 83-61.045.

⁸⁴⁸ Soc., 13 janv. 1977, n° 76-60.190, Bull. civ. V, n° 28 ; soc., 28 nov. 1984, n° 83-63.622 ; soc., 30 janv. 1985, JCP E 1986, I, 15146, p. 52, n° 8, obs. B. Teyssié ; soc., 30 oct. 1996, n° 95-60.882.

⁸⁴⁹ Soc., 16 mai 1974, n° 74-60.025, Bull. civ. 1974, V, n° 308.

⁸⁵⁰ Soc., 24 juill. 1974, n° 74-60.110, Bull. civ. V, n° 445.

⁸⁵¹ Soc., 5 mai 2004, n° 03-60.141.

⁸⁵² Soc., 23 févr. 2005, JurisData n° 2005-027118, RJS 2005, n° 544.

⁸⁵³ Soc., 14 mars 1989, n° 88-60.534.

⁸⁵⁴ Soc., 13 oct. 2004, n° 03-60.227, Dr. soc. 2005. 351, obs. M. Cohen.

constitue pas une atteinte au principe de neutralité, l'organisation par l'employeur d'une réunion d'information relative aux règles du scrutin⁸⁵⁵, ainsi que l'affichage des conditions d'organisation du scrutin par ce dernier⁸⁵⁶.

Outre une annulation des élections s'il est démontré que la violation du principe de neutralité a eu une influence sur les résultats du scrutin⁸⁵⁷, l'employeur risque une condamnation pour délit d'entrave à la libre désignation des représentants du personnel⁸⁵⁸, sur le fondement des articles L. 2316-1 et L. 2328-1 du Code du travail, ou discrimination au bénéfice ou à l'encontre d'une organisation syndicale⁸⁵⁹.

2) La campagne électorale : une durée encadrée

La carence législative en la matière pousse les syndicats intéressés et la chambre sociale de la Cour de cassation à prendre en main les questions attachées à la période de la campagne électorale. En effet, l'employeur et l'ensemble des organisations syndicales intéressées peuvent, à l'occasion de la négociation préélectorale, prévoir des clauses encadrant la durée de la propagande électorale. Si ce n'est qu'une possibilité, il leur est toutefois fort recommandé de procéder à une telle négociation afin de limiter les contentieux. La Cour de cassation, quant à elle, vient apporter des précisions sur les règles à respecter. Elle précise dans un arrêt du 1^{er} décembre 1993 que la propagande peut s'effectuer jusqu'au jour du scrutin à la condition de ne pas en fausser les résultats contrairement aux élections politiques⁸⁶⁰. Il appartient aux juges du fond d'apprécier le caractère abusif. En effet, les organisations syndicales intéressées peuvent faire propagande jusqu'au jour du scrutin mais à la condition d'être loyales et de ne pas dénigrer les concurrents. La Cour de cassation considère que les tracts diffusés le jour du scrutin ou quelque temps avant, ne doivent pas être rédigés de manière à supposer l'exercice d'un droit de réponse par un candidat ou un syndicat adverse. Elle a ainsi jugé abusif et justifiant l'annulation des élections, un tract mettant en cause un candidat adverse sans lui permettre de répliquer. En effet, dans une espèce jugé le 18

⁸⁵⁵ Soc., 29 mars 1994, n° 93-60.254

⁸⁵⁶ Soc., 6 févr. 1997, n° 96-60.011.

⁸⁵⁷ Soc., 17 mars 1971, n° 70-60.105, Bull. civ. V, n° 218 ; soc., 11 juin 1986, n° 85-60.640 ; soc., 23 janv. 1991, JCP G 1991, II, 21758 ; soc., 20 oct. 1999, n° 98-60.425.

⁸⁵⁸ Crim., 5 janv. 1977, n° 75-93.270, Bull. crim. n° 9 ; crim., 20 mars 1979, n° 78-92.967, Bull. crim. n° 114 ; soc., 30 mars 1993, n° 92-83.580 ; soc., 8 mars 1994, n° 93-81.115, RJS 7/1994, n° 877.

⁸⁵⁹ Art. L. 2141-5 C. trav.

⁸⁶⁰ Soc., 1^{er} déc. 1993, n° 93-60.029.

février 1988, la CFDT a demandé l'annulation des élections au comité d'entreprise du Groupe populaire d'assurances ayant eu lieu le 18 décembre 1986, au motif qu'un tract la mettant en cause avait été diffusé la veille du scrutin, soit le 17 décembre 1986, par le Syndicat national des agents de maîtrise de l'assurance et techniciens, ce qui ne lui permettait pas de répliquer. La Cour de cassation a tranché en sa faveur constatant que le tract litigieux daté du 15 décembre 1986 avait été diffusé la veille du scrutin et qu'eu égard à la proportion des suffrages obtenus par chacune des listes en présence (la CFDT ayant obtenu 116 voix alors que le Syndicat national des agents de maîtrise de l'assurance et techniciens en avait obtenu 383 et la CGT 223), ce tract avait faussé le résultat de l'élection et justifiait ainsi l'annulation⁸⁶¹. Un tract tardif ne doit donc pas apporter aux débats un élément nouveau sur lequel les autres candidats ne peuvent s'expliquer. Un tract rappelant la profession de foi du candidat diffusé la veille du scrutin ou le jour même n'est, en revanche, pas considéré comme abusif⁸⁶².

Le protocole d'accord préélectoral peut prévoir la date d'ouverture et de clôture de la campagne électorale. Celui-ci ayant force obligatoire, un tract distribué avant l'ouverture de la campagne électorale, alors que le protocole d'accord préélectoral fixait la période électorale, entraîne l'annulation des élections⁸⁶³ peu importe l'influence de cette diffusion sur les élections⁸⁶⁴.

B) Un contenu contrôlé

Le contenu de la propagande est librement déterminé par l'organisation syndicale sous réserve, toutefois, de respecter les dispositions relatives à la liberté de la presse⁸⁶⁵. La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse interdit la diffamation qu'elle entend comme « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé ». Ainsi, la publication d'une telle allégation ou imputation est punissable « même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches

⁸⁶¹ Soc., 18 févr. 1988, n° 87-60.027, Bull. civ. V, n° 123.

⁸⁶² Soc., 13 déc. 1988, n° 88-60.158, RJS 1/1989, n° 68.

⁸⁶³ Soc., 23 juin 2004, n° 02-60.848, RJS 11/2004, n° 1171.

⁸⁶⁴ F. Petit, Droit électoral dans l'entreprise, deux années d'évolutions jurisprudentielles (2006-2007) : RJS 2008, p. 490.

⁸⁶⁵ Art. L. 2142-5 C. trav.

incriminés ». Elle interdit également « toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui renferme l'imputation d'aucun fait » qu'elle considère comme une injure⁸⁶⁶.

Ces dispositions trouvent application dans le contexte électoral qui ne permet aucune dérogation à l'interdiction de tenir des propos injurieux ou diffamatoires. Respecter ces dispositions s'avère souvent difficile pour les organisations syndicales qui usent de leur droit de propagande pour blâmer leur concurrent. C'est l'objet même de la campagne électorale ; si elle sert à se redorer le blason, elle sert également à noircir celui du ou des candidats adverses. C'est pourquoi la Cour de cassation admet que la campagne électorale se nourrisse de la critique du comportement du concurrent⁸⁶⁷. Il ne peut y avoir de campagne électorale sans critique, mais pour être tolérée celle-ci ne doit être ni excessive ni injurieuse ou diffamatoire. La Cour de cassation encadre donc le contenu des actes de propagande et condamne les tracts diffamatoires, injurieux ou très polémiques⁸⁶⁸. Elle ne tolère la critique du comportement du concurrent qu'à la condition que celle-ci soit exprimée de manière à permettre une réplique afin de démentir ou répondre à un tract excédant les limites de la propagande électorale. De plus, une campagne qui troublerait le travail des salariés ne peut également être admise. Il en est de même pour les actes de propagande calomniant un adversaire. Un tel dénigrement peut conduire à l'annulation des élections par le juge d'instance. Ce dernier peut notamment tenir compte de l'écart de voix entre les candidats et estimer, qu'eu égard à la proportion des suffrages obtenus par chacune des listes en présence, un tract distribué la veille du scrutin a faussé le résultat de l'élection⁸⁶⁹. Pour que l'accusation échappe à la qualification de diffamation, elle doit être de bonne foi. Celle-ci se caractérise par la légitimité du but poursuivi, l'absence d'animosité personnelle, la prudence et la mesure dans l'expression, ainsi que par le sérieux de l'enquête⁸⁷⁰. Le travail de la Cour de cassation sur le contenu de la propagande électorale se poursuit, elle pourrait notamment prochainement sanctionner les délits de fausse nouvelle et de provocation⁸⁷¹. L'employeur peut également limiter la propagande par l'exercice de son pouvoir de police dans son entreprise. Ce pouvoir lui permet d'interdire une propagande contraire à ses principes. Le juge d'instance doit ultérieurement

⁸⁶⁶ Art. 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

⁸⁶⁷ F. Petit, Représentants du personnel (Elections), RDT 2012.

⁸⁶⁸ Soc., 23 juin 2004, n° 02-60.842.

⁸⁶⁹ Soc., 18 févr. 1988, n° 87-60.027, Bull. civ. V, n° 123 ; Soc., 20 juin 2000, RJS 2000, n° 1108 ; Soc., 20 nov. 2002, n° 01-60.903, RJS 2003, n° 490.

⁸⁷⁰ Civ., 17 mars 2011, n° 10-11.784.

⁸⁷¹ F. Petit, La campagne électorale dans l'entreprise, JCP S 2009, 1222.

apprécier sa décision et l'influence éventuelle qu'elle a eu sur le résultat du scrutin⁸⁷². En revanche, dès lors que la propagande est conforme aux dispositions du protocole d'accord préélectoral, l'employeur ne dispose d'aucun pouvoir de contrôle ou de censure sur le contenu⁸⁷³. Il appartient aux juges du fond d'apprécier si le contenu des tracts est de nature à avoir une influence déterminante sur le scrutin. La diffusion d'un tract litigieux ne peut entraîner l'annulation des élections que s'il est de nature à porter atteinte à la libre détermination des électeurs⁸⁷⁴.

II) Les TIC, un régime particulier

Cette propagande peut être transmise par voix d'affichage sur des panneaux que l'employeur peut réserver aux communications électorales ou sur des panneaux syndicaux⁸⁷⁵ ou par la distribution de tracts aux heures d'entrée et de sortie du personnel. Le développement des technologies de l'information et de la communication n'a pas échappé aux élections professionnelles. Ces technologies sont désormais fondamentales pour la communication électorale. Si la Cour de cassation s'est efforcée de pallier aux carences du droit électoral dans l'entreprise en matière de propagande électorale, son travail est loin d'être terminé avec les difficultés qu'entraîne l'utilisation des TIC dans le cadre électoral. L'encadrement de l'utilisation de l'outil informatique à des fins électorales se révèle parfois compliqué. Cette utilisation nécessite le respect de règles encore une fois éparpillées. L'utilisation des TIC à des fins électorales appelle au respect de règles différentes selon que l'utilisation se fait dans l'entreprise **(A)** ou à l'extérieur de l'entreprise **(B)**.

A) L'utilisation contrôlée des TIC dans l'entreprise

La loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social⁸⁷⁶ a, en partie, réglé la question de l'utilisation des technologies de l'information et de l'information dans l'entreprise. Elle a introduit dans le Code du travail,

⁸⁷² M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 706.

⁸⁷³ Soc., 12 nov. 2003, n° 02-60.714.

⁸⁷⁴ Soc., 10 juill. 1997, n° 96-60.338.

⁸⁷⁵ Art. L. 2142-3 et L. 2142-4 C. trav.

⁸⁷⁶ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

l'article L. 2142-6 qui précise que seul un accord d'entreprise peut autoriser la diffusion de publications et tracts de nature syndicale sur un site syndical, mis en place sur l'intranet⁸⁷⁷, ou sur la messagerie électronique de l'entreprise⁸⁷⁸. Cette diffusion est soumise à deux limites, elle doit être compatible avec les exigences de bon fonctionnement du réseau informatique de l'entreprise et ne pas entraver l'accomplissement du travail. En vertu de ce texte, l'accès des syndicats à la messagerie électronique de l'entreprise ou au site syndical interne est conditionné par la signature d'un accord collectif. Cet accord détermine les modalités d'utilisation des TIC en précisant notamment le nombre, le volume et la période d'utilisation, la constitution des listes de diffusion, la désignation d'un administrateur référent, une clause de suspension en cas de non respect des conditions ou encore un rappel du droit au respect de la vie privée et du droit à l'image. La communication électronique se distingue donc à plusieurs égards de la communication papier dont le régime est également défini par le Code du travail⁸⁷⁹. Ainsi, la diffusion d'un message syndical en l'absence d'accord collectif peut constituer une faute disciplinaire. En revanche, lorsqu'un accord collectif prévoit l'utilisation des TIC, les syndicats ne peuvent en user que dans le respect des conditions qu'il fixe. La Cour de cassation a rappelé la force obligatoire des accords collectifs dans un arrêt du 22 janvier 2008. En l'espèce, un accord relatif à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise autorisait la mise à disposition aux organisations syndicales représentatives de la messagerie électronique interne pour la publication d'informations syndicales. L'accord exigeait, pour l'utilisation du réseau intranet, l'existence d'un lien entre le contenu de l'information et la situation sociale existant dans l'entreprise. Un salarié qui cumulait les fonctions de représentant du personnel élu et de délégué syndical au sein de la société Crédit industriel et commercial avait diffusé sur le réseau intranet de la société un courriel de protestation contre l'arrestation d'un militant syndicaliste paysan. Un avertissement lui avait alors été notifié par l'employeur dont il avait, par la suite, demandé l'annulation en arguant que l'utilisation de l'intranet par les organisations syndicales était soumise aux mêmes règles que celles des tracts et affichages, et que son contenu devait être librement déterminé par les organisations syndicales. Il s'appuyait également sur sa liberté d'expression au sein de l'entreprise, en estimant que la diffusion du courrier litigieux était limitée puisqu'elle n'a été envoyée qu'à quelques salariés et en dehors des horaires de travail. La Cour de cassation a rejeté la demande du syndicaliste en affirmant que si l'accord « mettait à la disposition des

⁸⁷⁷ Site syndical interne.

⁸⁷⁸ Propagande envoyée sur la messagerie de chaque salarié.

⁸⁷⁹ Art. L. 2142-3 à L. 2142-5 C. trav.

organisations syndicales représentatives la messagerie électronique interne pour la publication d'informations syndicales, (...) cette faculté était subordonnée à l'existence d'un lien entre le contenu et la situation sociale existant dans l'entreprise ». Elle a, par la suite, relevé qu'il n'existait aucun lien entre la situation sociale de l'entreprise et le contenu du courriel litigieux qui était sans rapport avec l'activité syndicale du salarié et qu'ainsi ce salarié avait commis une faute disciplinaire⁸⁸⁰. L'employeur n'est donc tenu de permettre l'accès au système d'information de l'entreprise que si les termes de l'accord sont respectés. Mais un arrêt rendu 4 mois plus tard semble altérer la portée de l'arrêt du 22 janvier 2008. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 27 mai 2008 a affirmé que « les dispositions d'un accord collectif ne peuvent restreindre les droits syndicaux que les représentants des salariés tiennent des lois et règlements en vigueur »⁸⁸¹. Mais comme l'a souligné M. Franck Petit « l'accord conclu dans le cadre de l'article L. 2142-6 du Code du travail n'aménage pas un droit que les salariés tiennent de la loi ou des règlements : il le crée ». Ainsi, « la condition litigieuse qui a suscité l'arrêt du 22 janvier 2008 ne heurte directement aucune disposition d'ordre public »⁸⁸². On ne peut donc parler de « droit à » l'utilisation des TIC.

A l'occasion d'un litige avec sa direction, le syndicat CFTC d'Air France a posé une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'atteinte à la liberté d'expression que permet l'article L. 2142-6 du Code du travail en permettant à l'employeur d'interdire tout accès à la messagerie de l'entreprise. La Cour de cassation a alors transmis cette QPC au Conseil constitutionnel qui a apporté une réponse le 27 septembre 2013. Le Conseil constitutionnel a affirmé la conformité à la Constitution de l'article L. 2142-6 du Code du travail en avançant comme arguments que l'objectif du législateur était de permettre que les modalités de la communication syndicale par voie électronique puissent être adaptées à chaque entreprise et notamment à l'organisation du travail et à l'état du développement de ses moyens de communication, que le législateur a adopté ces mesures pour assurer le respect des libertés tant de l'employeur que des salariés. Il a également souligné qu'à défaut d'accord d'entreprise, les syndicats peuvent toutefois librement diffuser des publications et tracts sur les réseaux de communications au public en ligne⁸⁸³.

⁸⁸⁰ Soc., 22 janv. 2008, n° 06-60.514, Bull. civ. V, n° 14, RDT 2008. 324, obs. G. Borenfreund ; JCP S 2008, 1254, note B. Gauriau.

⁸⁸¹ Soc., 27 mai 2008, n° 06-46.403, JCP S 2008, 1633, note B. Gauriau.

⁸⁸² F. Petit, La campagne électorale dans l'entreprise, JCP S 2009, p. 1222.

⁸⁸³ Cons. const., QPC, 27 sept. 2013, n° 18-80.021.

L'accord peut également fixer quantitativement l'utilisation des TIC. Dans un arrêt du 19 mai 2010, la chambre sociale a affirmé que la limitation de la diffusion des tracts syndicaux par messagerie électronique ne contrevenait pas aux droits des syndicats. En l'espèce, un accord d'entreprise prévoyait les règles de diffusion des tracts syndicaux par messagerie électronique et limitait les organisations à 7 tracts chacune et par an avec la possibilité d'en diffuser plus avec l'accord de la direction. Le syndicaliste qui a délibérément dépassé ce quota a commis une faute⁸⁸⁴.

B) L'utilisation désorganisée des TIC hors de l'entreprise

Le droit du travail ne régleme nte l'utilisation des TIC que dans l'entreprise, il passe outre les sites externes pourtant fondamentaux tant ils permettent une diffusion large et rapide de l'information. En effet, page facebook, fil twitter ou encore blog sont autant d'outils permettant une grande interactivité sociale. Ces sites externes garant de la liberté d'expression favorisent les dérapages grâce notamment à l'utilisation de pseudos ou l'anonymat. Ces nouveaux outils de communication permettent le plein exercice de la liberté d'expression et de communication, garantie notamment à l'article 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique s'est saisie de la question de la liberté d'expression par voie électronique et précise que « la communication au public par voie électronique est libre L'exercice de cette liberté ne peut être limité que dans la mesure requise par le respect de la liberté et de la propriété d'autrui ». Le Conseil constitutionnel a également garanti cette liberté dans une décision du 10 juin 2009 dans lequel il a reconnu la liberté d'accéder aux services de communication au public en ligne. Mais toute liberté s'arrête où en commence une autre. La chambre criminelle de la Cour de cassation est donc souvent appelée à sanctionner les utilisateurs excédant les limites de leur droit. L'utilisation excessive des sites externes est ainsi fréquente, les injures ou diffamations se multipliant dans les réseaux externes. La première chambre civile a été saisie de la question de la mise en ligne d'injure ou diffamation et considère que la mise en ligne de propos insultant sur facebook ne constitue pas un acte d'injure publique, dès lors que ces propos sont publiés au sein d'une communauté d'intérêt. Elle précise toutefois qu'il convient de rechercher si la qualification d'injure non publique peut être retenue⁸⁸⁵.

⁸⁸⁴ Soc., 19 mai 2010, n° 09-40.279.

⁸⁸⁵ Civ., 10 avr. 2013, n° 11-19.530.

La détermination de la collectivité de travail dont dépendent l'élection et la désignation de représentants, et leur nombre, pose de nombreuses difficultés. Les dispositions législatives et jurisprudentielles manquent de cohérence et sont d'une grande complexité. Si en matière d'élection politique, une personne = une voix, en matière d'élection professionnelle dans l'entreprise cette règle est adaptée au type de contrat dont le salarié bénéficie. Le salarié ne pèse dans l'effectif qu'en fonction de son temps de présence dans l'entreprise. L'employeur, chargé de la détermination de la collectivité de travail est investi d'une mission considérable complexifiée par le législateur, certains contrats étant inclus, d'autres exclus du calcul de l'effectif, devant apprécier l'ancienneté du salarié de l'entreprise et déterminer le poids des salariés dans le calcul selon des règles complexes. Le droit électoral de l'entreprise est également influencé par des facteurs extérieurs aux élections. En effet, le législateur exclut les contrats aidés du calcul de l'effectif afin d'inciter les employeurs à embaucher les publics ciblés de ces contrats au détriment des droits des salariés. La question de la signature du protocole d'accord préélectoral est également délicate, le législateur faisant état d'hésitation. Le législateur doit prendre en compte une multitude de facteurs qu'il a du mal à concilier et qui conduisent à un droit complexe.

Chapitre 2 : Des opérations électorales réglementées

Les nombreux enjeux des opérations électorales, notamment l'élection et la désignation de représentants du personnel, impose la mise en place d'un droit électoral de l'entreprise qui appréhende toutes les questions relatives à ces élections et désignations des représentants du personnel. Toutes les phases de l'opération électorale, de l'organisation du vote à la protection des salariés élus et désignés, doivent faire l'objet d'une réglementation facilitant la mise en place d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise. La particularité de la structure dans laquelle sont organisées les élections et la particularité de ses sujets renforcent la nécessité d'un droit électoral propre aux entreprises mais compliquent tout autant cette tâche. Le Code du travail est la première source du droit électoral de l'entreprise et traite une grande partie des questions relatives à l'élection et la désignation des représentants syndicaux, mais de nombreuses questions sont oubliées de ce code. La Cour de cassation vient combler les carences du Code du travail en appliquant dans certains cas les dispositions du Code électoral lorsqu'elles peuvent être adaptées à l'entreprise ou en dégagant des règles propres en interprétant les textes en vigueur. Le droit électoral de l'entreprise organise toutes les phases du processus électoral, il organise ainsi la phase du vote (**section 1**) et la phase postérieure au vote (**section 2**).

Section 1 : Pendant le vote

La particularité des élections professionnelles dans l'entreprise conduit à la construction d'un droit électoral spécifique qui organise de manière structurée le vote dans l'entreprise (§1) et qui définit des modalités de vote adaptées (§2).

§1) Une organisation structurée du vote dans l'entreprise

Le droit électoral de l'entreprise s'attache à déterminer les sujets du vote dans l'entreprise (I) et à planifier l'organisation du vote (II).

I) Des sujets sélectionnés

La détermination des électeurs (**A**) et des candidats (**B**) est une étape délicate puisque sur elle repose une représentation légitime des salariés.

A) La détermination délicate des électeurs

Les élections professionnelles dans l'entreprise impliquent des règles adaptées en matière d'électorat. La qualité d'électeur (**1**) et la détermination de la liste électorale (**2**) sont soumises à des conditions particulières.

1) Être électeur : une qualité conditionnée

Pour être électeur et être inscrit sur la liste électorale, le salarié doit satisfaire aux quatre conditions cumulatives posées par les articles L. 2314-15 et L. 2324-14 du Code du travail, à savoir être salarié, avoir au moins 16 ans révolus, avoir travaillé trois mois au moins dans l'entreprise et n'avoir fait l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à leurs droits civiques, et à la condition posée par la jurisprudence de ne pas être assimilé à l'employeur. La qualité d'électeur est donc subordonnée à la satisfaction de conditions tenant à l'existence d'un lien avec l'entreprise (**a**) et de conditions tenant à la personne du salarié (**b**). Ces conditions s'apprécient à la date du premier tour de scrutin⁸⁸⁶. Un protocole préélectoral ne peut modifier la date d'appréciation de ces critères et ainsi prévoir que les conditions d'électorat seront appréciées sur une période de douze mois précédant la date d'arrêté des listes⁸⁸⁷. Tous les salariés ne sont donc pas autorisés à voter. L'employeur doit anticiper et déterminer quels salariés satisferont aux conditions à la date du premier tour de scrutin.

a) Un lien nécessaire avec l'entreprise

Pour recevoir la qualité d'électeur, le salarié doit justifier l'existence d'un contrat de travail le liant à l'entreprise (**a**) et d'une ancienneté suffisante dans l'entreprise (**b**).

⁸⁸⁶ Soc., 15 nov. 1995, n° 95-60.805, Bull. civ. V, n° 298.

⁸⁸⁷ Soc., 26 sept. 2012, n° 11-25.420 ; dans le même sens : Soc., 1^{er} déc. 2010, n° 10-60.163.

α) L'exigence d'un contrat de travail

Un lien par un contrat de travail. Peut participer au processus électoral toute personne liée à l'entreprise par un contrat de travail à la date du scrutin⁸⁸⁸. Les stagiaires n'ayant pas de contrat de travail ne peuvent être électeurs. Seuls les salariés de l'entreprise sont électeurs ; un accord collectif ne peut déroger à cette règle qui est d'ordre public absolu⁸⁸⁹. La nature du contrat de travail n'importe pas ; tous les salariés liés par un contrat de travail, qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée, à temps partiel ou à temps plein, sont électeurs. En effet, le Code du travail ne fait aucune distinction entre le travail à temps plein et le travail à temps partiel mais prend uniquement en considération le caractère habituel du travail⁸⁹⁰. Concernant les salariés à temps partiel travaillant simultanément dans plusieurs entreprises, le Code du travail précise uniquement que ces derniers ne sont éligibles que dans l'une de ces entreprises qu'ils sont libres de choisir, mais reste silencieux sur leur qualité d'électeur dans ces entreprises⁸⁹¹. On peut en déduire qu'ils sont électeurs dans chacune des entreprises sous réserve de satisfaire aux autres conditions, d'autant plus que les salariés travaillant à temps partiel dans plusieurs entreprises sont pris en compte dans l'effectif de chacune des entreprises au prorata de leur durée de travail.

Les salariés sous contrat à durée déterminée remplaçant des salariés absents sont électeurs s'ils remplissent les conditions d'électorat prévues par les articles L. 2314-15 et L.2324-15 du Code du travail, même s'ils n'entrent pas dans le calcul des effectifs pour l'appréciation des seuils⁸⁹².

Les salariés en période de préavis suite à un licenciement doivent être inscrits sur la liste électorale même s'ils ont cessé le travail⁸⁹³. Il en est de même pour les salariés licenciés titulaires d'un mandat représentatif qui sollicitent leur réintégration pour manquement aux procédures légales et conventionnelles de protection des salariés titulaires d'un mandat représentatifs, peu important qu'ils n'aient pas encore obtenu la décision de réintégration⁸⁹⁴.

Les salariés détachés dans des filiales ou succursales à l'étranger, liés à l'entreprise française, notamment par un contrat de détachement déterminant leurs conditions d'emploi

⁸⁸⁸ Soc., 25 janv. 1995, n° 94-60.048.

⁸⁸⁹ Soc., 24 juin 1998, n° 97-60.077, Bull. civ. V, n° 341.

⁸⁹⁰ Soc., 7 juill. 1977, n° 77-60.497.

⁸⁹¹ Art. L. 2314-16 et L. 2324-15 C. trav.

⁸⁹² Soc., 17 mai 1994, n° 93-60.329.

⁸⁹³ Soc., 10 mai 1978, n° 78-60.049, Bull. civ. V, n° 347.

⁸⁹⁴ Soc., 12 déc. 1990, n° 88-60.724, Bull. civ. V, n° 663.

dans ses filiales ou succursales étrangères, sont électeurs dans l'entreprise française⁸⁹⁵. En revanche, les salariés recrutés à l'étranger pour y exercer définitivement leur activité sont exclus de l'électorat⁸⁹⁶.

Les salariés déplacés à titre provisoire et non mutés à titre définitif par leur employeur d'un établissement à un autre, restent électeurs dans celui où ils travaillent habituellement, peu importe qu'ils le soient également dans l'établissement où ils sont affectés momentanément⁸⁹⁷. Cependant, si les salariés travaillent effectivement et continuellement dans un autre établissement où ils ont été affectés, ils ne peuvent dans ce cas continuer à voter dans l'établissement dont ils sont détachés⁸⁹⁸. Le salarié transféré dans un autre établissement après avoir voté dans l'établissement duquel il a été détaché peut également voter dans l'établissement où il est affecté⁸⁹⁹. Les salariés exerçant leurs fonctions sur plusieurs établissements doivent être inscrits sur les listes électorales de l'établissement où ils exercent principalement leur activité⁹⁰⁰. Les salariés appartenant à un établissement de l'entreprise ne peuvent être électeurs dans un autre établissement⁹⁰¹.

La question s'est posée du sort des salariés titulaires de contrats de travail particuliers, ces derniers doivent-ils être inscrits sur les listes électorales ? Cette question est d'autant plus délicate que l'article L. 1111-3 du Code du travail les exclut du calcul des effectifs de l'entreprise. Ainsi, les apprentis, les titulaires d'un contrat initiative-emploi, pendant la durée d'attribution de l'aide financière mentionnée à l'article L. 5134-72, les titulaires d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi, pendant la durée d'attribution de l'aide financière mentionnée à l'article L. 5134-36 et les titulaires d'un contrat de professionnalisation jusqu'au terme prévu par le contrat lorsque celui-ci est à durée déterminée ou jusqu'à la fin de l'action de professionnalisation lorsque le contrat est à durée indéterminée, ne doivent pas être comptabilisés dans l'effectif de l'entreprise. Mais l'exclusion de l'effectif vaut-elle exclusion de l'électorat ? La logique voudrait que l'exclusion de l'un emporte l'exclusion de l'autre, mais ce n'est pas la solution qu'a retenue le Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel, saisi par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionalité relative à la conformité de l'article L. 1111-3 du Code du travail aux droits et libertés que la Constitution

⁸⁹⁵ Soc., 29 janv. 1992, n° 90-60.526, Bull. civ. V, n° 53.

⁸⁹⁶ Soc., 5 déc. 2000, n° 99-60.318.

⁸⁹⁷ Soc., 26 janv. 1977, n° 76-60.175, Bull. civ. V, N° 66.

⁸⁹⁸ Soc., 25 mai 1977, n° 76-60.269, Bull. civ. V, n° 347.

⁸⁹⁹ Soc., 1^{er} déc. 2010, n° 10-60.192.

⁹⁰⁰ Soc., 4 déc. 1991, n° 90-60.558 ; soc., 8 déc. 2010, n° 10-60.126.

⁹⁰¹ Soc., 27 oct. 2004, n° 03-60.443.

garantit, a déclaré, dans sa décision du 29 avril 2011, cette disposition conforme à la Constitution. Il a souligné que cette disposition ne porte atteinte ni au principe d'égalité devant la loi, ni au principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises, ni même au principe de la liberté syndicale. Il a également précisé que « l'article L. 1111-3 du Code du travail n'a pas de conséquences sur les droits et obligations des particuliers en cause ; qu'il ne leur interdit pas, en particulier, d'être électeurs ou éligibles au sein des instances représentatives du personnel de l'entreprise dans laquelle ils travaillent »⁹⁰². Etonnamment, le Conseil constitutionnel n'englobe pas avec l'exclusion de l'effectif l'exclusion de l'électorat. La Cour de cassation avait antérieurement adopté une position identique puisque dans un arrêt du 8 avril 1992, elle avait jugé que si les bénéficiaires d'un contrat emploi-solidarité n'entraient pas dans le calcul des effectifs pour l'appréciation des seuils, ils étaient en leur qualité de salarié et en l'absence de dispositions légales contraires, électeurs s'ils remplissaient par ailleurs les conditions d'électorat prévues par le Code du travail⁹⁰³. L'exclusion de l'effectif des salariés titulaires de tels contrats, peut avoir pour conséquence d'exonérer l'employeur de son obligation d'organiser des élections en raison du non franchissement des seuils, seuils qui auraient pu être atteints en comptabilisant ces salariés.

La question du droit de vote des salariés intermittents ou vacataires s'est également posée. La Cour de cassation, appliquant les articles L. 2314-15 et L. 2324-14 du Code du travail selon lesquels sont électeurs les salariés des deux sexes âgés de seize ans accomplis travaillant depuis trois mois au moins dans l'entreprise, a d'abord jugé que les salariés intermittents ou vacataires ne travaillant dans l'entreprise que de manière ponctuelle ont la qualité d'électeurs s'ils ont travaillé au moins à deux reprises dans les trois mois précédant l'élection⁹⁰⁴. Elle exige dorénavant que les salariés intermittents ou vacataires aient travaillé dans l'entreprise de manière habituelle au cours des trois derniers mois et soient intégrés de manière étroite et permanente à la communauté de travail pour être électeurs⁹⁰⁵.

Les salariés dispensés d'activité au sein de l'entreprise restent électeurs lorsqu'ils continuent à percevoir de celle-ci une garantie de ressources⁹⁰⁶. Ainsi, un salarié dispensé

⁹⁰² Cons. const., 29 avr. 2011, n° 2011-122 QPC.

⁹⁰³ Soc., 8 avr. 1992, n° 91-60.264.

⁹⁰⁴ Soc., 20 oct. 1999, n° 98-60.380, Bull. civ. V, n° 389 ; D. 1999. IR 253.

⁹⁰⁵ Soc., 24 sept. 2008, n° 07-60.310, Bull. civ. V, n° 180.

⁹⁰⁶ Soc., 24 mars 1993, n° 91-60.254.

d'activité jusqu'à l'âge de sa retraite, à qui l'entreprise verse une garantie de ressources reste électeur dans cette entreprise.

Le personnel licencié ou démissionnaire continue à faire partie de l'effectif et donc d'être électeur pendant la durée du préavis, peu importe qu'il soit effectué ou pas⁹⁰⁷.

Qu'en est-il lorsque le contrat de travail est suspendu ? Le salarié faisant l'objet d'une suspension de son contrat de travail reste-t-il électeur dans l'entreprise ? La suspension du contrat de travail n'emportant pas rupture du contrat de travail, le salarié reste électeur. Ainsi, le salarié mis à pied pour faute grave doit être maintenu sur la liste électorale⁹⁰⁸. Le salarié en congé parental d'éducation se trouvant dans une période de suspension du contrat de travail est électeur⁹⁰⁹. Le versement d'une rémunération pendant la période de suspension n'importe pas. Le salarié bénéficiant d'un stage de congé-formation faisant toujours partie du personnel reste électeur dans l'entreprise⁹¹⁰. Le contrat de travail des personnes en chômage technique étant seulement suspendu, ces derniers continuent à être électeurs dans l'entreprise où ils travaillaient antérieurement⁹¹¹.

La chambre sociale se repose sur la qualité de salarié pour justifier l'inclusion dans l'effectif ; ne devrait-elle pas faire de même pour les salariés titulaires de contrats aidés actuellement exclus de l'effectif mais pourtant électeurs ?

L'exigence d'un contrat de travail avec l'entreprise n'est plus nécessaire lorsqu'il s'agit de salariés mis à disposition d'une entreprise par un sous-traitant ou un prestataire de service. En effet, les salariés mis à disposition ou détachés peuvent être électeurs dans l'entreprise utilisatrice avec qui ils n'ont pas conclu de contrat de travail, sous certaines conditions. L'article L. 2314-18-1 du Code du travail permet aux salariés mis à disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure, présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillant depuis au moins un an⁹¹², soit douze mois continus, d'être électeurs de l'entreprise utilisatrice. Ces salariés conservent un lien de subordination avec l'entreprise d'origine et donc y restent salariés électeurs. Ils bénéficient donc de la possibilité de voter dans les deux entreprises, mais doivent, cependant, choisir s'ils s'exercent leur droit de vote

⁹⁰⁷ Soc., 13 mai 1985, n° 84-60.731.

⁹⁰⁸ Soc., 20 mars 1974, n° 74-60.003, Bull. civ. V, n° 197.

⁹⁰⁹ Soc., 8 avr. 1992, n° 90-60.531.

⁹¹⁰ Soc., 14 janv. 1982, n° 81-60.850, Bull. civ. V, n° 21.

⁹¹¹ Soc., 17 déc. 1984, n° 84-60.909, Bull. civ. V, n° 494.

⁹¹² Art. L. 1111-2 C. trav.

dans l'entreprise qui les emploie ou l'entreprise utilisatrice⁹¹³. Cette option de vote a été mise en place par la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail⁹¹⁴. Antérieurement, les salariés mis à disposition pouvaient doublement voter dans l'entreprise utilisatrice et dans l'entreprise prêteuse à la condition de remplir les conditions d'électorat. Depuis la loi du 20 août 2008, le salarié mis à disposition par une entreprise extérieure peut voter dans l'entreprise utilisatrice, s'il remplit les conditions pour être inclus dans les effectifs, qu'il est présent dans l'entreprise utilisatrice depuis douze mois continus et qu'il a choisi d'exercer son droit de vote dans cette entreprise. Cette loi précise que pour être électeur, le salarié mis à disposition doit être présent dans l'entreprise douze mois de manière continue, alors que pour être inclus dans les effectifs, elle exige simplement qu'il soit présent dans les locaux de l'entreprise et y travaille depuis au moins un an⁹¹⁵.

Les salariés intérimaires sont à distinguer des salariés mis à disposition puisqu'ils sont affectés à une entreprise utilisatrice par l'intermédiaire d'une entreprise de travail temporaire, dont l'activité exclusive est de mettre à la disposition temporaire d'entreprises utilisatrices des salariés, qu'en fonction d'une qualification elle recrute et rémunère à cet effet⁹¹⁶. Si les salariés mis à disposition peuvent sous réserve du respect de certaines conditions, être inclus dans l'électorat de l'entreprise utilisatrice, la jurisprudence en exclut les salariés intérimaires. En effet, la chambre sociale dans un arrêt du 2 mai 1978 a jugé que si les salariés mis, par une entreprise de travail temporaire, à la disposition d'une entreprise utilisatrice, y travaillent dans les mêmes conditions que ses propres salariés, ils n'en font cependant pas partie dans la mesure où ils ne devraient légalement y accomplir que des missions d'une durée minimale et limitée, sauf circonstances particulières. Elle a rajouté que ces salariés peuvent élire des représentants dans l'entreprise de travail temporaire à laquelle ils appartiennent, mais que leur ancienneté dans l'entreprise de travail temporaire étant appréciée afin de déterminer leur droit d'être électeur en totalisant les périodes pendant lesquelles ils ont été liés à elle par des contrats de travail temporaire, exclut que ces périodes puissent leur ouvrir en même temps des droits à cet égard dans l'entreprise utilisatrice⁹¹⁷. La chambre sociale a maintenu sa position dans un arrêt du 28 février 2007 dans lequel elle s'est appuyée sur le même argument. Elle a souligné que si les salariés d'entreprises de travail temporaire sont, en application de l'article

⁹¹³ Art. L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1 C. trav.

⁹¹⁴ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

⁹¹⁵ Art. L. 1111-2 C. trav.

⁹¹⁶ Art. L. 1251-2 C. trav.

⁹¹⁷ Soc., 2 mai 1978, n° 78-60.022.

L. 620-10 du Code du travail⁹¹⁸, pris en compte dans le calcul des effectifs, les dispositions des articles L. 423-9, L. 423-10, L. 433-6 et L. 433-7⁹¹⁹ qui régissent leur participation aux élections au sein de l'entreprise de travail temporaire, excluent qu'ils aient la qualité d'électeur dans l'entreprise utilisatrice. La chambre sociale a précisé que le Code du travail ne prévoit pas l'existence d'un droit électoral des salariés intérimaires dans l'entreprise utilisatrice mais qu'il peut être déduit des dispositions des articles L. 2314-17, L. 2314-18, L. 2324-16 et L. 2324-18 du Code du travail, selon lesquelles les conditions d'ancienneté de trois mois pour être électeur dans les entreprises de travail temporaire sont appréciées en totalisant les périodes pendant lesquelles ces salariés ont été liés à ces entreprises par des contrats de mission au cours des douze derniers mois précédant l'élection, que ces salariés sont exclus de l'électorat. Les salariés intérimaires concluent des contrats de mission avec les entreprises de travail temporaire pour travailler dans une entreprise utilisatrice ; ces périodes de mission ne peuvent être pris en compte que pour déterminer l'ancienneté dans l'entreprise de travail temporaire, mais ne peuvent être pris en compte pour déterminer celle de l'entreprise utilisatrice. Ainsi, une même période de travail ne peut être prise en compte pour déterminer l'ancienneté dans les deux entreprises. Cette solution paraît logique, mais n'entrave-t-elle pas le droit des salariés intérimaires à une réelle représentation ? Les salariés intérimaires, quand bien même ils disposent de représentants du personnel dans l'entreprise de travail temporaire, peuvent perdre le contact avec ces représentants qui ne peuvent leur être d'aucun secours dans l'entreprise utilisatrice. C'est le raisonnement qu'avait adopté le tribunal d'instance de Cherbourg dans un jugement rendu le 21 novembre 1977, par lequel il avait ordonné l'inscription sur les listes électorales de l'entreprise utilisatrice des travailleurs temporaires. Ce jugement a ensuite été cassé par la chambre sociale de la Cour de cassation⁹²⁰. Les salariés intérimaires sont, en revanche, électeurs au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail de l'entreprise de travail temporaire et au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail de l'entreprise utilisatrice, s'ils satisfont aux conditions d'ancienneté et d'intégration dans la communauté de travail et à la condition qu'il n'y ait pas de double vote. La chambre sociale s'est appuyée sur les missions du CHSCT pour permettre aux salariés intérimaires d'être électeurs dans les deux entreprises, cette institution ayant pour mission de contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la

⁹¹⁸ Désormais article L. 1111-2 du Code du travail.

⁹¹⁹ Désormais article L. 2314-17, L. 2314-18, L. 2324-16 et L. 2324-17 du Code du travail.

⁹²⁰ Soc., 2 mai 1978, n° 78-60.022.

sécurité des travailleurs, de contribuer à l'amélioration des conditions de travail de ces salariés et de veiller à l'observation des prescriptions légales prises en ces matières⁹²¹.

β) Une ancienneté suffisante dans l'entreprise

Pour prétendre à la qualité d'électeur, les salariés doivent avoir travaillé trois mois au moins dans l'entreprise⁹²². Mais des accords collectifs ou des accords d'entreprise peuvent prévoir des dérogations aux conditions légales d'électorat des représentants du personnel dans un sens plus favorable aux salariés et à l'exercice de la mission de leurs élus⁹²³. Ainsi, la convention collective applicable à l'entreprise ou le protocole préélectoral peut prévoir des conditions d'ancienneté moins importante. Ces clauses dérogatoires sont soumises au régime de l'accord collectif et non à celui du protocole préélectoral. L'inspecteur du travail peut également, après avoir consulté les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, autoriser des dérogations aux conditions d'ancienneté pour être électeur, notamment lorsque leur application aurait pour effet de réduire à moins de deux tiers de l'effectif le nombre de salariés remplissant ces conditions⁹²⁴. L'inspecteur du travail peut se saisir d'office ou être saisi par l'employeur ou une organisation syndicale représentative. La décision de l'inspecteur du travail, fixant des conditions d'ancienneté inférieures à trois mois pour l'ensemble du personnel, s'impose au juge d'instance⁹²⁵.

Les conditions d'électorat, dont la condition d'ancienneté, doivent être remplies à la date de l'élection⁹²⁶. Mais si un protocole préélectoral peut, par des dispositions plus favorables, déroger aux conditions d'ancienneté, il ne peut modifier la date d'appréciation de ces critères ; les conditions d'ancienneté pour qu'un salarié soit électeur s'apprécient uniquement au jour du premier tour de scrutin. Le protocole préélectoral ne peut donc prévoir que la condition d'ancienneté doit s'apprécier au jour où sont arrêtées les listes électorales⁹²⁷.

La suspension du contrat de travail ne fait pas perdre au salarié l'ancienneté acquise auparavant⁹²⁸. En principe, la suspension du contrat de travail ne fait que suspendre

⁹²¹ Soc., 22 sept. 2010, n° 09-60.454 et n° 09-60.460, Bull. civ. V, n° 196.

⁹²² Art. L. 2314-15 et L. 2324-14 C. trav.

⁹²³ Soc., 20 janv. 1977, n° 76-60.217, Bull. civ. V, n° 44.

⁹²⁴ Soc., 20 janv. 1977, n° 76-60.217, Bull. civ. V, n° 44.

⁹²⁵ Soc., 16 avr. 1986, n° 85-60.579, Bull. civ. V, n° 138.

⁹²⁶ Soc., 6 juill. 1983, n° 82-60.613, Bull. civ. V, n° 399.

⁹²⁷ Soc., 26 sept. 2012, n° 11-25.420.

⁹²⁸ Soc., 30 avr. 1987, n° 86-60.347.

l'ancienneté du salarié. Par conséquent, la période de suspension doit être déduite du calcul de l'ancienneté, mais certaines périodes de suspension du contrat sont comptabilisées pour l'ancienneté lorsque la loi les assimile à une période de travail effectif. Ainsi, en vertu de l'article L. 6322-13 du Code du travail, la durée du congé individuel de formation est assimilée à une période de travail à l'égard des droits que le salarié tient de son ancienneté dans l'entreprise. La durée des périodes de suspension en cas d'accident du travail, de maladie professionnelle, de stage de réadaptation, de rééducation ou de formation professionnelle que doit suivre le salarié, conformément à l'avis de la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées mentionnée à l'article L. 146-9 du Code de l'action sociale et des familles, ou encore les périodes au cours desquelles le salarié suit les actions mentionnées à l'article L. 323-3-1 du Code de la sécurité sociale en application du quatrième alinéa de l'article L. 433-1 du même code, sont prises en compte pour la détermination de tous les avantages légaux ou conventionnels liés à l'ancienneté dans l'entreprise⁹²⁹. La durée du congé d'adoption, du congé parental d'éducation et du congé de solidarité familiale sont également assimilées à une période de travail effectif pour la détermination des droits que le salarié tient de son ancienneté⁹³⁰. Les périodes non travaillées des salariés intermittents sont aussi pris en compte en totalité pour la détermination des droits liés à l'ancienneté⁹³¹.

Les contrats successifs ou par intermittence, entrent dans le calcul de l'ancienneté, le Code du travail ne précisant pas si la période de trois mois doit être continue. Ainsi, un salarié remplit les conditions de salariat et d'ancienneté nécessaire pour être inscrit sur les listes électorales, s'il est employé depuis plusieurs années en qualité de vacataire⁹³². Dans le même sens, la chambre sociale a jugé qu'une salariée engagée suivant un contrat à durée déterminée du 1^{er} avril au 31 juillet 1993, puis réembauchée, à compter du 2 septembre 1993 par un contrat de même nature à temps partiel, était électrice aux élections des délégués du personnel fixées au 9 novembre 1993, la loi n'exigeant pas que l'ancienneté dans l'entreprise soit acquise au cours d'un contrat unique⁹³³. La chambre sociale a apporté plus de précisions sur les conditions d'électorat des salariés intermittents ou vacataires dans un arrêt du 24 septembre 2008, dans lequel elle a affirmé que « sont électeurs les salariés ayant travaillé trois mois au moins dans l'entreprise ; que remplissent cette condition les salariés intermittents ou

⁹²⁹ Art. L. 1226-7 C. trav.

⁹³⁰ Art. L. 1225-42, L. 1225-54 et L. 3142-12 C. trav.

⁹³¹ Art. L. 3123-36 C. trav.

⁹³² Soc., 7 juill. 1977, n° 77-60.497.

⁹³³ Soc., 2 nov. 1994, n° 93-60.472.

vacataires qui, ayant travaillé dans l'entreprise de manière habituelle au cours des trois derniers mois, sont intégrés de manière étroite et permanente à la communauté de travail »⁹³⁴.

Le salarié conserve également l'ancienneté acquise au service de son précédent employeur en cas de transfert de son contrat de travail en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail⁹³⁵. Dans l'hypothèse où l'entreprise comporte plusieurs établissements entre lesquels le salarié peut être muté, il n'existe aucune disposition restreignant l'ancienneté à la présence du salarié dans le dernier établissement sur les listes duquel il demande son inscription⁹³⁶. Pareillement, l'ancienneté acquise par les salariés auprès de filiales du groupe doit être prise en compte⁹³⁷.

b) Des conditions tenant à la personne du salarié

Le salarié ne peut être électeur que s'il remplit la condition d'âge (α), de capacité électorale (β) et de non assimilation au chef d'entreprise (μ).

α) Un âge déterminé

Le salarié doit avoir seize ans révolus pour pouvoir voter aux élections professionnelles. Le législateur a fixé la condition d'âge à seize ans afin d'être cohérent avec la condition d'âge minimum pour signer un contrat de travail à l'exception des apprentis. Cette condition d'âge n'est qu'un rappel puisque pour être salarié il faut déjà être âgé de seize ans au moins.

β) Une capacité électorale exigée

Les salariés doivent disposer de leur capacité électorale pour être électeurs. Les articles L. 2314-15 et L. 2324-14 du Code du travail exigeant que les salariés ne fassent l'objet d'aucune interdiction, déchéance ou incapacité relative à leurs droits civiques » n'apporte pas plus de précisions. La jurisprudence applique donc les articles L. 5 et L. 6 du

⁹³⁴ Soc., 24 sept. 2008, n° 07-60.310, Bull. civ. V, n° 180.

⁹³⁵ Soc., 20 déc. 1988, n° 87-60.276, Bull. civ. V, n° 673.

⁹³⁶ Soc., 6 janv. 1977, n° 76-60.216, Bull. civ. V, n° 5.

⁹³⁷ Soc., 8 juill. 1997, n° 96-60.295, BuLL ; civ. V, n° 253.

Code électoral. Ainsi, le salarié, majeur sous tutelle, dont le juge des tutelles a supprimé le droit de vote ne peut être inscrit sur la liste électorale⁹³⁸. Il en est de même, pendant le délai fixé par le jugement, pour le salarié auquel un tribunal a interdit le droit de vote et d'élection, par application des lois qui autorisent cette interdiction⁹³⁹. La satisfaction de cette condition est difficile à établir puisque les salariés sont présumés jouir de leurs droits civiques sauf preuve contraire et que l'employeur ne peut exiger la production d'un extrait de casier judiciaire⁹⁴⁰. L'employeur ne peut également vérifier la capacité électorale des salariés en leur demandant leur carte d'électeur politique⁹⁴¹.

μ) Une assimilation au chef d'entreprise exclusive de l'électorat

La chambre sociale a d'abord exclu de l'effectif et de l'électorat, les salariés dont la fonction était de représenter l'employeur dans ses relations avec les élus du personnel⁹⁴². Elle a ensuite, par plusieurs arrêts, élargi les hypothèses d'assimilation au chef d'entreprise excluant de l'électorat. Ainsi, les salariés qui, en raison des pouvoirs qu'ils détiennent, peuvent être assimilés au chef d'entreprise sont exclus du droit d'être électeur. Ainsi, les directeurs d'entreprise, ou chef d'entreprise, ne peuvent se voir octroyer le droit de voter aux élections professionnelles⁹⁴³. De plus, les cadres qui détiennent sur un service, un département ou un établissement de l'entreprise, une délégation particulière d'autorité établie par écrit, permettant de les assimiler à un chef d'entreprise, sont exclus de l'électorat pour la durée d'exercice de cette délégation particulière. Ils ne sont exclus de l'électorat que s'ils disposent d'une telle délégation au premier tour de scrutin. Ainsi, le salarié qui, par délégation de pouvoir, avait représenté l'employeur auprès du personnel jusqu'à une date antérieure aux élections est électeur à ces élections⁹⁴⁴. Mais la limitation momentanée de certaines prérogatives du salarié bénéficiant d'une délégation d'autorité notifiée la veille du dépôt de la candidature, n'a pas pour conséquence de le placer immédiatement dans la situation d'un salarié pouvant représenter le personnel auprès de la direction⁹⁴⁵. De même, les cadres qui disposent d'une délégation particulière d'autorité établie par écrit permettant de les assimiler

⁹³⁸ Art. L. 5 C. élect.

⁹³⁹ Art. L. 6 C. élect.

⁹⁴⁰ Soc., 25 oct. 1978, n° 78-60.693.

⁹⁴¹ Soc., 15 juin 1995, n° 94-60.461, Bull. civ. V, n° 196.

⁹⁴² Soc., 10 oct. 1984, n° 84-60.090, Bull. civ. V, n° 860.

⁹⁴³ Soc., 1^{er} avr. 1997, n° 96-60.019.

⁹⁴⁴ Soc., 5 mars 1986, n° 85-60.407.

⁹⁴⁵ Soc., 30 janv. 2008, n° 07-60.093.

au chef d'entreprise, mais dont les pouvoirs ne sont pas effectifs dans la mesure notamment où ils ne sont pas investis du pouvoir d'embaucher, de sanctionner, ni de licencier peuvent être électeurs⁹⁴⁶, tout comme les salariés qui dans l'exercice de leurs attributions ne font pas usage d'un pouvoir de décision conféré par la direction de l'entreprise et donc ne disposent pas des prérogatives de l'employeur⁹⁴⁷. A contrario, ceux qui prennent des décisions en matière d'embauche, de licenciement et de discipline doivent être exclus de l'électorat⁹⁴⁸. Le salarié qui, au nom du chef d'entreprise, négocie le protocole préélectoral, ou encore le salarié président du comité d'établissement détenant des pouvoirs lui permettant d'être assimilé au chef d'entreprise⁹⁴⁹, et le salarié représentant effectivement l'employeur devant les institutions représentatives du personnel⁹⁵⁰, ne peuvent se prévaloir du droit de vote. Ils doivent, cependant, être comptabilisés dans les effectifs de l'entreprise ou de l'établissement⁹⁵¹. Ces règles peuvent porter à confusion, tantôt les salariés sont électeurs mais exclus du calcul de l'effectif de l'entreprise, tantôt inclus dans l'effectif mais exclus de l'électorat. L'exclusion de l'électorat des salariés assimilés au chef d'entreprise est tout à fait justifiée en vertu de l'obligation de neutralité qui repose sur l'employeur et ses représentants. A noter surtout que cette exclusion de l'électorat n'a aucune influence sur le franchissement des seuils puisqu'ils sont comptabilisés dans l'effectif.

2) La détermination de la liste électorale

Face aux carences législatives, la Cour de cassation s'est chargée de fixer les conditions d'établissement de la liste électorale **(a)** et son contrôle **(b)**.

a) Une liste électorale conditionnée par la Cour de cassation

Ni le Code du travail, ni le Code électoral ne fixent les conditions d'établissement de la liste électorale. La Cour de cassation s'est donc chargée de déterminer ses conditions de validité. Même si aucun texte ne le prévoit, la charge de l'établissement de la liste électorale incombe logiquement à l'employeur puisque celui-ci est tenu de l'organisation des élections

⁹⁴⁶ Soc., 6 févr. 2002, n° 00-60.488.

⁹⁴⁷ Soc., 20 déc. 1988, n° 88-60.337.

⁹⁴⁸ Soc., 6 oct. 1999, n° 98-60.375.

⁹⁴⁹ Soc., 1^{er} avr. 1997, n° 96-60.019.

⁹⁵⁰ Soc., 12 juill. 2006, n° 05-60.300, Bull. civ. V, n° 260.

⁹⁵¹ Soc., 26 sept. 2002, n° 01-60.670.

et qu'il est, en principe, le seul à posséder tous les renseignements nécessaires pour apprécier les conditions d'électorat et d'éligibilité afin de constituer la liste électorale. L'employeur doit accomplir cette mission avec une grande attention, les conséquences d'une omission pouvant être préjudiciable pour les salariés dont le nom ne figure pas sur la liste électorale. En effet, lorsqu'elle n'a pas été contestée dans le délai légal, une non-inscription sur la liste électorale prive le salarié concerné de la qualité d'électeur et donc du droit de voter. Condition également d'éligibilité, la non-inscription sur la liste électorale peut avoir pour conséquence de rendre irrégulière l'élection d'un représentant du personnel et ainsi de le priver du statut protecteur⁹⁵².

La contestation portant sur l'électorat n'étant recevable que si la déclaration est faite dans les trois jours suivant la publication de la liste électorale, l'employeur a l'obligation d'assurer cette publication⁹⁵³. Le protocole préélectoral peut prévoir les modalités de publicité. Il peut, par exemple, prévoir que les listes électorales seront simplement tenues à la disposition des électeurs⁹⁵⁴. Mais l'affichage des listes est le moyen de limiter les risques de contentieux, cette modalité de publicité assurant la bonne information des salariés. Il est d'ailleurs le moyen le plus utilisé. A défaut d'accord entre le chef d'entreprise et toutes les organisations syndicales intéressées, le juge d'instance peut fixer les modalités de publicité des listes électorales. Il peut ainsi décider, afin d'assurer la publicité des listes électorales, que ces dernières seront affichées sur tous les panneaux de la direction, répartis géographiquement dans l'établissement⁹⁵⁵. Les conventions collectives peuvent également prévoir les modalités de communication des listes électorales. L'organisation des élections des institutions représentatives du personnel, à laquelle doit participer toute organisation syndicale représentative sur le plan national ou dans l'entreprise, comprend l'établissement de la liste des électeurs ; dès lors l'employeur est tenu de communiquer copie des listes électorales lorsqu'un syndicat représentatif lui en fait la demande⁹⁵⁶. Cependant, la non-communication de la liste électorale aux organisations syndicales représentatives ne justifie pas l'annulation des élections lorsque la liste électorale a bien été affichée et que le syndicat ne conteste l'éligibilité d'aucun élu⁹⁵⁷.

⁹⁵² Soc., 3 févr. 1986, n° 85-60.462, Bull. civ. V, n° 2.

⁹⁵³ Art. R. 2314-28 et R. 2324-24 C. trav.

⁹⁵⁴ Soc., 23 mars 1983, n° 82-60.341, Bull. civ. V, n° 188.

⁹⁵⁵ Soc., 7 nov. 1990, n° 89-61.544.

⁹⁵⁶ Soc., 17 janv. 2001, n° 99-60.471.

⁹⁵⁷ Soc., 4 juin 2003, n° 02-60.034.

L'employeur doit établir la liste électorale par collège en respectant les dispositions du protocole préélectoral ou, à défaut, la décision rendue par l'Autorité administrative. Elle doit énumérer les salariés remplissant les conditions pour être électeur⁹⁵⁸. Les informations figurant sur les listes électorales permettent la vérification de sa régularité. Le Code du travail étant silencieux sur ce point, la Cour de cassation a transposé aux élections professionnelles une partie de l'article L. 18 du Code électoral et a complété les règles de contenu de la liste électorale. Ainsi, la liste électorale doit mentionner les nom et prénoms de tous les électeurs⁹⁵⁹ ainsi que leur âge, ou leur date et lieu de naissance, leur appartenance à l'entreprise et leur ancienneté dans celle-ci puisque ces informations déterminent la qualité d'électeur et permettent le contrôle de la régularité des listes électorales. En revanche, l'indication de l'adresse du domicile des salariés n'a pas à figurer sur la liste électorale⁹⁶⁰. La règle de communication du domicile des électeurs prévu par l'article L. 18 du Code électoral ne s'impose pas aux élections professionnelles mais elle n'est pas interdite. Cette communication facilite la propagande électorale. Une exception existe cependant pour les travailleurs à domicile. L'identification des inscrits et la vérification des conditions légales d'électorat et d'éligibilité étant indispensable, conformément au droit commun électoral, elles ne sont possibles pour les travailleurs à domicile que par la connaissance de leurs adresses personnelles. Lorsque le domicile des travailleurs a un double caractère privé et professionnel, leurs adresses ne sont communiquées qu'aux seuls délégués syndicaux⁹⁶¹. Les organisations syndicales, dans le cadre de la vérification de la régularité des inscriptions sur les listes électorales et de la répartition des salariés dans les collèges, peuvent demander communication des coefficients hiérarchiques de ces salariés à l'employeur, mais le tribunal d'instance ne peut ordonner l'affichage de ces informations de nature personnelle⁹⁶².

La liste électorale doit être établie après la négociation préélectorale qui détermine la répartition des sièges et des électeurs entre les collèges. Aucune disposition légale ne fixe le délai pour l'établissement des listes électorales. Une règle découle cependant des articles R. 2314-28 et R. 2324-24 du Code du travail. Ces articles prévoient que la contestation portant sur l'électorat n'est recevable que si elle est faite dans les trois jours suivant la publication de la liste électorale, ainsi les listes électorales doivent être publiées au moins quatre jours avant

⁹⁵⁸ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 672.

⁹⁵⁹ Art. L. 18 C. élect.

⁹⁶⁰ Soc., 20 mars 2002, n° 00-60.315, Bull. civ. V, n° 95 ; D. 2002. IR 1403.

⁹⁶¹ Soc., 8 mars 1979, n° 78-60.729.

⁹⁶² Soc., 20 juin 2012, n° 11-19.643.

le premier tour de scrutin afin de permettre une éventuelle contestation. Les conventions collectives et le protocole préélectoral peuvent prévoir un délai plus important, sous réserve que les parties intéressées disposent, à la date de publication effective de la liste électorale, du délai nécessaire à l'exercice du recours prévu par la loi en cas de contestation de la liste électorale⁹⁶³.

La liste électorale peut, dans certaines conditions, être modifiée avant le premier tour des élections. En effet, l'employeur est tenu d'actualiser la liste, lorsque l'effectif se modifie après sa publication. Dans ce cas, la publication de la liste modifiée doit intervenir au plus tard le quatrième jour avant la date du premier tour⁹⁶⁴. Cela peut arriver lorsque la convention collective applicable à l'entreprise ou le protocole préélectoral prévoit un délai plus important, multipliant les chances de modifications dans l'effectif. Si l'employeur ne procède pas aux modifications de la liste électorale, il reste tenu par les mentions qui figurent sur cette liste. Ainsi, l'employeur qui n'a pas rectifié la liste électorale ne peut pas priver les salariés mutés dans un autre établissement de leur droit d'être électeurs et éligibles⁹⁶⁵. En revanche, la liste électorale ne peut être modifiée entre les deux tours de scrutin. En effet, les conditions d'électorat et d'éligibilité devant être remplies à la date de l'élection, la liste électorale est établie pour les deux tours et ne peut être modifiée après le premier tour. Le renouvellement de l'affichage en vue du second tour constitue un simple rappel et n'ouvre pas de droits nouveaux⁹⁶⁶. La liste électorale ne peut être modifiée entre les deux tours même si la situation de certains salariés a changé : acquisition de l'ancienneté requise ou départ de l'entreprise. Elle ne peut être modifiée même si le second tour des élections a été annulé et qu'il a été décidé qu'un nouveau second tour devrait être organisé dans les six mois du prononcé de cette décision⁹⁶⁷. L'employeur ne peut retirer, de la liste des électeurs et des candidats pour le second tour, un salarié qui était inscrit sur cette liste pour le premier tour. Une telle irrégularité justifie l'annulation des élections si elle a influencé les résultats⁹⁶⁸. La chambre sociale a estimé que le retrait de la liste électorale, par l'employeur, de salariés ayant quitté l'entreprise entre les deux tours, appréciant ainsi l'appartenance à l'entreprise à la date du second tour de scrutin, ne constitue pas une irrégularité ayant une incidence sur le résultat des

⁹⁶³ Soc., 24 sept. 2003, n° 02-60.715.

⁹⁶⁴ Soc., 20 mars 2002, n° 01-60.482, Bull. civ. V, n° 96.

⁹⁶⁵ Soc., 26 nov. 2003, n° 03-60.036.

⁹⁶⁶ Soc., 6 juill. 1983, n° 82-60.613 ; dans le même sens : soc., 19 juin 1987, n° 86-60.339, Bull. civ. V, n° 411.

⁹⁶⁷ Soc., 7 mars 1990, n° 89-60.283.

⁹⁶⁸ Soc., 26 avr. 2006, n° 05-60.285.

élections⁹⁶⁹. L'employeur ne peut également ajouter des électeurs sur la liste électorale entre les deux tours⁹⁷⁰.

b) Une liste électorale contrôlée

La liste électorale peut être contestée par tous les électeurs et les organisations syndicales représentatives qui conservent leur faculté d'agir en vue de remettre en cause les opérations électorales dont la régularité met en jeu l'intérêt collectif de la profession même si leur unique candidat a été élu⁹⁷¹.

Le tribunal d'instance est le seul compétent en matière de contestation portant sur l'électorat ou l'éligibilité. Les personnes souhaitant contester la régularité de la liste électorale ont seulement trois jours après la publication de la liste pour le faire⁹⁷². Les organisations syndicales peuvent également contester le refus de l'employeur de leur adresser les informations nécessaires au contrôle de la régularité de la liste électorale. En effet, afin d'effectuer ce contrôle, les syndicats représentatifs peuvent demander à l'employeur la communication d'un certain nombre d'information. Elles peuvent ainsi demander que leur soit adressée la liste électorale. C'est ce qu'a jugé la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 20 mars 2002 dans lequel elle a affirmé que « ni l'employeur ni les salariés ne peuvent s'opposer à ce que les organisations syndicales représentatives, parties nécessairement intéressées au déroulement des élections professionnelles, consultent ou se voient communiquer, lorsqu'elles en font la demande, la liste des électeurs et éligibles portant mention nécessaire au contrôle de sa régularité »⁹⁷³. Mais la non-communication de la liste électorale ne justifie pas l'annulation des élections lorsque la liste a bien été affichée et que le syndicat ne conteste l'éligibilité d'aucun élu⁹⁷⁴. Elles peuvent également demander la liste de tout le personnel de l'entreprise. 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 régularité⁹⁷⁵. Il ne peut se soustraire à cette obligation par une quelconque justification. Ainsi, il ne peut, s'agissant des salariés mis à disposition, arguer que les entreprises extérieures ne

⁹⁶⁹ Soc., 18 nov. 2008, n° 07-60.359.

⁹⁷⁰ Soc., 7 mars 1990, n° 89-60.283.

⁹⁷¹ Soc., 12 nov. 2003, n° 02-60.633.

⁹⁷² Art. R. 2314-28 et R. 2324-24 C. trav. ; soc., 20 mars 1990, n° 89-61.448.

⁹⁷³ Soc., 20 mars 2002, n° 00-60.315, Bull. civ. V, n° 95.

⁹⁷⁴ Soc., 4 juin 2003, n° 02-60.034, Bull. civ. V, n° 186.

⁹⁷⁵ Soc., 13 nov. 2008, n° 07-60.434, Bull. civ. V, n° 219.

lui ont pas communiqué la liste des salariés mis à disposition dans la mesure où s'il ne dispose pas des éléments nécessaires au contrôle des effectifs et de l'électorat, il peut en demander judiciairement la production par ces entreprises⁹⁷⁶.

B) La détermination délicate des candidats

Tout comme pour être électeur, le salarié doit répondre à une série de conditions posées par le Code du travail pour pouvoir se présenter aux élections dans son entreprise **(1)**. Lorsque ces conditions sont remplies, sa candidature ne peut être prise en compte que si elle est présentée en respectant certaines conditions **(2)**.

1) Une éligibilité conditionnée

Les salariés souhaitant se porter candidat à un mandat de représentant du personnel doivent satisfaire à une série de conditions posées aux articles L. 2314-16 et L. 2324-15 du Code du travail. Les conditions d'électorat et d'éligibilité aux élections professionnelles s'apprécient à la date du premier tour du scrutin⁹⁷⁷ sans qu'un protocole préélectoral puisse modifier cette date en privant les salariés des droits électoraux qu'ils tiennent de la loi⁹⁷⁸.

Les salariés ne sont éligibles que s'ils ont la qualité d'électeurs. Ils doivent donc être inscrits sur la liste électorale. Une non inscription sur la liste électorale prive le salarié concerné de la qualité d'électeur même si celui-ci remplit les conditions légales d'appartenance à l'entreprise⁹⁷⁹. Cependant, l'éligibilité d'un candidat déclaré élu, peut être contestée en raison de son inscription à tort sur la liste électorale, même si celle-ci n'a pas été critiquée⁹⁸⁰. Le défaut d'inscription sur la liste électorale, de l'établissement où se déroule l'élection d'un salarié muté après la constitution des listes électorales, prive ce salarié de la qualité d'électeur qui est l'une des conditions de l'éligibilité⁹⁸¹. Les salariés appartenant à un

⁹⁷⁶ Soc., 26 mai 2010, n° 09-60.400, Bull. civ. V, n° 114.

⁹⁷⁷ Soc., 30 oct. 2001, n° 00-60.341.

⁹⁷⁸ Soc., 1^{er} déc. 2010, n° 10-60.163 et n° 10-60.192, JCP S 2011, 1082, note L. Draï ; soc., 26 sept. 2012, n° 11-25.420, JCP S 2013, 1303, note J.-Y. Kerbouc'h.

⁹⁷⁹ Soc., 20 mars 1990, n° 89-61.448.

⁹⁸⁰ Soc., 5 mai 1983, n° 82-60.369.

⁹⁸¹ Soc., 6 févr. 2002, n° 00-60.481.

établissement de l'entreprise ne peuvent, pour l'élection des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise, être électeurs et éligibles dans un autre établissement⁹⁸².

L'éligibilité d'un salarié peut être contestée si celui-ci n'est plus sous contrat à la date du scrutin⁹⁸³. En effet, pour être éligible le salarié doit toujours faire partie de l'effectif de l'entreprise au jour du scrutin. Les conditions d'éligibilité doivent être remplies à la date du scrutin en cause, ainsi, une personne qui n'est plus, à cette date, salariée de l'entreprise, ne peut plus être éligible. Un salarié dont le contrat de travail le liant à l'entreprise a été rompu entre les deux tours ne peut plus être éligible⁹⁸⁴.

La convocation d'un salarié à un entretien préalable à son licenciement ne l'empêche pas de se porter candidat postérieurement et cela jusqu'au terme du contrat, le salarié étant toujours inclus dans l'effectif de l'entreprise⁹⁸⁵. Cependant, la désignation d'un salarié comme candidat aux élections professionnelles pendant la procédure de licenciement, ne peut faire échec à celle-ci et ne peut avoir d'effet que jusqu'au terme du contrat. Ainsi, le mandat du salarié prend fin à l'expiration de son contrat de travail suite à un licenciement⁹⁸⁶ puisque le statut protecteur ne lui est pas applicable. Le salarié, qui après le retrait de l'autorisation administrative de licenciement, demande sa réintégration dans le délai de deux mois qui suit la notification de la décision de l'Administration, est électeur et éligible et comme tel doit être inscrit sur les listes électorales puisque le contrat de travail se poursuit⁹⁸⁷. En revanche, l'inobservation des formalités préalables au licenciement d'un salarié non protégé ne prive pas d'efficacité la rupture du contrat de travail. Par conséquent, ce dernier ne peut se prévaloir de sa qualité de salarié toujours en fonction et donc ne peut être éligible⁹⁸⁸. Lorsque la réintégration d'un salarié dont le licenciement est nul a été ordonnée, le contrat de travail se poursuit et le salarié est électeur et éligible aux élections professionnelles⁹⁸⁹, peu important qu'il n'ait pas encore obtenu la réintégration dès lors qu'il l'avait sollicité dans le délai

⁹⁸² Soc., 27 oct. 2004, n° 03-60.443.

⁹⁸³ Soc., 20 janv. 1998, n° 96-60.446, Bull. civ. V, n° 24.

⁹⁸⁴ Soc., 7 oct. 1998, n° 97-60.292.

⁹⁸⁵ Soc., 13 juin 1989, n° 88-60.677, Bull. civ. V, n° 436.

⁹⁸⁶ Soc., 4 juin 1982, n° 81-60.965, Bull. civ. V, n° 375.

⁹⁸⁷ Soc., 30 avr. 2002, n° 01-60.765, Bull. civ. V, n° 139. En l'espèce, un délégué du personnel suppléant avait été licencié avec autorisation de l'inspecteur du travail. L'inspecteur du travail avait ensuite retiré sa décision précédente et formalisé une décision de refus d'autorisation contre laquelle l'employeur avait formé un recours. A l'occasion des nouvelles élections le salarié et le syndicat auquel il adhérait avait saisi le tribunal d'instance d'une demande d'inscription sur les listes des électeurs et éligibles. La Cour de cassation a fait droit à cette demande.

⁹⁸⁸ Soc., 24 janv. 1990, n° 89-60.019 et n° 89-60.020, Bull. civ. V, n° 27.

⁹⁸⁹ Soc., 21 nov. 2007, n° 07-60.102, JCP S 2008, 1014.

légal⁹⁹⁰. Le salarié titulaire d'un mandat représentatif qui a sollicité sa réintégration suite à un licenciement prononcé sans qu'aient été respectées les procédures légales et conventionnelles de protection des salariés titulaires d'un mandat représentatif est éligible, peu important qu'il ne l'ait pas encore obtenue⁹⁹¹. Le salarié licencié pour faute, ayant obtenu sa réintégration provisoire en référé est éligible aux élections professionnelles. Cependant, cette décision en référé étant dépourvue de l'autorité de la chose jugée, la décision du juge du fond validant le licenciement permet à l'employeur de mettre fin aux fonctions de représentant du personnel du salarié sans nouvelle procédure de licenciement⁹⁹².

La candidature présentée dans le seul but d'échapper à un licenciement peut être annulée pour fraude. L'employeur doit, dans ce cas, saisir le tribunal d'instance pour démontrer et faire constater que cette candidature est frauduleuse.

Le salarié qui se trouve empêché de travailler uniquement par un voie de fait de son employeur, remplit les conditions légales pour être inscrits sur la liste électorale et être éligible⁹⁹³. Il est également éligible lorsque l'absence d'activité du salarié est imputable au manquement de l'employeur, à son obligation de lui fournir du travail⁹⁹⁴.

La condition d'âge pour être éligible est de dix huit ans, âge de la majorité civile, alors qu'elle est d'au moins seize ans pour être électeur. Cette condition d'âge peut être réduite par accord collectif puisqu'il s'agit d'une disposition plus favorable que celle de la loi⁹⁹⁵.

Les salariés doivent, pour être éligibles, avoir acquis un an d'ancienneté. Cette ancienneté s'apprécie dans l'entreprise où doivent avoir lieu les élections. Ainsi, pour pouvoir être candidat dans l'un des établissements de l'entreprise, le salarié doit avoir une ancienneté d'un an dans l'entreprise et non dans l'établissement dans lequel il souhaite se porter candidat. En cas de mutation d'un salarié dans un autre établissement de l'entreprise, aucune disposition ne restreint l'ancienneté à la présence du salarié dans le dernier établissement⁹⁹⁶. Le protocole préélectoral d'un établissement ne peut réserver l'éligibilité aux salariés travaillant depuis au moins douze mois dans cet établissement ; l'ancienneté acquise par le salarié dans le cadre de tous les établissements d'une entreprise doit être pris en compte pour

⁹⁹⁰ Soc., 7 juill. 1983, n° 83-60.060, JCP CI 1983, I, 12084, p. 396, n° 4, obs. B. Teyssié ; soc., 13 juill. 1993, n° 92-60.034 et n° 92-60.035, Dr. trav. 1993, n° 8 et 9, p. 8, §397.

⁹⁹¹ Soc., 12 déc. 1990, n° 88-60.724.

⁹⁹² Soc., 1^{er} avr. 2008, n° 07-40.114.

⁹⁹³ Ch. Mixte., 25 oct. 1968, n° 66-60.054, Dr. soc., 1969, 177, obs. J. Savatier.

⁹⁹⁴ Soc., 15 nov. 1988, n° 88-60.091, Dr. soc. 1989, 146, obs. H. Marie.

⁹⁹⁵ Soc., 17 oct. 1973, n° 73-60.106 et n° 73-60.107.

⁹⁹⁶ Soc., 6 janv. 1977, n° 76-60.216, Bull. civ. V, n° 5.

le calcul de l'ancienneté requise pour être éligible dans l'un de ces établissements⁹⁹⁷. Lorsqu'il s'agit d'un groupe d'entreprise, la condition d'un an pour être éligible doit être appréciée en fonction de la durée d'appartenance au groupe. Ainsi, doit être pris en compte l'ancienneté acquise par les salariés auprès des filiales du groupe⁹⁹⁸. Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise⁹⁹⁹. Ainsi, l'ancienneté des salariés ne peut être affectée par la modification dans la situation juridique de l'employeur. Dès lors, doit être pris en compte l'ancienneté acquise par eux au service de leur précédent employeur pour déterminer leurs droits à se porter candidats aux institutions représentatives du personnel¹⁰⁰⁰.

Pour le calcul de l'ancienneté, il doit être pris en compte le temps de travail effectif du salarié dans l'entreprise. Les heures de délégation étant considérées de plein droit comme du temps de travail, elles doivent être prises en compte pour l'ancienneté¹⁰⁰¹. En revanche, la durée d'un stage dans l'entreprise ne doit pas être prise en compte dans le calcul¹⁰⁰².

Les conditions d'électorat et d'éligibilité s'apprécient à la date du premier tour. Ainsi, un salarié qui ne remplit pas la condition d'ancienneté au premier tour mais qui satisfait à cette condition pour le second tour, ne peut présenter sa candidature au second tour¹⁰⁰³. Un accord collectif peut prévoir une dérogation à cette règle à la condition que celle-ci soit plus favorable¹⁰⁰⁴. Un protocole préélectoral ne peut cependant imposer une ancienneté supérieure à un an notamment en exigeant qu'elle soit acquise au niveau de l'établissement où le salarié a été affecté depuis peu, alors que celui-ci travaille dans l'entreprise depuis plus d'un an¹⁰⁰⁵. Un protocole préélectoral ne peut également exclure de l'éligibilité aux fonctions de représentants du personnel des salariés qui remplissent les conditions légales¹⁰⁰⁶. L'inspecteur du travail peut également, après avoir consulté les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, autoriser des dérogations aux conditions d'ancienneté pour l'éligibilité

⁹⁹⁷ Soc., 30 janv. 2008, n° 07-60.121.

⁹⁹⁸ Soc., 8 juill. 1997, n° 96-60.295, Bull. civ. V, n° 253.

⁹⁹⁹ Art. L. 1224-1 C. trav.

¹⁰⁰⁰ Soc., 20 déc. 1998, n° 87-60.276, Bull. civ. V, n° 673.

¹⁰⁰¹ Soc., 20 nov., 1991, n° 90-60.397.

¹⁰⁰² Soc., 26 nov. 2003, n° 02-60.624 et n° 02-60.640.

¹⁰⁰³ Soc., 30 oct. 2001, n° 00-60.341.

¹⁰⁰⁴ Soc., 26 mai 1977, n° 76-60.264.

¹⁰⁰⁵ Soc., 30 janv. 2008, n° 07-60.121.

¹⁰⁰⁶ Soc., 20 mars 2013, n° 12-11.702, JCP S 2013, 1304, note Y. Pagnerre.

lorsque l'application de ces dispositions conduirait à une réduction du nombre des candidats, qui ne permettrait pas l'organisation normale des opérations électorales. Cette décision peut faire l'objet d'un recours devant le juge judiciaire¹⁰⁰⁷. Il ne peut être dérogé à la condition d'ancienneté que si en application de la condition d'ancienneté la situation de l'entreprise fait obstacle à l'organisation normale des opérations électorales. Ainsi, l'inspecteur du travail ne peut ramener à six mois l'ancienneté requise pour être éligible au motif que le seul syndicat représentatif dans l'entreprise rencontrait des difficultés pour constituer parmi les éligibles une liste de candidats, alors qu'à la date de la décision de l'inspecteur du travail sept des onze salariés composant le premier collège d'électeurs remplissaient la condition d'ancienneté d'un an¹⁰⁰⁸. L'inspecteur du travail ne peut également déroger à la condition d'ancienneté lorsque l'entreprise comprend une forte proportion de salariés normalement éligibles et en l'absence de circonstances particulières tenant notamment à l'insuffisance des candidatures aux fonctions de délégué du personnel. Dans ce cas, la situation existant dans l'entreprise ne peut être regardée comme faisant obstacle à l'organisation normale des opérations électorales¹⁰⁰⁹. Tant que l'inspecteur du travail n'a pas fait connaître sa décision, la condition d'ancienneté d'un an continue à s'appliquer¹⁰¹⁰.

En l'absence de précision du législateur, la Cour de cassation avait estimé que la loi n'exigeait pas que l'ancienneté dans l'entreprise soit acquise au cours d'un contrat unique¹⁰¹¹. Une ordonnance du 1^{er} décembre 2005 a clairement posé la règle selon laquelle l'ancienneté n'a pas à être ininterrompue¹⁰¹². En application de cette ordonnance, la chambre sociale a relevé que l'éligibilité d'un salarié est donc subordonnée seulement à une condition d'ancienneté d'un an, peu important que cette ancienneté résulte de contrats distincts séparés par des périodes d'interruption¹⁰¹³. Les salariés intermittents ayant, au cours de l'année écoulée, travaillé régulièrement mois par mois dans l'entreprise et sans véritable interruption sont éligibles¹⁰¹⁴.

La suspension du contrat de travail n'a aucune incidence sur l'ancienneté du salarié¹⁰¹⁵. En effet, la suspension du contrat de travail ne fait pas perdre au salarié

¹⁰⁰⁷ Art. L. 2314-20 et L. 2324-18 C. trav.

¹⁰⁰⁸ CE, 22 juin 1988, n° 70987. Dans le même sens, CE, 22 juin 1988, n° 80313.

¹⁰⁰⁹ CE, 25 févr. 1987, n° 60318.

¹⁰¹⁰ Soc., 25 mars 1985, n° 84-60.715.

¹⁰¹¹ Soc., 2 nov. 1994, n° 93-60.472.

¹⁰¹² Ord. n° 2005-1478, 1^{er} déc. 2005, JO 2 déc.

¹⁰¹³ Soc., 3 oct. 2007, n° 06-60.063.

¹⁰¹⁴ Soc., 3 déc. 2002, n° 01-60.506.

¹⁰¹⁵ Soc., 15 mai 1991, n° 90-60.483.

l'ancienneté acquise. Ainsi, le salarié dont le contrat de travail est suspendu suite à une mise en disponibilité est éligible¹⁰¹⁶. Certaines périodes de suspension du contrat de travail doivent être prises en compte dans le calcul de l'ancienneté. C'est le cas notamment du congé maternité, du congé parental d'éducation pour la moitié de sa durée et du congé de formation par exemple. Le fait que durant la période de suspension le salarié soit privé de rémunération n'importe pas. Ainsi, un salarié en congé sans solde qui remplit la condition d'ancienneté d'un an reste éligible¹⁰¹⁷. Il en va de même pour un congé pour création d'entreprise¹⁰¹⁸. Mais le salarié dont le contrat de travail est suspendu depuis deux ans et reste suspendu pendant une partie du mandat est-il toujours en mesure de représenter les salariés de son entreprise ? Ce salarié n'est-il pas déconnecté de la réalité de l'entreprise ? Les attentes des salariés lorsque celui-ci était en activité ont sûrement évolué ; se pose alors la question de savoir si les heures de délégation suffisent à ce salarié pour prendre connaissance des problèmes dans l'entreprise pour une représentation efficace ? La durée du crédit d'heure varie en fonction de l'effectif de l'entreprise et de l'institution concernée. Ainsi, à titre d'exemple, un délégué du personnel dispose de dix heures de délégation dans une entreprise de onze à quarante neuf salariés et de quinze heures dans une entreprise de deux milles salariés et plus. Le délégué du personnel élu alors que son contrat de travail est suspendu va rencontrer des difficultés à représenter efficacement les deux milles salariés en quinze heures, sauf si une convention ou un accord collectif allouent un nombre d'heures de délégation plus important que ce que prévoit la loi. Le législateur devrait davantage encadrer cette hypothèse en excluant de l'éligibilité les salariés dont le contrat de travail est suspendu depuis un certain temps. Il semble qu'au-delà d'un an, des difficultés peuvent survenir.

Les salariés travaillant à temps partiel simultanément dans plusieurs entreprises ne sont éligibles que dans l'une de ces entreprises. Ils doivent donc choisir celle dans laquelle ils souhaitent faire acte de candidature¹⁰¹⁹. Cette règle s'applique également aux salariés bénéficiant d'une convention de forfait jours sur l'année¹⁰²⁰.

La question de l'éligibilité des salariés mis à disposition a longtemps fait débat. La Cour de cassation avait admis que les salariés détachés auprès d'une filiale avaient le même intérêt au sort et à la gestion de leur entreprise d'origine que les salariés de cette dernière et y

¹⁰¹⁶ Soc., 26 sept. 2002, n° 01-60.708.

¹⁰¹⁷ Soc., 26 sept. 2004, n° 84-60.375.

¹⁰¹⁸ Soc., 9 oct. 2007, n° 06-42.348.

¹⁰¹⁹ Art. L. 2314-16, al. 2 et L. 2324-15, al. 2 C. trav.

¹⁰²⁰ Soc., 16 nov. 2011, n° 11-13.256, JCP S 2012, 1059, note F. Dumont.

étaient donc éligibles¹⁰²¹. Elle avait également déduit de l'existence d'un contrat de travail liant le salarié mis à disposition à son entreprise d'origine qu'ils y étaient également éligibles¹⁰²². Elle avait ensuite précisé que les salariés mis à disposition étaient électeurs et éligibles dans l'entreprise d'accueil s'ils étaient intégrés à la communauté des travailleurs de l'entreprise d'accueil¹⁰²³. Ils étaient donc éligible à la fois dans l'entreprise d'origine et l'entreprise d'accueil.

La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail¹⁰²⁴ a fixé de nouvelles règles concernant l'éligibilité des salariés mis à disposition. Les salariés mis à disposition sont éligibles aux fonctions de délégué du personnel s'ils sont présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice et y travaillent depuis au moins vingt quatre mois continus et qu'ils ne remplacent pas un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu. Ils doivent également, pour cela, remplir les conditions pour être décomptés dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice. S'ils remplissent ces conditions, les salariés mis à disposition doivent choisir s'ils exercent leur droit de candidature dans l'entreprise qui les emploie ou l'entreprise utilisatrice¹⁰²⁵. Les conditions d'expression de ce choix ne sont pas précisées par la loi. Les entreprises employeurs de salariés mis à disposition doivent toutefois fournir la liste de ces salariés aux entreprises utilisatrices, pour que les élections puissent être organisées régulièrement¹⁰²⁶. Le fait pour un salarié, ayant exercé son droit d'option, d'avoir été élu en qualité de délégué du personnel dans l'entreprise utilisatrice, est sans incidence sur ses droits d'être électeur aux élections des membres du comité d'entreprise dans l'entreprise qui l'emploie¹⁰²⁷. En revanche, les salariés mis à disposition ne sont pas éligibles aux élections du comité d'entreprise dans l'entreprise utilisatrice¹⁰²⁸, peu importe leur ancienneté dans celle-ci. Pourquoi cette règle d'inéligibilité s'applique aux élections des membres du comité d'entreprise mais pas aux élections des délégués du personnel ? La circulaire relative à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a justifié cette inéligibilité en avançant qu' « un certain nombre d'informations sensibles est diffusé aux membres du comité d'entreprise », qu'ainsi

¹⁰²¹ Soc., 12 janv. 1994, n° 92-60.323.

¹⁰²² Soc., 4 mars 1998, n° 96-60.370.

¹⁰²³ Soc., 23 mai 2006, n° 05-60.119, JCP S 2006, 1902, note P. Morvan.

¹⁰²⁴ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹⁰²⁵ Art. L. 2314-18-1 C. trav.

¹⁰²⁶ Circ. DGT n° 20 du 13 novembre 2008 relative à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹⁰²⁷ Soc., 28 sept. 2011, n° 10-27.374.

¹⁰²⁸ Art. L. 2324-17-1 C. trav.

« il est apparu gênant que des salariés mis à disposition qui n'appartiennent pas à l'entreprise utilisatrice mais, restent rattachés à leur employeur puissent accéder à ces informations »¹⁰²⁹. Et le Conseil constitutionnel n'a pas jugé cette inéligibilité contraire à la Constitution. Les salariés mis à disposition sont-ils alors également exclus de l'éligibilité à la délégation unique du personnel ? La circulaire du 13 novembre 2008 est claire « la règle de l'inéligibilité s'applique aussi pour la délégation unique du personnel en tant qu'elle exerce les attributions du comité d'entreprise ». La Cour de cassation a cependant adopté une position différente en affirmant que les salariés mis à disposition sont également éligibles à la délégation du personnel, celle-ci étant constituée des délégués du personnel. Les conditions d'éligibilité de ses membres sont donc celles des délégués du personnel¹⁰³⁰.

Les salariés mis à disposition ne peuvent non plus être désignés représentants syndicaux au comité d'entreprise de l'entreprise utilisatrice¹⁰³¹.

Les salariés intérimaires sont éligibles dans l'entreprise de travail temporaire s'ils satisfont à la condition d'ancienneté de six mois¹⁰³² et aux autres conditions relatives à l'éligibilité posées par le Code du travail. Ils doivent également être liés à l'entreprise par un contrat de mission au moment de la confection des listes¹⁰³³. Ces derniers ne sont, en revanche, pas éligibles dans l'entreprise utilisatrice¹⁰³⁴.

Le Code du travail dans ses articles L. 2314-16 et L. 2324-15 exclut de l'éligibilité le conjoint, le partenaire d'un pacte civil de solidarité, le concubin, les ascendants, descendants, frères et sœurs et alliés au même degré, autrement dit les beaux-parents, gendres, belles-filles, belles-sœurs et beaux-frères de l'employeur. Cette règle d'inéligibilité a pour but d'éviter une entente entre l'employeur et les représentants du personnel. Ces textes s'interprètent strictement, ainsi, l'éligibilité d'un délégué du personnel ne peut être remise en cause au motif que l'employeur et lui sont mariés avec deux sœurs, celui-ci étant simplement allié de l'épouse de l'employeur mais pas de ce dernier¹⁰³⁵. L'inéligibilité ne s'applique pas également

¹⁰²⁹ Circ. DGT n° 20 du 13 novembre 2008 relative à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹⁰³⁰ Soc., 5 déc. 2012, n° 12-13.828.

¹⁰³¹ Art. L. 2324-2 C. trav.

¹⁰³² Art. L. 2314-17 C. trav.

¹⁰³³ Art. L. 2314-18 et L. 2324-16 C. trav.

¹⁰³⁴ Soc., 28 févr. 2007, n° 06-60.171, Bull. civ. V, n° 34, RDT 2007. 229, obs. Morin.

¹⁰³⁵ Soc., 14 janv. 1987, n° 86-60.358, Bull. civ. V, n° 22.

au fils du directeur d'un établissement qui n'est pas à proprement parler un chef d'entreprise¹⁰³⁶.

Les salariés, qui en raison de leurs fonctions sont assimilés au chef d'entreprise, ne peuvent être inscrits sur la liste électorale et sont donc exclus de l'éligibilité. Ainsi, les cadres obtenant sur un service, un département ou un établissement de l'entreprise, une délégation particulière d'autorité établie par écrit permettant de les assimiler à un chef d'entreprise, sont exclus de l'éligibilité aux fonctions de délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise pour la durée d'exercice de cette délégation particulière¹⁰³⁷. Un mandat de représentation du personnel ou syndical au sein d'une unité économique et sociale dont fait partie l'entreprise qui l'emploie, ne peut être exercé par un salarié qui ne remplit pas les conditions pour exercer un tel mandat au sein de cette entreprise en raison de son assimilation au chef d'entreprise. Par conséquent, le salarié disposant d'une délégation particulière d'autorité établie par écrit pour l'établissement qu'il dirige, ne peut être éligible au niveau de l'unité économique et sociale¹⁰³⁸.

Tout comme pour être électeur, les salariés doivent avoir la capacité électorale pour être éligible¹⁰³⁹.

La loi du 11 juillet 1975 exigeait que les candidats aux élections professionnelles sachent s'exprimer en français¹⁰⁴⁰. La jurisprudence avait cependant admis que les représentants du personnel pouvaient seulement s'exprimer avec la langue parlée par la majorité des salariés qu'ils devaient représenter¹⁰⁴¹. Cette condition a été supprimée par la loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel¹⁰⁴².

¹⁰³⁶ Soc., 10 oct. 1990, n° 89-61.356.

¹⁰³⁷ Soc., 26 sept. 2002, n° 01-60.670.

¹⁰³⁸ Soc., 16 avr. 2008, n° 07-60.382.

¹⁰³⁹ Voir sur ce point, la capacité électorale pour être électeur.

¹⁰⁴⁰ Loi n° 75-630 du 11 juillet 1975 relative aux droits des travailleurs étrangers.

¹⁰⁴¹ Soc., 20 janv. 1977, n° 76-60.217.

¹⁰⁴² Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, Loi dite Auroux.

2) Des candidatures présentées

La constitution des listes de candidatures doit également répondre à des conditions strictes rendant cette tâche délicate **(a)**. Une fois constituée les listes de candidatures doivent être présentées en respectant une procédure déterminée **(b)**.

a) Le périphe de la constitution des listes de candidatures

La présentation des candidatures, monopolisée au premier tour, libre au second tour **(a)**, doit répondre à un certain nombre de règles propres aux élections professionnelles dans l'entreprise **(b)**.

α) Une présentation des candidatures monopolisée au premier tour, libre au second tour

Jusqu'à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail¹⁰⁴³, seules les organisations syndicales représentatives pouvaient établir les listes de candidats au premier tour¹⁰⁴⁴. Ainsi, les syndicats d'une entreprise affiliés à une confédération représentative sur le plan national, pouvaient présenter des candidats sans prouver leur représentativité. Cependant, les syndicats affiliés à une confédération reconnue représentative au plan national que dans une seule catégorie, devaient prouver leur représentativité dans les autres catégories. En revanche, les syndicats d'une entreprise affiliés à la même confédération représentative sur le plan national, ne pouvaient présenter qu'une seule liste de candidats au nom de la confédération nationale lors des élections professionnelles dans l'entreprise¹⁰⁴⁵.

Un syndicat reconnu représentatif au niveau de l'entreprise, de l'établissement ou de l'unité économique et sociale pouvaient également présenter des candidats.

La constitution des listes étaient libres, sous réserve toutefois que les candidats satisfassent aux conditions d'éligibilité. L'affiliation du candidat au syndicat n'était pas une

¹⁰⁴³ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹⁰⁴⁴ Ancien art. L. 2314-24 et L. 2324-22 C. trav.

¹⁰⁴⁵ Soc., 16 oct. 2001, n° 00-60.203, Bull. civ. V, n° 322.

condition. Il n'importait pas non plus que le syndicat ait constitué une section syndicale dans l'entreprise. Mais un délégué syndical ne pouvait présenter de liste de candidats au nom de son syndicat, que lorsqu'il avait expressément reçu mandat à cette fin¹⁰⁴⁶. L'exigence d'un mandat exprès du syndicat habilitant le délégué syndical à déposer une liste de candidats en vue des élections professionnelles, a été maintenue après la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail¹⁰⁴⁷. D'autant plus si le délégué syndical modifie ou remplace une liste déjà présentée par son organisation¹⁰⁴⁸. L'employeur qui n'a pas réclamé ce mandat lors du dépôt de la liste de candidatures, ni contesté le dépôt de cette liste, ne peut remettre en cause sur ce motif la validité de la liste après le déroulement du scrutin¹⁰⁴⁹.

La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail¹⁰⁵⁰, a élargi le monopole de présentation des candidats au premier tour dans un souci de cohérence avec les nouveaux critères de représentativité. Dorénavant, les listes de candidats sont établies par toutes les organisations syndicales habilitées à négocier le protocole d'accord préélectoral en vertu des articles L. 2314-3 et L. 2324-4 du Code du travail. Ainsi, les organisations syndicales qui satisfont aux critères cumulatifs 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, peuvent désormais présenter des candidats. L'ancienneté minimale de deux ans s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts¹⁰⁵¹. L'exercice par les syndicats de leur liberté d'élaborer leurs statuts, d'élire leurs représentants, de formuler leur programme d'action et de s'affilier à des fédérations ou confédérations ne peut pas entraîner la perte de leur personnalité juridique. Ainsi, la modification par un syndicat de ses statuts, l'élection de nouveaux représentants ou son changement d'appartenance confédérale n'ont pas d'influence sur son ancienneté¹⁰⁵². L'affiliation d'un syndicat à une union syndicale dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise, ne lui permet pas de présenter des candidats. Le syndicat qui présente des

¹⁰⁴⁶ Soc., 8 nov. 1988, n° 88-60.107.

¹⁰⁴⁷ Soc., 15 juin 2011, n° 10-25.282.

¹⁰⁴⁸ Soc., 13 oct. 2004, n° 03-60.416.

¹⁰⁴⁹ Soc., 26 sept. 2012, n° 11-25.544, n° 11-25.545 et n° 11-25.546.

¹⁰⁵⁰ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹⁰⁵¹ Art. L. 2121-1 C. trav.

¹⁰⁵² Soc., 3 mars 2010, n° 09-60.283.

candidats au premier tour doit lui-même prouver qu'il a compétence statutaire dans le département où est installée l'entreprise¹⁰⁵³.

Seules les organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, celles ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement conformément à l'article L. 2142-1 du Code du travail, ainsi que les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national interprofessionnel¹⁰⁵⁴ sont habilités à présenter des listes au premier tour. En application de l'article L. 2122-2 du Code du travail, dans l'entreprise ou l'établissement, sont représentatives à l'égard des personnels relevant des collèges électoraux dans lesquels leurs règles statutaires leur donne vocation à présenter des candidats, les organisations syndicales catégorielles affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale, qui satisfont aux critères de l'article L. 2121-1 et qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel dans ces collèges, quel que soit le nombre de votants¹⁰⁵⁵.

Avant la réforme du 20 août 2008, la jurisprudence affirmait que les syndicats d'une entreprise affiliés à la même confédération représentative sur le plan national ne pouvaient présenter qu'une seule liste de candidats au nom de la confédération nationale lors des élections professionnelles dans l'entreprise¹⁰⁵⁶. Après la loi du 20 août 2008¹⁰⁵⁷, la chambre sociale de la Cour de cassation a maintenu sa jurisprudence mais en l'adaptant à l'ouverture du premier tour des élections aux syndicats non représentatifs. Elle a ainsi réaffirmé que les syndicats affiliés à une même confédération nationale, qu'elle soit ou non représentative, ne peuvent présenter qu'une seule liste de candidats, par collège, lors des élections

¹⁰⁵³ Soc., 22 sept. 2010, n° 09-60.480.

¹⁰⁵⁴ En vertu de l'article L. 2122-9 du Code du travail, « sont représentatives au niveau national et interprofessionnel les organisations syndicales qui : satisfont aux critères de l'article L. 2121-1 ; sont représentatives à la fois des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services ; ont recueilli au moins 8% des suffrages exprimés résultant de l'addition au niveau national et interprofessionnel des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires aux comités d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, des suffrages exprimés au scrutin concernant les entreprises de moins de onze salariés dans les conditions prévues aux articles L. 2122-10-1 et suivants ainsi que des suffrages exprimés aux élections des membres des représentant les salariés aux chambres départementales d'agriculture dans les conditions prévues à l'article L. 2122-6. La mesure de l'audience s'effectue tous les quatre ans. »

¹⁰⁵⁵ Soc., 28 sept. 2011, n° 10-26.693.

¹⁰⁵⁶ Soc., 16 oct. 2001, n° 00-60.203, Bull. civ. V, n° 322.

¹⁰⁵⁷ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

professionnelles dans l'entreprise¹⁰⁵⁸. Les syndicats affiliés à une même confédération peuvent cependant présenter des listes dans des collèges différents. Mais une confédération syndicale et les organisations syndicales qui lui sont affiliées, ne peuvent désigner ensemble un nombre de délégué syndical supérieur à celui prévu par la loi. Il appartient alors aux syndicats de justifier des dispositions statutaires déterminant les syndicats ayant la qualité pour procéder aux désignations des délégués syndicaux ou à leur remplacement, ou de la décision prise par l'organisation syndicale d'affiliation pour régler le conflit conformément aux dispositions statutaires prévues à cet effet. A défaut, par application de la règle chronologique, seule la désignation notifiée en premier lieu doit être validée¹⁰⁵⁹.

La participation d'une personne morale qui n'a pas la qualité de syndicat au premier tour, comme une association professionnelle, est une cause de nullité de l'élection, peu important son influence sur les résultats¹⁰⁶⁰. Ainsi, une section syndicale, dépourvue de personnalité morale et ne pouvant prétendre à la qualité d'organisation syndicale, n'est pas juridiquement apte à présenter une liste aux élections professionnelles¹⁰⁶¹.

Une organisation syndicale peut présenter comme candidats, soit ses propres adhérents, soit des salariés non syndiqués ou adhérents à une autre organisation¹⁰⁶². Un syndicat ne peut présenter un candidat sans son accord¹⁰⁶³. Il ne lui incombe pas cependant de s'assurer de la persistance de cet accord entre les deux tours. Le syndicat doit, en revanche, être informé du retrait d'un candidat de la liste présumée reconduite pour le second tour¹⁰⁶⁴.

La lettre présentant la candidature d'un salarié doit être établie par un syndicat, peu important qu'elle soit ensuite adressée à l'employeur par le candidat lui-même¹⁰⁶⁵.

Au second tour, toutes les organisations syndicales peuvent présenter des listes de candidats. Les candidats au second tour de scrutin peuvent également être présentés par des organisations syndicales non représentatives¹⁰⁶⁶. L'employeur doit donc les informer sur les

¹⁰⁵⁸ Soc., 22 sept. 2010, n° 10-60.135 et n° 10-60.136, Bull. civ. V, n° 184.

¹⁰⁵⁹ Soc., 29 oct. 2010, n° 09-67.969 et n° 09-68.207.

¹⁰⁶⁰ Soc., 27 janv. 2010, n° 09-60.103, Bull. civ. V, n° 21.

¹⁰⁶¹ Soc., 30 mai 2001, n° 00-60.159.

¹⁰⁶² Soc., 28 mars 2012, n° 11-61.180.

¹⁰⁶³ Soc., 20 oct. 1993, n° 92-60.304, RJS 1/94, n° 58, 2^{ème} esp.

¹⁰⁶⁴ Soc., 13 oct. 2010, n° 09-60.233, JCP S 2011, 1142, note J.-Y. Kerbouc'h.

¹⁰⁶⁵ Soc., 19 déc. 2007, n° 07-60.087.

¹⁰⁶⁶ Soc., 25 févr. 1982, n° 81-60.862, Bull. civ. V, n° 129.

modalités du second tour, l'absence d'information faisant obstacle à la manifestation de ces candidatures¹⁰⁶⁷.

Les candidatures présentées par une organisation syndicale au premier tour, doivent être considérées comme maintenues au second tour¹⁰⁶⁸. Les dispositions d'un accord préélectoral ne peuvent écarter cette règle¹⁰⁶⁹. Les organisations syndicales ne sont cependant pas tenues de maintenir sans modification la même liste de candidats aux nouvelles élections¹⁰⁷⁰. Un candidat est libre de se retirer de la liste. Dans ce cas, le syndicat doit être informé du retrait du candidat de la liste présumée reconduite au second tour. Le défaut d'information du syndicat, par l'employeur ou par le candidat lui-même, du retrait d'un candidat de la liste entre les deux tours est de nature à fausser la loyauté du scrutin et entraîner son annulation¹⁰⁷¹.

Une liste peut être déposée sous l'étiquette d'un syndicat pour le second tour des élections professionnelles, même si les candidats de cette liste, adhérents du syndicat, n'en ont pas reçu l'investiture, à la condition de préciser sur les documents et instruments de vote des indications destinées à éviter une confusion chez les électeurs¹⁰⁷².

Les syndicats ne sont pas les seuls à pouvoir présenter des candidats au second tour, les associations de salariés le peuvent également¹⁰⁷³. Les candidatures individuelles sans étiquette sont aussi permises¹⁰⁷⁴.

β) Une présentation organisée

Un salarié ne peut être candidat que s'il a manifesté son intention d'être candidat. Le salarié qui figure sur une liste est présumé avoir exprimé cette intention. L'employeur n'est donc pas tenu de vérifier l'intention de chaque candidat. Il doit, en revanche, lorsqu'il en a

¹⁰⁶⁷ Soc., 13 juin 1989, n° 88-60.715

¹⁰⁶⁸ Soc., 25 avr. 1984, n° 83-63.188, Bull. civ. V, n° 145.

¹⁰⁶⁹ Soc., 18 juill. 2000, n° 99-60.356 et n° 99-60.357, Bull. civ. V, n° 298.

¹⁰⁷⁰ Soc., 14 févr. 1984, n° 83-60.946, Bull. civ. V, n° 64.

¹⁰⁷¹ Soc., 13 oct. 2010, n° 09-60.233, JCP S 2011, 1142, note J.-Y. Kerbouc'h.

¹⁰⁷² Soc., 21 nov. 1984, n° 84-60.421.

¹⁰⁷³ Soc., 23 juin 1983, n° 83-61.030, Bull. civ. V, n° 362.

¹⁰⁷⁴ Soc., 13 juill. 1993, n° 92-60.344, Bull. civ. V, n° 208 ; soc., 24 sept. 2008, n° 08-60.004.

connaissance et avant de modifier une liste informer le syndicat du retrait d'un candidat de la liste présumée reconduite pour le second tour¹⁰⁷⁵.

Une déclaration de candidature est toutefois obligatoire¹⁰⁷⁶. Une candidature ne peut être valablement déposée avant toute décision sur la répartition du personnel dans les collèges électoraux et la répartition des sièges entre les différentes catégories¹⁰⁷⁷. Une simple déclaration d'imminence de candidature ne suffit pas, la déclaration de candidature doit être claire et non équivoque¹⁰⁷⁸.

Le Code du travail autorise le cumul des candidatures pour certaines fonctions. Ainsi, les fonctions de délégué du personnel et celles de membre du comité d'entreprise sont compatibles¹⁰⁷⁹. De même, les fonctions de délégué syndical sont compatibles avec celles de délégué du personnel ou de représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement¹⁰⁸⁰. Cependant, les fonctions de représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement et de membre élu auprès de ce même comité sont incompatibles. Un même salarié ne peut siéger simultanément dans le même comité d'établissement en qualité à la fois de membre élu et de représentant syndical auprès de celui-ci, les pouvoirs attribués par la loi à l'un et à l'autre de ces fonctions étant différents¹⁰⁸¹.

Les candidatures doivent être déposées par listes¹⁰⁸²; une candidature même individuelle constitue une liste¹⁰⁸³. Mais une même liste ne peut regrouper un nombre de candidats supérieur à celui des sièges à pourvoir¹⁰⁸⁴. Les élections se déroulant par collège, les listes de candidatures doivent être établies séparément pour chaque collège¹⁰⁸⁵. De même, les titulaires et les suppléants étant élus séparément, leurs listes de candidatures doivent être établies séparément¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁷⁵ Soc., 13 oct. 2010, n° 09-60.233.

¹⁰⁷⁶ Soc., 2 juin 1983, n° 82-60.230, Bull. civ. V, n° 304.

¹⁰⁷⁷ Soc., 2 mai 1989, n° 88-60.629, Bull. civ. V, n° 321.

¹⁰⁷⁸ Soc., 18 nov. 1992, n° 91-60.289, Bull. civ. V, n° 557.

¹⁰⁷⁹ Art. L. 2314-19 C. trav.

¹⁰⁸⁰ Art. L. 2143-9 C. trav.

¹⁰⁸¹ Soc., 17 juill. 1990, n° 89-60.729, Bull. civ. V, n° 374.

¹⁰⁸² Art. L. 2314-24, al. 1^{er} et L. 2324-22, al. 1^{er} C. trav.

¹⁰⁸³ Soc., 7 mai 2003, n° 02-60.607, RJS 7/03, n° 914.

¹⁰⁸⁴ Soc., 27 oct. 1999, n° 98-60.419, RJS 12/99, n° 1477 ; soc., 20 juin 2000, n° 99-60.153.

¹⁰⁸⁵ Art. L. 2314-8 et L. 2324-11 C. trav.

¹⁰⁸⁶ Art. L. 2314-21, al. 3 et L. 2324-19, al. 3 C. trav.

Les candidatures simultanées aux fonctions de délégué titulaire et de délégué suppléant sont autorisées¹⁰⁸⁷. L'exercice de cette faculté implique seulement sa volonté d'être élu en premier lieu comme titulaire et, subsidiairement, comme suppléant¹⁰⁸⁸. En revanche, nul ne peut être à la fois délégué titulaire et délégué suppléant. L'élection d'un candidat au siège de délégué titulaire entraîne l'impossibilité pour lui d'être proclamé élu délégué suppléant ; son élection à ce poste doit, par conséquent, être déclarée nulle¹⁰⁸⁹. Le dépouillement du scrutin des titulaires doit alors être effectué avant celui des suppléants. Un candidat ayant été élu comme suppléant au premier tour des élections peut se présenter au second tour et être élu comme titulaire, perdant alors la qualité subsidiaire de suppléant¹⁰⁹⁰. Si les listes doivent être présentées séparément, le nombre de titulaires et de suppléants doit être égal¹⁰⁹¹.

La Cour de cassation admet la présentation de listes communes. Avant la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail¹⁰⁹², les syndicats représentatifs n'étaient en droit, en raison du monopole de présentation des candidatures dont ils bénéficiaient au premier tour, de présenter une liste commune avec des syndicats non représentatifs, même s'ils pouvaient présenter des salariés adhérents à une organisation syndicale non représentative avec la mention de leur appartenance à celle-ci¹⁰⁹³. Dorénavant, peuvent présenter des listes communes le panel de syndicats élargi par la loi du 20 août 2008. Les organisations syndicales présentant une liste commune peuvent définir la répartition entre elles des suffrages exprimés lors du dépôt de leur liste. A défaut, la répartition se fait à parts égales entre les organisations syndicales concernées¹⁰⁹⁴. La répartition des suffrages, lorsque les syndicats formant une liste commune ont choisi qu'elle ne soit pas à parts égales, doit être portée tant à la connaissance de l'employeur qu'à celle des électeurs de l'entreprise ou de l'établissement concerné avant le déroulement des élections, à défaut la répartition se fait à parts égales¹⁰⁹⁵. Une liste de candidats présentée par deux syndicats affiliés à la même confédération ne constitue pas une liste commune au sens de l'article L. 2122-3 du Code du travail et ne peut donner lieu à une répartition entre eux des

¹⁰⁸⁷ Soc., 28 juin 1984, n° 84-60.024, Bull. civ. V, n° 275.

¹⁰⁸⁸ Soc., 19 mai 1988, n° 87-60.207, JCP E 1988, II, 15276, p. 599, n° 10, obs. B. Teyssié.

¹⁰⁸⁹ Soc., 29 mai 1975, n° 75-60.010, Bull. civ. V, n° 290.

¹⁰⁹⁰ Soc., 10 mai 2012, n° 11-18.912, JCP S 2012, 1300, note S. Béal et P. Klein.

¹⁰⁹¹ CE, 17 nov. 2010, n° 335930.

¹⁰⁹² Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹⁰⁹³ Soc., 16 nov. 1993, n° 92-60.306, Bull. civ. V, n° 275.

¹⁰⁹⁴ Art. L. 2122-3 C. trav.

¹⁰⁹⁵ Soc., 13 janv. 2010, n° 09-60.208, Bull. civ. V, n° 6 ; RJS 3/10, n° 279.

suffrages qu'elle a recueillis en vue de les faire bénéficier, chacun, d'une représentativité propre¹⁰⁹⁶. L'indication de la base de répartition peut résulter de la mention sur la liste de candidatures présentée aux électeurs, pour chacun des candidats de la liste commune, de leur appartenance à l'un ou l'autre des syndicats de la liste¹⁰⁹⁷.

b) Le périple de la présentation des listes de candidatures

Le Code du travail restant silencieux sur les modalités de dépôt des candidatures, la Cour de cassation s'est chargée de l'encadrer dans certains points (**α**). Après réception des listes de candidatures, l'employeur doit se charger d'en assurer la publicité (**β**).

α) Un dépôt encadré

Lorsque les listes de candidatures sont constituées, elles doivent être déposées auprès de l'employeur qui en assure la publicité. Le Code du travail ne prévoit aucune formalité spécifique au dépôt des listes. Le protocole préélectoral peut cependant prévoir sous quelles formes les listes doivent être déposées. A défaut de précision dans le protocole préélectoral, la présentation est libre. L'envoi des listes par lettre recommandée avec accusé de réception à l'employeur, n'est qu'une formalité prévue pour faciliter la preuve de la candidature pour bénéficier du statut protecteur et non pour sa validité¹⁰⁹⁸. Ainsi, un envoi des listes par courrier recommandé n'est pas nécessaire pour que le dépôt soit valide. Une lettre présentant des candidatures établie par un syndicat, peut être adressée à l'employeur par un candidat de la liste¹⁰⁹⁹. La loi n'imposant aucune règle de forme au dépôt des candidatures, celles-ci peuvent être adressées oralement¹¹⁰⁰. Mais le dépôt des candidatures étant le point de départ du délai de protection des candidats, il est plus judicieux pour les syndicats ou les candidats libres, d'envoyer leur liste par lettre recommandée avec accusé de réception. Une simple déclaration d'imminence de candidature ne constitue pas un dépôt de liste¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁶ Soc., 10 mai 2012, n° 11-21.356, JCP S 2012, 1302, note F. Petit.

¹⁰⁹⁷ Soc., 13 oct. 2010, n° 09-60.456.

¹⁰⁹⁸ Soc., 4 mars 1988, n° 95-42.040, Bull. civ. V, n° 119.

¹⁰⁹⁹ Soc., 19 déc. 2007, n° 07-60.087.

¹¹⁰⁰ Soc., 30 mai 1996, n° 95-60.799.

¹¹⁰¹ Soc., 18 nov. 1992, n° 91-60.289.

Les listes de candidatures ne peuvent être déposées avant la conclusion du protocole préélectoral sauf si le report successif des élections est dû à une manœuvre de l'employeur en vue d'évincer un syndicat¹¹⁰². Les listes de candidats ne pouvant, sauf opposition injustifiée de l'employeur, être valablement déposées avant toute décision sur la répartition du personnel dans les collèges électoraux et la répartition des sièges entre les différentes catégories. A défaut d'accord préélectoral, les listes ne peuvent être déposées avant la décision de l'administration sur la répartition du personnel dans les collèges électoraux et des sièges entre les différentes catégories professionnelles¹¹⁰³.

Le Code du travail ne prévoit aucune date limite de dépôt des candidatures avant le début du scrutin. Le protocole préélectoral peut toutefois fixer un délai limite de dépôt des candidatures qui doit être compatible avec les nécessités de l'organisation du vote¹¹⁰⁴. Si aucun accord n'a pu intervenir sur ce point lors de la négociation du protocole préélectoral, le juge d'instance peut fixer une date limite de dépôt des candidatures¹¹⁰⁵. Une Convention collective peut également fixer le délai de présentation des candidatures¹¹⁰⁶. Dans ce cas, l'employeur est en droit de refuser une candidature présentée après la date limite de dépôt fixée par le protocole préélectoral¹¹⁰⁷. Si la date limite de dépôt des candidatures s'impose aux parties, la jurisprudence admet une certaine souplesse lorsque le retard n'a pas pour effet de troubler le déroulement du scrutin. Mais la position de la Cour de cassation sur l'admission des dépôts tardifs manque de clarté ; cette dernière tantôt valide, tantôt rejette les dépôts tardifs. En effet, dans un arrêt du 2 juillet 1970, la chambre sociale de la Cour de cassation a admis un retard de quelques heures du dépôt des candidatures. En l'espèce, la convention collective de la métallurgie fixait le délai de présentation des candidatures au plus tard le 3 novembre à 24 heures. Le syndicat CGT avait déposé sa liste le 4 novembre à 7 heures du matin. La chambre sociale a admis ce dépôt tardif estimant que l'entreprise étant fermée la nuit, il n'y avait pas eu de véritable retard de nature à nuire à la préparation du scrutin et que les dispositions de la Convention collective avaient pratiquement été respectées¹¹⁰⁸. Elle a également jugé régulier le dépôt d'une liste 10 minutes après le délai limite fixé par le protocole préélectoral, considérant que ce retard ne perturbait pas le déroulement du

¹¹⁰² Soc., 17 déc. 1987, n° 86-60.450 ; soc., 27 oct. 2004, n° 02-60.631.

¹¹⁰³ Soc., 2 mai 1989, n° 88-60.629.

¹¹⁰⁴ Soc., 28 févr. 1979, n° 78-60.747, Bull. civ. V, n° 190.

¹¹⁰⁵ Soc., 14 nov. 1984, n° 83-63.649.

¹¹⁰⁶ Soc., 2 juill. 1970, n° 70-60.020.

¹¹⁰⁷ Soc., 19 juin 1987, n° 86-60.396, Bull. civ. V, n° 405 ; soc., 16 mai 1990, n° 89-60.002 ; soc., 1^{er} oct. 1996, n° 95-60.874 ; soc., 23 mai 2007, n° 06-60.197, RJS 8-9/07, n° 975.

¹¹⁰⁸ Soc., 2 juill. 1970, n° 70-60.002.

scrutin¹¹⁰⁹. Pareil pour une liste déposée 32 minutes après le délai fixé. Dans le cas d'espèce qui lui a été soumis, le protocole préélectoral prévoyait que les listes syndicales de candidats devaient être envoyées par lettre recommandée ou remises en mains propres à l'employeur le 17 octobre 2002 à 18 heures au plus tard. L'Union départementale Force Ouvrière du Val d'Oise avait déposé sa liste après 18 heures donc hors délai, mais la Cour de cassation a validé la position du tribunal d'instance qui a souligné qu'en l'espèce, le retard dans la communication de sa liste n'était que de 32 minutes et qu'il n'était pas de nature en conséquence à troubler le déroulement du scrutin ; qu'ainsi l'employeur ne pouvait écarter les candidats présentés par le syndicat Force Ouvrière¹¹¹⁰. La chambre sociale a, en revanche, jugé que l'employeur ne commettait aucune irrégularité en refusant de tenir compte d'une liste de candidatures déposée vers 22 heures au lieu de 17 heures au plus tard comme le prévoyait le protocole préélectoral¹¹¹¹ ; les modalités d'organisation du scrutin, fixées par un protocole préélectoral dont la régularité n'est pas contestée, s'imposant à l'employeur et aux organisations syndicales¹¹¹².

L'employeur peut écarter une candidature manifestement tardive sans saisir le juge à cette fin. Ainsi, une liste de candidatures présentée à l'employeur le 21 mars alors que le protocole préélectoral, dont la régularité n'était pas contestée, fixait la date limite de dépôt au 18 mars à 17 heures peut être écartée par l'employeur qui ne commet aucune irrégularité¹¹¹³. L'employeur peut écarter une liste de candidatures si les modalités de dépôt de cette liste porte atteinte au bon déroulement des opérations électorales¹¹¹⁴, même si aucune date limite de dépôt des candidatures n'a été prévue. On peut déduire de cette jurisprudence qu'une liste déposée peu de temps avant le scrutin doit être écartée. En effet, le dépôt des listes doit être compatible avec les nécessités de l'organisation matérielle du scrutin. Ainsi, le dépôt d'une liste la veille dans l'après-midi est incompatible avec les nécessités de l'organisation du scrutin, puisque ce dépôt tardif ne permet pas aux électeurs appelés à voter par correspondance et à qui l'employeur avait antérieurement adressé le matériel de vote de se prononcer en toute connaissance de cause et implique une réimpression des bulletins de vote¹¹¹⁵. La Cour de cassation fait preuve d'une grande sévérité lorsqu'il est fait recours au

¹¹⁰⁹ Soc., 10 juill. 1997, 96-60.383.

¹¹¹⁰ Soc., 23 juin 2004, n° 02-60.848, RJS 11/04, n° 1171.

¹¹¹¹ Soc., 9 nov. 2011, n° 10-28.838, JCP S 2012, 1140, note J.-Y. Kerbouc'h.

¹¹¹² Art. L. 2314-3-1, L. 2324-3-1 et L. 2314-23 C. trav.

¹¹¹³ Soc., 28 mars 2012, n° 11-19.657.

¹¹¹⁴ Soc., 26 sept. 2012, n° 11-26.399.

¹¹¹⁵ Soc., 13 janv. 1983, n° 82-60.333 ; soc., 16 avr. 1986, n° 85-60.521.

vote par correspondance. Elle a admis qu'une direction était en droit d'écarter une liste déposée après le délai fixé par le protocole préélectoral au terme duquel les parties s'engageaient à remettre leur liste au plus tard le 13 juin à 12 heures afin de faciliter le vote par correspondance. Le syndicat CFDT avait déposée sa liste seulement 2 heures après l'expiration du délai¹¹¹⁶. La Cour de cassation manque de cohérence dans sa jurisprudence ; en quoi un retard de 2 heures peut-il nuire à l'organisation du vote par correspondance ? Il ne peut y avoir de trouble dans le déroulement du scrutin que si l'employeur a envoyé le matériel de vote par correspondance dans ce délai de 2 heures, ce qui paraît peu probable. A défaut d'accord conclu avec les organisations syndicales, la date limite de dépôt des candidatures ne peut résulter d'une décision unilatérale de l'employeur¹¹¹⁷. Ainsi, en l'absence d'accord, l'employeur ne peut refuser une candidature déposée après la date qu'il a lui-même fixée¹¹¹⁸. Une exception est toutefois admise par la jurisprudence ; l'employeur peut fixer unilatéralement une date limite de dépôt des candidatures lorsque cette fixation est faite pour assurer une bonne organisation du scrutin¹¹¹⁹. L'employeur peut donc, en l'absence d'accord, refuser une candidature déposée après la date qu'il a lui-même fixée en justifiant sa décision au regard des nécessités d'organisation du vote¹¹²⁰.

Lorsqu'un protocole préélectoral prévoit une date limite de dépôt des candidatures pour le premier et le second tour, la liste de candidats adressée tardivement pour le premier tour doit être retenue comme valant candidatures au second tour¹¹²¹.

L'employeur doit s'assurer de la publicité du protocole préélectoral afin que les futurs candidats aient connaissance de la date limite de dépôt des candidatures arrêtée par le protocole¹¹²². L'affichage du protocole préélectoral doit être effectué dans un délai raisonnable avant la date limite de dépôt des candidatures. L'affichage le vendredi d'un protocole préélectoral fixant le dépôt des candidatures au plus tard le lundi qui suit à 12 heures, est un délai insuffisant pour un dépôt de candidatures d'éventuels candidats libres, et est incompatible avec les impératifs du vote par correspondance et les nécessités du scrutin permettant ainsi aux salariés d'y participer en connaissance de cause. Le caractère tardif de l'affichage du protocole préélectoral peut ainsi avoir une incidence sur les résultats du scrutin

¹¹¹⁶ Soc., 23 mai 2007, n° 06-60.197.

¹¹¹⁷ Soc., 19 oct. 1993, n° 96-60.439.

¹¹¹⁸ Soc., 4 mars 2009, n° 08-60.476, Bull. civ. V, n° 59.

¹¹¹⁹ Soc., 20 janv. 1993, n° 91-60.265.

¹¹²⁰ Soc., 4 mars 2009, n° 08-60.476, JCP S 2009, 1274, note J.-Y. Kerbouc'h.

¹¹²¹ Soc., 12 oct. 2005, n° 05-60.038.

¹¹²² Soc., 5 janv. 2005, n° 03-60.467.

et entraîner son annulation¹¹²³. Un salarié ne peut se prévaloir de l'impossibilité de présenter valablement sa candidature au second tour lorsque l'affichage du protocole dans l'entreprise, avec mention des dates des deux tours des élections, n'est pas contesté ; il a ainsi eu connaissance de ces dates. Aucune disposition légale n'impose à l'employeur d'adresser une copie du protocole préélectoral à chaque salarié¹¹²⁴.

Les listes de candidatures doivent être déposées par une personne spécialement mandatée par l'organisation syndicale qui présente la liste. Un mandat de délégué syndical ne permet pas à ce dernier de déposer une liste au nom du syndicat auquel il appartient. Le syndicat doit lui avoir donné pouvoir de déposer, modifier ou remplacer la liste qu'il aurait présentée¹¹²⁵. Ainsi, un délégué syndical ne peut présenter une liste de candidats au nom de son syndicat que lorsqu'il a expressément reçu mandat à cette fin¹¹²⁶. L'employeur qui n'a pas réclamé ce mandat lors du dépôt de la liste, ne peut remettre en cause sur ce motif la validité de la liste après le déroulement du scrutin¹¹²⁷. A défaut de mandat, l'employeur est fondé à écarter une candidature sans avoir à saisir préalablement le juge d'instance¹¹²⁸. L'annulation judiciaire de la désignation du représentant de la section syndicale n'a pas d'effet rétroactif sur la validité du dépôt de la liste de candidatures par ce représentant avant l'annulation de son mandat¹¹²⁹.

Les listes de candidatures doivent être déposées auprès de l'employeur, mais ce dernier n'est pas juge de leur régularité. Ainsi, l'employeur, n'étant pas juge de la validité d'une candidature, ne peut refuser une candidature, ni rayer un nom sur une liste sans décision préalable du tribunal¹¹³⁰. L'employeur ne peut également retirer d'une liste, des candidats qu'il juge inéligibles. Il doit contester l'éligibilité des candidats devant le juge des élections¹¹³¹. De plus, le refus de l'employeur de tenir compte de la modification d'une liste de candidats aux nouvelles élections, a nécessairement pour effet de fausser le résultat des élections¹¹³². Cependant, l'employeur qui écarte une liste de candidats présentée par un syndicat, au motif que celui-ci n'est pas encore déclaré judiciairement représentatif à la date

¹¹²³ Soc., 3 oct. 2007, n° 06-60.283.

¹¹²⁴ Soc., 27 oct. 2004, n° 02-60.631.

¹¹²⁵ Soc., 13 oct. 2004, n° 03-60.416, RJS 12/04, n° 1304.

¹¹²⁶ Soc., 15 juin 2011, n° 10-25.282, JCP S 2011, 1430, note J.-Y. Kerbouc'h.

¹¹²⁷ Soc., 26 sept. 2012, n° 11-25.544, n° 11-25.545 et n° 11-25.546, JCP S 2012, 1132, note B. Gauriau ; JCP S 2013, 1035, note B. Bossu.

¹¹²⁸ Soc., 30 oct. 2013, n° 12-29.952, JCP S 2014, 1049, note E. Jeansen.

¹¹²⁹ Soc., 16 févr. 2011, n° 10-60.195, JCP S 2011, 1287, note Y. Pagnerre.

¹¹³⁰ Soc., 10 déc. 1986, n° 86-60.297, Bull. civ. V, n° 586 ; soc., 13 janv. 1999, n° 97-60.609.

¹¹³¹ Soc., 13 juill. 1993, n° 92-60.117.

¹¹³² Soc., 14 févr. 1984, n° 83-60.946, Bull. civ. V, n° 64.

du dépôt des candidatures, ne voit pas nécessairement annuler les élections. Les élections ne seront annulées que s'il s'est avéré que le syndicat était représentatif¹¹³³. L'employeur peut également retirer une candidature d'une liste présentée par un syndicat sans décision préalable du tribunal d'instance et modifier unilatéralement les bulletins de vote sans l'accord du syndicat, lorsqu'un candidat lui a manifesté sa volonté de ne plus se présenter aux élections¹¹³⁴. Le syndicat doit toutefois être informé du retrait d'un candidat de la liste¹¹³⁵. La chambre sociale a jugé qu'un employeur informé par la fédération des employés et cadres FO de sa volonté de déposer une liste de candidats aux lieux et place des organisations syndicales qui lui étaient affiliées pouvait, sans saisir un tribunal, tirer les conséquences de cette décision et ne pas retenir les candidatures déposées par les syndicats FO¹¹³⁶.

Les listes de candidats présentées à l'employeur peuvent être modifiées ou retirées avant le début du scrutin. Le juge d'instance ne peut imposer le maintien d'une liste telle qu'elle a initialement été présentée, au motif que la lettre de retrait des candidatures a été adressée à l'employeur postérieurement à la signature de l'accord préélectoral. Ainsi, les candidats dont le nom a été retiré de la liste avant le début du scrutin, ne peuvent être considérés comme régulièrement élus¹¹³⁷. En revanche, le retrait d'une liste du nom d'un candidat présenté par un syndicat, même par erreur, postérieurement au début des opérations de votes est directement contraire aux principes généraux du droit électoral et affecte le déroulement du scrutin. Cette irrégularité entraîne l'annulation du scrutin peu importe son influence sur le résultat¹¹³⁸. Les listes de candidats ne peuvent être modifiées ou retirées que par les personnes ayant reçu mandat à cette fin. Les bulletins de vote doivent être conformes aux listes de candidats, l'employeur doit donc modifier les bulletins de vote lorsque des candidats ont été retirés de la liste. Ainsi, les élections sont entachées d'illégalité lorsque les bulletins de vote comprennent les noms des candidats démissionnaires¹¹³⁹. L'employeur n'est pas tenu de saisir le juge d'instance en cas de retrait de candidatures. Il appartient à la partie qui conteste ces désistements de saisir le tribunal d'instance¹¹⁴⁰.

¹¹³³ Soc., 12 mars 2008, n° 07-60.282, Bull. civ. V, n° 60, sem. soc. Lamy 2008, n° 1355, comm. L. Pécaut-Rivolier et Y. Struillou.

¹¹³⁴ Soc., 5 mars 1997, n° 96-60.034, Bull. civ. V, n° 97.

¹¹³⁵ Soc., 13 oct. 2010, n° 09-60.233.

¹¹³⁶ Soc., 4 juin 2014, n° 13-60.238.

¹¹³⁷ Soc., 23 juin 1983, n° 83-60.031 et n° 83-60.032.

¹¹³⁸ Soc., 13 janv. 2010, n° 09-60.203.

¹¹³⁹ Soc., 10 juill. 1997, n° 96-60.392.

¹¹⁴⁰ Soc., 5 mars 1997, n° 96-60.034.

L'annulation judiciaire de candidatures d'une liste ayant obtenu un siège lors des élections entraîne l'irrégularité de la liste. Cette irrégularité affecte nécessairement le résultat du scrutin qui doit être annulé¹¹⁴¹.

β) Une publicité libre

L'employeur doit assurer la publicité des listes de candidats. La loi ne requiert aucune forme particulière. Le protocole préélectoral peut, cependant, prévoir l'affichage des listes par l'employeur. Dans la pratique, même à défaut de précision dans le protocole préélectoral, l'employeur et les organisations syndicales affichent les listes de candidats sur les panneaux qui leur sont réservés dans l'entreprise et les organisations syndicales adressent à l'inspection du travail leurs listes de candidats. Si aucune disposition législative et réglementaire ne fixe de délai entre la publication des listes et le premier tour de scrutin, la publication tardive justifie l'annulation des élections lorsque l'organisation du vote n'a pas permis à tous les électeurs d'y participer¹¹⁴². Un accord préélectoral peut toutefois prévoir un délai entre l'affichage des candidatures et le scrutin en fonction des nécessités d'organisation du vote¹¹⁴³.

II) Une organisation matérielle planifiée

Le protocole d'accord préélectoral détermine, en principe, la date, les heures et le lieu de vote. Depuis la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, pour être appliquées, ces dispositions du protocole d'accord préélectoral doivent être signées par la double majorité des syndicats. Antérieurement, l'unanimité était exigée ; à défaut les modalités prévues par le protocole d'accord préélectoral pouvaient être appliquées tant que le juge d'instance n'avait pas été saisi pour les modifier. A défaut d'accord et en l'absence de saisine du juge d'instance, l'employeur pouvait déterminer les modalités du scrutin¹¹⁴⁴. Si employeur et organisations syndicales ont compétence pour déterminer ensemble, lors de la négociation du protocole d'accord préélectoral, les dates, heures **(B)** et lieu du scrutin **(A)**, ils sont néanmoins tenus de respecter certaines règles. Les

¹¹⁴¹ Soc., 4 juin 2003, n° 02-60.487 et n° 02-60.488.

¹¹⁴² Soc., 22 juill. 1980, n° 80-60.191.

¹¹⁴³ Soc., 5 nov. 1980, n° 80-60.179, JCP CI 1981, I, 9484, p. 66, n° 7, obs. B. Teyssié.

¹¹⁴⁴ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 700.

informations doivent être communiquées aux salariés afin qu'ils soient mis en mesure de participer effectivement au scrutin. L'absence d'information, même du personnel se trouvant sur des chantiers extérieurs, sur la date et l'heure du déroulement du scrutin constitue une cause d'annulation des élections¹¹⁴⁵. Ces informations sont portées à la connaissance du personnel par voie d'affichage.

A) Où voter ?

La règle est que le lieu de vote est le lieu de travail, soit l'entreprise ou l'établissement. Mais pour les salariés itinérants, le siège social ou un établissement de rattachement peuvent être déterminés comme lieu de vote. Le lieu de vote peut être unique pour les élections de délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise et pour chaque collège électoral. Mais afin d'éviter toute confusion, il est fortement conseillé pour l'employeur de prévoir des lieux de vote distincts ou des emplacements de vote réservés à chaque instance nettement séparés.

B) Quand voter ?

Chaque entreprise pouvant avoir une organisation particulière, la date (1) et les heures de scrutin (2) doivent, en principe, être fixées par le protocole d'accord préélectoral pour pouvoir être adaptées.

1) La date

L'élection des délégués du personnel et celle des représentants du personnel au comité d'entreprise doivent avoir lieu à la même date¹¹⁴⁶. L'employeur qui ne respecte pas la simultanéité de ces élections s'expose à l'annulation des élections. Ainsi, les élections des délégués du personnel doivent être annulées lorsqu'il n'est pas procédé, en même temps, à l'élection d'un comité d'entreprise alors que l'entreprise a employé plus de cinquante salariés pendant une période de 12 mois consécutifs ou non dans les 3 années ayant précédé l'élection

¹¹⁴⁵ Soc., 4 avr. 1973, n° 72-60.125, Bull. civ. V, n° 217.

¹¹⁴⁶ Art. L. 2314-6 et L. 2324-3 C. trav.

des délégués du personnel¹¹⁴⁷. La concomitance des élections n'a aucun effet sur la distinction entre les deux instances qui conservent leurs règles propres, sauf si l'employeur fait le choix de la délégation unique du personnel. La détermination de la date des élections dans le protocole d'accord préélectoral ou, à défaut, par le juge d'instance, est soumise au respect de certaines dispositions du Code du travail.

2) Les heures de scrutin

L'élection a lieu pendant le temps de travail. Un accord contraire peut, cependant, être conclu entre l'employeur et l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, notamment en cas de travail en continu¹¹⁴⁸. Un protocole préélectoral peut donc prévoir des exceptions et prévoir les modalités de vote en dehors du temps de travail. Il peut notamment prévoir la mise à disposition de bus assurant la navette pendant les heures d'ouverture du vote¹¹⁴⁹. Le vote du personnel travaillant en équipe de nuit et celui des salariés partant en déplacement doit toutefois respecter les règles applicables au vote. Ainsi, le vote de ces salariés effectué entre les mains du président du bureau de vote en dehors du lieu et des heures du scrutin est irrégulier, ce procédé n'assurant pas les garanties que donnent l'existence d'un bureau de vote chargé de la surveillance jusqu'à leur terme des opérations électorales et la présence dans la salle de vote des personnes habilitées à surveiller le déroulement du scrutin¹¹⁵⁰.

Le principe selon lequel l'élection doit avoir lieu uniquement pendant le temps de travail ne s'applique pas au vote électronique. Ainsi, il peut être procédé au vote électronique à partir de tout ordinateur vingt-quatre heures sur vingt-quatre¹¹⁵¹.

Les heures d'ouverture du bureau de vote doivent être fixées par le protocole préélectoral ou, à défaut, par le juge d'instance. La durée du scrutin peut être portée à deux jours¹¹⁵². Les heures de scrutin doivent être respectées mais la prolongation de la durée du

¹¹⁴⁷ Soc., 28 mai 2008, n° 07-60.333, Bull. civ. V, n° 118.

¹¹⁴⁸ Art. L. 2314-22 et L. 2324-24 C. trav.

¹¹⁴⁹ Soc., 15 mai 1991, n° 90-60.483, Bull. civ. V, n° 240

¹¹⁵⁰ Soc., 1^{er} juin 1983, n° 82-60.609.

¹¹⁵¹ Soc., 5 avr. 2011, n° 10-19.951.

¹¹⁵² Soc., 8 juin 1999, n° 97-60.831, Bull. civ. V, n° 270.

scrutin d'un quart d'heure pour permettre à un plus grand nombre d'électeurs de voter est permise puisqu'elle est sans influence sur les résultats des élections¹¹⁵³.

§2) Des modalités de vote déterminées

Afin de permettre le vote du plus grand nombre de salariés électeurs, les modalités de vote ont été diversifiées **(I)**. Ces modalités de vote font l'objet de contrôles afin d'assurer du bon déroulement des opérations électorales **(II)**.

I) Des modalités de vote diversifiées

Les modalités classiques de vote **(A)** sont complétées depuis la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique¹¹⁵⁴ par le vote électronique **(B)**.

A) Les modalités de vote classiques

Le vote est, en principe, physique **(1)**, le vote par correspondance est autorisé à titre exceptionnel **(2)**.

1) Le vote physique, vote traditionnel de principe

Après la négociation du protocole d'accord préélectoral et le dépôt des candidatures, l'employeur est chargé de l'organisation matériel du vote. Il doit mettre à la disposition des électeurs tous les moyens nécessaires au vote. Il doit donc mettre à leur disposition le matériel leur permettant d'exprimer leur choix **(a)** dans des conditions conformes au droit électoral **(b)**.

a) Un matériel impératif

Après réception des listes de candidats, l'employeur doit procéder à l'impression des bulletins de vote de toutes les listes de candidats en présence et des candidats libres qui ne se

¹¹⁵³ Soc., 21 juill. 1981, n° 81-60.568, Bull. civ. V, n° 728.

¹¹⁵⁴ Loi n° 2004-574 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

présentent pas sur une liste, en nombre suffisant pour chaque électeur et chaque scrutin¹¹⁵⁵. Il peut, tout aussi bien, les photocopier ou les dactylographier. Cette mission incombe à l'employeur, les syndicats ne peuvent en aucun cas mettre à la disposition des électeurs des bulletins qu'ils ont eux-mêmes préparé. L'employeur doit respecter un certain nombre de règles pour l'élaboration de ces bulletins de vote. Il doit s'assurer que les bulletins de vote respectent l'ordre de présentation des listes remises par les candidats. Les bulletins de vote non conformes à la liste des candidats déposée, notamment en raison de la modification d'un nom et de l'ordre de présentation des candidats, doivent être écartés des résultats du scrutin¹¹⁵⁶. Lorsque le scrutin est de liste, l'employeur est chargé d'imprimer et de fournir des bulletins de liste portant les noms des candidats et non pas des bulletins de vote portant chacun un seul nom. A défaut, l'élection est annulée¹¹⁵⁷. Il doit prévoir des séparés pour chacun des collèges et pour les catégories titulaire et suppléant¹¹⁵⁸.

Afin d'assurer l'égalité des candidats dans les élections professionnelles, la chambre sociale a jugé, qu'en principe, ne peuvent être utilisés que des bulletins de couleur blanche comme le prévoit l'article L. 66 du Code électoral en matière d'élections politiques. Elle admet, toutefois, une exception à ce principe dans l'intérêt des électeurs lorsque des circonstances particulières sont constatées soit dans le protocole préélectoral, soit par le juge saisi d'une contestation portant sur l'organisation des élections¹¹⁵⁹. L'utilisation de bulletins de couleur destinée à pallier l'analphabétisme dans l'entreprise est justifiée¹¹⁶⁰. La jurisprudence admet également l'utilisation de bulletins de couleurs différentes pour distinguer les scrutins des titulaires et des suppléants.

Les bulletins doivent comprendre la date, le collège concerné et le mandat de titulaire ou de suppléant pour les élections des délégués du personnel ou du comité d'entreprise. Ils doivent également mentionner les noms et prénoms des candidats en respectant l'ordre de présentation figurant sur les listes. Au premier tour des élections, les bulletins de vote doivent porter l'indication de l'organisation syndicale qui présente les candidats¹¹⁶¹. Au second tour, les candidats libres adhérents à un syndicat peuvent mentionner sur les bulletins le sigle du syndicat même s'ils n'en ont pas reçu l'investiture et qu'ils se présentent contre sa volonté à

¹¹⁵⁵ Soc., 20 juill. 1983, n° 82-60.326.

¹¹⁵⁶ Soc., 19 juill. 1983, n° 83-60.052.

¹¹⁵⁷ Soc., 2 déc. 1982, n° 81-60.960, Bull. civ. V, n° 679 ; soc., 13 juin 1995, n° 94-60.394.

¹¹⁵⁸ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 711.

¹¹⁵⁹ Soc., 11 mars 1992, n° 91-60.160.

¹¹⁶⁰ Soc., 24 févr. 1993, n° 91-60.313.

¹¹⁶¹ Civ., 2^{ème}, 15 mai 1968, n° 68-60.005, Bull. civ. V, n° 136.

condition, toutefois, de le préciser¹¹⁶². Les bulletins de vote peuvent également comporter un emblème ou logo imprimé choisi par les candidats¹¹⁶³.

L'employeur peut mettre à la disposition des électeurs des bulletins blancs. En effet, aucun texte n'interdit aux électeurs de voter blanc et aucune disposition légale ne prohibe la mise à disposition de bulletins blancs leur permettant d'user de la faculté qui leur est ainsi offerte¹¹⁶⁴. Mais l'employeur ne peut cependant pas remettre aux salariés des bulletins blancs juste avant le vote afin de les inciter à en user.

En vertu des articles L. 2314-21 et L. 2324-19 du Code du travail imposant un scrutin secret sous enveloppe, l'employeur est tenu de fournir aux électeurs un nombre suffisant d'enveloppes. Les scrutins organisés sans enveloppes ne respectent pas les principes généraux du droit électoral et sont considérés comme nuls¹¹⁶⁵. Les enveloppes fournies doivent être uniformes et opaques¹¹⁶⁶. La mise à disposition d'enveloppes à fenêtres n'est pas de nature à fausser les résultats et est donc tolérée lorsque les salariés ont comme consigne de plier leur bulletin de vote et que les bulletins mis à disposition sont de même couleur¹¹⁶⁷. L'employeur peut prévoir des enveloppes et des bulletins de couleurs différentes pour les différents scrutins.

b) Un matériel conforme au droit électoral

L'employeur doit mettre à disposition, du matériel permettant au vote de se dérouler conformément au droit électoral. Il doit, en premier lieu, prévoir un local où se déroulera le vote. L'employeur doit ensuite prendre les mesures nécessaires afin de garantir le secret du scrutin. Pour cela, il doit mettre à la disposition des électeurs un dispositif permettant l'isolement qui peut être autre qu'un isolement¹¹⁶⁸. L'obligation de respecter et d'assurer le secret du vote n'impose pas l'installation d'isoloirs identiques à ceux utilisés pour les élections politiques, dès lors que les électeurs bénéficient d'un dispositif leur permettant l'isolement¹¹⁶⁹. Le dispositif doit permettre à l'électeur d'introduire son bulletin de vote dans une enveloppe à

¹¹⁶² Soc., 21 nov. 1984, n° 84-60.421.

¹¹⁶³ Soc., 2 juill. 1987, n° 86-60.514.

¹¹⁶⁴ Soc., 25 févr. 1992, n° 89-61.135, Bull. civ. V, n° 123 ; soc., 8 juill. 1998, n° 97-60.376.

¹¹⁶⁵ Soc., 20 oct. 1999, n° 98-60.359, Bull. civ. V, n° 390 ; D. 1999. IR. 254.

¹¹⁶⁶ Soc., 23 juin 2010, n° 09-60.335, Bull. civ. V, n° 347.

¹¹⁶⁷ Soc., 11 juin 1986, n° 85-60.485.

¹¹⁶⁸ Soc., 26 mai 1998, n° 97-60.092, Bull. civ. V, n° 279 ; D. 1998. IR 165.

¹¹⁶⁹ Soc., 12 nov. 2000, n° 99-60.368.

l'abri des regards. Ainsi, le scrutin est secret lorsque les salariés peuvent s'isoler à l'abri des regards derrière un rideau et qu'un bureau inoccupé face à celui où se déroulent les élections est mis à leur disposition¹¹⁷⁰ ou dans une pièce coupée en deux parties dont une permet aux électeurs de s'isoler derrière des armoires de vestiaires¹¹⁷¹. Toute pièce fermée, même des toilettes, constitue un dispositif d'isolement permettant le secret du vote¹¹⁷², tout comme des rangées de casiers¹¹⁷³. En revanche, ne constitue pas un dispositif permettant l'isolement, le vote dans une pièce dépourvue de porte, accessible à tous en même temps et surveillée par un contremaître¹¹⁷⁴. Le secret du vote n'est également pas assuré lorsque est mis à la disposition des électeurs deux petites pièces contiguës à celle où a lieu le vote, et que les pièces ont des portes vitrées permettant à une personne placée à l'extérieur de voir à l'intérieur les électeurs lorsqu'ils mettent leur bulletin dans l'enveloppe¹¹⁷⁵.

Pour éviter une annulation des élections, l'employeur doit s'assurer d'opter pour un dispositif qui ne remet pas en cause le secret du vote, peu importe ensuite que les salariés ne passent pas par l'isoloir¹¹⁷⁶. L'employeur doit également prévoir des urnes qui ne correspondent pas nécessairement au modèle prévu par le Code électoral. En effet, la chambre sociale a précisé que si les urnes utilisées pour les élections professionnelles devraient en principe être du même modèle que celles utilisées pour les élections politiques, l'emploi d'urnes d'un modèle différent ne constitue pas à lui seul une cause d'annulation du scrutin, sauf si l'irrégularité matérielle a eu une influence sur son secret, son impartialité ou son résultat. Ainsi, peuvent être utilisées de simples urnes en carton scellées par des bandes adhésives¹¹⁷⁷. L'employeur doit prévoir plusieurs urnes. Pour chaque collège, il doit mettre à disposition deux urnes, deux scrutins étant organisés, un pour les titulaires et un pour les suppléants. Lorsque l'employeur ne prévoit qu'une seule urne, l'élection n'est annulée que s'il y a une confusion entre les collèges et les scrutins. Ainsi, lorsqu'une seule urne est mise à disposition, l'élection ne peut être annulée si la différenciation du matériel de vote par collège ne permet aucune confusion¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁰ Soc., 12 oct. 2000, n° 99-60.368

¹¹⁷¹ Soc., 3 mars 2004, n° 02-60.566.

¹¹⁷² Soc., 7 nov. 1990, n° 90-60.029.

¹¹⁷³ Soc., 19 janv. 2011, n° 10-06.210.

¹¹⁷⁴ Soc., 8 juill. 1976, n° 76-60.040.

¹¹⁷⁵ Soc., 18 juill. 1978, n° 78-60.634, Bull. civ. V, n° 596.

¹¹⁷⁶ Soc., 11 juin 1986, n° 85-60.637 et n° 85-60.640, Bull. civ. V, n° 291.

¹¹⁷⁷ Soc., 5 janv. 1978, n° 77-60.610, Bull. civ. V, n° 17.

¹¹⁷⁸ Soc., 17 mai 1994, n° 93-60.352.

Le vote par procuration ne peut être appliqué pour les élections professionnelles ; c'est ce qu'a jugé la chambre sociale dans un arrêt du 3 juillet 1984 dans lequel elle a précisé que « le vote par procuration s'exerce uniquement dans les cas et les limites prévus par le Code électoral et ne saurait recevoir application pour les élections des délégués du personnel »¹¹⁷⁹. On suppose que cette solution vaut également pour l'élection des membres du comité d'entreprise.

De plus, l'accord préélectoral qui prévoit un vote par téléphone depuis un isoloir ou à partir d'un poste téléphonique choisi par le salarié ne respecte pas les principes généraux du droit électoral¹¹⁸⁰.

2) Le vote par correspondance, vote exceptionnel

Si le vote physique est le principe, la jurisprudence, afin de permettre à tous les salariés de voter, a admis de manière exceptionnelle le vote par correspondance. Elle a précisé que « si le vote physique est la règle en l'absence de dispositions conventionnelles dérogatoires, le recours au vote par correspondance pour les élections professionnelles n'est contraire à aucune règle d'ordre public »¹¹⁸¹.

Le recours au vote par correspondance n'est pas systématique. Il ne peut être admis que si deux conditions sont réunies. Premièrement, le vote par correspondance doit être prévu par le protocole d'accord préélectoral¹¹⁸² ou par la convention collective applicable¹¹⁸³. L'employeur ne peut donc décider unilatéralement du recours au vote par correspondance même si son but est de faciliter le vote des salariés détachés¹¹⁸⁴. Mais lorsque celui-ci est prévu, l'employeur ne peut échapper à son organisation sauf si le protocole d'accord préélectoral contient des stipulations contraires à l'ordre public notamment en méconnaissant

¹¹⁷⁹ Soc., 3 juill. 1984, n°83-61.173, Bull. civ.V, n° 287.

¹¹⁸⁰ Soc., 20 oct. 1999, n° 98-60.359.

¹¹⁸¹ Soc., 1^{er} févr. 2013, n° 11-25.696.

¹¹⁸² Soc., 18 janv. 1978, n° 77-60.598. En l'espèce, le protocole d'accord préélectoral avait prévu la transmission des votes par correspondance par voie postale mais certains votes par correspondance avaient été remis entre les mains du chef du personnel violant ainsi les termes du protocole. La chambre sociale a donc estimé que cette pratique n'assurait pas le secret et la sincérité des votes comme la voie postale et a pu fausser le scrutin ; elle justifiait ainsi l'annulation des élections.

¹¹⁸³ Soc., 1^{er} févr. 1978, n° 77-60.599. Dans cet arrêt, la chambre sociale a décidé que dès lors que la convention collective applicable à l'entreprise prévoyait le vote par correspondance, l'employeur avait l'obligation de l'organiser et d'en aviser les intéressés absents.

¹¹⁸⁴ Soc., 12 juill. 2006, n° 05-60.332.

les principes généraux du droit électoral¹¹⁸⁵. En l'absence de dispositions conventionnelles, le juge d'instance peut autoriser, lorsque cela s'avère nécessaire, le recours au vote par correspondance en déterminant lui-même les modalités générales d'organisation et en renvoyant pour le surplus les parties à une négociation sur les autres conditions d'organisation et de déroulement de ce mode de vote¹¹⁸⁶. Deuxièmement, le vote par correspondance ne peut être utilisé que dans des circonstances exceptionnelles qui empêcheraient certains salariés de voter. Il ne peut donc être décidé que l'ensemble des électeurs vote par correspondance sans constater des circonstances exceptionnelles et cela même si le protocole d'accord préélectoral le prévoit¹¹⁸⁷.

La chambre sociale a également estimé, après avoir relevé que certains salariés travaillaient sur place, qu'un vote par correspondance ne répondait pas à une véritable nécessité pour l'ensemble du personnel et devait dès lors être limité aux seuls salariés accidentés, malades ou éloignés du fait de leur travail ou pour motifs légitimes¹¹⁸⁸. Ainsi, le vote par correspondance est légitime lorsqu'il est autorisé pour le personnel ne travaillant pas le jour du scrutin¹¹⁸⁹, notamment pour les salariés accidentés, malades¹¹⁹⁰, ou encore les salariés en congés payés ou en congés maternité par exemple. Il est également valide lorsqu'il est autorisé au profit des salariés en déplacement officiel pour leur travail¹¹⁹¹. Les salariés travaillant de nuit peuvent aussi être autorisés à voter par correspondance. En effet, le travail de nuit caractérise des circonstances exceptionnelles justifiant que le vote par correspondance soit étendu à ce type de personnel, notamment du fait que le jour des élections, des salariés soient nécessairement absents pour cause de repos hebdomadaire ou parce qu'ils travaillent la nuit¹¹⁹². Le dispersement d'un nombre important de salariés sur le territoire national justifie le recours au vote par correspondance afin de centraliser de la manière la plus sûre les résultats du scrutin. La chambre sociale a, en effet, retenu que l'utilisation du vote par correspondance, qui avait été prévu par le protocole d'accord préélectoral adopté à l'unanimité, se justifiait par la nécessité de centraliser de la façon la plus sûre les résultats d'un scrutin intéressant près de six mille électeurs dispersés sur tout le territoire national en quarante établissements et deux

¹¹⁸⁵ Soc., 13 févr. 2013, n° 11-25.696.

¹¹⁸⁶ Soc., 30 avr. 1987, n° 86-60.376 et n° 86-60.380.

¹¹⁸⁷ Soc., 16 janv. 1991, n° 89-61.449, Bull. civ. V, n° 16.

¹¹⁸⁸ Soc., 20 juill. 1983, n° 82-60.290, Bull. civ. V, n° 458.

¹¹⁸⁹ Soc., 14 févr. 1984, n° 83-60.964, Bull. civ. V, n° 66.

¹¹⁹⁰ Soc., 20 juill. 1983, n° 82-60.290, Bull. civ. V, n° 458.

¹¹⁹¹ Soc., 20 juill. 1983, n° 82-60.290, Bull. civ. V, n° 458 ; soc., 14 févr. 1984, n° 83-60.964, Bull. civ. V, n° 66.

¹¹⁹² Soc., 15 déc. 1999, n° 98-60.458, Bull. civ. V, n° 489.

cent quarante huit implantations géographiques et que le matériel utilisé garantissait le secret du vote¹¹⁹³.

L'employeur est tenu de délivrer aux salariés concernés le matériel permettant le vote par correspondance. Il doit ainsi leur fournir les bulletins de vote des différentes listes de candidats de leur collège pour les élections des titulaires et des suppléants. Les règles relatives au vote physique assurant le secret du vote s'appliquent également au vote par correspondance. Ainsi, l'employeur doit également transmettre une enveloppe dans laquelle le salarié doit introduire le bulletin choisi et une enveloppe destinée au retour du vote dans laquelle le salarié doit introduire la première enveloppe contenant son vote. Cette deuxième enveloppe doit mentionner l'identité de l'électeur, sa signature et l'élection concernée. Il ne peut être dérogé à ces règles sous peine de voir les élections annulées. Ainsi, la signature de l'électeur sur l'enveloppe extérieure, renfermant celle contenant le bulletin de vote, est une formalité substantielle qui a pour objet d'assurer la sincérité des opérations électorales, principe auquel un protocole d'accord préélectoral, même unanime, ne peut déroger¹¹⁹⁴.

La chambre sociale s'est assouplie et admet désormais une petite dérogation lorsque le dépouillement du vote par correspondance se fait par voie électronique. Dans un arrêt du 23 juin 2010, la chambre sociale a admis le dépouillement électronique du vote par correspondance à la condition que le protocole d'accord préélectoral respecte les conditions de confidentialité et de fiabilité prévues par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique¹¹⁹⁵ et par le décret du 25 avril 2007 relatif au vote par voie électronique¹¹⁹⁶. Elle a jugé qu'un système de dépouillement par lecture optique de code-barres figurant sur les enveloppes de vote après attribution aléatoire par un prestataire extérieur, était de nature à assurer l'authentification des électeurs ainsi que la sincérité et le secret de ce vote et apportait, malgré l'absence d'enveloppe électorale opaque et de signature de cette enveloppe par l'électeur, des garanties équivalentes aux modalités prévues par le décret du 26 décembre 1983 portant application de la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public¹¹⁹⁷ et conformes aux principes généraux du droit électoral¹¹⁹⁸. Le protocole d'accord préélectoral peut prévoir que l'employeur doit

¹¹⁹³ Soc., 6 févr. 2002, n° 00-60.488.

¹¹⁹⁴ Soc., 9 févr. 2000, n° 98-60.581, Bull. civ. V, n° 61.

¹¹⁹⁵ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

¹¹⁹⁶ Décret n° 2007-602 du 25 avril 2007 relatif au vote par voie électronique.

¹¹⁹⁷ Décret n° 83-1160 du 26 décembre 1983 portant application de la loi n° 675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public.

¹¹⁹⁸ Soc., 23 juin 2010, n° 09-60.335 et n° 09-60.433, Bull. civ. V, n° 147.

communiquer aux salariés votant par correspondance la propagande électorale produite par les syndicats présentant des candidats. A défaut d'accord, le juge d'instance peut décider que l'employeur doit adresser aux salariés votant par correspondance une circulaire de propagande des syndicats présentant des candidats¹¹⁹⁹. L'employeur doit communiquer aux salariés votant par correspondance la propagande électorale produite par les candidats même s'il estime qu'elle contient des affirmations diffamatoires et étrangères au débat syndical ainsi qu'à la campagne électorale¹²⁰⁰.

Le matériel électoral est acheminé par courrier. Le protocole d'accord préélectoral peut prévoir un envoi par voie postale en courrier recommandé avec avis de réception. Le vote est, en principe, adressé à l'employeur mais le protocole d'accord préélectoral peut prévoir l'envoi chez un huissier de justice ou à une boîte postale dont le contenu est récupéré par la Direction et les organisations syndicales ou par un huissier de justice si le protocole d'accord préélectoral le prévoit. Les électeurs ne peuvent, malgré l'usage dans l'entreprise, se présenter au bureau du chef du personnel pour retirer, en cas d'absence le jour du scrutin, le matériel nécessaire au vote alors que les dispositions du protocole d'accord préélectoral prévoit la mise sous pli et l'expédition du matériel de vote en présence d'un membre de chaque organisation syndicale et cela même si les électeurs attestent, par la suite, qu'ils ont pu voter dans des conditions leur permettant d'exprimer librement leur choix¹²⁰¹. La loi n'impose pas à l'employeur d'affranchir les enveloppes, mais le protocole d'accord préélectoral peut prévoir l'envoi par l'employeur d'enveloppes préaffranchies. A défaut d'un tel accord, les frais d'affranchissement incombent à l'électeur. Mais le juge d'instance peut, sans méconnaître les principes généraux du droit électoral et afin d'assurer le secret du vote, imposer que les enveloppes contenant le vote par correspondance soient préalablement timbrées par l'employeur¹²⁰².

Le défaut d'oblitération des timbres apposés sur les enveloppes contenant les votes par correspondance par les services postaux n'entraîne pas nécessairement l'annulation du scrutin. Pour cela, il doit être établi que les votes contestés ont été acheminés hors la voie postale avec un risque de substitution¹²⁰³.

¹¹⁹⁹ Soc., 6 juill. 1983, n° 83-60.746, Bull. civ. V, n° 402.

¹²⁰⁰ Crim., 30 mai 1989, n° 87-83.411.

¹²⁰¹ Soc., 10 janv. 1989, n° 87-60.135.

¹²⁰² Soc., 19 nov. 1989, n° 86-60.059.

¹²⁰³ Soc., 10 déc. 1981, n° 81-60.639 et n° 81-60.640.

L'employeur doit acheminer le matériel de vote dans un délai raisonnable afin de permettre aux électeurs de voter et de retourner leur vote dans les temps. L'envoi tardif du matériel de vote peut entraîner l'annulation des élections s'il a eu une influence sur les résultats. C'est le cas lorsque l'envoi tardif du matériel a dissuadé certains électeurs de voter pensant que leur bulletin de vote risquait de ne pas parvenir en temps utile et que compte tenu du faible écart des voix, le résultat du scrutin a été faussé¹²⁰⁴. La chambre sociale a jugé que l'envoi tardif du matériel de vote par correspondance constituait un motif d'annulation du scrutin compte tenu de l'égalité des voix entre les deux candidats¹²⁰⁵. Les élections sont également annulées lorsque la participation tardive de certains employés, en raison de l'envoi tardif du matériel de vote par correspondance, a une incidence sur les résultats du scrutin, empêchant le quorum d'être atteint¹²⁰⁶. Depuis un arrêt de la chambre sociale du 10 mars 2010, le matériel de vote parvenu tardivement même en raison de circonstances indépendantes de la volonté de l'employeur, notamment en raison d'une grève des postes, alors que l'employeur a envoyé le matériel de vote par correspondance dans le délai prévu par le protocole d'accord préélectoral et dans un délai suffisant pour permettre aux salariés d'exprimer leur vote de manière régulière, entraîne l'annulation des élections. Ainsi, toute irrégularité susceptible d'avoir influencé les résultats du scrutin doit entraîner l'annulation des élections même si elle ne résulte pas d'une défaillance de l'employeur dans l'organisation du scrutin¹²⁰⁷. Antérieurement, la position de la chambre sociale était différente puisqu'elle jugeait que l'organisation du scrutin n'était entachée d'aucune irrégularité lorsque l'envoi du matériel avait été effectué dans un délai suffisant pour permettre aux électeurs par correspondance d'exprimer leur suffrage de manière régulière et conforme au protocole préélectoral, par le chef d'entreprise, à qui le retard d'acheminement du courrier n'était pas imputable¹²⁰⁸.

L'employeur prend en charge les frais d'acheminement du matériel de vote par correspondance. Il lui appartient également de mettre sous pli le matériel de vote mais le protocole d'accord préélectoral peut prévoir que la mise sous pli et l'expédition du matériel de vote soient effectuées en présence d'un membre de chaque organisation syndicale¹²⁰⁹.

¹²⁰⁴ Soc., 14 janv. 1982, n° 81-60.846, Bull. civ. V, n° 20.

¹²⁰⁵ Soc., 23 mai 2007, n° 06-60.210.

¹²⁰⁶ Soc., 21 oct. 1985, n° 85-60.221.

¹²⁰⁷ Soc., 10 mars 2010, n° 09-60.236, Bull. civ. V, n° 55, Dr. soc. 2010. 595, obs. Petit.

¹²⁰⁸ Soc., 26 janv. 2000, n° 98-60.357, Bull. civ. V, n° 42 ; D. 2000. IR 64.

¹²⁰⁹ Soc., 10 janv. 1989, n° 87-60.135, Bull. civ. V, n° 4.

B) Le vote par voie électronique

Le législateur a consacré la possibilité de recourir au vote électronique dans le cadre des élections professionnelles par une loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique¹²¹⁰. Mais certaines entreprises n'ont pas attendu cette consécration législative pour recourir au vote dématérialisé, raison pour laquelle la Cour de cassation dans un arrêt du 8 décembre 2004, pour des faits datant de 2003, a précisé que le recours au vote électronique n'est admis que s'il permet d'assurer l'identité des électeurs ainsi que la sincérité et le secret du vote électronique, comme la publicité du scrutin conformément aux principes généraux du droit électoral¹²¹¹. La chambre sociale a rappelé cette exigence dans un arrêt du 26 avril 2006¹²¹².

La loi encadre le recours au vote électronique en posant des conditions strictes afin « d'encadrer et de sécuriser un processus de vote sur lequel il convient d'être vigilant, mais qui pourrait à l'évidence permettre d'augmenter la participation des salariés à l'élection de leurs représentants »¹²¹³. Elle subordonne la mise en place du vote électronique à la réunion de deux conditions : la conclusion d'un accord d'entreprise ou de groupe et d'un protocole d'accord préélectoral prévoyant tous deux le recours au vote électronique.

Les articles L. 2314-21 et L. 2324-19 du Code du travail subordonnent la mise en œuvre du vote par voie électronique à la conclusion d'un accord d'entreprise. Ainsi, l'employeur ne peut mettre en place le vote par voie électronique que si le principe a été accepté lors d'une négociation au niveau de l'entreprise ou du groupe. En effet, l'article R. 2314-8 du Code du travail prévoyant que la possibilité de recourir à un vote électronique doit être ouverte par un accord d'entreprise ou par un accord de groupe, le recours au vote électronique décidé dans le cadre d'un accord d'établissement est nul¹²¹⁴. Cette négociation doit être préalable à la négociation du protocole d'accord préélectoral puisque, pour être valable, l'accord d'entreprise doit avoir été déposé auprès de l'administration avant la signature du protocole d'accord préélectoral. De même, la validité du protocole d'accord préélectoral prévoyant le recours au vote électronique est subordonnée à l'entrée en vigueur d'un accord d'entreprise conclu à cet effet.

¹²¹⁰ Loi n° 2004-574 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

¹²¹¹ Soc., 8 déc. 2004, n° 03-60.509, Bull. civ. V, n° 321, RJS 3/2005, n° 298.

¹²¹² Soc., 26 avr. 2006, n° 05-60.298, RJS 6-7/2006, n° 868.

¹²¹³ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 716.

¹²¹⁴ Soc., 10 mars 2010, n° 09-60.096 et n° 09-60.152, Bull. civ. V, n° 56.

Le législateur reste muet quant aux conditions de conclusion de l'accord de principe sur le recours au vote électronique. Cet accord doit-il, pour être valide, respecter les règles de conclusion et de majorité des accords collectifs de droit commun ou celles des accords préélectoraux ? La chambre sociale a répondu à cette interrogation, notamment dans un arrêt du 28 septembre 2011 dans lequel elle a précisé que « si le protocole d'accord préélectoral fixant les modalités de mise en œuvre du vote électronique doit, pour être valable, satisfaire aux conditions de majorité prévues aux articles L. 2314-3 et L. 2324-3-1 du Code du travail, l'accord d'entreprise autorisant le recours au vote électronique est soumis aux seules conditions de validité prévues à l'article L. 2332-12 du Code du travail »¹²¹⁵. La conclusion d'un accord collectif d'entreprise ou de groupe prévoyant le recours au vote électronique est donc soumise aux règles de droit commun de conclusion et de majorité des accords collectifs. Ainsi, la validité de l'accord sur le recours au vote électronique est subordonnée à sa signature par 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 des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants¹²¹⁶.

Les négociateurs n'ont pas toute liberté dans la rédaction de l'accord collectif puisque celui-ci doit comporter un cahier des charges¹²¹⁷ précis afin d'éviter que le vote électronique n'entraîne la violation des règles générales du droit électoral tel que le secret du vote. Ainsi, le système retenu doit assurer la confidentialité des données transmises, notamment celles des fichiers constitués pour établir les listes électorales des collègues électoraux, ainsi que la sécurité de l'adressage des moyens d'authentification, de l'émargement, de l'enregistrement et du dépouillement des votes¹²¹⁸.

Deuxième condition prévue aux articles R. 2314-16 et R. 2324-12 du Code du travail, le recours au vote électronique doit également être prévu par le protocole d'accord préélectoral qui doit mentionner la conclusion de l'accord d'entreprise ou de l'accord de groupe autorisant le recours au vote électronique et, s'il est déjà arrêté, le nom du prestataire choisi pour le mettre en place. Le protocole d'accord préélectoral doit contenir, en annexe, la description détaillée du fonctionnement du système retenu et du déroulement des opérations électorales. Doit être déduit de ces dispositions que le protocole d'accord préélectoral doit être

¹²¹⁵ Soc., 28 sept. 2011, n° 10-27.370, RJS 2011. 875, n° 1006.

¹²¹⁶ Art. L. 2332-12 C. trav.

¹²¹⁷ Art. R. 2324-4 C. trav.

¹²¹⁸ Art. R. 2324-5 C. trav.

signé après l'entrée en vigueur de l'accord collectif sur le vote électronique, autrement dit après la signature et le dépôt auprès de l'administration de l'accord collectif¹²¹⁹.

Préalablement au vote, l'employeur doit informer les organisations syndicales représentatives de salariés dans le périmètre de l'accord autorisant le vote électronique, dans le sens de l'article L. 2231-1 du Code du travail, de l'accomplissement des formalités déclaratives préalables auprès de la commission nationale de l'informatique et des libertés¹²²⁰. L'employeur doit, ensuite, délivrer à chaque salarié une notice d'information détaillée sur le déroulement des opérations électorales, sorte de mode d'emploi du vote électronique. Les représentants du personnel, les délégués syndicaux et les membres du bureau de vote doivent, quant à eux, bénéficier d'une formation sur le système de vote électronique retenu¹²²¹.

L'accord d'entreprise prévoit les modalités d'organisation du vote électronique. L'élection par vote électronique peut être réalisée sur le lieu de travail ou à distance. La chambre sociale a précisé que l'article L. 2314-22 du Code du travail, qui prévoit que l'élection a lieu uniquement pendant le temps de travail, ne s'applique pas au vote électronique. Elle a également affirmé que la disposition du protocole d'accord préélectoral prévoyant la possibilité de procéder au vote électronique à partir de tout ordinateur vingt quatre heures sur vingt quatre ne constitue pas une disposition soumise à la règle de l'unanimité¹²²². Le recours au vote électronique n'interdit pas le vote à bulletin secret sous enveloppe si l'accord n'exclut pas cette modalité¹²²³. Mais lorsque ces deux modalités de vote sont prévues, le président du bureau de vote doit être attentif à ce qu'un électeur n'ait pas déjà voté par voie électronique. Afin de permettre cette vérification et d'éviter le double vote d'un même électeur, le vote physique par bulletin papier ne peut commencer qu'après la clôture du scrutin électronique. Un fichier des électeurs se substitue à la liste électorale et sert à authentifier les votes.

Pour voter par voie électronique chaque électeur doit s'identifier grâce aux données confidentielles qui lui ont préalablement été communiquées. La chambre sociale a estimé que l'envoi des codes personnels d'authentification sur la messagerie professionnelle des salariés, sans autre précaution destinée notamment à éviter qu'une personne non autorisée puisse se substituer frauduleusement à l'électeur, n'est de nature à garantir la confidentialité des

¹²¹⁹ Soc., 28 sept. 2011, n° 11-60.028.

¹²²⁰ Art. R. 2314-14 et R. 2324-10 C. trav.

¹²²¹ Art. R. 2314-15 et R. 2324-11 C. trav.

¹²²² Soc., 5 avr. 2011, n° 10-19.951.

¹²²³ Art. R. 2314-8 et R. 2324-4 C. trav.

données ainsi transmises, ce dont il résulte que la conformité des modalités d'organisation du scrutin aux principes généraux du droit électoral n'est pas assurée. En l'espèce, chaque électeur avait reçu du prestataire un code PIN secret et un mot de passe, à son domicile par courrier simple et sur sa boîte mail¹²²⁴. L'électeur peut alors accéder aux listes de candidats et faire son choix. Tant qu'il ne l'a pas validé, l'électeur peut modifier son vote. Mais en validant son choix, son vote est enregistré et acheminé vers le fichier qui recueille le contenu de l'urne électronique et son accès au vote est verrouillé. Le vote de chaque électeur est crypté et ce n'est qu'au moment du dépouillement qu'il peut être déchiffré. A la clôture du vote électronique, les fichiers sont figés et scellés. Peut alors commencer le dépouillement par les membres du bureau de vote grâce à des clés de chiffrement, les fichiers doivent être conservés sous scellés jusqu'à l'expiration du délai de recours, ou s'il y a eu recours, jusqu'à la décision définitive. Le fichier d'émargement des électeurs ayant voté par voie électronique est adressé au président du bureau de vote avant l'ouverture du vote au scrutin secret sous enveloppe qui ne peut avoir lieu qu'après la clôture du vote électronique.

II) Des modalités de vote contrôlées

Afin d'assurer le bon déroulement des opérations électorales, le bureau de vote en assure le contrôle **(A)**. Des contrôles complémentaires viennent au soutien du contrôle opéré par le bureau de vote **(B)**.

A) Un contrôle par le bureau de vote

Le bureau de vote est chargé de s'assurer du bon déroulement des opérations électorales. Il assure, ainsi, la surveillance du scrutin et veille à sa régularité avant d'en proclamer les résultats après dépouillement **(2)**. Il est donc strictement composé **(1)**.

¹²²⁴ Soc., 27 févr. 2013, n° 12-14.415.

1) La composition stricte du bureau de vote

La composition du bureau de vote doit, en principe, être prévue par le protocole d'accord préélectoral¹²²⁵. Cette composition n'est pas totalement libre, employeur et organisations syndicales devant respecter les principes généraux du droit électoral. Conformément aux dispositions du Code électoral¹²²⁶, le bureau de vote doit être composé d'un président et d'assesseurs désignés parmi les électeurs du collège pour lequel sont organisées les élections. Un bureau de vote composé uniquement d'un membre assurant la présidence entraîne l'annulation du scrutin, cette irrégularité étant de nature à porter atteinte au déroulement normal des opérations électorales¹²²⁷. En revanche, un bureau de vote composé d'un seul assesseur, au côté du président, n'entraîne pas systématiquement l'annulation du scrutin, le président pouvant faire appel pour compléter le bureau à un électeur présent. La chambre sociale a précisé qu'une irrégularité formelle dans les opérations électorales n'est de nature à entraîner l'annulation que s'il est établi qu'elle a eu pour conséquence de fausser les résultats du scrutin¹²²⁸. L'absence de président désigné dans les bureaux de vote, en violation des principes généraux du droit électoral, invalide automatiquement le scrutin peu importe si cette irrégularité a effectivement faussé les résultats. En effet, l'absence de président constitue, en raison de l'importance de ses attributions, une irrégularité qui porte atteinte au déroulement normal des opérations électorales et compromet dans son ensemble la loyauté du scrutin¹²²⁹.

Les membres du bureau de vote doivent nécessairement être des salariés de l'entreprise électeurs dans le collège concerné par les élections. Un bureau de vote composé d'un président non électeur et d'un second assesseur non inscrit sur les listes électorales méconnaît les principes généraux du droit électoral. Ces irrégularités constituent, en raison de l'importance des attributions du bureau de vote, des irrégularités graves qui, par leur nature, portent atteinte au déroulement normal des opérations électorales, compromettant dans son ensemble la loyauté du scrutin et entraînent l'annulation des élections¹²³⁰. L'employeur, ou un de ses représentants, n'ayant pas la qualité d'électeur, ne peut siéger au bureau de vote. Ainsi, la composition du bureau de vote où siègent le chef d'établissement et le chef du personnel est

¹²²⁵ Soc., 26 janv. 1984, n° 83-60.265.

¹²²⁶ Art. R. 43 et R. 44 C. élect.

¹²²⁷ Soc., 19 oct. 1994, n° 93-60.049, Bull. civ. V, n° 282.

¹²²⁸ Soc., 22 juin 1977, n° 77-60.060, Bull. civ. V, n° 415 ; soc., 17 mai 1994, n° 93-60.352.

¹²²⁹ Soc., 13 févr. 2008, n° 07-60.097, Bull. civ. V, n° 37.

¹²³⁰ Soc., 27 mai 1987, n° 86-60.382, Bull. civ. V, n° 345.

irrégulière et constitue une cause d'annulation de plein droit des élections¹²³¹. Un représentant de l'employeur ne peut encore moins siéger au bureau de vote comme président¹²³².

Le protocole d'accord préélectoral peut prévoir comment seront désignés les assesseurs. Généralement, il s'agit de l'électeur le plus âgé et du plus jeune présent au moment de l'ouverture du scrutin. Le président est l'électeur le plus âgé présent. Le protocole d'accord préélectoral ne peut en aucun cas prévoir que la désignation des assesseurs sera laissée à la discrétion de l'employeur¹²³³. Toute composition du bureau de vote non conforme aux exigences du protocole d'accord préélectoral entraîne l'annulation du scrutin¹²³⁴.

A défaut de dispositions dans le protocole d'accord préélectoral, il appartient au juge d'instance de déterminer la composition du bureau de vote ou de préciser comment seront choisis ses membres. Il peut décider que les assesseurs des bureaux de vote seront désignés par les organisations syndicales présentant des candidats¹²³⁵.

La mise en place de plusieurs bureaux de vote n'est pas obligatoire. Il peut, en effet, y avoir un seul bureau de vote pour plusieurs collèges à la condition que ce bureau unique puisse contrôler efficacement le déroulement du scrutin. Un seul bureau de vote ne peut contrôler efficacement le déroulement du scrutin dans les six établissements d'une société¹²³⁶.

2) Des prérogatives de contrôle étendues

Le Code du travail ne prévoit aucune disposition relative aux compétences du bureau de vote, c'est donc le Code électoral qui vient encore une fois combler cette carence. Conformément au droit commun des élections, le bureau de vote constate publiquement et mentionne au procès-verbal l'heure d'ouverture et de clôture du scrutin¹²³⁷. Il est chargé de la police de la salle où a lieu le vote et doit consigner au procès-verbal les incidents éventuels et

¹²³¹ Soc., 21 mai 1980, n° 80-60.008, Bull. civ. V, n° 455.

¹²³² Soc., 23 févr. 2005, n° 04-60.242.

¹²³³ Soc., 26 janv. 1984, n° 83-60.265, Bull. civ. V, n° 36.

¹²³⁴ Soc., 2 mars 1978, n° 77-60.571, Bull. civ. V, n° 149. En l'espèce, deux personnes seulement avaient été désignées pour faire partie du bureau de vote alors que le protocole d'accord préélectoral en avait prévu trois.

¹²³⁵ Soc., 7 avril 1993, n° 92-60.365.

¹²³⁶ Soc., 6 juill. 1983, n° 82-60.292, Bull. civ. V, n° 404.

¹²³⁷ Art. R. 57 C. élect.

les réclamations présentées¹²³⁸. Le bureau de vote veille au bon déroulement des opérations électorales, il doit donc s'assurer de la régularité et du secret du vote. Pour cela, il doit prendre garde à ce que les bulletins de vote soient mis sous enveloppes avant d'être glissés dans l'urne et veiller à ce que les électeurs signent les feuilles d'émargement. Il doit veiller à ce que les électeurs aient toujours à leur disposition tous les bulletins de vote ainsi que des enveloppes. Le bureau de vote doit notamment s'assurer que l'urne, ou les urnes, reste bien fermée de l'ouverture à la clôture du scrutin et cela jusqu'au dépouillement. Il clôture donc le scrutin, procède au comptage des émargements et des enveloppes introduites dans l'urne et procède enfin au dépouillement avant de proclamer les résultats. Le bureau de vote se prononce provisoirement sur les difficultés qui s'élèvent touchant les opérations électorales. Ses décisions doivent être motivées et inscrites au procès-verbal tout comme les réclamations¹²³⁹. Mais n'étant pas le juge de la régularité des élections, il n'a pas le pouvoir d'annuler les élections professionnelles¹²⁴⁰. Il ne lui appartient pas également de se faire juge de la représentativité d'un syndicat et de la régularité de la présentation par lui de candidats¹²⁴¹ et il n'est pas habilité à écarter les suffrages exprimés en faveur d'une liste, même si celle-ci est irrégulière, comportant plus de candidats que de sièges à pourvoir¹²⁴².

B) Des contrôles complémentaires au bureau de vote

Le contrôle du vote peut être optimisé par la présence dans le bureau de vote de personnes non membres. En effet, certaines personnes extérieures au bureau de vote sont permises à entrer pendant le scrutin afin de veiller à son bon déroulement. Mais toujours dans cet objectif, l'accès au bureau de vote est encadré. Toutes les personnes concernées par les élections, syndicats, candidats, employeur, électeurs, ont un intérêt à veiller au bon déroulement du scrutin mais afin d'éviter l'effet inverse, notamment que l'accès au bureau de vote à certaines personnes ou à un trop grand nombre ne perturbe les élections, l'accès au bureau de vote pendant le scrutin est conditionné.

A défaut de dispositions spéciales en la matière pour les élections des représentants du personnel, les règles de droit commun électoral doivent recevoir application. En vertu des

¹²³⁸ Art. R. 49 C. élect.

¹²³⁹ Art. R. 52 C. élect.

¹²⁴⁰ Soc. 3 mars 1983, n° 82-60.344, Bull. civ. V, n° 131.

¹²⁴¹ Soc., 22 juill. 1975, n° 75-60.080, n° 75-60.081, Bull. civ. V, n° 416.

¹²⁴² Soc., 8 déc. 2010, n° 10-60.211.

articles L. 67, R. 47 et R. 67, chaque liste de candidats a le droit d'exiger la présence permanente dans la salle d'un délégué habilité à contrôler toutes les opérations électorales. Ainsi, l'expulsion de la salle de vote de toutes personnes autres que les membres du bureau de vote constitue une irrégularité grave qui, par sa nature, porte atteinte au déroulement normal des opérations électorales, compromet dans son ensemble la loyauté du scrutin et entraîne l'annulation des élections¹²⁴³. Mais la chambre sociale a précisé qu'un syndicat ne peut désigner un représentant extérieur à l'entreprise afin de contrôler le déroulement des élections. Si des délégués de liste peuvent être désignés pour contrôler le déroulement des opérations électorales, ils doivent nécessairement être électeurs dans l'entreprise¹²⁴⁴. Un arrêt du 4 février 1997 est venu jeter le trouble sur l'exigence d'un délégué nécessairement salarié de l'entreprise. Dans cet arrêt, la chambre sociale a admis qu'un syndicat représentatif au plan national¹²⁴⁵ extérieur à l'entreprise peut désormais présenter des candidats aux élections à la condition d'avoir ni élus ni adhérents dans l'entreprise. Elle a précisé que ces organisations syndicales représentatives sur le plan national ont la faculté de choisir comme candidats des salariés non syndiqués et peuvent pendant le déroulement des opérations électorales et jusqu'au scrutin, être représentées par leurs membres non salariés de l'entreprise à la condition qu'elles aient présenté des candidats et qu'elles n'y aient ni adhérents ni élus¹²⁴⁶. La chambre sociale ouvre donc les portes des bureaux de vote à des représentants de syndicats extérieurs non salariés de l'entreprise. Cette faculté n'est offerte qu'aux syndicats extérieurs à l'entreprise. Le raisonnement de la chambre sociale semble être que les syndicats extérieurs n'ayant ni élus ni adhérents dans l'entreprise peuvent difficilement désigner des représentants salariés de l'entreprise. Mais si ces syndicats peuvent désigner des candidats salariés de l'entreprise, ne peuvent-ils pas également désigner des représentants salariés de l'entreprise ?

Si l'employeur, ou son représentant, ne peut siéger au sein du bureau de vote, il peut toutefois être observateur sur les lieux de vote¹²⁴⁷. La présence de l'employeur, ou de son représentant, dans la salle de vote n'est pas, à elle seule, de nature à entacher d'irrégularité le scrutin en l'absence de violation de son obligation de neutralité¹²⁴⁸. Le juge d'instance ne peut donc interdire à l'employeur l'accès au bureau de vote, mais il peut prononcer l'annulation

¹²⁴³ Soc., 26 mai 1976, n° 76-60.035, Bull. civ. V, n° 330 ; soc., 11 déc. 1985, n° 85-60.387, Bull. civ. V, n° 603.

¹²⁴⁴ Soc., 28 juin 1984, n° 84-60.135, Bull. civ. V, n° 276.

¹²⁴⁵ Depuis la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps du travail sont également concernés les syndicats affiliés à une organisation syndicale reconnue représentative au niveau national et interprofessionnel.

¹²⁴⁶ Soc., 4 févr. 1997, n° 95-60.994.

¹²⁴⁷ Soc., 25 févr. 1992, n° 89-61.135, Bull. civ. V, n° 123.

¹²⁴⁸ Soc., 2 nov. 1993, n° 92-60.400 ; soc., 21 mars 1995, n° 94-60.221.

des élections en cas d'immixtion de ce dernier dans le déroulement des opérations électorales¹²⁴⁹. En revanche, le protocole d'accord préélectoral peut conditionner la présence de l'employeur dans le bureau de vote.

En vertu des articles L. 67 et R. 47 du Code électoral, tout candidat, ou son représentant, a le droit de contrôler toutes les opérations de vote et de dépouillement des bulletins et de décompte des voix ainsi que d'exiger l'inscription sur le procès-verbal de toutes observations, protestations ou contestations¹²⁵⁰. Les candidats ont le droit d'assister aux opérations de dépouillement même si les dispositions du protocole préélectoral ont omis de prévoir leur présence au dépouillement et que l'employeur ne les a pas conviés à y assister conformément aux articles L. 2314-23 du Code du travail et L. 67 et R. 47 du Code électoral¹²⁵¹, à la condition toutefois qu'ils n'exercent aucune pression sur les électeurs. La présence dans le bureau de vote d'un candidat qui présente les bulletins aux électeurs et surveille ou effectue leur mise sous enveloppe est susceptible de constituer une pression et entraîne l'annulation du scrutin¹²⁵². Les listes de candidats peuvent être représentées par un délégué de liste désigné pour assister aux déroulements des opérations électorales. L'employeur qui empêche ces délégués de liste d'assister aux opérations électorales contrevient aux articles L. 67, R. 47 et R. 67 du Code électoral. Cette irrégularité justifie l'annulation des élections¹²⁵³.

Section 2 : Après le vote

L'objectif premier du droit électoral de l'entreprise est l'élection et la désignation de représentants du personnel (§1). Le succès de ces opérations entraîne un certain nombre d'effets (§2).

§1) L'élection et la désignation des représentants du personnel

Certaines dispositions du Code électoral en matière de dépouillement et proclamations des résultats s'appliquent aux élections dans l'entreprise. Ces règles s'adaptent au milieu de

¹²⁴⁹ Soc., 13 oct. 2004, n° 03-60.227.

¹²⁵⁰ Soc., 20 avr. 2005, n° 04-60.250.

¹²⁵¹ Soc., 6 janv. 2011, n° 09-60.398.

¹²⁵² Soc., 7 avr. 1976, n° 75-60.183.

¹²⁵³ Soc., 3 juill. 1985, n° 85-60.139 ; soc., 11 déc. 1985, n° 85-60.387.

l'entreprise. Mais la particularité de ces élections appelle également à des règles particulières. A l'occasion des élections professionnelles dans l'entreprise deux tours de scrutin peuvent être organisés **(I)**, à l'issue desquels retentissent les résultats **(II)**.

I) Un scrutin à deux tours

Le dépouillement du premier tour des élections est une étape cruciale du processus électoral puisque repose sur lui de nombreux enjeux **(A)**, notamment l'organisation d'un second tour de scrutin, étape également conditionnée **(B)**.

A) Le dépouillement du premier tour, une étape cruciale

Le dépouillement des résultats des élections est effectué sous haute surveillance **(1)**, notamment en raison de son nouvel enjeu : le décompte de l'audience électoral des syndicats **(2)**.

1) Un dépouillement sous haute surveillance

Le droit électoral de l'entreprise tâche à organiser toutes les étapes du dépouillement. L'ouverture du dépouillement **(a)** et son déroulement sont strictement conditionnés **(b)** et les résultats obtenus doivent être consignés dans un procès-verbal **(c)**.

a) Une ouverture du dépouillement conditionnée

Le dépouillement doit être organisé en respectant la date et l'heure de clôture du scrutin prévues par le protocole d'accord préélectoral. Il appartient, ainsi, au bureau de vote de proclamer la clôture du scrutin à l'heure prévue. Lorsqu'il est fait recours au vote électronique, il convient de s'assurer que celui-ci est clos. Le dépouillement ne peut commencer avant que la liste d'émargement du vote électronique soit remise au président du bureau de vote. En ce qui concerne les votes par correspondance, ils doivent être introduits dans l'urne à la clôture du scrutin.

Dans un souci de sécurité des résultats, les articles L. 63 et R. 63 du Code électoral prévoient que le dépouillement des urnes doit être réalisé après la clôture du scrutin. La jurisprudence admet, toutefois, des exceptions à la condition que des mesures soient prises afin d'éviter que les résultats du scrutin soient faussés. Il peut être effectué quelque temps après la fin des opérations de vote à la condition que l'urne soit placée sous une surveillance suffisante pendant le laps de temps qui s'écoule entre la fin du scrutin et le début du dépouillement. Elle considère, ainsi, qu'une urne placée dans des cartons conservés 15 jours sans protection dans le bureau de la direction, ne bénéficie pas d'une surveillance suffisante et constitue une irrégularité de nature éventuellement à fausser les résultats du scrutin¹²⁵⁴. Ainsi, la chambre sociale ne considère pas la mise sous scellé comme unique mode de surveillance. Toute mesure garantissant une protection suffisante autorise à différer le dépouillement. La chambre sociale précise, tout de même, qu'à contrario, l'absence de scellé n'est pas susceptible de fausser les résultats des élections lorsque le dépouillement a lieu immédiatement après le scrutin¹²⁵⁵. Il en est de même en ce qui concerne l'interruption des opérations de dépouillement. Elle n'est possible que si des mesures nécessaires à la protection des bulletins non encore comptés sont prises dans l'intervalle d'interruption du dépouillement¹²⁵⁶.

Le dépouillement des urnes doit être effectué sous le contrôle du bureau de vote¹²⁵⁷ qui s'occupe également du déroulement du scrutin. En effet, conformément à l'article R. 64 du Code électoral, le dépouillement doit être opéré par des scrutateurs sous la surveillance des membres du bureau de vote. Ces scrutateurs sont désignés parmi les électeurs présents par le président du bureau de vote qui les répartit par tables de quatre au moins. Le président répartit, ensuite, entre les tables de comptage, les enveloppes à vérifier. La validité des bulletins litigieux est soumise à l'appréciation du bureau de vote qui est chargé d'annexer les bulletins exclus du décompte au procès verbal des élections.

Le dépouillement se fait en public, il doit donc être effectué dans un lieu et à un moment connu de tous afin que les membres du personnel, les représentants de liste et les candidats puissent y assister sans pour autant intervenir dans les opérations de dépouillement.

¹²⁵⁴ Soc., 16 janv. 1985, n° 84-60.699, Bull. civ. V, n° 26.

¹²⁵⁵ Soc., 2 nov. 1993, n° 93-60.400, RJS 12/1993, n° 1220.

¹²⁵⁶ Soc., 20 juill. 1983, n° 82-60.326, Bull. civ. V, n° 461.

¹²⁵⁷ Le bureau de vote doit être composé d'au moins un président et de deux assesseurs choisis parmi les électeurs présents du collège concerné. Les représentants de l'employeur ne peuvent faire partie du bureau de vote. Le protocole d'accord préélectoral peut prévoir une composition plus large. Le défaut de bureau de vote ou le défaut dans la constitution du bureau de vote entache les élections d'irrégularité.

b) Un déroulement du dépouillement organisé

Si le droit électoral de l'entreprise ordonne l'opération de dépouillement (**α**), ses règles relatives au décompte des bulletins sont incontestablement complexes (**β**).

α) Une opération de dépouillement ordonnée

Le bureau de vote prépare, avant le début des opérations de dépouillement, des feuilles de dépouillement qui servent à consigner et comptabiliser tous les votes. Le bureau de vote peut utiliser des feuilles de dépouillement qu'il a lui-même préparé ou alors utiliser les formulaires Cerfa de procès-verbaux des élections des représentants du personnel. Le ministère en charge du travail met à disposition des formulaires de procès-verbaux des élections au comité d'entreprise ou comité d'établissement¹²⁵⁸, des élections des délégués du personnel¹²⁵⁹ et des élections de la délégation unique du personnel¹²⁶⁰ en distinguant titulaires et suppléants. Chaque collège doit disposer de ces feuilles de dépouillement.

Lorsqu'est proclamée la clôture du scrutin, tous les membres du bureau de vote signent la liste d'émargement et il est procédé au dénombrement des émargements¹²⁶¹. Le dépouillement suit immédiatement le dénombrement des émargements¹²⁶² et s'organise tel que le prévoit l'article L. 65 du Code électoral. Après l'ouverture de l'urne, les enveloppes sont comptées, sans les décacheter, afin de vérifier que le nombre d'enveloppes est identique au nombre d'électeurs ayant signé la liste d'émargement. Lorsque ces deux nombres ne correspondent pas, il doit en être fait mention au procès-verbal. Le Code électoral prévoit le regroupement des enveloppes par paquets de cent qui doivent ensuite être introduits dans des enveloppes spécialement réservées à cet effet, cachetées, sur lesquelles sont apposées les signatures du président du bureau de vote et d'au moins deux assesseurs représentants, sauf liste ou candidat unique, des listes ou des candidats différents. Ces dernières dispositions n'ont pas vocation à s'appliquer aux élections professionnelles en entreprise, les électeurs de ces élections étant bien inférieurs à ceux dans les élections politiques. Elles peuvent éventuellement s'appliquer dans les entreprises employant au moins 400 salariés. Les enveloppes sont réparties de manière égale entre les différentes tables de comptage qui ne

¹²⁵⁸ Cerfa n° 10114*05 (membres titulaires) ; cerfa n° 10114*04 (membres suppléants).

¹²⁵⁹ Cerfa n° 10113*05 (membres titulaires) ; cerfa n° 10113*04 (membres suppléants).

¹²⁶⁰ Cerfa n° 10115*05 (membres titulaires) ; cerfa n° 10115*04 (membres suppléants).

¹²⁶¹ Art. R. 62 Code électoral.

¹²⁶² Art. R. 63 Code électoral.

peuvent être inférieures au nombre d'isoloirs. A chaque table, l'un des scrutateurs ouvre chaque enveloppe, en extrait le bulletin et le passe déplié à un autre scrutateur qui le lit à haute voix alors que deux scrutateurs au moins relèvent les noms portés sur les bulletins sur des listes préparées à cet effet. L'opération de dépouillement doit être distincte pour chaque urne, une urne pour les titulaires et une pour les suppléants, et pour chaque collège électoral.

Le dépouillement des votes électroniques fait appel à une procédure particulière. En effet, lorsque les bureaux de vote sont dotés d'une machine à voter, l'opération de dépouillement est informatique. Des serveurs informatiques gèrent le contenu des urnes électroniques et sont programmés pour, qu'à la clôture du scrutin, les votent soient gelés, horodatés et scellés. Des clés de chiffrement permettent de faire apparaître le décompte des voix sur l'écran. Le président du bureau de vote rend visibles les compteurs totalisant les suffrages obtenus par chaque liste, chaque binôme de candidats ou chaque candidat ainsi que les votes blancs, de manière à permettre la lecture par les membres du bureau¹²⁶³, les candidats, les électeurs présents et les syndicats. Les résultats doivent être imprimés et annexés au procès-verbal. Ces informations doivent être conservées sous scellé jusqu'à l'expiration du délai de recours ou la décision définitive rendue après un recours afin de permettre, si nécessaire, des vérifications. A l'issue de ces délais, les données sont détruites.

Le président du bureau de vote donne lecture à haute voix du nombre de suffrages valablement exprimés, du nombre de bulletins pour chaque liste et, enfin, des votes obtenus par chaque candidat. La chambre sociale a considéré dans un litige, que les opérations de dépouillement effectuées dans la confusion et la précipitation, notamment en raison d'un retard dans la mise en place de certains bureaux de vote, ne permettaient pas un vote serein et devaient entraîner l'annulation des élections même si aucune irrégularité n'avait été constatée. Pour fonder sa décision, elle s'était notamment appuyée sur les témoignages contradictoires versés au débat, qui prouvent la confusion et la précipitation, et le refus de l'employeur de procéder à une vérification des bulletins de vote qui aurait permis de lever les incertitudes sur les résultats du scrutin¹²⁶⁴.

¹²⁶³ Art. L. 65 C. élect.

¹²⁶⁴ Soc., 12 février 1985, n° 84-60.658, Bull. civ. V, n° 100.

β) Un décompte des bulletins complexifié

Sont pris en considération dans le décompte, uniquement les suffrages valablement exprimés. Il appartient, ainsi, au bureau de vote d'apprécier la validité des bulletins et d'écarter les bulletins litigieux. Sont exclus du décompte des suffrages valablement exprimés et du calcul du quorum, les bulletins blancs¹²⁶⁵ et nuls.

Les bulletins blancs expriment la volonté des électeurs de participer au suffrage sans s'exprimer sur les candidatures. Les enveloppes vides, les enveloppes contenant un bulletin blanc ainsi que les bulletins sans enveloppes sont considérés comme des bulletins blancs et sont exclus de la détermination du nombre de suffrages exprimés et du calcul du quorum.

Les bulletins nuls sont, quant à eux, des bulletins irréguliers. Le Code électoral considère comme nuls les enveloppes contenant plusieurs bulletins qui portent des listes et des noms différents. En revanche, les bulletins multiples qui désignent la même liste, le même binôme de candidats ou le même candidat ne comptent que pour un seul. Ainsi, les bulletins contenant un panachage des listes sont également nuls. La Cour de cassation a confirmé l'interdiction du panachage des listes affirmant que le scrutin pour les élections des délégués du personnel est un scrutin de liste, que toute candidature individuelle constitue une liste et que le panachage des listes n'est pas admis. Qu'ainsi, ne peuvent être comptés pour suffrage valablement exprimés les bulletins contenus dans une même enveloppe et portant des listes différentes¹²⁶⁶. La chambre sociale a introduit une atténuation dans un arrêt du 24 septembre 2008 dans les cas où plusieurs sièges sont à pourvoir et que les candidats se présentent individuellement. Elle a, en effet, estimé que « n'est pas contraire à la loi l'usage d'entreprise permettant à chaque électeur d'insérer dans la même enveloppe autant de bulletins de vote qu'il y a de sièges à pourvoir lorsque ces bulletins sont établis au nom de chacun des candidats se présentant individuellement »¹²⁶⁷. Qu'ainsi, chaque électeur dispose du droit d'insérer dans une enveloppe autant de bulletins qu'il y a de sièges à pourvoir. Ce panachage n'est possible que si les bulletins portent un seul nom, au-delà il est interdit¹²⁶⁸. La chambre sociale, confrontée à des litiges, a complété la liste des bulletins nuls. Elle considère les bulletins injurieux ou illisibles, les bulletins comportant un signe permettant de reconnaître son auteur, les bulletins contenant le nom d'une personne qui ne s'est pas présentée

¹²⁶⁵ Soc., 22 juill. 1975, n° 75-60.117, Bull. civ. V, n° 418.

¹²⁶⁶ Soc., 10 janv. 1989, n° 87-60.309, Bull. civ. V, n° 6.

¹²⁶⁷ Soc., 24 sept. 2008, n° 08-60.004, JCP S 2008. 1619, obs. J.-Y. Kerbouc'h.

¹²⁶⁸ Soc., 17 déc. 2008, n° 08-60.421.

candidat¹²⁶⁹, les bulletins modifiant les noms des candidats ou leur ordre, ainsi que les bulletins remis dans une enveloppe autre que celle prévue comme nuls est, par conséquent, exclus du décompte des suffrages valablement exprimés et du calcul du quorum.

En ce qui concerne les bulletins contenant des ratures, leur exclusion n'est pas systématique. Les bulletins comportant un ou plusieurs noms raturés ne sont pas nuls conformément aux articles L. 2314-24 et L. 2324-22 du Code du travail. Les bulletins sur lesquels tous les noms sont rayés sont considérés comme blancs¹²⁷⁰, les bulletins devant comportés au moins un nom non rayé¹²⁷¹. La chambre sociale a précisé que « les électeurs ne pouvaient être privés de leur droit de choisir leurs élus et de rayer les noms de certains candidats, prérogative d'ordre public qui ne saurait leur être retirée par l'usage » dans l'entreprise¹²⁷². Ainsi, les bulletins comportant des noms raturés ne peuvent être exclus du décompte même si le protocole d'accord préélectoral le prévoit. Les bulletins raturés sont donc pris en considération dans le décompte des suffrages exprimés et dans le calcul du quorum. La loi opère, toutefois, une distinction entre les bulletins portant plus ou moins 10% de ratures dans l'attribution des sièges.

Les votes par correspondance sont, en principe, pris en compte dans le décompte, à l'exception des enveloppes sans vote et ne comportant pas de signature, puisqu'ils sont intégrés dans l'urne avant la clôture du scrutin. La question s'est posée de la prise en compte des votes par correspondance arrivés tardivement. Dans une espèce, un huissier de justice avait, conformément aux dispositions du protocole d'accord préélectoral, détruit, hors de tout contrôle du bureau de vote, les enveloppes parvenues à son étude tardivement ainsi que les enveloppes sans vote et sans signature. La chambre sociale a rappelé qu'en vertu de l'article L. 66 du Code électoral « le bureau de vote ayant seul le pouvoir d'apprécier la régularité des votes, l'intégralité des enveloppes de vote par correspondance doivent lui être remis »¹²⁷³. Il appartient donc au bureau de vote d'apprécier la régularité des votes par correspondance. Les bulletins arrivés tardivement doivent donc être remis au bureau de vote en charge d'apprécier la régularité des bulletins même si l'on sait déjà qu'il les écartera du décompte des suffrages valablement exprimés. Si des bulletins parvenus tardivement ont eu une influence sur les

¹²⁶⁹ Soc., 2 juin 1983, n° 82-60.230, Bull. civ. V, n° 304.

¹²⁷⁰ Soc., 7 mai 1987, n° 86-60.357, Bull. civ. V, n° 282.

¹²⁷¹ Soc., 7 févr. 1974, n° 73-60.162, Bull. civ. V, n° 99.

¹²⁷² Soc., 4 févr. 1976, n° 75-60.166, Bull. civ. V, n° 72, voir également : soc., 28 janv. 1982, n° 81-60.859 et n° 81-60.860, Bull. civ. V, n° 56.

¹²⁷³ Soc., 31 mars 2009, n° 08-60.494.

résultats des élections ou la détermination de l'audience électorale, ces élections devront être annulées.

Les bulletins écartés par le bureau de vote doivent être placés à part, signés, mentionnés au procès-verbal et conservés afin de permettre au tribunal, en cas de contestation, d'effectuer les vérifications nécessaires.

c) Des résultats consignés dans un procès-verbal

Après leur proclamation, les résultats des élections doivent être consignés sur un procès-verbal par le bureau de vote. En application de l'article R. 67 du Code électoral, le procès-verbal des opérations électorales doit être rédigé immédiatement après la fin du dépouillement des bulletins de vote par le secrétaire dans la salle de vote ; en matière d'élections professionnelles, en l'absence de secrétaire, ce procès-verbal doit être établi par l'un des membres du bureau de vote ou par l'un des électeurs présents choisi par lui. Ainsi, la rédaction du procès-verbal opérée par un tiers constitue une cause de nullité¹²⁷⁴. Ce procès-verbal doit être signé par l'ensemble des membres du bureau de vote. Cependant, il est toujours possible aux membres du bureau de vote de faire sanctionner par la juridiction compétente les irrégularités dans les opérations électorales, même après la signature sans réserve du procès-verbal des élections¹²⁷⁵. De plus, le refus d'un membre du bureau de vote de signer le procès-verbal ne remet pas en cause la proclamation des élus¹²⁷⁶.

Le procès-verbal des résultats doit être établi même si des sièges restent vacants à l'issue des élections. Des formulaires type de procès-verbal des élections sont mis à disposition par l'administration du travail ou sur le site du ministère du travail. Doit être inscrit sur ce procès-verbal toutes les observations, protestations ou contestations sur les opérations électorales¹²⁷⁷. Le procès-verbal doit également mentionner les résultats des élections proclamés oralement par le président du bureau de vote après le dépouillement. Il doit donc énoncer le nombre de sièges revenant à chaque liste et indiquer nominativement les élus avec le nombre de voix obtenu par eux¹²⁷⁸. L'absence de mention au procès-verbal, établi immédiatement après la fin du dépouillement, des heures d'ouverture et de clôture du scrutin,

¹²⁷⁴ Soc., 2 juill. 2014, n° 13-60.218.

¹²⁷⁵ Soc., 1^{er} févr. 1978, n° 77-60.599.

¹²⁷⁶ Soc., 28 janv. 1982, n° 81-60.859.

¹²⁷⁷ Soc., 9 févr. 2000, n° 99-60.009.

¹²⁷⁸ Soc., 26 mai 1977, n° 77-60.001, Bull. civ. V, n° 351.

contrairement aux prescriptions de l'article R. 57 du Code électoral, est de nature à affecter la sincérité des opérations électorales. S'agissant d'un principe général du droit électoral, cette irrégularité justifie, à elle seule, l'annulation des élections¹²⁷⁹. En revanche, l'erreur affectant la mention relative au nombre de votants est sans incidence sur le calcul du quotient électoral qui a été effectué en tenant compte du nombre total des suffrages valablement exprimés indiqué dans le procès-verbal¹²⁸⁰. Les bulletins ne contenant pas une désignation suffisante ou dans lesquels les votants se sont fait connaître, les bulletins trouvés dans l'urne sans enveloppe ou dans des enveloppes non réglementaire, les bulletins écrits sur papier de couleur, les bulletins ou enveloppes portant des signes intérieurs ou extérieurs de reconnaissance, les bulletins ou enveloppes portant des mentions injurieuses pour les candidats ou pour des tiers doivent être annexés au procès-verbal, ainsi que les enveloppes non réglementaires et contresignés par les membres du bureau de vote¹²⁸¹. Si l'annexion de ces bulletins n'a pas été faite au procès-verbal, elle ne peut entraîner l'annulation des élections que si elle porte atteinte à la sincérité du scrutin¹²⁸². De plus, il ne peut y avoir d'annulation des élections lorsque les bulletins de vote n'ont fait l'objet d'aucune réclamation au cours du dépouillement du scrutin, lors de la proclamation du résultat et au moment de l'établissement du procès-verbal, celui-ci n'ayant pas l'obligation d'annexer l'un de ces bulletins au procès-verbal¹²⁸³.

Le procès-verbal des élections doit être transmis dans les quinze jours, en double exemplaire, par l'employeur à l'inspecteur du travail¹²⁸⁴. Un exemplaire doit être transmis par l'employeur ou son représentant au prestataire agissant pour le compte du ministre chargé du travail dans les quinze jours suivant la tenue des élections, suivant un formulaire homologué¹²⁸⁵. Ce prestataire transmet ensuite les résultats au Haut Conseil du dialogue social qui donne un avis au ministre chargé du travail sur la liste des organisations syndicales qu'il envisage de reconnaître comme représentatif. La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques¹²⁸⁶ oblige désormais l'employeur à transmettre dans les meilleurs délais, par tout moyen, une copie des procès-verbaux aux organisations syndicales de salariés qui ont présenté des listes de candidats aux scrutins concernés ainsi

¹²⁷⁹ Soc., 16 oct. 2013, n° 12-21.680.

¹²⁸⁰ Soc., 4 avr. 2007, n° 06-60.191.

¹²⁸¹ Art. L. 66 C. élect.

¹²⁸² Soc., 14 févr. 1984, n° 83-60.818.

¹²⁸³ Soc., 24 juin 1982, n° 81-60.004.

¹²⁸⁴ Art. R. 2314-25 et R. 2324-21 C. trav.

¹²⁸⁵ Art. D. 2122-7 C. trav.

¹²⁸⁶ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

qu'à celles ayant participé à la négociation du protocole d'accord préélectoral¹²⁸⁷. A l'inverse du procès-verbal de carence, l'employeur n'est pas dans l'obligation d'afficher le procès-verbal des élections. L'employeur peut toutefois afficher les résultats pour qu'ils soient portés à la connaissance de son personnel.

Le défaut d'établissement d'un procès-verbal des élections constitue un délit d'entrave.

2) Un dépouillement valorisé : décompte de l'audience électoral des syndicats, nouvel enjeu du dépouillement

Depuis la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail¹²⁸⁸, pour être reconnu représentatif dans l'entreprise un syndicat doit avoir recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles. Les élections ont désormais un double objet : mettre en place des représentants du personnel dans l'entreprise et mesurer l'audience des syndicats et leur représentativité.

L'audience syndicale doit se mesurer au premier tour des élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants¹²⁸⁹. Pourquoi doit-elle s'apprécier au premier tour et non au second tour ? Tout simplement parce que le premier tour est réservé aux organisations syndicales et que le second tour est ouvert aux candidatures libres. Une mesure de l'audience électorale au second tour diminuerait considérablement les chances d'un syndicat d'être représentatif et de se voir doter des prérogatives qui lui sont attachées, les électeurs ayant un choix plus large. Le score électoral serait plus difficile à atteindre et compromettrait la démocratie sociale. Ainsi, cette opération doit s'effectuer même si le quorum n'a pas été atteint¹²⁹⁰ ; les votes du premier tour doivent donc être dépouillés quelle que soit la situation. La loi du 20 août 2008 a donc mis un terme à la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle lorsque le quorum n'était pas atteint au premier tour des élections professionnelles, il n'y avait pas lieu de décompter les suffrages exprimés en faveur de

¹²⁸⁷ Art. L. 2314-24 et L. 2324-22 C. trav.

¹²⁸⁸ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps ; s de travail.

¹²⁸⁹ Art. L. 2122-1 et L. 2122-2 C. trav.

¹²⁹⁰ Autrement dit que le nombre de votants n'est pas au moins égal à la moitié des électeurs inscrits.

chacune des listes syndicales¹²⁹¹. Les résultats des élections au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel sont pris en compte prioritairement. L'audience recueillie par les organisations syndicales aux élections des délégués du personnel ne peut être pris en compte, pour apprécier leur représentativité, que s'il ne s'est pas tenu dans l'entreprise d'élections au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel permettant de mesurer cette audience¹²⁹². Lorsque les élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise sont organisées simultanément, seuls les résultats aux élections du comité d'entreprise doivent être pris en compte pour mesurer la représentativité des syndicats. Il en va de même pour la désignation des délégués syndicaux ; un syndicat ne peut désigner de délégués syndicaux que s'il a recueilli 10% des suffrages exprimés au premier tour des élections au comité d'entreprise lorsqu'elles ont été organisées¹²⁹³. En cas de carence totale au premier tour des élections des membres titulaires du comité d'entreprise, les résultats du premier tour des élections des délégués du personnel titulaires peuvent être pris en compte si ces deux élections sont intervenues dans un périmètre identique¹²⁹⁴.

L'audience électorale s'apprécie en tenant compte des résultats de l'ensemble des collèges. En effet, le critère de l'audience électorale nécessaire à l'établissement de la représentativité des syndicats prend nécessairement en compte les suffrages exprimés par l'ensemble des salariés de l'entreprise, peu important que certains soient électeurs dans des collèges spécifiques¹²⁹⁵. De plus, le syndicat qui a obtenu 10% des voix au premier tour des élections tous collèges confondus satisfait à ce critère, peu important qu'il n'ait pas présenté de candidat dans chacun des collèges¹²⁹⁶.

Que se passe-t-il en cas de carence au premier tour dans un ou plusieurs des collèges, mais pas de la totalité des collèges, d'un établissement ou d'une entreprise ? La circulaire du 27 juillet 2011 a répondu à cette interrogation : pour déterminer la représentativité des syndicats, il convient d'additionner les suffrages exprimés au premier tour des élections même si, du fait d'une carence, on ne dispose pas de suffrage dans certains des collèges de l'entreprise ou de l'établissement. Les suffrages obtenus par une liste sont donc ceux recueillis dans tous les collèges où le premier tour a été organisé au sein de l'entreprise ou de

¹²⁹¹ Soc., 20 déc. 2006, n° 05-60.345, Bull. civ. V, n° 399, RDT 2007. 328, obs. Grévy. Voir également : M.-L. Morin, « Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes », Dr. soc. 2008, n° 24.

¹²⁹² Soc., 13 juill. 2010, n° 10-60.148.

¹²⁹³ Soc., 14 déc. 2010, n° 10-60.221.

¹²⁹⁴ Circ. DGT n°6 du 27 juill. 2011 répondant aux questions posées dans le cadre de la mise en œuvre de la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹²⁹⁵ Soc., 12 avr. 2012, n° 11-22.289 et n° 11-22.408.

¹²⁹⁶ Soc., 22 sept. 2010, n° 10-10.678.

l'établissement¹²⁹⁷. En revanche, en cas de carence des syndicats au premier tour et dans tous les collèges, le calcul de la représentativité est impossible. Dans l'hypothèse où un second tour est quand même organisé et que des représentants sont élus, une nouvelle mesure de la représentativité ne sera possible qu'à l'expiration des mandats, soit dans quatre années.

Les syndicats affiliés à une même confédération nationale, qu'elle soit ou non représentative, ne peuvent présenter qu'une seule liste de candidats par collège lors des élections professionnelles dans l'entreprise¹²⁹⁸. Lorsque ces derniers présentent chacun une liste dans le même collège, il n'y a pas lieu de procéder à la totalisation, au profit de l'un ou l'autre, des suffrages recueillis en propre pour chacun. Ainsi, lorsqu'aucun d'eux n'a recueilli au moins 10% des suffrages exprimés, aucun n'est alors représentatif et aucun ne peut procéder à la désignation de délégués syndicaux¹²⁹⁹. Une organisation syndicale ne peut revendiquer à son profit, au sein de l'entreprise, le score électoral obtenu par un syndicat qui lui est affilié qu'à la condition que cette affiliation ait été mentionnée sur les bulletins de vote au moyen desquels les électeurs ont exprimé leur choix ou ait été porté à leur connaissance certaine par le syndicat¹³⁰⁰.

Lorsque des organisations syndicales ont établi une liste commune, la répartition entre elles des suffrages exprimés se fait sur la base indiquée par les organisations syndicales concernées lors du dépôt de leur liste. A défaut d'indication, la répartition se fait à part égale entre les organisations concernées¹³⁰¹. Cette répartition ne peut changer qu'à compter du nouveau dépôt de liste, autrement dit lors de la nouvelle élection¹³⁰². Une liste de candidats présentée par deux syndicats affiliés à la même confédération ne constitue pas une liste commune au sens de l'article L. 2122-3 du Code du travail et ne peut, par conséquent, donner lieu à une répartition entre eux des suffrages qu'elle a recueillis en vue de les faire bénéficier, chacun, d'une représentativité propre ; il s'agit, dans ce cas, d'une liste unique¹³⁰³.

Lorsqu'une entreprise comprend un seul comité d'entreprise mais est composée de plusieurs établissements distincts au sein desquels sont organisées des élections de délégués du personnel, sont pris en compte, pour déterminer les syndicats représentatifs dans

¹²⁹⁷ Circ. DGT n° 6 du 27 juill. 2011 répondant aux questions posées dans le cadre de la mise en œuvre de la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹²⁹⁸ Soc., 22 sept. 2010, n° 10-60.135 et n° 10-60.136.

¹²⁹⁹ Soc., 26 oct. 2011, n° 11-10.290 et n° 11-60.003.

¹³⁰⁰ Soc., 12 avr. 2012, n° 11-22.290.

¹³⁰¹ Art. L. 2122-3 C. trav.

¹³⁰² Circ. DGT n° 20 du 13 novembre 2008 relative à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹³⁰³ Soc., 10 mai 2012, n° 11-21.356.

l'entreprise et l'ensemble des établissements, les élections au comité d'entreprise. Lorsqu'une entreprise comprend plusieurs établissements distincts, la représentativité au niveau de l'établissement se fonde sur les résultats des élections des comités d'établissements. En revanche, la représentativité d'un syndicat au niveau de l'entreprise, pour la désignation d'un délégué syndical central par exemple, se calcule par l'addition de l'ensemble des suffrages obtenus par le syndicat dans l'ensemble des établissements, et cela quel que soit le pourcentage qu'il a obtenu par établissement. Il arrive que les élections des différents établissements de l'entreprise soient échelonnées dans le temps ; dans ce cas, sont comptabilisés les suffrages des dernières élections de chaque établissement. Le point de départ de la mesure de l'audience est celui de l'établissement qui organise en premier les élections. Dans la logique, le point d'arrivée est la dernière élection d'établissement permettant de connaître l'ensemble des suffrages pour la détermination de la représentativité sur l'ensemble de l'entreprise. A la suite de ces opérations, un nouveau cycle d'élections dans les établissements s'ouvre pour permettre la mesure de la représentativité au sein de l'entreprise¹³⁰⁴. Ainsi, un syndicat qui a obtenu 14,35% des suffrages sur l'ensemble des établissements composant l'unité économique et sociale ne peut désigner un délégué syndical dans un établissement où il a obtenu 4,82%¹³⁰⁵.

Lorsque la désignation d'un délégué syndical s'effectue au niveau d'une unité économique et sociale, le seuil de 10% se calcule en additionnant la totalité des suffrages obtenus lors des élections au sein des différentes entités composant l'unité économique et sociale¹³⁰⁶. Ainsi, le calcul de l'audience pour la désignation d'un délégué syndical au sein de l'unité économique et sociale tient compte de tous les suffrages ainsi obtenus par les syndicats affiliés à la même confédération syndicale¹³⁰⁷.

Les organisations syndicales catégorielles affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale sont représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, à l'égard des personnels relevant des collèges électoraux dans lesquels leurs règles statutaires leur donnent vocation à présenter des candidats, si elles satisfont aux critères de l'article L. 2121-1 et ont recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du

¹³⁰⁴ Circ. DGT n° 20 du 13 novembre 2008 relative à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹³⁰⁵ Soc., 14 déc. 2010, n° 10-14.751.

¹³⁰⁶ Soc., 5 avr. 2011, n° 10-18.523.

¹³⁰⁷ Soc., 22 sept. 2010, n° 09-60.435.

personnel ou, à défaut, des délégués du personnel dans ces collèges, quel que soit le nombre de votants¹³⁰⁸. L'organisation syndicale qui n'est pas, statutairement, catégorielle ne peut invoquer l'application de cette disposition¹³⁰⁹. Dans le cas où l'entreprise est divisée en établissements distincts, la représentativité d'un syndicat catégoriel dans l'entreprise tout entière doit être appréciée sur l'ensemble des suffrages exprimés dans les collèges où il pouvait présenter des candidats, peu important qu'il n'ait pas fait un usage de cette faculté dans les établissements comportant un collège unique et n'ait présenté de candidats que dans ceux en comportant plusieurs¹³¹⁰.

Le périmètre légal d'appréciation de la représentativité syndicale ne peut être modifié ni par un accord collectif, ni par un engagement unilatéral de l'employeur¹³¹¹.

B) Un second tour, une étape conditionnée

L'organisation d'un second tour de scrutin est conditionnée à l'échec total ou partiel du premier tour **(1)**. Elle fait également l'objet d'un encadrement **(2)**.

1) Un second tour conditionné à l'échec total ou partiel du premier tour de scrutin

L'employeur est tenu d'organiser un second tour de scrutin dans deux hypothèses. La première, si, au premier tour de scrutin, le quorum n'a pas été atteint, autrement dit, si le nombre de votants a été inférieur à la moitié des électeurs inscrits. En effet, les résultats du premier tour ne peuvent être pris en compte que si le nombre de votants est égal ou supérieur à la moitié des électeurs inscrits. Lorsque le quorum n'est pas atteint, nul candidat n'est élu au premier tour, un second tour doit donc être organisé. Le quorum s'apprécie séparément pour chaque collège et dans chaque collège distinctement pour les titulaires et les suppléants. Il est donc probable que celui-ci ne soit pas atteint uniquement pour un collège ou pour le scrutin des titulaires ou des suppléants. Dans ce cas, le second tour permet d'élire les représentants du collège ou seulement les titulaires ou les suppléants concernés par le défaut de quorum. Le quorum se calcule en divisant le nombre d'électeurs inscrits par deux, le nombre de votants

¹³⁰⁸ Art. L. 2122-2 C. trav.

¹³⁰⁹ Soc., 27 mars 2013, n° 12-22.733.

¹³¹⁰ Soc., 4 juill. 2012, n° 11-60.239.

¹³¹¹ Soc., 6 janv. 2011, n° 10-18.205.

doit être égal ou supérieur au chiffre obtenu. Ainsi, pour un collège de 450 salariés, tous électeurs inscrits sur la liste électorale, le quorum à atteindre est de 225 (soit $450 \div 2$). Pour que le premier tour soit valable, le nombre de votants doit être égal ou supérieur à 225. Le nombre de votants renvoie au nombre de suffrages valablement exprimés. Sont donc exclus du décompte du quorum les bulletins blancs et nuls. Des candidats ne peuvent donc être déclarés élus au premier tour au motif que compte tenu des bulletins blancs et nuls, le nombre de votants dépassait la moitié de celui des électeurs inscrits¹³¹². Mais pourquoi exclure les bulletins blancs du calcul du quorum ? Il a été avancé comme argument par une partie de la doctrine que le vote par bulletin blanc est l'expression de la volonté des électeurs de voir organiser un second tour, celui-ci étant anonyme contrairement à l'abstention. En excluant du décompte du quorum les bulletins blancs, la jurisprudence tient compte de la volonté des électeurs¹³¹³. Au contraire, une partie de la doctrine souligne que l'exclusion des votes blancs du calcul du quorum a pour conséquence de favoriser les pressions exercées par l'employeur à l'encontre des syndicats¹³¹⁴.

Un second tour doit également être organisé si à l'issue du premier tour des sièges restent à pourvoir. Une telle situation est possible lorsque les listes déposées comprenaient un nombre de candidats inférieur au nombre de sièges à pourvoir ou en cas de carence des organisations syndicales au premier tour dans un ou plusieurs collèges. Cela peut également être le cas lorsqu'un siège réservé à une catégorie professionnelle est à pourvoir et qu'aucune liste du premier tour ne comprenait de candidat de cette catégorie.

La carence de l'employeur à poursuivre le processus électoral pour le second tour, lorsque des sièges sont demeurés vacants à l'issue du premier tour, n'a pas d'incidence sur la régularité du premier tour de scrutin¹³¹⁵.

2) Un second tour encadré

Le second tour des élections est encadré dans le temps **(a)** et dans ses modalités de déroulement **(b)**.

¹³¹² Ass. plén., 2 déc. 1977, n° 77-60.024, Bull. ass. plén., n° 7 ; ass. plén., 20 juill. 1979, n° 79-60.024, Bull. ass. plén., n° 5 ; ass. plén., 3 juin 1983, n° 82-60.245, Bull. ass. plén., n° 5.

¹³¹³ J. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, 13^{ème} éd., PUF, « Thémis », 1993.

¹³¹⁴ Cohen, « Les bulletins blancs et nuls et l'entêtement des juges », *RPDS* 1989. 2.

¹³¹⁵ Soc., 10 mai 2012, n° 11-21.339.

a) Un second tour encadré dans le temps

Le second tour de scrutin doit être organisé dans un délai de quinze jours suivant le premier tour¹³¹⁶. Ce délai court à partir du jour de scrutin du premier tour. Un protocole préélectoral peut, cependant, prévoir un délai plus court sous réserve que le calendrier électoral respecte la sincérité du scrutin. La chambre sociale de la Cour de cassation a jugé qu'un délai de six jours entre les deux tours est raisonnable puisqu'il ne prive pas les électeurs d'une information suffisante¹³¹⁷. Un syndicat peut également demander au juge d'instance de réduire le délai fixé, s'il démontre qu'une réduction est nécessaire pour la bonne organisation du scrutin¹³¹⁸. En revanche, l'organisation des deux tours de scrutin le même jour, méconnaît les principes de sincérité du scrutin¹³¹⁹. La jurisprudence permet également l'allongement du délai de quinze jours. Elle a, ainsi, jugé que l'employeur n'avait pas commis d'irrégularité en attendant pour organiser le second tour que fut jugé la contestation concernant le premier tour dès lors que le délai de quinze jours n'était pas imparti à peine de nullité et qu'aucune manœuvre frauduleuse ou dilatoire de l'employeur n'avait été alléguée¹³²⁰. L'employeur peut également reporter la date du scrutin fixée par le protocole préélectoral afin de pouvoir organiser le vote normalement et sans précipitation¹³²¹.

Le tribunal d'instance peut, à la demande d'un syndicat, enjoindre l'employeur d'organiser un second tour lorsque celui-ci n'a pas respecté son obligation. Dans ce cas, la demande peut être formée plus de quinze jours à compter de la proclamation des résultats du premier tour¹³²².

b) Un second tour encadré dans ses modalités de déroulement

Le protocole préélectoral conclu pour le premier tour s'applique au second tour. Il détermine, en principe, les modalités d'organisation du second tour notamment la date, l'heure et le lieu de l'élection. Pour le reste, les modalités du premier tour s'appliquent, notamment les règles fixant le mode de scrutin et l'attribution des sièges.

¹³¹⁶ Art. L. 2314-24 et L. 2324-22 C. trav.

¹³¹⁷ Soc., 29 mai 1985, n° 84-60.887.

¹³¹⁸ Soc., 24 janv. 1990, n° 89-61.140.

¹³¹⁹ Soc., 8 juill. 1997, n° 95-60.916, Bull. civ. V, n° 254.

¹³²⁰ Soc., 28 juin 1978, n° 78-60.165, Bull. civ. V, n° 522.

¹³²¹ Soc., 4 févr. 1982, n° 81-60.887.

¹³²² Soc., 8 nov. 2006, n° 06-60.036, Bull. civ. V, n° 334.

Le chef d'entreprise ne peut être contraint d'inviter les organisations syndicales à négocier un nouveau protocole sur les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales qui n'auraient pas été prévues. En pareil circonstance, le juge d'instance ou l'employeur peut fixer ces modalités¹³²³.

Le second tour n'est pas soumis à la règle du quorum ; le nombre de votants au second tour n'importe pas contrairement au premier tour. En revanche, le second tour est ouvert aux candidatures libres. L'employeur doit s'assurer de la publicité relative à l'organisation d'un second tour. A défaut, les élections peuvent être annulées.

II) La phase finale des opérations électorales : les résultats

Le droit électoral de l'entreprise adapte les modes de scrutin applicables à l'entreprise **(A)**. Les résultats obtenus à l'issue du processus électoral sont déterminants puisqu'ils annoncent le succès ou l'échec des élections **(B)**.

A) Des modes de scrutin adaptés aux élections professionnelles

Le droit électoral de l'entreprise comprend des modes de scrutin pour les représentants élus **(1)** et pour les représentants désignés **(2)**

1) Les modes de scrutin des représentants élus

Pour les élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise, le scrutin est de liste à deux tours avec représentation proportionnelle à la plus forte moyenne¹³²⁴. Ainsi, les électeurs votent pour une liste et non pas pour un candidat spécifiquement. Le panachage des listes n'est pas admis¹³²⁵. Un second tour peut être organisé si le quorum n'a pas été atteint. La représentation proportionnelle permet de répartir les sièges à pourvoir entre les différentes listes en présence, proportionnellement au nombre de suffrages qu'elles ont recueillis.

¹³²³ Soc., 13 juin 1989, n° 88-60.715.

¹³²⁴ Art. L. 2314-24, al. 1 et L. 2324-22, al. 1 C. trav.

¹³²⁵ Soc., 7 mai 2003, n° 02-60.607, RJS 7/03, n° 914, 1^{ère} esp.

La délégation du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est élue au scrutin de liste avec représentation proportionnelle à la plus forte moyenne et à un seul tour, sauf accord unanime¹³²⁶. Conformément au droit commun des élections professionnelles, les électeurs votent pour une liste et non pas pour un candidat. En revanche, un seul tour est organisé en raison de l'absence de monopole syndical. En effet, il n'est pas nécessaire qu'un quorum soit atteint. Il est cependant possible de déroger par accord unanime du collège désignatif au mode de scrutin¹³²⁷.

En revanche, pour les élections au comité central d'entreprise, le scrutin est, en principe, majoritaire. Le ou les candidats qui obtiennent la majorité des suffrages exprimés sont élus. Dans le silence de la loi, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que les délégués du comité central d'entreprise devaient être élus selon le scrutin majoritaire uninominal à un tour, chaque électeur devant voter en une seule fois pour autant de candidats qu'il y a de sièges à pourvoir¹³²⁸. Un protocole préélectoral peut toutefois prévoir un autre mode de scrutin. La jurisprudence exigeait un accord unanime¹³²⁹, mais les règles de conclusion du protocole préélectoral ayant été modifiées par la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail¹³³⁰, l'exigence d'une unanimité pour la modification du mode de scrutin n'est plus certaine.

2) Les modes de scrutin des représentants désignés

Les représentants du personnel au comité de groupe ne sont pas élus mais désignés par les organisations syndicales de salariés parmi leurs élus aux comités d'entreprise ou d'établissement de l'ensemble des entreprises du groupe et à partir des résultats des dernières élections¹³³¹. Ainsi, un syndicat ne peut désigner au comité de groupe qu'un représentant du personnel ayant été élu sur sa propre liste¹³³². La classification d'un salarié dans un collège au sein duquel il a été élu, exclut, sauf accord unanime postérieur aux élections, qu'il puisse être désigné représentant au comité de groupe pour un autre collège. Ainsi, le représentant doit

¹³²⁶ Soc., 16 mai 1990, n° 89-61.368, Bull. civ. V, n° 232.

¹³²⁷ Soc., 31 janv. 2001, n° 99-60.526, Bull. civ. V, n° 32.

¹³²⁸ Soc., 5 mars 2008, n° 06-60.274, Bull. civ. V, n° 48.

¹³²⁹ Soc., 9 juin 1998, n° 96-60.455, Bull. civ. V, n° 312.

¹³³⁰ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹³³¹ Art. L. 2333-2 C. trav.

¹³³² Soc., 31 mars 2009, n° 08-60.482, Bull. civ. V, n° 97.

être désigné dans le collège au sein duquel il a été élu¹³³³. Leur désignation doit être proportionnelle au nombre d'élus que les organisations syndicales ont obtenus selon la règle de la représentation proportionnelle au plus fort reste¹³³⁴. Cependant, le Code du travail est silencieux sur le nombre de représentants, les conditions et délais de désignation et sur l'équilibre de la répartition des sièges pour la représentation de l'ensemble des comités d'entreprise du groupe, l'article D. 2332-2 du Code du travail précise toutefois que la représentation du personnel au comité de groupe comprend trente membres au plus. Il appartient alors au protocole préélectoral d'apporter ces précisions.

B) Des résultats du scrutin déterminants

Les résultats du scrutin déterminent le succès **(1)** ou l'échec des opérations électorales et, ainsi, l'obligation de dresser un procès-verbal de carence **(2)**.

1) Le succès des opérations électorales

Il doit d'abord être procédé au calcul du quotient électoral. Celui-ci est calculé en divisant le total des suffrages exprimés par les électeurs du collège, par le nombre de sièges à pourvoir¹³³⁵. Ne sont pas pris en compte dans le calcul les bulletins blancs et nuls. A titre d'exemple, pour un collège composé de 410 électeurs ayant valablement exprimés leur vote où 5 sièges sont à pourvoir, le quotient électoral est de 82, soit $410 \div 5 = 82$. Si le nombre obtenu n'est pas entier, les décimales doivent être prises en considération¹³³⁶. Le quotient électoral doit être calculé séparément pour chaque scrutin, autrement dit pour chaque collège et pour les titulaires et les suppléants distinctement. Il est cependant le même pour toutes les listes. Doit ensuite être calculée la moyenne des voix obtenues par chaque liste. Certains candidats d'une même liste pouvant voir leur nom rayé, il doit être tenu compte du nombre de voix obtenues par chaque candidat de la liste pour le calcul du nombre de voix recueillies par chaque liste. La moyenne des voix obtenues par chaque liste est calculée en divisant le total des voix obtenues par chaque liste. Ainsi, si la liste A comprend 5 candidats et que 180 électeurs ont voté pour cette liste mais que 5 d'entre eux ont rayé un des noms de la liste, le

¹³³³ Soc., 15 févr. 2006, n° 05-60.055, Bull. civ. V, n° 76.

¹³³⁴ Art. L. 2333-4 C. trav.

¹³³⁵ Art. R.2314-22 et R. 2324-18 C. trav ; soc., 14 oct. 1997, n° 96-60.145.

¹³³⁶ Soc., 22 juill. 1975, n° 75-60.119, BuLL ; civ. V, n° 427.

nombre de voix obtenues par la liste A est de 895 soit $180 \times 5 - 5 = 895$. La moyenne des voix de la liste A est alors de 179, soit $895 \div 5 = 179$. Lorsque la liste présente moins de candidats que de sièges à pourvoir, la moyenne des voix obtenues est calculé en fonction du nombre de candidats présentés et non pas en fonction du nombre de sièges à pourvoir.

Si la proclamation des élus se fait sans obstacle **(b)**, la phase préalable, l'attribution des sièges, est une opération délicate **(a)**.

a) L'attribution des sièges : une opération délicate

Les règles de droit commun d'attribution des sièges sont d'une grande complexité **(α)** et sont parfois adaptées aux situations particulières **(β)**.

α) Des règles de droit commun d'attribution des sièges complexes

Lorsque le quotient électoral et la moyenne des voix obtenues par chaque liste sont calculés, il convient de diviser la moyenne des voix de chaque liste par le quotient électoral pour obtenir le nombre de sièges à attribuer à chaque liste. Chaque liste se voit attribuer autant de sièges que le nombre de voix recueilli par elle contient de fois le quotient électoral¹³³⁷. Lors de la première répartition, le nombre de sièges attribué par application du quotient électoral est nécessairement un nombre entier. Les sièges restant seront attribués sur la base de la plus forte moyenne lors de la seconde étape. Si les résultats obtenus par une liste ne correspondent pas à un nombre entier, elle ne peut se voir attribuer de sièges lors de cette première répartition¹³³⁸. Ainsi, une liste ayant une moyenne de 179 pour un quotient électoral de 82, se verra attribuer 2 sièges lors de la première répartition, soit $179 \div 82 = 2,1829$. Il faut procéder de même pour chaque liste.

Lorsqu'il n'a été pourvu à aucun siège ou qu'il reste des sièges à pourvoir, les sièges restants sont attribués sur la base de la plus forte moyenne. A cet effet, le nombre de voix obtenu par chaque liste est divisé par le nombre augmenté d'une unité des sièges attribués à la liste. Une liste qui n'a obtenu aucun siège lors de la première répartition aura un coefficient de 1. Les différentes listes sont classées dans l'ordre décroissant des moyennes obtenues et le

¹³³⁷ Art. R. 2314-22 et R. 2324-18 C. trav.

¹³³⁸ Soc., 26 mai 2010, n° 09-60.350.

premier siège non pourvu est attribué à la liste ayant la plus forte moyenne. Les sièges sont attribués un par un, l'opération de calcul doit donc être répétée pour chacun des sièges non pourvus jusqu'à épuisement¹³³⁹.

Lorsque deux listes ont la même moyenne et qu'il ne reste qu'un siège à pourvoir, le siège est attribué à la liste qui a le plus grand nombre de voix et lorsque deux listes ont recueilli le même nombre de voix, le siège est attribué au plus âgé des deux candidats susceptibles d'être élus¹³⁴⁰. Il ne peut être dérogé à ces règles d'attribution¹³⁴¹.

L'annulation de la désignation d'un candidat en raison de son inéligibilité ne porte pas atteinte au nombre de sièges obtenus par la liste sur laquelle il figurait¹³⁴².

β) L'adaptation des règles d'attributions des sièges aux situations particulières

Les règles d'attribution des sièges entre les listes à la proportionnelle et à la plus forte moyenne peuvent être modifiées dans certains cas. En effet, avant d'attribuer les sièges réservés à certaines catégories professionnelles soit par la loi, soit par une décision administrative, soit par accord collectif, il convient de répartir les sièges attribués à chaque liste. Mais les règles normales d'attribution des sièges peuvent être modifiées en vue de pourvoir un siège réservé, lorsque le jeu de ces règles aboutit soit à ce qu'aucun candidat appartenant à la catégorie bénéficiaire ne soit élu, soit à ce que plusieurs soient élus. Dans l'hypothèse où la liste à laquelle le dernier siège devait être attribué comprend un candidat appartenant à la catégorie réservée, celui-ci doit être proclamé élu au siège réservé à cette catégorie à la place du candidat le moins favorisé des autres listes¹³⁴³. Le siège réservé peut être attribué à une liste qui n'a obtenu aucun siège mais qui comprend un candidat de la catégorie réservée lorsqu'aucune des listes ayant obtenu des sièges n'a de candidat dans cette catégorie¹³⁴⁴. En revanche, dans l'hypothèse où la liste à laquelle le dernier siège devait être attribué ne comprend aucun candidat appartenant à la catégorie réservée, le siège doit être

¹³³⁹ Art. R. 2314-23 et R. 2324-19 C. trav. ; soc., 22 juill. 1980, n° 80-60.112.

¹³⁴⁰ Art. R. 2314-24 et R. 2324-20 C. trav.

¹³⁴¹ Soc., 21 juill. 1986, n° 85-60.729.

¹³⁴² Soc., 6 févr. 2002, n° 00-60.490, RJS 4/02, n° 447.

¹³⁴³ Soc., 12 nov. 1997, n° 96-60.337, Bull. civ. V, n° 372.

¹³⁴⁴ Soc., 25 mars 1971, n° 70-60.097.

attribué à la liste la mieux placée après elle. Cette attribution ne doit pas augmenter le nombre de sièges attribués à cette liste¹³⁴⁵.

Lorsque les listes présentées au premier tour ne comprennent pas de candidats correspondant à la catégorie réservée, l'employeur doit organiser un second tour de scrutin afin de pourvoir à ce siège réservé et cela même si le quorum est atteint¹³⁴⁶. Si aucun candidat de la catégorie professionnelle ne se présente au second tour, le siège qui lui est réservé reste vacant mais les élections ne sont pas annulées. A contrario, les règles normales d'attribution des sièges ne peuvent être modifiées lorsqu'elles permettent à un ou plusieurs candidats appartenant à la catégorie bénéficiaire d'être élus. Ainsi, si dans une liste des candidats appartenant à la catégorie professionnelle bénéficiaire de sièges réservés sont élus normalement et au nombre fixé par les textes, aucune modification n'est possible¹³⁴⁷. Les candidats appartenant à la catégorie professionnelle couverte par les sièges réservés peuvent être élus en plus grand nombre que de sièges réservés. En effet, le siège réservé garantit une représentation minimum de la catégorie professionnelle concernée. Ainsi, l'élection de plusieurs candidats appartenant à la catégorie professionnelle couverte par le siège réservé est possible et augmenterait la représentation des salariés de cette catégorie¹³⁴⁸.

Les règles de droit commun d'attribution des sièges peuvent être modifiées en cas de double candidature. La jurisprudence permet une candidature simultanée aux fonctions de titulaire et de suppléant¹³⁴⁹. Mais nul ne peut être élu à la fois comme titulaire et comme suppléant ; l'élection d'un candidat comme titulaire entraîne l'impossibilité pour lui d'être proclamé élu suppléant. Son élection au poste de suppléant doit être déclarée nulle¹³⁵⁰. L'élection d'un candidat comme titulaire et comme suppléant n'entraîne l'annulation que de son élection en qualité de suppléant et ne justifie l'organisation d'un nouveau scrutin que pour ce poste resté vacant¹³⁵¹. L'élection au poste de titulaire prévaut donc sur l'élection au poste de suppléant. Est alors proclamé élu au poste de suppléant, à la place du candidat élu au poste de titulaire, le candidat de la même liste de suppléants dont le nom figure juste après lui¹³⁵². A

¹³⁴⁵ Soc., 20 juill. 1983, n° 82-60.446, Bull. civ. V, n° 456.

¹³⁴⁶ Soc., 7 juill. 1983, n° 82-60.636, Bull. civ. V, n° 429 ; soc., 9 oct. 1985, n° 85-60.175.

¹³⁴⁷ Soc., 19 mai 1971, n° 71-60.001, Bull. civ. V, n° 373.

¹³⁴⁸ Soc., 9 oct. 1985, n° 85-60.304, Bull. civ. V, n° 443.

¹³⁴⁹ Soc., 28 juin 1984, n° 84-60.024, Bull. civ. V, n° 275.

¹³⁵⁰ Soc., 29 mai 1975, n° 75-60.010, Bull. civ. V, n° 290.

¹³⁵¹ Soc., 5 janv. 1978, n° 77-60.610, Bull. civ. V, n° 17.

¹³⁵² Soc., 9 mars 1972, n° 71-60.252, Bull. civ. V, n° 203.

défaut de candidat dans la même liste de suppléants, le poste de suppléant est attribué au candidat en tête de la liste ayant obtenu la plus forte moyenne¹³⁵³.

La présentation de liste incomplète permet également de déroger aux règles de droit commun. La présentation de liste incomplète, c'est-à-dire qui ne comporte pas autant de candidats que de sièges à pourvoir, est autorisée. Une liste peut même présenter un seul candidat. Dans ce cas, cette liste peut obtenir un nombre de sièges supérieur au nombre de candidats qu'elle présente. Le siège vacant doit alors être attribué au candidat ayant obtenu le plus grand nombre de voix sur la liste ayant la plus forte moyenne de celles restant en présence¹³⁵⁴. S'il reste un siège à pourvoir et qu'une seule liste dispose encore d'un candidat, ce siège doit être attribué au candidat de cette liste, sans qu'il y ait lieu d'organiser un scrutin supplémentaire¹³⁵⁵. Le siège est attribué au candidat de cette liste peu important qu'il n'ait pas obtenu la majorité si le quorum a été atteint¹³⁵⁶.

b) Une proclamation des élus sans obstacle

Lorsque les sièges sont répartis entre les listes, la proclamation des élus se fait selon l'ordre de présentation des candidats sur la liste. Si le nom d'un candidat a été raturé, les ratures ne sont pas prises en compte si leur nombre est inférieur à 10% des suffrages exprimés en faveur de la liste sur laquelle figure ce candidat. Dans ce cas, les candidats sont proclamés élus dans l'ordre de présentation¹³⁵⁷. En revanche, si le nom d'un candidat a été raturé par 10% ou plus des suffrages exprimés, la règle d'attribution des sièges est modifiée. Les sièges sont alors attribués aux candidats ayant obtenu un nombre de ratures inférieur à 10% dans l'ordre de présentation sur la liste. Dans l'hypothèse où des sièges restent à pourvoir, ils sont répartis entre les candidats ayant obtenu un nombre de ratures supérieur à 10% en fonction du nombre de voix obtenu par chaque candidat¹³⁵⁸.

¹³⁵³ Soc., 14 févr. 1973, n° 72-60.090, Bull. civ. V, n° 81.

¹³⁵⁴ Soc., 21 juin 1972, n° 72-60.002, Bull. civ. V, n° 454.

¹³⁵⁵ Soc., 12 janv. 2000, n° 99-60.044, Bull. civ. V, n° 18, RJS 3/00, n° 302.

¹³⁵⁶ Soc., 12 mars 2008, n° 07-60.335, JCP S 2008, 1290, note J.-Y. Kerbouc'h.

¹³⁵⁷ Art. L. 2314-24, al. 3 et L. 2324-22, al. 3 C. trav.

¹³⁵⁸ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 745.

Un candidat élu ne peut se désister au profit du candidat venant immédiatement après lui auquel les résultats du scrutin ne confèrent pas la qualité d'élu, peu important que ce désistement soit intervenu avant ou après la proclamation des résultats¹³⁵⁹.

2) L'échec des élections : le procès-verbal de carence

L'employeur doit établir un procès-verbal de carence lorsqu'après avoir régulièrement organisé des élections professionnelles, l'institution représentative du personnel n'a pas été mise en place ou renouvelée¹³⁶⁰. Un procès-verbal de carence doit donc être rédigé lorsqu'aucun candidat ne s'est présenté au premier tour ou lorsque le quorum n'a pas été atteint au premier tour et qu'aucun candidat ne s'est présenté au second tour. L'employeur doit rédiger un procès-verbal de carence afin de constater l'absence de salariés élus dans l'entreprise et mettre un terme au processus électoral engagé. De cette manière, l'employeur prouve qu'il n'a pas manqué à son obligation de mettre en place des institutions représentatives du personnel dans son entreprise mais que l'opération électorale n'a pas abouti. L'employeur qui ne dresse pas de procès-verbal de carence suite à l'échec des élections pourra se voir reprocher l'absence de représentation du personnel dans son entreprise et ne pourra valablement la justifier. La loi n'impose à l'employeur l'établissement d'un procès-verbal de carence et sa transmission à l'inspection du travail que lorsqu'une institution n'a pas été régulièrement constituée ou renouvelée. Tel n'est pas le cas lorsqu'il y a lieu de procéder à un second tour. L'établissement d'un procès-verbal de carence à l'issue du premier tour n'est que facultatif¹³⁶¹.

Un procès-verbal doit être établi pour chaque collège et pour chaque élection des titulaires et des suppléants faisant l'objet d'une carence.

Aucune disposition législative n'impose un contenu particulier au procès-verbal de carence. Il doit néanmoins indiquer que l'employeur a procédé à la mise en place d'institutions représentatives du personnel mais que ces démarches ont échouées. Une lettre adressée à l'inspection du travail exposant les conditions de fonctionnement de l'entreprise et justifiant l'absence d'un comité d'entreprise ou de comités d'établissement sans faire état de

¹³⁵⁹ Soc., 29 juin 2011, n° 10-18.647, JCP S 2011, 1431, note Y. Pagnerre.

¹³⁶⁰ Art. L. 2314-5 et L. 2324-8 C. trav.

¹³⁶¹ Soc., 18 mai 1982, n° 81-60.746 ; soc., 7 janv. 1998, n° 97-60.301.

l'échec des démarches effectuées par l'employeur pour constituer de tels comités, ne constitue pas un procès-verbal de carence au sens de l'article L. 2324-8 du Code du travail¹³⁶².

Le Code du travail impose cependant la communication du procès-verbal de carence aux salariés de l'entreprise et à l'inspection du travail. Ainsi, l'employeur doit porter à la connaissance des salariés l'absence de résultat aux élections professionnelles par tout moyen. L'affichage du procès-verbal dans l'entreprise est le moyen le plus efficace pour éviter des contentieux. Il doit également transmettre le procès-verbal dans les quinze jours à l'inspecteur du travail qui en envoie copie aux organisations syndicales de salariés du département concerné¹³⁶³, dans le but de les inciter à rechercher des candidats. L'employeur ou son représentant doit également transmettre un exemplaire du procès-verbal de carence au prestataire agissant pour le compte du ministre chargé du travail afin de collecter les résultats des élections dans les quinze jours suivant la tenue des élections et suivant un formulaire homologué accessible soit auprès de l'inspection du travail soit sur le site internet du ministère du travail¹³⁶⁴.

Un procès-verbal de carence peut être contesté dans les quinze jours à compter de la date à laquelle les parties intéressées en ont eu connaissance¹³⁶⁵.

Mais l'établissement d'un procès-verbal de carence ne peut faire obstacle à une demande émanant d'un salarié ou d'une organisation syndicale d'organiser des élections permettant la mise en place d'institutions représentatives du personnel. Aucun délai n'est prescrit par la loi pour faire cette demande¹³⁶⁶. L'employeur est tenu d'engager la procédure dans le mois suivant la réception de la demande¹³⁶⁷. Le tribunal d'instance peut ordonner à l'employeur d'organiser un nouveau scrutin permettant la mise en place d'une représentation du personnel lorsque celui-ci a écarté la demande émanant d'un salarié ou d'une organisation syndicale tendant à obtenir l'organisation de nouvelles élections¹³⁶⁸. Il ne peut donc le faire qu'en cas de manquement de l'employeur à son obligation d'organiser les élections¹³⁶⁹. Lorsque les élections ont été retardées par une opposition injustifiée de l'employeur, le

¹³⁶² CE, 28 juin 1989, n° 61572 et n° 62785.

¹³⁶³ Art. L. 2314-5 et L. 2324-8 C. trav.

¹³⁶⁴ Art. D. 2122-7 C. trav.

¹³⁶⁵ Soc., 6 juin 2007, n° 06-42.444 et n° 06-42.462.

¹³⁶⁶ Soc., 17 mars 2004, n° 02-60.699, Bull. civ. V, n° 93.

¹³⁶⁷ Soc., 12 nov. 1987, n° 86-60.431, Bull. civ. V, n° 641.

¹³⁶⁸ Soc., 14 févr. 2007, n° 06-60.120

¹³⁶⁹ Soc., 9 nov. 2005, n° 05-60.063, Bull. civ. V, n° 317.

candidat qui a demandé l'organisation de nouvelles élections bénéficie du statut protecteur et est soumis à la procédure spéciale de licenciement¹³⁷⁰.

Les élections des délégués du personnel ont lieu à la même date que celles du comité d'entreprise. Cette règle ne peut faire obstacle, lorsqu'un procès-verbal de carence a été établi pour l'une des deux institutions, au droit des salariés d'être représentés par chacune des institutions prévues par la loi. Dans ce cas, lorsque l'employeur est invité par un salarié ou une organisation syndicale à organiser les élections de l'institution manquante, il est tenu d'engager le processus électoral pour cette institution qui ne sera élue que pour la durée restant à courir du mandat des élus du premier scrutin¹³⁷¹.

Il ressort d'un arrêt du Conseil d'état, que l'employeur doit produire un procès-verbal de carence pour chaque année où il a été impossible de créer un comité d'entreprise. On peut en déduire que l'employeur qui a dressé un procès-verbal de carence doit déclencher de nouvelles élections au moins une fois par an¹³⁷².

L'employeur qui ne dresse pas de procès-verbal de carence suite à l'échec des élections commet un délit d'entrave passible d'une amende de 7500 euros et/ou d'un emprisonnement d'un an¹³⁷³. L'inspection du travail poursuit rarement les employeurs défaillant. Mais le défaut de procès-verbal de carence peut avoir d'autres effets négatifs pour l'employeur. En effet, la jurisprudence interprétant strictement les dispositions du Code du travail invalide certains actes émanant de l'employeur en raison de l'absence de procès-verbal de carence.

La dénonciation d'un usage, d'un accord atypique ou d'un engagement unilatéral, ne peut intervenir qu'après information des représentants du personnel. L'employeur qui manque à son obligation d'organiser des élections rend impossible toute dénonciation, les représentants du personnel ne pouvant être informés. Faute d'organisation des élections et donc en l'absence de représentants du personnel une dénonciation est déclarée irrégulière¹³⁷⁴. Si, en revanche, l'employeur a organisé des élections dans son entreprise mais que celles-ci se sont soldées par un échec, la dénonciation d'un usage, d'un accord atypique ou d'un engagement unilatéral ne peut être valable que si l'employeur dispose d'un procès-verbal de carence.

¹³⁷⁰ Soc., 3 déc. 1987, n° 86-60.476, Bull. civ. V, n° 704.

¹³⁷¹ Soc., 13 avr. 1999, n° 97-60.830, Bull. civ. V, n° 172.

¹³⁷² CE, 7^{ème} et 8^{ème} ss-sect. Réunion, 28 juin 1989, n° 61572 et n° 62785, publié au recueil Lebon.

¹³⁷³ Art. L. 2316-1 et L. 2328-1 C. trav.

¹³⁷⁴ Soc., 16 nov. 2005, n° 04-40.339.

Le Code du travail prévoit également que toute procédure de licenciement pour motif économique dans une entreprise où le comité d'entreprise ou les délégués du personnel n'ont pas été mis en place alors qu'elle est assujettie à cette obligation et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi est irrégulière. Dans ce cas, le salarié a droit à une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure à un mois de salaire brut, sans préjudice des indemnités de licenciement et de préavis¹³⁷⁵. Ces dispositions ne s'appliquent qu'aux licenciements économiques collectifs visés aux articles L. 1233-8 et L. 1233-28 du Code du travail¹³⁷⁶. Ces dispositions s'appliquent également aux licenciements économiques prononcés au cours d'une procédure de redressement judiciaire¹³⁷⁷.

De plus, une disposition conventionnelle peut conférer au salarié la faculté de consulter un organisme chargé de donner un avis sur la mesure disciplinaire envisagée par l'employeur. Cette faculté constituant une garantie de fond, le licenciement d'un salarié qui n'a pas été avisé de cette faculté lors de sa convocation à l'entretien préalable mais postérieurement au moment où la décision de licenciement pour faute grave lui a été notifiée est privé de cause réelle et sérieuse¹³⁷⁸. Le salarié est également privé de cette garantie de fond lorsque l'employeur n'a pas mis en place les représentants du personnel alors qu'il y était tenu¹³⁷⁹. En revanche, si l'employeur produit un procès-verbal de carence dont la validité n'est pas contestée, il est exonéré de la mise en place d'un tel organisme¹³⁸⁰.

Lorsque, à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à un accident de travail ou une maladie professionnelle, le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités. L'employeur doit consulter les délégués du personnel sur cette proposition de reclassement¹³⁸¹. L'avis des délégués du personnel doit être recueilli avant que la procédure de licenciement d'un salarié déclaré par le médecin du travail inapte à son emploi en conséquence d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle soit engagée. L'employeur ne peut se soustraire à cette obligation, dont l'inobservation est sanctionnée par une indemnité qui ne peut être inférieure à douze mois de salaire¹³⁸², au motif de l'absence de délégués du personnel dans l'entreprise, dès lors que leur mise en place était

¹³⁷⁵ Art. L. 1235-15 C. trav.

¹³⁷⁶ Soc., 19 mai 2016, n° 14-10.251.

¹³⁷⁷ Soc., 23 sept. 2008, n° 06-45.528, Bull. civ. V, n° 170.

¹³⁷⁸ Soc., 1^{er} févr. 2012, n° 10-10.012.

¹³⁷⁹ Soc., 4 oct. 2005, n° 03-45.983.

¹³⁸⁰ Soc., 10 déc. 2015, n° 14-16.214.

¹³⁸¹ Art. L. 1226-10 C. trav.

¹³⁸² Art. L. 1226-15 C. trav.

obligatoire que s'il dispose d'un procès-verbal de carence¹³⁸³. Seul un procès-verbal de carence établi à l'issue du second tour de scrutin est de nature à établir le respect par l'employeur de ses obligations en matière d'organisation des élections de délégués du personnel¹³⁸⁴.

La responsabilité civile de l'employeur peut également être engagée. En effet, l'employeur qui, bien qu'il y soit légalement tenu, n'accomplit pas les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel, sans qu'un procès-verbal de carence ait été établi, commet une faute qui cause nécessairement un préjudice aux salariés privés ainsi d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts¹³⁸⁵.

Un règlement intérieur ne peut, à défaut de procès-verbal de carence, être introduit dans une entreprise qu'après avoir été soumis à l'avis du comité d'entreprise, s'il existe, ou à défaut, à l'avis des délégués du personnel¹³⁸⁶. De même, une entreprise, qui ne satisfait pas aux obligations incombant à l'employeur en matière de représentation du personnel et à défaut de procès-verbal de carence, ne peut instituer, par voie d'accord, un intéressement collectif des salariés¹³⁸⁷.

§2) Les principaux effets de l'élection et de la désignation de représentants du personnel

L'élection et la désignation de représentants du personnel ont pour effet de conférer à ces derniers un mandat durant lequel ils auront compétence pour représenter le personnel dans leur intérêt **(I)**. L'investiture des salariés comme représentant du personnel fait également naître à leur égard une protection contre d'éventuelles représailles de l'employeur **(II)**.

I) L'attribution de mandats

Les contours des mandats électifs **(A)** et syndicaux **(B)** peuvent être adaptés.

¹³⁸³ Soc., 7 déc. 1999, n° 97-43.106 ; soc., 22 mars 2000, n° 98-41.166, Bull. civ. V, n° 119.

¹³⁸⁴ Soc., 15 mars 2005, n° 03-41.584.

¹³⁸⁵ Soc., 17 mai 2011, n° 10-12.852.

¹³⁸⁶ Soc., 4 juin 1969, n° 68-40.377, Bull. civ. V, n° 367.

¹³⁸⁷ Art. L. 3312-2 C. trav.

A) Des mandats électifs adaptables

Si la durée des mandats des représentants élus du personnel est de quatre ans, cette durée peut être prorogée dans plusieurs situations (1). La date de cessation des mandats peut également varier (2).

1) Une durée prorogable

Les délégués du personnel et les membres du comité d'entreprise, tout comme les représentants du personnel au comité central d'entreprise et au comité de groupe, sont, en principe, élus pour quatre ans mais leur mandat est renouvelable sans limite¹³⁸⁸. Un accord de branche, un accord de groupe ou un accord d'entreprise peut, selon le cas, fixer une durée du mandat comprise entre deux et quatre ans¹³⁸⁹. Seuls les accords conclus après l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises peuvent prévoir une durée du mandat comprise entre deux et quatre ans. Ainsi, une convention collective, conclue en 1994, qui, conformément à la loi en vigueur à l'époque de son adoption, fixait à deux ans la durée du mandat des délégués du personnel, ne pouvait valoir dérogation aux nouvelles dispositions de l'article L. 423-16 du Code du travail¹³⁹⁰ telles qu'issues de la loi du 2 août 2005¹³⁹¹. Le principe de concomitance des élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise ne permet pas de fixer des durées de mandats différents. La durée de leur mandat peut également être réduite en cas d'absorption ou de fusion, pour tenir compte de la date habituelle des élections dans l'entreprise d'accueil, soit par accord entre le nouvel employeur et les organisations syndicales représentatives existant dans le ou les établissements absorbés soit, à défaut, par accord entre l'employeur et les délégués du personnel ou membres du comité d'entreprise intéressés¹³⁹².

Les délégués du personnel et les membres du comité d'entreprise conservent leur mandat en cas de changement de catégorie professionnelle et donc de collège électoral¹³⁹³. En revanche, le salarié en arrêt de travail pour maladie ne peut exercer son mandat de

¹³⁸⁸ Art. L. 2314-26, al. 1^{er} et L. 2324-24, al. 1^{er} C. trav. Antérieurement à la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, la durée de leur mandat était de deux ans.

¹³⁸⁹ Art. L. 2314-27, L. 2324-25, L. 2327-10 et L. 2333-3 C. trav.

¹³⁹⁰ Désormais article L. 2314-26 C. trav.

¹³⁹¹ Soc., 7 nov. 2007, n° 07-60.041, JCP S 2008, 1223, note B. Gauriau. Dans le même sens, soc., 24 sept. 2008, n° 07-60.310, RJS 12/08, n° 1205.

¹³⁹² L. 2314-28, al. 3 et L. 2324-26, al. 3 C. trav.

¹³⁹³ Art. L. 2314-26, al. 2 et L. 2324-24, al. 2 C. trav.

représentant du personnel durant cette période, cette activité étant assimilée à du temps de travail effectif. L'exercice répété et prolongé d'une activité de représentant du personnel est incompatible avec l'arrêt de travail et le service des indemnités journalières. En effet, en vertu des articles L. 321-1 et L. 323-6 du Code de la sécurité sociale, l'attribution des indemnités journalières à l'assuré se trouvant dans l'incapacité physique de continuer ou de reprendre le travail est subordonné à l'obligation pour le bénéficiaire de s'abstenir de toute activité non autorisée. En exerçant son activité de représentant du personnel pendant son arrêt maladie, un assuré manque à son obligation de s'abstenir de toute activité non autorisée¹³⁹⁴.

La durée des mandats peut être prorogée par l'effet de la loi, la jurisprudence admet également une prorogation par voie conventionnelle. Les conditions posées par la loi et par la jurisprudence encadrent la prorogation des mandats qui n'est pas libre. La Code du travail prévoit qu'en cas d'absorption ou de fusion, la durée des mandats des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise peut être prorogée soit par un accord entre le nouvel employeur et les organisations syndicales représentatives existant dans le ou les établissements absorbés soit, à défaut, par accord entre l'employeur et les délégués du personnel ou membres du comité d'entreprise intéressés afin de tenir compte de la date habituelle des élections dans l'entreprise d'accueil¹³⁹⁵. Pour être valide l'accord de prorogation doit recevoir l'unanimité¹³⁹⁶ des organisations syndicales représentatives. La jurisprudence admet la prorogation des mandats par voie conventionnelle. Une convention collective ou un protocole d'accord préélectoral peut prévoir une clause prorogeant les mandats. Cette prorogation doit être claire et non équivoque¹³⁹⁷ mais également prévue avant l'expiration des mandats. Ainsi, les mandats expirés ne peuvent être reconduits tacitement¹³⁹⁸. Une prorogation n'est valide que si est conclu un accord exprès, clair et non équivoque. A défaut, la protection exceptionnelle au titre des mandats ne s'applique pas¹³⁹⁹. Seul un accord unanime prorogeant les mandats des représentants du personnel peut permettre leur renouvellement à une même échéance¹⁴⁰⁰. Mais seule l'unanimité des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise est nécessaire pour la prorogation des mandats, l'unanimité

¹³⁹⁴ Civ., 2^{ème}, 9 déc. 2010, n° 09-17.449, RJS 2/11, n° 175.

¹³⁹⁵ Art. L. 2314-28, al. 3 et L. 2324-26, al. 3 C. trav.

¹³⁹⁶ Soc., 13 juin 1989, n° 88-60.556.

¹³⁹⁷ Soc., 3 mars 1999, n° 97-40.864, RJS 4/99, n° 536.

¹³⁹⁸ Soc., 19 janv. 1961.

¹³⁹⁹ CE, 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, 3 juill. 2013, n° 34.2291, publié au recueil Lebon.

¹⁴⁰⁰ Soc., 24 nov. 1992, n° 92-60.008, RJS 1/93, n° 46.

des organisations syndicales présentes dans l'entreprise n'étant plus requise¹⁴⁰¹. L'existence d'un accord unanime entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, prévoyant la prorogation des mandats des membres du comité d'établissements et des délégués du personnel, rend irrecevable la demande d'un salarié tendant à l'organisation des élections professionnelles en vue des renouvellements du comité d'entreprise et des délégués du personnel¹⁴⁰². En revanche, lorsqu'il n'existe aucun accord unanime de prorogation des mandats échus, cette demande est recevable¹⁴⁰³. L'exigence d'un accord unanime avec les organisations syndicales représentatives peut poser des difficultés lorsque l'entreprise en est dépourvue à l'expiration des mandats. Dans une telle hypothèse, la prorogation est impossible puisque l'employeur ne peut proroger seul les mandats ni conclure un accord de prorogation avec les représentants du personnel, un tel accord ne valant pas accord collectif. Les salariés peuvent donc être privés de représentation effective entre la date d'expiration des mandats et la date des nouvelles élections. Une conséquence en faveur des salariés peut être relevée, l'employeur ne peut, durant cette période licencier pour motif économique deux salariés ou plus puisqu'il ne peut procéder à la consultation préalable des représentants du personnel. La Cour de cassation devrait revenir à sa jurisprudence antérieure et exiger l'unanimité des syndicats présents dans l'entreprise, toutes les entreprises n'étant pas dotées d'organisations syndicales représentatives.

L'employeur ne peut remettre en cause par voie d'exception un accord collectif prorogeant les mandats qu'il a signé et appliqué sans réserve. Ainsi, le licenciement d'un représentant du personnel dont le mandat est prorogé est nul en vertu du statut protecteur¹⁴⁰⁴. La prorogation des mandats emporte prorogation du statut protecteur.

A défaut d'accord de prorogation, le juge peut-il être saisi afin de prononcer une prorogation judiciaire ? La chambre sociale a répondu à cette interrogation et a précisé que la loi ne permet pas au juge d'instance de déroger à la durée des mandats qu'elle a fixés. Il ne peut donc décider de proroger les mandats des représentants du personnel, même pour éviter une carence entre la fin du mandat et la date des nouvelles élections¹⁴⁰⁵. En revanche, la saisine de la DIRECCTE pour déterminer les établissements distincts, fixer la répartition des électeurs, ou fixer la répartition des sièges dans les collèges, lorsque le protocole préélectoral

¹⁴⁰¹ Soc., 27 mai 1999, n° 98-60.327, RJS 7/99, n° 932 ; soc., 12 mars 2003, n° 01-60.771, RJS 5/03, n° 625 ; soc., 3 oct. 2007, n° 06-60.283 ; soc., 26 juin 2013, n° 12-60.246, JCP S 2013, 1401, note L. Dauxerre.

¹⁴⁰² Soc., 27 mai 1999, n° 98-60.327.

¹⁴⁰³ Soc., 12 juill. 2006, n° 05-60.331, JCP S 2006, 1874, 1^{ère} esp. Note B. Gauriau.

¹⁴⁰⁴ Soc., 4 févr. 2014, n° 11-27.134, RJS 4/14, n° 331.

¹⁴⁰⁵ Soc., 16 juin 1983, n° 82-60.642 ; soc., 3 oct. 2007, n° 06-60.283.

n'a pas été conclu à la condition de double majorité, suspend le processus électoral jusqu'à sa décision et entraîne la prorogation des mandats en cours jusqu'à la proclamation des résultats du premier tour du scrutin¹⁴⁰⁶.

L'irrégularité d'une prorogation peut avoir pour conséquence d'entacher d'irrégularité les décisions et avis rendus par les représentants du personnel dont les mandats ont été irrégulièrement prorogés. Ainsi, en l'absence de prorogation expresse, la procédure de consultation des représentants du personnel préalable à un licenciement pour motif économique est substantiellement viciée. De ce fait, l'inspecteur du travail est légalement tenu de refuser l'autorisation de licenciement sollicitée¹⁴⁰⁷.

2) Une cessation variable

Le mandat des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise ou comité d'établissement prend fin à l'arrivée du terme des quatre ans après la proclamation des résultats des élections¹⁴⁰⁸. Mais le législateur a prévu dans les articles L. 2314-26 alinéa 2 et L. 2324-24 alinéa 2 du Code du travail des cas où la cessation des mandats peut être anticipée.

Le décès du représentant du personnel met logiquement fin à son mandat. Le mandat peut également prendre fin par la volonté du représentant du personnel. Celui-ci peut démissionner de ses fonctions de représentant du personnel en restant, néanmoins, salarié de l'entreprise. La volonté de démissionner doit être exprimée de manière non équivoque sous peine d'être annulée pour vice du consentement. Dans ce cas, le mandat prend fin à la date exprimée par le représentant du personnel ou, à défaut, à la date à laquelle l'institution a reçu la lettre de démission. Le Code du travail prévoit aussi que la rupture du contrat de travail met fin au mandat des délégués du personnel et membres du comité d'entreprise et comité d'établissement, le salarié ne faisant plus partie du personnel de l'entreprise. La rupture du contrat de travail peut être à l'initiative du salarié dans l'hypothèse d'une démission de son poste dans l'entreprise ou d'un départ à la retraite.

Lorsque la rupture ne relève pas de l'initiative du salarié, elle ne peut être valide qu'avec l'autorisation de l'inspecteur du travail en vertu du statut protecteur des représentants du personnel. C'est le cas lorsque la rupture du contrat de travail est le fait de l'employeur ou

¹⁴⁰⁶ Soc., 26 sept. 2012, n° 11-60.231.

¹⁴⁰⁷ CE, 29 juin 1990, n° 85.254, publié au recueil Lebon.

¹⁴⁰⁸ Art. L. 2314-26, al. 1^{er} et L. 2324-24, al. 2 C. trav.

d'un accord entre ce dernier et le salarié. Cette autorisation est également nécessaire lorsque le contrat de travail à durée déterminée arrive à échéance. A défaut d'autorisation pour la rupture du contrat de travail, le mandat ne peut prendre fin.

La perte de la condition d'éligibilité peut anticiper la fin du mandat. Ainsi, la mutation d'un représentant du personnel, acceptée par ce dernier, dans un établissement de l'entreprise où il n'a pas été élu met fin à son mandat¹⁴⁰⁹. Le salarié promu comme chef d'établissement en vertu d'une délégation particulière d'autorité ne peut exercer un mandat de représentation du personnel, les conditions d'éligibilité n'étant plus réunies. La prise d'effet de la délégation met fin au mandat¹⁴¹⁰. Cette règle vise la perte d'une condition d'éligibilité peu importe laquelle. L'ancien article L. 433-12 du Code du travail ne prévoyait la fin du mandat de représentant du personnel que par la perte du droit d'éligibilité à la suite d'une condamnation. En revanche, le changement de fonction dans un même établissement ne met pas fin au mandat représentatif. En effet, les délégués du personnel et membres du comité d'entreprise ou comité d'établissement conservent leur mandat en cas de changement de catégorie professionnelle qu'il résulte d'une promotion ou d'un déclassement.

En vertu de l'article L. 2314-28 du Code du travail, le transfert partiel d'activité qui ne constitue pas un établissement distinct de l'entreprise doté d'institutions propres, emporte cessation des mandats des représentants du personnel dont le contrat s'est poursuivi avec le nouvel employeur à la date du transfert. Suite à un tel transfert d'activité, le salarié, dont le contrat de travail a été transféré, ne peut se prévaloir du statut protecteur pour contester son licenciement¹⁴¹¹. Lorsque ni un accord, ni l'article L. 1224-1 du Code du travail ne prévoient le maintien du mandat des représentants du personnel dans le cas où le changement d'employeur résulte de la poursuite de la même activité par les entreprises qui en sont successivement chargées, le mandat des représentants du personnel dont le contrat de travail se poursuit avec le nouveau titulaire d'un marché par le seul effet d'un accord, prend fin au jour du changement d'employeur. Dès lors, ils ne peuvent bénéficier de la protection contre les licenciements que pendant les six mois qui suivent la disparition du mandat¹⁴¹², ce qui les rend vulnérables. Le législateur devrait permettre aux représentants du personnel faisant l'objet d'un tel transfert de continuer à bénéficier du statut protecteur jusqu'à l'expiration du délai de six mois après la fin du mandat initial même si celui-ci a cessé antérieurement.

¹⁴⁰⁹ TGI Paris, 7 déc. 1982, Juri-social, 1984, F7.

¹⁴¹⁰ Soc., 5 déc. 2007, n° 06-43.980.

¹⁴¹¹ Soc., 17 déc. 2008, n° 07-42.839, JCP S 2009, 1117, note J.-Y. Kerbouc'h.

¹⁴¹² Soc., 28 nov. 2007, n° 06-42.379, JCP S 2008, 1171, note J.-Y. Kerbouc'h.

Un salarié exerçant un mandat représentatif muté dans un autre établissement ou une autre entreprise ne peut plus continuer à exercer ses fonctions. Le mandat représentatif ne peut être exercé que dans l'établissement ou l'entreprise où le salarié a été élu¹⁴¹³, même si l'établissement ou l'entreprise dans lequel le salarié a été muté appartient au même groupe. La mutation doit être approuvée par le salarié représentant du personnel. Si ce dernier refuse, l'employeur doit solliciter l'autorisation de licenciement à l'inspecteur du travail et, à défaut, renoncer à la mutation. Une mutation provisoire ne met également pas fin aux fonctions de représentants du personnel. Ainsi, un salarié élu au comité d'établissement affecté de manière provisoire à l'étranger conserve son mandat¹⁴¹⁴.

Tout délégué du personnel et membre du comité d'entreprise peut être révoqué en cours de mandat sur proposition faite par l'organisation syndicale qui l'a présenté. Cette révocation doit être consentie au scrutin secret par la majorité du collège électoral auquel appartient le représentant du personnel¹⁴¹⁵. Le juge d'instance ne peut statuer en dernier ressort sur la contestation de la régularité de la consultation prévue aux articles L. 2314-29 et L. 2324-27 du Code du travail portant sur l'approbation de la révocation des délégués du personnel et membres du comité d'entreprise en cours de mandat. Le juge d'instance ne statue en dernier ressort que sur les contestations relatives à leur élection, autrement dit sur les questions portant sur l'électorat et sur la régularité des opérations électorales¹⁴¹⁶. Il peut, cependant, statuer en premier ressort sur les contestations relatives à la régularité de la consultation du collège électoral. Dans ce cas, sa décision peut faire l'objet d'un appel puis d'un pourvoi.

L'employeur peut supprimer le comité d'entreprise si l'effectif de cinquante salariés n'a pas été atteint pendant vingt quatre mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédant la date du renouvellement du comité d'entreprise¹⁴¹⁷. En revanche, il ne peut supprimer l'institution des délégués du personnel en cours de mandat si l'effectif est passé en dessous de onze salariés. L'institution ne sera simplement pas renouvelée à l'échéance des mandats¹⁴¹⁸. Antérieurement à la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi¹⁴¹⁹, la suppression du comité d'entreprise était subordonnée à un accord entre le chef

¹⁴¹³ Crim., 4 oct. 1983, n° 82-93.209.

¹⁴¹⁴ Soc., 11 mars 1982, n° 80-41.252.

¹⁴¹⁵ Art. L. 2314-29 et L. 2324-27 C. trav.

¹⁴¹⁶ Soc., 12 juill. 2006, n° 05-60.404.

¹⁴¹⁷ Art. L. 2322-7 C. trav.

¹⁴¹⁸ Art. L. 2312-3 C. trav.

¹⁴¹⁹ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

d'entreprise et l'ensemble des organisations syndicales représentatives ou, à défaut, par décision administrative de la DIRECCTE en cas de réduction importante et durable du personnel ramenant l'effectif en dessous de cinquante salariés. Le Conseil d'Etat avait rappelé qu' « en l'absence d'un accord entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales ou, à défaut d'accord, d'une décision administrative ayant pour effet de supprimer un comité d'établissement, la fermeture d'un établissement ne saurait par elle-même mettre fin aux mandats des membres du comité d'établissement »¹⁴²⁰. Une baisse de 10% de l'effectif constituait une réduction importante et durable. Cette baisse devait être observée pendant au moins vingt quatre mois sur les trois années de référence puisqu'un comité d'entreprise doit être mis en place si l'entreprise atteint un effectif de cinquante salariés durant douze mois consécutifs ou non sur une période de trois ans¹⁴²¹. Le directeur départemental du travail pouvait refuser la suppression du comité d'entreprise s'il existait un motif d'intérêt général au maintien de l'institution représentative du personnel. C'était le cas lorsque la demande de l'employeur de supprimer le comité d'entreprise « tendait moins à la suppression du comité d'entreprise qu'à la disparition de l'organisation syndicale représentative au sein de cette institution »¹⁴²².

Si une entreprise cesse son activité, les mandats des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise cessent également. Dans ce cas, les membres du comité d'entreprise sont tenus de procéder à la dévolution des biens. Pour cela, ils doivent régulariser leurs comptes et décider, du sort de leur bien, sous le contrôle de la DIRECCTE, lors d'une réunion plénière à la majorité des membres présents. La dévolution du solde des biens est réalisée au profit soit d'un autre comité d'entreprise ou interentreprises, notamment dans le cas où la majorité des salariés est destinée à être intégrée dans le cadre de ces entreprises, soit d'institutions sociales d'intérêt général dont la désignation est, autant que possible, conforme aux vœux exprimés par les salariés intéressés. Les biens ne peuvent en aucun cas être répartis entre les salariés ou les membres du comité¹⁴²³.

L'élection, à la suite de la fusion de plusieurs sociétés, d'un nouveau comité d'entreprise, ayant compétence pour l'ensemble de l'entreprise doit entraîner la cessation de l'activité des comités d'entreprise préalablement existants¹⁴²⁴.

¹⁴²⁰ CE, 18 janv. 1991, n° 95-699, Dr. soc., 1992, 43, obs. Savatier.

¹⁴²¹ Circ. DRT n° 13, 25 oct. 1983.

¹⁴²² CE, 24 juill. 1981, n° 17-737, publié au recueil Lebon.

¹⁴²³ Art. R. 2323-39 C. trav.

¹⁴²⁴ Soc., 22 avr. 1982, n° 81-60.832.

La reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale impose la mise en place d'institutions représentatives du personnel qui lui sont appropriées, par conséquent, les mandats en cours cessent au jour des élections organisées au sein de l'unité économique et sociale quelle que soit l'échéance de leur terme¹⁴²⁵. L'annulation du jugement reconnaissant l'existence d'une unité économique et sociale, fait également perdre aux salariés élus leur qualité de membres de l'institution représentative du personnel mis en place dans ce cadre à compter du jour où elle est prononcée¹⁴²⁶.

De plus, la perte de la qualité d'établissement distinct, reconnue par décision administrative, emporte suppression du comité d'établissement considéré, sauf accord contraire conclu entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise permettant aux membres du comité d'établissement d'achever leur mandat¹⁴²⁷.

Lorsque le mandat de membre au comité d'établissement cesse, celui au comité central d'entreprise cesse également puisque ce dernier comprend des membres désignés par et parmi les différents comités d'établissement. En revanche, le membre du comité d'entreprise qui perd son mandat conserve toutefois celui de membre du comité d'établissement. Aucune disposition légale ne limitant la durée du mandat des représentants syndicaux au comité d'entreprise, la perte des conditions de validité d'un mandat de représentant syndical auprès du comité central d'entreprise n'emporte pas cessation de plein droit de ce mandat, mais constitue un élément nouveau permettant à tout intéressé de contester la désignation en qualité de représentant syndical au sein du comité central d'entreprise devant le tribunal d'instance dans les quinze jours qui suivent la date à laquelle il a eu connaissance de ce fait nouveau¹⁴²⁸.

Le délégué du personnel, membre du comité d'entreprise, du comité d'établissement ou du comité de groupe élu comme administrateur doit se démettre de son mandat dans les huit jours. A défaut, il est réputé démissionnaire de son mandat d'administrateur¹⁴²⁹.

Si un délégué du personnel ou membre du comité d'entreprise titulaire cesse ses fonctions de manière anticipée, ou est momentanément absent pour une cause quelconque, il est remplacé par un suppléant élu sur une liste présentée par la même organisation syndicale que celle de ce titulaire. La priorité est donnée au suppléant élu de la même catégorie¹⁴³⁰.

¹⁴²⁵ Soc., 26 mai 2004, n° 02-60.935.

¹⁴²⁶ Soc., 2 déc. 2008, n° 07-41.832.

¹⁴²⁷ Soc., 19 janv. 2009, n° 07-16.969.

¹⁴²⁸ Soc., 17 juin 2009, n° 08-60.582.

¹⁴²⁹ Art. L. 225-30 et L. 225-80 C. com.

¹⁴³⁰ Art. L. 2314-30, al. 1^{er} et art. L. 2324-28, al. 1^{er} C. trav.

Lorsque la liste comprend plusieurs suppléants, la préférence doit être donnée à celui qui a recueilli le plus grand nombre de voix¹⁴³¹. La règle de remplacement étant impérative, le refus par un délégué du personnel suppléant de remplacer un titulaire emporte démission de ses fonctions¹⁴³². Cette règle vaut également pour les membres suppléants du comité d'entreprise. En l'absence de délégué du personnel suppléant élu sur une liste présentée par l'organisation syndicale qui a présenté le titulaire, notamment suite à des refus, le remplacement est assuré par le candidat non élu présenté par la même organisation qui vient immédiatement après le dernier élu titulaire ou, à défaut, le dernier élu suppléant¹⁴³³. En l'absence de candidat non élu présenté par la même organisation, le remplacement est assuré par le suppléant élu n'appartenant pas à l'organisation du titulaire à remplacer, mais appartenant à la même catégorie et ayant obtenu le plus grand nombre de voix¹⁴³⁴. En revanche, lorsqu'il n'existe pas de suppléant au comité d'entreprise élu sur une liste présentée par l'organisation syndicale qui a présenté le titulaire, le remplacement est assuré par le suppléant élu de la même catégorie qui a obtenu le plus grand nombre de voix¹⁴³⁵ peu importe le syndicat qui a présenté sa candidature. Peu importe la raison de l'absence, le suppléant aux fonctions de délégué du personnel ou de membre du comité d'entreprise devient titulaire jusqu'au retour de celui qu'il remplace ou jusqu'au renouvellement de l'institution¹⁴³⁶. Le chef d'entreprise est tenu de laisser aux suppléants le même temps que les titulaires nécessaire à l'exercice de leurs fonctions¹⁴³⁷. Le délégué du personnel suppléant peut remplacer le délégué titulaire par le biais du transfert d'une partie du crédit d'heures lorsque celui-ci se trouve momentanément absent notamment en raison du décalage horaire du délégué du personnel titulaire prenant son service à 13 heures par rapport à l'horaire d'une partie des salariés de l'entreprise travaillant le matin¹⁴³⁸.

B) Mandats des représentants désignés

Le représentant de la section syndicale étant destiné à permettre à un syndicat de s'implanter dans l'entreprise et de préparer les élections prochaines pour être reconnu

¹⁴³¹ Soc., 15 janv. 1981, n° 80-60.349, D. 1981, 427, obs. P. Langlois.

¹⁴³² Soc., 5 mai 1983, n° 82-60.418, JCP E 1984, I, 13087, p. 37, n° 4, obs. B. Teyssié.

¹⁴³³ Art. L. 2314-30, al. 2 et 3 C. trav.

¹⁴³⁴ Art. L. 2314-30, al. 4 C. trav.

¹⁴³⁵ Art. L. 2324-28, al. 2 C. trav.

¹⁴³⁶ Art. L. 2314-30, al. 5 et L. 2324-28, al. 3 C. trav.

¹⁴³⁷ Soc., 30 mai 1990, n° 86-43.583, RJS 7/90, n° 589.

¹⁴³⁸ Soc., 5 oct. 1994, n° 93-42.164, RJS 11/94, n° 1281.

représentatif, son mandat prend fin à l'issue des premières élections suivant la désignation. Deux situations peuvent se présenter à l'issue des élections. Si le syndicat ayant désigné le représentant de la section syndicale a recueilli 10% des suffrages exprimés au premier tour et est donc reconnu représentatif, le mandat du représentant de la section syndicale cesse, le syndicat pouvant désormais désigner un délégué syndical. Si le syndicat n'est pas reconnu représentatif, le mandat du représentant de la section syndicale prend fin et il ne peut être désigné à nouveau à cette fonction durant les six mois qui précèdent la date des élections professionnelles suivantes dans l'entreprise. Le syndicat peut, cependant, désigner dans ce délai un autre salarié en qualité de représentant de la section syndicale. Ce dernier étant désigné et non élu, son mandat peut prendre fin de manière anticipée en cas de révocation du mandat par le syndicat qui l'a désigné ou en cas de décision du syndicat de changer de représentant de la section syndicale. Il peut notamment démissionner de son mandat.

Depuis la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, le mandat du délégué syndical prend fin lorsque l'ensemble des conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2143-3 et à l'article L. 2143-6 du Code du travail cessent d'être réunies. Ainsi, lorsque dans les entreprises de moins de cinquante salariés le délégué du personnel est également désigné délégué syndical, le mandat du délégué syndical prend fin en même temps que le mandat de délégué du personnel. Le mandat prend également automatiquement fin lors du renouvellement des institutions représentatives du personnel et cela peu importe les résultats des élections¹⁴³⁹. Le syndicat ayant désigné le délégué syndical peut révoquer son mandat. Il doit notifier à l'employeur la révocation entraînant cessation des fonctions représentatives du délégué syndical. Le mandat prend fin à compter de la date de notification de la cessation des fonctions du salarié, sans qu'il n'y ait à s'interroger sur la régularité, dans les rapports du syndicat et de son mandant, de la révocation intervenue¹⁴⁴⁰. Le départ de l'entreprise d'un salarié exerçant les fonctions de délégué syndical entraîne de plein droit la vacance du poste qu'il occupe et la cessation de son mandat qui ne peut être exercé que par un membre du personnel¹⁴⁴¹. Un syndicat peut également annuler le mandat de son représentant. Cette annulation n'a pas d'effet rétroactif sur la qualité de salarié protégé. Le salarié bénéficie du statut protecteur si la rupture du contrat de travail

¹⁴³⁹ Soc., 22 sept. 2010, n° 09-60.435.

¹⁴⁴⁰ Soc., 7 nov. 2007, n° 06-13.702, Bull. civ. V, n° 186.

¹⁴⁴¹ Soc., 30 juin 1971, n° 70-60.201, Bull. civ. V, n° 499.

intervient antérieurement à l'annulation de son mandat, peu importe qu'il n'en ait pas effectivement exercé les fonctions¹⁴⁴².

Lorsque, dans les établissements qui emploient moins de cinquante salariés, un délégué du personnel est désigné délégué syndical¹⁴⁴³, le mandat de délégué syndical prend fin en même temps que celui de délégué du personnel. Le mandat peut également prendre fin par la renonciation du délégué syndical à son mandat ou par la mort naturelle ou civile soit du mandant, soit du mandataire¹⁴⁴⁴. Le mandat de délégué syndical ne cesse pas de plein droit par la seule baisse des effectifs de l'entreprise¹⁴⁴⁵. En cas de réduction importante et durable de l'effectif en dessous de cinquante salariés, la suppression du mandat de délégué du personnel est subordonnée à un accord entre l'employeur et l'ensemble des organisations syndicales représentatives. En l'absence d'accord, l'autorité administrative peut décider que le mandat de délégué syndical prend fin¹⁴⁴⁶. La procédure prévue par l'article L. 2143-11 du Code du travail n'est applicable que lorsque l'effectif des salariés est réduit en dessous de cinquante, c'est-à-dire en cas de suppression du mandat de délégué syndical et non en cas de réduction de leur nombre¹⁴⁴⁷.

Avant la réforme du 20 août 2008, le mandat de représentant syndical au comité d'entreprise n'était assorti d'aucun terme. Il n'existait aucune corrélation entre l'élection des membres du comité et la désignation des représentants syndicaux, la durée du mandat de ces derniers relevait de la seule appréciation des syndicats¹⁴⁴⁸. La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail exigeant désormais de l'organisation syndicale qui entend désigner un représentant au comité d'entreprise qu'elle compte au moins deux élus au sein de cette instance¹⁴⁴⁹, a conduit la Cour de cassation à réviser sa jurisprudence. La validité du mandat de représentant syndical étant, désormais, subordonnée à la présence d'élus, le mandat de représentant syndical au comité d'entreprise prend fin lors du renouvellement des membres de cette institution¹⁴⁵⁰.

¹⁴⁴² Soc., 4 mars 2009, n° 08-41.408.

¹⁴⁴³ Art. L. 2143-6 C. trav.

¹⁴⁴⁴ Soc., 19 déc. 2007, n° 07-60.009.

¹⁴⁴⁵ Soc., 23 juin 1998, n° 96-42.548.

¹⁴⁴⁶ Art. L. 2143-11 et R. 2143-6 C. trav.

¹⁴⁴⁷ Soc., 10 oct. 2000, n° 98-60.484.

¹⁴⁴⁸ Crim., 4 juin 1985, n° 84-94.314, Bull. civ. V, n° 217.

¹⁴⁴⁹ Art. L. 2324-2 C. trav. ; soc., 4 nov. 2009, n° 09-60.066.

¹⁴⁵⁰ Soc., 10 mars 2010, n° 09-60.347, Bull. civ. V, n° 58.

II) L'attribution d'une protection aux salariés élus et désignés

Les salariés participant au processus de mise en place des institutions représentatives du personnel sont sujets à des tentatives d'éviction de la collectivité de travail, notamment par le biais de licenciement. En effet, les fonctions des représentants du personnel et la détermination de certains d'entre eux pousse l'employeur à user de manœuvres afin de les évincer de l'entreprise et le licenciement est l'une des manœuvres la plus radicale. Dans le souci d'assurer le respect du principe de participation, consacré à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 26 octobre 1946 en vertu duquel « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises », le législateur a donc mis en place un statut protecteur au bénéfice des salariés participant au processus électoral afin des les protéger contre le licenciement, mais également contre toutes manœuvres destinées à faire obstacle à la mise en place ou au fonctionnement des institutions représentatives du personnel ou encore de dissuader les salariés de vouloir se présenter aux élections ou simplement de demander l'organisation des élections. En accordant une telle protection, le législateur a entendu préserver l'indépendance des représentants du personnel dans l'exercice de leur mandat¹⁴⁵¹. Elle a donc été instituée dans l'intérêt des représentants du personnel mais également dans celui de l'ensemble des salariés¹⁴⁵².

Pour éviter d'éventuelles représailles de l'employeur à l'égard des salariés investis de fonctions représentatives ou, plus généralement, des salariés impliqués dans le processus électoral, le législateur tente de mettre en place une protection renforcée **(A)**. La position du législateur est toutefois contradictoire ; si dans certaines de ces dispositions il étend la protection des salariés, dans d'autres au contraire il limite cette protection **(B)**.

A) Une protection renforcée

Le législateur a étendu sur plusieurs points la protection des salariés investis dans le processus électoral **(1)**, notamment en soumettant leur licenciement à une procédure rigoureuse **(2)**.

¹⁴⁵¹ Cons. const., n° 2012-242 QPC, 14 mai 2012.

¹⁴⁵² Soc., 16 mars 2005, n° 02-45.293.

1) Une protection étendue

Pour une protection effective, le législateur étend le champ des bénéficiaires **(a)** et les actes soumis à protection **(b)**.

a) L'étendue des bénéficiaires

La sphère de protection est étendue puisque tous les salariés investis dans le processus électoral bénéficient du statut protecteur.

Le premier bénéficiaire de ce statut est l'initiateur des élections, ainsi, le salarié demandant l'organisation des élections. Si le statut protecteur existe depuis 1945, la loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel a étendu le champ d'application, puisqu'elle a reconnu cette protection aux salariés qui ont demandé à l'employeur d'organiser ou d'accepter d'organiser les élections des délégués du personnel ou des membres du comité d'entreprise.

Les conditions d'acquisition de la protection sont strictes et conduisent, malgré la volonté initiale du législateur d'élargir la protection pour faciliter la mise en place des institutions représentatives du personnel, à priver de protection certains salariés demandant l'organisation des élections ou encore à les dissuader d'en demander l'organisation.

Cette protection est réservée aux salariés respectant certaines conditions. Deux catégories de salariés peuvent bénéficier du statut protecteur sous réserve de respecter les conditions posées par les articles L. 2411-6 et L. 2411-9 du Code du travail. Ainsi, le salarié mandaté par une organisation syndicale, qu'elle soit représentative ou non, bénéficie du statut protecteur s'il est le premier à demander l'organisation des élections et que l'organisation syndicale a envoyé à l'employeur une lettre recommandée par laquelle elle a, la première, demandé ou accepté qu'il soit procédé à des élections. Cette protection est donc limitée à un seul salarié par organisation syndicale. L'application de cette restriction n'emporte pas vraiment d'effet négatif dans cette hypothèse, puisqu'on suppose qu'une organisation syndicale informe ses salariés adhérents du projet de demander l'organisation des élections et qu'un d'entre eux est mandaté à cet effet.

Le salarié non mandaté par une organisation syndicale peut également bénéficier du statut protecteur à la double condition qu'il soit le premier salarié à demander l'organisation

des élections et qu'une organisation syndicale appuie cette initiative en adressant à l'employeur une lettre recommandée par laquelle elle demande à son tour, ou accepte, qu'il soit procédé à des élections. Ces mêmes conditions applicables au salarié mandaté et au salarié non mandaté sont plus contraignantes pour ce dernier. Comment le salarié d'une grande entreprise peut-il savoir qu'il va être le premier à demander l'organisation des élections ? Sauf s'il travaille dans une entreprise utopique où tous les salariés, quel que soit leur nombre, se connaissent et ont une totale transparence, il s'expose au risque de ne pas être le premier salarié à demander l'organisation des élections et, ainsi, être privé de protection. La deuxième condition qui impose que sa demande soit suivie de l'envoi par une organisation syndicale d'une lettre par laquelle elle demande elle-même l'organisation des élections est également dissuasive. Si dans le cadre d'une demande présentée par un salarié mandaté il est certain que l'organisation syndicale prendra la suite, cette certitude se dissipe lorsque la demande est effectuée par un salarié non mandaté. En effet, les syndicats se désintéressent souvent des initiatives prises par des salariés non mandatés. Ils s'exposent donc au risque de voir engager à leur encontre une procédure de licenciement.

b) L'étendue des actes protégés

Les salariés protégés bénéficient d'une protection accrue lors de l'exécution (α) et de la rupture du contrat de travail (β).

α) Une protection accrue lors de l'exécution du contrat

Les salariés bénéficiant du statut protecteur sont protégés contre les modifications de leurs conditions de travail et de leur contrat de travail que l'employeur souhaiterait leur imposer. Aucun changement des conditions de travail ne peut être imposé à un salarié protégé. En cas de refus de changement du salarié protégé, l'employeur doit poursuivre le contrat de travail aux conditions antérieures ou engager la procédure de licenciement en saisissant l'Autorité administrative d'une demande d'autorisation de licenciement¹⁴⁵³. Ainsi, l'employeur qui propose à un salarié protégé un poste ayant pour effet un déclassement est soumis à la procédure spéciale, la proposition de déclassement équivalent, en raison du refus

¹⁴⁵³ Soc., 28 sept. 2010, n° 90-40.813.

du salarié, à un licenciement prononcé antérieurement à toute autorisation administrative¹⁴⁵⁴. L'employeur doit également obtenir une autorisation de l'inspecteur du travail de rompre le contrat de travail en cas de refus du salarié représentant du personnel d'accepter une mise en disponibilité précédant son départ à la retraite¹⁴⁵⁵. En effet, en l'absence d'autorisation administrative, l'accord du salarié est obligatoire pour toute modification de son contrat de travail ou de ses conditions de travail. Cet accord ne peut résulter de la poursuite de l'exécution du contrat aux nouvelles conditions sans protestation ni réserve ; il doit être exprès¹⁴⁵⁶. Le salarié protégé ayant fait l'objet d'une mesure disciplinaire de mutation dans un autre service peut saisir la formation de référé du Conseil de prud'hommes d'une demande de réintégration de son poste de travail¹⁴⁵⁷.

L'employeur peut profiter d'un transfert partiel d'entreprise pour écarter un salarié protégé. Afin d'éviter l'éviction des salariés protégés, le législateur impose que le transfert d'un salarié compris dans un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement par application de l'article L. 1224-1 du Code du travail ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail lorsqu'il est investi de l'un des mandats mentionnés à l'article L. 2414-1 du Code du travail, notamment du mandat de délégué syndical et ancien délégué syndical ayant exercé ses fonctions pendant au moins un an, de délégué du personnel, de membre élu du comité d'entreprise et de représentant syndical au comité d'entreprise. La procédure spéciale ne s'applique que dans le cadre d'un transfert partiel d'entreprise¹⁴⁵⁸. Le transfert de la totalité des salariés employés dans une entité économique doit être regardé comme un transfert partiel d'établissement au sens de l'article L. 2414-1 du Code du travail, imposant l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail pour le transfert d'un salarié titulaire d'un mandat représentatif, dès lors que l'entité économique transférée ne constitue pas un établissement au sein duquel a été mis en place un comité d'établissement¹⁴⁵⁹. Cette procédure spéciale étant d'ordre public, le salarié protégé ne peut y renoncer¹⁴⁶⁰. L'inspecteur du travail, saisi d'une demande de transfert d'un salarié protégé, doit examiner si le salarié concerné exécute effectivement son contrat dans l'entité transférée¹⁴⁶¹ et s'assurer qu'il n'est pas

¹⁴⁵⁴ Soc., 29 janv. 1992, n° 88-44.603, Bull. civ. V, n° 55 ; soc., 28 mars 1989, n° 85-41.776, Bull. civ. V, n° 258.

¹⁴⁵⁵ Soc., 14 nov. 2000, n° 99-43.270.

¹⁴⁵⁶ Soc., 11 févr. 2009, n° 94-42.727.

¹⁴⁵⁷ Soc., 25 nov. 1997, n° 94-42.727.

¹⁴⁵⁸ Art. L. 2414-1 C. trav. ; soc., 31 mai 2011, n° 10-17.460 ; Circ. DGT n° 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés.

¹⁴⁵⁹ Soc., 15 nov. 2011, n° 10-15.294.

¹⁴⁶⁰ Soc., 6 avr. 2004, n° 02-41.953.

¹⁴⁶¹ CE, 15 juin 2005, n° 250747, JCP S 2005, 1301, note J.-Y. Kerbouc'h.

victime d'une mesure discriminatoire¹⁴⁶². Si l'inspecteur du travail a autorisé le transfert du contrat de travail d'un salarié protégé, cette autorisation entraîne de plein droit ce transfert à compter de la date de la notification de la décision de l'administration et le salarié protégé se trouve, à cette date, intégré à l'entreprise d'accueil¹⁴⁶³. C'est le même contrat de travail qui se poursuit de plein droit avec le nouvel employeur auquel sont transmis tous les droits et obligations de l'ancien employeur, peu important le refus du transfert par le salarié¹⁴⁶⁴. Le juge judiciaire ne peut remettre en cause la décision de l'Autorité administrative ayant fait application de l'article L. 1224-1 du Code du travail sans violer le principe de la séparation des pouvoirs¹⁴⁶⁵. Les irrégularités de la procédure suivie pour le transfert partiel d'entreprise ou d'établissement sont sans incidence sur la légalité de la décision autorisant le transfert d'un salarié protégé qui est compris dans ce transfert partiel¹⁴⁶⁶. Si, en revanche, l'inspecteur du travail refuse l'autorisation de transfert, l'employeur doit proposer au salarié un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalente dans un autre établissement ou une autre partie de l'entreprise. Le salarié protégé dont le transfert est demandé doit être maintenu dans son emploi dans l'entreprise d'origine¹⁴⁶⁷. Toute mutation de poste ou de fonctions imposées contre son gré à un tel salarié équivaut à un licenciement intervenu en méconnaissance des dispositions protectrices du Code du travail et caractérise le délit d'entrave, si l'employeur ne rapporte pas la preuve de sa pleine justification¹⁴⁶⁸. L'autorisation administrative est nécessaire même si le reclassement du salarié protégé est impossible, soit parce qu'il ne demeure plus dans l'entreprise d'emploi similaire, soit parce que le salarié a refusé le poste proposé par l'employeur.

La Cour de cassation a étendu la protection dont bénéficient les salariés investis d'un mandat électif ou syndical aux candidats aux élections. Elle a, en effet, jugé que l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail en cas de transfert partiel d'entreprise s'applique également aux candidats aux élections qui sont exposés au même risque¹⁴⁶⁹. Les anciens représentants du personnel doivent aussi faire l'objet d'une autorisation de transfert de leur contrat de travail. La procédure protectrice s'applique, même si la partie de l'entreprise

¹⁴⁶² Art. L. 2421-9 C. trav. ; CE, 20 mai 1988, n° 74863 ; CE, 25 juin 2005, n° 250747.

¹⁴⁶³ CE, 27 juin 2005, n° 277048, JCP S 2005, 1286, note J.-Y. Kerbouc'h.

¹⁴⁶⁴ Soc., 27 juin 2002, n° 00-44.006.

¹⁴⁶⁵ Soc., 17 juin 2009, n° 08-42.614, JCP S 2010, 1221, note J.-Y. Kerbouc'h.

¹⁴⁶⁶ CE, 22 mai 2013, n° 340111.

¹⁴⁶⁷ Art. L. 2421-9 C. trav.

¹⁴⁶⁸ Soc., 22 nov. 2005, n° 04-87.021.

¹⁴⁶⁹ Soc., 8 juin 1999, n° 96-45.045.

transférée est placée en redressement judiciaire¹⁴⁷⁰. L'article L. 1224-1 du Code du travail énonçant un principe général s'applique aussi lorsque le salarié est transféré en exécution d'un accord collectif ; l'autorisation de l'inspecteur du travail est également nécessaire¹⁴⁷¹. Cependant, en cas de transfert conventionnel, l'accord exprès du salarié est nécessaire au changement d'employeur et échappe au contrôle de l'inspecteur du travail. Le salarié peut, dans ce cas, refuser un transfert même si l'inspecteur du travail l'a autorisé¹⁴⁷². La Cour de cassation étend la protection au salarié protégé dont le contrat de travail n'est qu'en partie transféré. Ainsi, lorsqu'un salarié protégé fait partie du personnel dont le contrat de travail est en partie transféré au repreneur d'une activité en application d'une convention ou d'un accord collectif, ce transfert est soumis à l'autorisation administrative¹⁴⁷³. Le transfert d'un contrat de travail en l'absence d'autorisation est nul¹⁴⁷⁴. Le salarié protégé irrégulièrement transféré peut demander sa réintégration dans l'entreprise ou le versement de dommages et intérêts. Seul le salarié protégé peut se prévaloir des effets d'une absence d'autorisation de transfert de son contrat de travail¹⁴⁷⁵.

β) Une protection indispensable lors de la rupture du contrat de travail

La procédure spéciale doit être respectée en cas de licenciement. Les salariés investis d'un mandat électif ou syndical bénéficient de la protection contre le licenciement y compris lors d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire¹⁴⁷⁶. Ainsi, peu importe le motif de licenciement, pour inaptitude ou pour motif économique, individuel ou collectif par exemple, l'employeur doit solliciter l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail. En subordonnant la validité du licenciement de ces salariés à l'autorisation de l'inspecteur du travail, l'article L. 2411-1 du Code du travail ne porte aucune atteinte disproportionnée ni à la liberté d'entreprendre ni à la liberté contractuelle¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁷⁰ Crim., 30 janv. 1996, n° 94-83.509, Dr. trav. 1996, n° 5, p. 11, §214.

¹⁴⁷¹ Soc., 16 mars 1999, n° 96-44.570 ; soc., 30 mars 1999, n° 97-40.578 ; soc., 20 nov. 2002, n° 00-44.498, Bull. civ. V, n° 349.

¹⁴⁷² Soc., 3 mars 2010, n° 08-41.600 et n° 08-44.120, Dr. soc. 2010, p. 606, obs. Y. Struillou ; JCP S 2010, 1220, note L. Drai.

¹⁴⁷³ Soc., 28 mai 2003, n° 01-40.512, Bull. civ. V, n° 181.

¹⁴⁷⁴ Soc., 31 mai 2011, n° 10-17.460, JCP S 2011, 1432, note J.-Y. Kerbouc'h.

¹⁴⁷⁵ Soc., 29 avr. 2009, n° 07-45.653.

¹⁴⁷⁶ Art. L. 2411-1 C. trav.

¹⁴⁷⁷ Cons. const., n° 2012-242 QPC, 14 mai 2012.

Ne soumettre à la procédure spéciale que le licenciement serait un risque de « voir certains employeurs échapper à la procédure en se déplaçant sur un autre terrain »¹⁴⁷⁸. La Cour de cassation s'est attelée à empêcher l'éviction des salariés protégé par d'autres moyens que le licenciement. Elle interdit alors à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la rupture du contrat de travail ; le contrat de travail d'un salarié protégé ne peut être rompu que par un licenciement soumis aux formalités protectrices. L'employeur ne peut donc demander la résiliation judiciaire du contrat de travail d'un salarié protégé sans s'exposer à l'irrecevabilité de sa demande et à une condamnation pour délit d'entrave¹⁴⁷⁹.

En revanche, si la procédure de licenciement du salarié protégé est d'ordre public, ce salarié ne peut être privé de la possibilité de poursuivre la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur en cas de manquement, par ce dernier, à ses obligations¹⁴⁸⁰. La transaction conclue avec l'employeur avant la notification du licenciement, lequel ne peut avoir lieu qu'après obtention de l'autorisation administrative, est atteinte d'une nullité absolue d'ordre public¹⁴⁸¹. Elle soumet également l'employeur à la procédure administrative d'autorisation s'il prend l'initiative d'une mise à la retraite d'un salarié protégé¹⁴⁸². A défaut, la rupture du contrat de travail s'analyse en un licenciement nul et outre la sanction de la méconnaissance du statut protecteur, le salarié protégé, qui ne demande pas la poursuite de son contrat de travail illégalement rompu, a le droit d'obtenir non seulement les indemnités de rupture mais également une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement¹⁴⁸³. L'adhésion du salarié protégé à un dispositif de préretraite mis en place par l'employeur dans le cadre d'un plan de réduction d'effectifs ne dispense pas ce dernier de son obligation d'obtenir l'autorisation de l'administration du travail avant la rupture du contrat de travail¹⁴⁸⁴. La protection exceptionnelle s'applique à la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur y compris pendant la période d'essai¹⁴⁸⁵. Concernant la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée d'un salarié protégé en raison d'une faute grave ou de l'inaptitude constatée par le médecin du travail, ou à l'arrivée du terme lorsque l'employeur n'envisage pas de renouveler un contrat comprenant une clause de renouvellement, elle ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du

¹⁴⁷⁸ P. Lokiec, *Droit du travail*, Tome II, Les relations collectives de travail, PUF, 2011, p. 165.

¹⁴⁷⁹ Ch. mixte, 21 juin 1974, n° 71-91.225, Bull. Ch. mixte, n° 2 ; soc., 21 févr. 1996, n° 92-44.842.

¹⁴⁸⁰ Soc., 16 mars 2005, n° 03-40.251.

¹⁴⁸¹ Soc., 16 mars 2005, n° 02-45.293.

¹⁴⁸² Soc., 12 juill. 2006, n° 04-48.351.

¹⁴⁸³ Soc., 10 déc. 2003, n° 01-43.876, Bull. civ. V, n° 314.

¹⁴⁸⁴ Soc., 6 juill. 2011, n° 10-15.406.

¹⁴⁸⁵ Soc., 26 oct. 2005, n° 03-44.751, Bull. civ. V, n° 308.

travail¹⁴⁸⁶. Il en va de même en cas d'interruption ou de notification du non-renouvellement de la mission d'un salarié temporaire par l'entrepreneur de travail temporaire¹⁴⁸⁷. De plus, l'arrivée du terme du contrat de travail à durée déterminée n'entraîne sa rupture qu'après constatation de l'inspecteur du travail que le salarié ne fait pas l'objet d'une mesure discriminatoire¹⁴⁸⁸. Pour le salarié protégé, la mise en chômage partiel¹⁴⁸⁹ et la rupture conventionnelle¹⁴⁹⁰ sont également soumis à l'autorisation de l'inspecteur du travail.

En revanche, la protection exceptionnelle ne s'applique pas en cas de volonté non équivoque du salarié protégé de démissionner¹⁴⁹¹ et dans le cas d'un départ volontaire à la retraite¹⁴⁹².

2) Une procédure rigoureuse

En plus de la procédure classique applicable aux salariés ordinaires, les salariés protégés se voient appliquer une procédure spéciale, augmentant leur protection en raison des enjeux, impliquant l'autorisation de l'inspecteur du travail **(b)**, précédée dans certains cas d'une consultation du comité d'entreprise **(a)**.

a) Une consultation préalable du comité d'entreprise

A l'exception du licenciement des délégués syndicaux et du représentant de la section syndicale directement soumis à l'inspecteur du travail¹⁴⁹³ pour la simple raison qu'ils ne sont pas élus et qu'ils sont extérieurs au comité d'entreprise, le licenciement d'un représentant élu du personnel ou d'un représentant syndical au comité d'entreprise doit être soumis pour avis au comité d'entreprise. Lorsque le délégué syndical est également représentant élu du personnel ou représentant syndical au comité d'entreprise, la consultation du comité d'entreprise est requise¹⁴⁹⁴. Cependant, lorsqu'il n'existe pas de comité d'entreprise dans

¹⁴⁸⁶ Art. L. 2412-4 C. trav.

¹⁴⁸⁷ Art. L. 2413-1 C. trav.

¹⁴⁸⁸ Art. L. 2421-8 C. trav.

¹⁴⁸⁹ Soc., 28 févr. 1989, n° 85-46.322, Bull. civ. V, n° 144.

¹⁴⁹⁰ Art. L. 1237-15 C. trav.

¹⁴⁹¹ Soc., 21 févr. 1996, n° 92-44.842.

¹⁴⁹² Soc., 11 févr. 2009, n° 07-44.909.

¹⁴⁹³ Art. R. 2421-1 C. trav.

¹⁴⁹⁴ Art. L. 2143-22, L. 2324-2 et R. 2421-1 C. trav. ; soc., 6 nov. 1974, n° 73-13.079, JCP G 1976, II, 11942, note D. Berra.

l'établissement, l'inspecteur du travail est saisi directement¹⁴⁹⁵. Dans les entreprises comportant des établissements distincts, c'est le comité d'établissement qui doit être consulté pour le projet de licenciement d'un salarié protégé¹⁴⁹⁶. Toute nouvelle demande d'autorisation, peu importe qu'elle soit fondée sur une modification des données juridiques, doit être précédée d'une nouvelle consultation du comité d'entreprise¹⁴⁹⁷. Dans le cas où le titulaire de l'un de ces mandats à la date de la délibération du comité d'entreprise obtient valablement un mandat différent après cette délibération et avant la décision de l'inspecteur du travail ou, le cas échéant, du ministre, le comité doit être saisi à nouveau de son cas alors même qu'il aurait déjà exprimé son désaccord sur le projet de licenciement¹⁴⁹⁸. Une consultation du comité d'entreprise d'une unité économique et sociale s'impose lorsque le salarié, représentant syndical auprès du comité d'entreprise à la date de la délibération du comité d'entreprise obtient valablement un mandat de représentant syndical auprès du comité d'entreprise mis en place à la suite de la reconnaissance d'une unité économique et sociale après cette délibération et avant la décision de l'inspecteur du travail¹⁴⁹⁹. La consultation du comité d'entreprise doit avoir lieu après l'entretien préalable au licenciement¹⁵⁰⁰, mais cette règle n'interdit pas que la convocation des membres du comité d'entreprise soit envoyée antérieurement à l'entretien préalable¹⁵⁰¹. L'employeur peut, en cas de faute grave, prononcer une mise à pied immédiate du salarié protégé jusqu'à la décision de l'inspecteur du travail. Dans ce cas, la consultation du comité d'entreprise doit avoir lieu dans un délai de dix jours à compter de la date de la mise à pied¹⁵⁰². Pour permettre au comité d'entreprise de formuler un avis motivé, l'employeur est tenu de lui transmettre des informations précises et écrites sur les motifs de la procédure de licenciement envisagée à l'encontre du salarié protégé¹⁵⁰³. L'avis du comité d'entreprise doit donc faire l'objet d'un vote après examen des raisons qui ont poussé l'employeur à solliciter l'autorisation de rompre le contrat de travail. Cet avis est exprimé au

¹⁴⁹⁵ Art. L. 2421-3 C. trav.

¹⁴⁹⁶ CE, 26 févr. 1996, n° 146005.

¹⁴⁹⁷ CE, 17 mars 1989, n° 82161, D. 1990, 498, concl. M. Laroque. En l'espèce, la société Monoprix avait sollicité l'autorisation de licenciement d'une déléguée personnel soupçonnée d'abus de confiance. L'Autorité administrative avait refusé cette autorisation au motif que la matérialité des faits reprochés n'était pas établie. Suite à la décision du tribunal correctionnel de Rouen qui avait jugé ces faits établis, le société avait formé une seconde demande d'autorisation de licencier. Le Conseil d'Etat a jugé que cette nouvelle demande, fondée sur une modification des données juridiques du litige, constituait une nouvelle demande et non une demande purement confirmative de la précédente ; que dès lors, cette nouvelle demande aurait dû être précédée d'une nouvelle consultation du comité d'entreprise de la société.

¹⁴⁹⁸ CE, 18 mai 1979, n° 05222 et n° 05284, D. 1979, 587, concl. M.-A. Latournerie.

¹⁴⁹⁹ CE, 9 févr. 2011, n° 329471.

¹⁵⁰⁰ Art. R. 2421-8 C. trav.

¹⁵⁰¹ CE, 8 var. 2013, n° 348559.

¹⁵⁰² Art. R. 2421-6 et R. 2421-14 C. trav.

¹⁵⁰³ CAA Douai, n° 10DA01223, 16 mai 2012 ; crim., 3 déc. 2002, n° 02-81.452.

scrutin secret après audition de l'intéressé¹⁵⁰⁴. Aucune disposition légale ou réglementaire n'impose un délai pour la convocation du salarié concerné en vue de son audition par le comité¹⁵⁰⁵. Cependant, le salarié protégé doit disposer d'un délai suffisant de réflexion pour préparer son audition¹⁵⁰⁶. La méconnaissance de la règle du vote à bulletins secrets n'entache pas d'irrégularité la procédure préalable à la décision de l'inspecteur du travail lorsqu'elle n'est pas de nature à influencer le sens de la décision prise sur la demande de l'employeur¹⁵⁰⁷. Le salarié ne peut participer au vote du comité d'entreprise sur le projet de son propre licenciement, même s'il est membre de celui-ci¹⁵⁰⁸. Le président du comité ne peut également participer au vote lorsqu'il consulte les membres élus du comité en tant que délégation du personnel¹⁵⁰⁹. En effet, l'autorisation demandée au comité d'entreprise par le chef d'entreprise en vue de procéder au licenciement d'un salarié protégé constitue une question sur laquelle les membres élus du comité ont seuls à se prononcer, en tant que délégation du personnel. La participation du chef d'entreprise, président du comité, a pour effet de fausser les résultats du vote¹⁵¹⁰.

b) Une autorisation de l'inspecteur du travail

Le licenciement du salarié protégé, peu importe le mandat qu'il exerce, est subordonné à une autorisation de l'inspecteur du travail. La demande d'autorisation doit être présentée à l'inspecteur du travail dans un délai de quinze jours suivant la délibération du comité d'entreprise, sauf dans l'hypothèse d'une mise à pied¹⁵¹¹ ; ce délai n'est toutefois pas prescrit à peine de nullité¹⁵¹². La demande d'autorisation doit être adressée à l'inspecteur du travail dont dépend l'établissement dans lequel est employé le salarié protégé¹⁵¹³. Cet établissement doit présenter un caractère d'autonomie de gestion suffisant pour être regardé comme un établissement distinct. A défaut, l'inspecteur du travail compétent est celui dans le ressort duquel se trouve le siège social de l'entreprise qui emploie le salarié protégé, même lorsque

¹⁵⁰⁴ Art. R. 2421-9 C. trav.

¹⁵⁰⁵ Crim., 5 mars 2002, n° 01-81.049.

¹⁵⁰⁶ CE, 10 juin 1988, n° 70871.

¹⁵⁰⁷ CE, 22 mars 1991, n° 84280.

¹⁵⁰⁸ Soc., 5 nov. 1986, n° 84-41.466, JCP E 1987, I, 16193.

¹⁵⁰⁹ Art. L. 2325-18 C. trav.

¹⁵¹⁰ Soc., 27 févr. 1985, n° 82-16.324 ; soc., 22 nov. 1988, n° 85-42.007, Dr. soc. 1989, 211, obs. J. Savatier.

¹⁵¹¹ Art. R. 2421-1 et R. 2421-10 C. trav.

¹⁵¹² CE, 9 juill. 1997, n° 151844.

¹⁵¹³ Art. R. 2421-1 et R. 2421-10 C. trav.

cette entreprise appartient à un groupe¹⁵¹⁴. La demande d'autorisation doit être transmise par lettre recommandée avec avis de réception¹⁵¹⁵ et doit mentionner les motifs du licenciement demandé et tous les mandats exercés par le salarié. La demande d'autorisation présentée par l'employeur qui ne mentionne que le seul mandat de délégué syndical alors que le salarié exerce également des fonctions de conseiller prud'homme, entache d'illégalité la décision autorisant le licenciement, l'inspecteur du travail n'étant pas mis à même d'apprécier si des motifs d'intérêt général rendent opportun le licenciement compte tenu des fonctions de conseiller prud'homme dont est investi le salarié¹⁵¹⁶. Si l'omission, dans la demande présentée par l'employeur, de l'un des mandats exercés par le salarié, emporte l'annulation de la décision d'autorisation du licenciement dès lors qu'elle n'a pas mis l'inspecteur du travail à même de procéder aux contrôles qu'il était tenu d'exercer au regard des exigences de ce mandat, cette annulation n'a pas pour effet de placer le salarié dans une situation identique à celle d'un salarié licencié en l'absence d'autorisation administrative. Ce défaut de mention ne caractérise pas une violation du statut protecteur et que le salarié a droit à l'indemnisation de son préjudice depuis le licenciement et jusqu'à l'expiration du délai de deux mois suivant la notification de la décision annulant l'autorisation, au paiement des indemnités de rupture et au paiement de l'indemnité en cas de refus du salarié à réintégrer l'entreprise¹⁵¹⁷. L'autorité administrative doit avoir connaissance de l'ensemble des mandats détenus à la date de sa décision, y compris ceux obtenus postérieurement à la convocation à l'entretien préalable au licenciement¹⁵¹⁸.

La décision de l'inspecteur du travail doit être motivée¹⁵¹⁹. Par conséquent, il doit effectuer une enquête au cours de laquelle il contrôle la qualité de salarié protégé, le respect de la procédure spéciale de licenciement et les motifs du licenciement envisagé. L'autorité administrative doit également apprécier si les règles de procédure d'origine conventionnelle préalables à sa saisine sont observées¹⁵²⁰. La procédure spéciale de licenciement est irrégulière lorsque l'employeur ne procède pas à une telle enquête. Si l'inspecteur du travail rend sa décision après la période de protection légale, l'employeur retrouve le droit de

¹⁵¹⁴ CE, 7 nov. 1990, n° 80.843 ; soc., 17 juill. 2013, n° 356099.

¹⁵¹⁵ Art. R. 2421-1 et R. 2421-10.

¹⁵¹⁶ CE, 13 déc. 2005, n° 277748.

¹⁵¹⁷ Soc., 3 févr. 2016, n° 14-17.886.

¹⁵¹⁸ CE, 27 mars 2015, n° 366166.

¹⁵¹⁹ Art. L. 2421-5 C. trav.

¹⁵²⁰ CE, 21 mai 2008, n° 304394.

licencier le salarié sans autorisation de l'autorité administrative qui n'est plus compétente pour autoriser ou refuser cette mesure¹⁵²¹.

B) Une protection limitée

Le législateur ne met en place qu'une protection limitée pour les salariés demandant l'organisation des élections, seul le premier salarié demandant l'organisation est protégé **(1)**. Il limite également la protection dans le temps **(2)**.

1) Une protection limitée à la première demande

Le Conseil d'état, dans un arrêt du 19 juillet 1991 a précisé que la protection du salarié mandaté ne s'applique que pour la première demande, lorsque la lettre de notification à l'employeur de la candidature aux fonctions de délégué du personnel a été reçue par l'employeur ou lorsque le salarié a fait la preuve que l'employeur a eu connaissance de l'imminence de sa candidature avant que le candidat n'ait été convoqué à l'entretien préalable au licenciement¹⁵²². Il a rappelé cette règle, plus de vingt ans après, dans un arrêt du 31 mars 2014 qui dispose que la protection contre le licenciement instituée par les dispositions de l'article L. 2411-6 du Code du travail ne vaut qu'à compter de la reprise à son compte, par une organisation syndicale, de la demande d'organisation d'élections présentée par le salarié et que ces dispositions ne sauraient permettre à une protection acquise postérieurement à la date de l'envoi par l'employeur de la convocation à l'entretien préalable au licenciement de produire des effets sur cette procédure de licenciement déjà engagée par ce fait¹⁵²³.

2) Une protection limitée dans le temps

La durée de la protection court à compter de l'envoi à l'employeur de la lettre recommandée par laquelle une organisation syndicale a, la première, demandé ou accepté qu'il soit procédé à des élections conformément aux dispositions des articles L. 2411-6 et L. 2411-9 du Code du travail. Ainsi, le salarié, qu'il soit mandaté ou non, n'est pas protégé

¹⁵²¹ Soc., 6 janv. 2016, n° 14-12.717.

¹⁵²² CE, 19 juill. 1991, n° 84259, Lebon 297.

¹⁵²³ CE, 31 mars 2014, n° 363967, RJS 6/14, n° 499.

pendant l'intervalle qui sépare sa demande et la confirmation de la demande par une organisation syndicale. Les risques sont grands durant ce laps de temps puisqu'un employeur peut user de son pouvoir de licenciement à la condition que celui-ci soit motivé par une cause réelle et sérieuse. La chambre criminelle a également été amenée à interpréter ces dispositions dans une espèce confrontant l'employeur accusé de délit d'entrave et un salarié licencié, sans autorisation de l'inspecteur du travail, après avoir demandé le premier l'organisation des élections de délégués du personnel. La chambre criminelle a rappelé les conditions permettant le bénéfice du statut protecteur dans le cadre d'une demande d'organisation des élections des délégués du personnel posées par l'ancien article L. 425-1¹⁵²⁴ et en a conclu que si le salarié était bien le premier salarié non mandaté par une organisation à avoir demandé l'organisation des élections, il n'était pas établi que postérieurement à la demande formulée par le salarié une organisation syndicale ait demandé à l'employeur de procéder à cette élection dans les formes prévues par le Code du travail. Ainsi, le délai de protection n'avait pas commencé à courir lorsque le salarié a été licencié. Elle a souligné que s'il résulte bien de la volonté du législateur de protéger le premier salarié non mandaté par une organisation syndicale, qui a demandé l'organisation des élections des délégués du personnel dans l'entreprise, la fixation du point de départ du délai de protection à compter de l'envoi à l'employeur de la lettre recommandée par laquelle une organisation a, la première, demandé ou accepté qu'il soit procédé à des élections, résulte d'une seule erreur rédactionnelle, cette protection étant le fruit des amendements déposés et des débats les ayant entourés.

Mais l'interprétation stricte des textes en matière pénale ne s'entendant aucunement d'une interprétation littérale, la protection ne peut bénéficier qu'au salarié, non mandaté par une organisation syndicale, à compter de l'envoi par celle-ci de la lettre recommandée par laquelle elle a demandé l'organisation des élections. L'employeur qui a donc licencié ce salarié alors que sa demande n'avait pas été confirmée par une organisation syndicale dans les conditions prévues par le Code du travail ne s'est pas rendu coupable de délit d'entrave à la libre désignation des délégués du personnel¹⁵²⁵. Le délai de protection ne peut donc courir à compter de la démarche effectuée par le salarié¹⁵²⁶. Ainsi, le salarié non mandaté qui a demandé l'organisation des élections à l'employeur le 20 mai 1986, demande qui n'a été relayé par une organisation syndicale qu'un mois plus tard soit le 20 juin 1986 et qui a fait l'objet d'une procédure de licenciement le 13 juin de cette même année ne bénéficie pas de

¹⁵²⁴ Désormais art. L. 2411-6 C. trav.

¹⁵²⁵ Crim., 10 déc. 1985, n° 85-90.814, Bull. crim., n° 396.

¹⁵²⁶ Soc., 25 juin 1987, n° 84-41.600, Bull. civ. V, n° 425.

cette protection¹⁵²⁷. Le licenciement du salarié, ayant demandé l'organisation des élections, prononcé après l'envoi de la lettre recommandée par l'organisation syndicale doit être déclaré nul en l'absence d'autorisation préalable de l'inspecteur du travail¹⁵²⁸

Pour éviter d'éventuelles représailles à l'égard du salarié demandant l'organisation des élections, les organisations syndicales doivent être prêtes à envoyer une lettre recommandée à l'employeur dès la formulation de la demande par le salarié. L'intervention d'une organisation syndicale ne doit pas se produire après la notification du licenciement au salarié, si tel est le cas la protection ne lui est pas acquise¹⁵²⁹. Cette précaution ne pose pas de difficultés lorsque la demande émane d'un salarié mandaté, mais lorsqu'elle émane d'un salarié non mandaté elle s'avère plus difficile à mettre en œuvre, soit parce que l'organisation syndicale n'a pas rapidement connaissance de cette demande, soit parce qu'elle n'a tout simplement pas envie de prendre le relais.

La nécessité d'un droit électoral de l'entreprise est incontestable, les enjeux des élections professionnelles étant trop importants et la particularité de la structure et des sujets de ces élections imposant des règles adaptées. Ce droit électoral en construction depuis plusieurs décennies fait l'objet encore de trop nombreuses lacunes que la Cour de cassation, malgré ses efforts saluables, ne peut totalement effacer. La tâche de la Cour de cassation n'est pas une mince affaire ; les contentieux relatifs aux élections et à la désignation des représentants du personnel sont trop nombreux. Elle est amenée à se prononcer sur des questions générales et sur des questions plus précises qui conduisent parfois à des incohérences de la part de cette dernière. En effet, les imprécisions du Code du travail et les incohérences de la Cour de cassation se multiplient. Pour exemple, en matière de dépôt des listes de candidatures, le Code du travail n'apporte aucune précision quant à la date limite de dépôt. Le protocole d'accord préélectoral ou la convention collective applicable peuvent fixer ce délai de présentation. La Cour de cassation saisie de nombreux litiges, admet une certaine souplesse lorsque le retard n'a pas pour effet de troubler le déroulement du scrutin. Mais sa position sur l'admission des dépôts tardifs manque de clarté, ses différentes jurisprudences faisant état de contradictions. Les dispositions relatives à la protection des salariés dans le cadre des élections suscitent des interrogations. Pourquoi le législateur, lorsque la demande d'organisation des élections émane

¹⁵²⁷ CE, 5 nov. 1993, n° 100132.

¹⁵²⁸ Soc., 20 mars 2013, n° 11-28.034, RJS 6/13, n° 470.

¹⁵²⁹ Crim., 21 nov. 1989, n° 89-80.847, Bull. crim., n° 435.

de salariés, a-t-il limité la protection au premier salarié qui en a fait la demande à la condition qu'une organisation syndicale en prenne le relai ? Ces deux conditions cumulatives ont pour effet de limiter l'initiative des salariés. Ce droit en construction nécessite des améliorations, des affinements afin d'en faire un droit arrivé à maturation.

Conclusion du titre 1

Le droit électoral de l'entreprise tente d'encadrer au mieux toutes les phases du processus électoral, tant les prémices des opérations électorales que leur déroulement et leurs conséquences. Mais la spécificité des élections professionnelles dans l'entreprise complique la construction de ce droit et conduit à la mise en place de règles très techniques d'une grande complexité.

A l'issue de cette étude un constat est clair : le droit électoral de l'entreprise est un droit faisant l'objet de trop nombreuses lacunes. Le législateur pose de nombreuses règles sans apporter de précisions laissant place à un grand nombre de contentieux. Des incohérences sont également relevées. Le droit électoral de l'entreprise se construit en tenant compte de trop nombreux facteurs dont la conciliation conduit à un droit complexe.

L'union du législateur et de la jurisprudence ne suffit pas à maîtriser ce droit. Des précisions, des améliorations et une simplification de ce droit sont nécessaires. Mais la grande complexité du sujet excuserait presque ces imperfections.

**TITRE 2 : LES CONSEQUENCES DE LA MECONNAISSANCE DU DROIT
ELECTORAL DE L'ENTREPRISE**

Les enjeux des élections professionnelles dans l'entreprise imposent une certaine rigueur dans l'application du droit électoral de l'entreprise. Ce droit complexe, par ses dispositions parfois très techniques, ses sources dispersées, l'interaction de ses règles et la spécificité des acteurs et du cadre d'organisation des élections, impose un contrôle renforcé du processus électoral (**Chapitre 1**). Ce contrôle aboutit le plus souvent à un contentieux dont les sanctions prononcées sont limitées (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Un contrôle renforcé du processus électoral

Les enjeux des élections professionnelles impliquent un contrôle rigoureux du processus électoral. C'est ce que tente d'instaurer le législateur en attribuant à plusieurs institutions la compétence de contrôler ce processus. Il multiplie les possibilités de recours, recours auprès de l'autorité administrative avant les élections professionnelles sur les points qui n'ont fait l'objet d'aucun accord lors de la négociation préélectorale (**section 1**), recours gracieux ou hiérarchique contre cette décision de l'autorité administrative ou encore recours contentieux (**section 2**). Pour chacun de ces recours, le législateur a déterminé précisément la compétence des juridictions et des autres institutions. Mais la multiplication des possibilités de recours n'est pas sans risque ; est apparue la situation dans laquelle un recours peut avoir un effet sur un autre. C'est le cas du recours hiérarchique qui peut, dans certains cas, empêcher le juge judiciaire de statuer dans le cadre d'un recours contentieux. Le législateur, conscient de cette problématique, a récemment transféré au juge judiciaire la compétence de connaître des contestations de certaines décisions de l'autorité administrative pour éviter que l'entrecroisement des recours puisse avoir des effets négatifs.

Section 1 : Une régulation du processus électoral par l'autorité administrative

L'autorité administrative peut intervenir avant les élections professionnelles sur les points qui n'ont fait l'objet d'aucun accord lors de la négociation préélectorale. Elle peut décider de la répartition du personnel entre les collèges électoraux lorsqu'aucun accord entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées n'a pu être conclu selon les conditions de l'article L. 2324-4-1 du Code du travail et qu'au moins une organisation syndicale a répondu à l'invitation à négocier de l'employeur¹⁵³⁰. Elle peut également décider du nombre d'établissements distincts et de la répartition des sièges entre les différents établissements et les différentes catégories lorsqu'aucun accord n'a pas pu être conclu entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées selon les conditions de l'article L. 2324-4-1 du Code du travail et qu'au moins une organisation syndicale a répondu à l'invitation à négocier de l'employeur¹⁵³¹. L'inspecteur du travail peut accorder des dérogations aux conditions d'ancienneté pour l'électorat, après avoir consulté les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, notamment dans le cas où l'application de ces conditions aurait pour effet de

¹⁵³⁰ Art. L. 2324-13 C. trav.

¹⁵³¹ Art. L. 2327-7 C. trav.

réduire à moins de deux tiers de l'effectif le nombre de salariés remplissant ces conditions. Il peut également accorder des dérogations, toujours après avoir consulté les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, aux conditions d'ancienneté pour l'éligibilité lorsque l'application de ces dispositions conduirait à une réduction du nombre d'éligibles qui ne permettrait pas l'organisation normale des opérations électorales¹⁵³².

Section 2 : Une contestation du processus électoral : des recours multiples

Les recours à l'encontre des irrégularités relevées à l'occasion des élections professionnelles et de la désignation des représentants syndicaux sont multiples. Chaque irrégularité relève de la compétence déterminée d'une institution, mais la multiplicité des recours possibles et des contestations possibles ont pour effet de complexifier la compréhension de cette répartition des compétences (§1). Une contestation n'est possible que si elle respecte la procédure prévue. Encore une fois, les enjeux des élections professionnelles ont conduit à la mise en place d'une procédure de contestation stricte (§2).

§1) Les délicates questions de compétences des différentes juridictions

Les juridictions pouvant connaître des contentieux relatifs aux élections professionnelles et à la désignation des représentants syndicaux sont multiples. Le tribunal d'instance reste la juridiction qui concentre le plus de compétences en matière d'élections professionnelles et de désignation des représentants syndicaux (I), mais elle n'est pas l'unique juridiction pouvant être saisie (II).

I) Des compétences du tribunal d'instance élargies

Le tribunal d'instance est incontestablement le juge des élections (A), sa compétence a été élargie par la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques restreignant les possibilités de recours hiérarchique (B).

¹⁵³² Art. L. 2324-18 C. trav.

A) Le tribunal d'instance, juge des élections

Le tribunal d'instance est compétent pour connaître des contestations relatives à l'électorat, à la régularité des opérations électorales et à la désignation des représentants syndicaux prévues à l'article L. 2324-23 du Code du travail¹⁵³³. Toutes les phases du processus électoral peuvent faire l'objet de contestations devant le tribunal d'instance. En fonction d'une saisine avant le déroulement des élections ou après, le tribunal d'instance peut imposer le respect de certaines modalités pour régulariser le processus électoral et prendre des mesures pour assurer le bon déroulement du scrutin ou seulement constater l'existence d'irrégularités et en tirer les conséquences en fonction de leur influence sur les résultats¹⁵³⁴.

Les contentieux relatifs à l'électorat doivent être soumis au tribunal d'instance. Il est, en effet, compétent pour connaître des contentieux relatifs aux listes électorales et aux conditions d'électorat. Il peut apprécier la capacité des salariés à figurer sur la liste électorale d'un collège¹⁵³⁵ et vérifier la présence sur une liste électorale des mentions destinées à permettre l'identification des électeurs¹⁵³⁶. Il est également compétent pour connaître des contentieux portant sur les irrégularités affectant la validité des élections. Les contestations portant sur les effectifs de l'entreprise concernent aussi la régularité des opérations électorales. Le tribunal d'instance est donc compétent pour vérifier le calcul des effectifs pour l'appréciation des seuils¹⁵³⁷ et apprécier si les salariés mis à disposition remplissent les conditions pour être inclus dans l'effectif de l'entreprise d'accueil¹⁵³⁸. Les contestations relatives à l'organisation, au déroulement et aux résultats du scrutin relèvent également de sa compétence. Il peut donc être amené à statuer sur une demande d'annulation des élections en raison du défaut d'affichage des listes, de la présence du directeur dans la salle de vote et du non respect des opérations de vote par correspondance prévues par le protocole préélectoral¹⁵³⁹. Il peut être saisi des contestations portant sur le protocole préélectoral, particulièrement sur l'invitation ou la convocation à la négociation préélectoral. Ainsi, le tribunal d'instance apprécie la forme de l'invitation que le chef d'entreprise est tenu d'adresser aux organisations syndicales intéressées en vue de la négociation du protocole

¹⁵³³ Art. R. 2324-23 C. trav.

¹⁵³⁴ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 1069 et 1070.

¹⁵³⁵ Soc., 20 oct. 1988, n° 87-60.230.

¹⁵³⁶ Soc., 23 mars 1983, n° 82-60.341.

¹⁵³⁷ Soc., 17 mai 1984, n° 93-60.329.

¹⁵³⁸ Soc., 11 juill. 1989, n° 88-60.355.

¹⁵³⁹ Soc., 27 mars 1985, n° 84-60.756.

préélectoral¹⁵⁴⁰. Il a notamment pouvoir de proclamer élus les candidats lorsque le bureau de vote n'a pas effectué cette proclamation¹⁵⁴¹ et de vérifier que les stipulations du protocole préélectoral relatif notamment au vote par correspondance ont bien été respectées¹⁵⁴². Les demandes de communication des lieux et horaires de travail et de remise d'une attestation de la qualité de délégué syndical, en ce qu'elles sont destinées à permettre à l'organisation syndicale intéressée d'avoir accès aux salariés et de participer au processus électoral, sont de la compétence du tribunal d'instance¹⁵⁴³. Ainsi, les contestations relatives aux conditions de vote, notamment au lieu et aux horaires de vote, relèvent de sa compétence¹⁵⁴⁴. De même, la contestation de l'éligibilité d'un candidat porte sur la régularité des élections et peut être soumise au tribunal d'instance¹⁵⁴⁵. Les contestations peuvent porter sur la présentation d'une liste de candidat au premier tour par une organisation syndicale qui ne remplit pas les conditions des articles L. 2314-3 et L. 2324-4 du Code du travail ou sur une candidature individuelle présentée au second tour qui ne remplit pas les conditions d'éligibilité.

B) Une substitution du tribunal d'instance au recours hiérarchique

L'autorité administrative peut intervenir avant les élections professionnelles sur les points qui n'ont fait l'objet d'aucun accord lors de la négociation préélectorale. Ces décisions de l'administration ne pouvaient être contestées que par un recours hiérarchique exercé devant le ministre du travail (1). Mais la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques permet, dorénavant, dans certains cas de saisir le tribunal d'instance pour contester une décision de l'administration portant sur la phase préélectorale pour éviter l'entrecroisement des recours qui peut avoir pour conséquence de conduire l'autorité judiciaire à surseoir à statuer dans l'attente d'une décision administrative (2).

¹⁵⁴⁰ Soc., 16 mai 1990, n° 89-61.365, Bull. civ. V, n° 231 ; soc., 6 avr. 2005, n° 04-60.309 ; soc., 19 juin 1987, n° 86-60.381, Bull. civ. V, n° 406.

¹⁵⁴¹ Soc., 19 juill. 1983, n° 82-60.378, Bull. civ. V, n° 445.

¹⁵⁴² Soc., 31 mars 2009, n° 08-60.494, Bull. civ. V, n° 96.

¹⁵⁴³ Soc., 12 janv. 1999, n° 97-60.337.

¹⁵⁴⁴ Soc., 15 avr. 1970, n° 69-60.128.

¹⁵⁴⁵ Soc., 18 oct. 1994, n° 93-60.485.

1) Un principe maintenu : un recours devant le ministre du travail

En vertu de l'article R. 312-10 du Code de la justice administrative, les décisions prises par les autorités administratives en matière de composition et d'élection des institutions représentatives du personnel, sur le fondement des dispositions des titres 1^{er}, II, III du livre III de la deuxième partie du Code du travail, sont portés devant le tribunal administratif dans le ressort duquel se situe le siège de l'entreprise. Le silence gardé pendant plus de quatre mois par le ministre saisi d'un recours hiérarchique contre une décision de l'autorité administrative vaut décision de rejet¹⁵⁴⁶.

2) Une exception ouverte : un recours devant le juge judiciaire

La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques prévoit, à titre exceptionnel, la saisine du tribunal d'instance pour contester une décision de l'administration. Le décret du 20 mai 2016 prévoit les conditions dans lesquelles le tribunal d'instance peut être saisi¹⁵⁴⁷. Quatre exceptions sont posées par la loi. Désormais la décision de l'autorité administrative relative à la reconnaissance du caractère d'établissement distinct à l'occasion de l'élection des délégués du personnel et sa décision relative au nombre d'établissements distincts et à la répartition des sièges entre les différents établissements et les différentes catégories pour l'élection du comité central d'entreprise peuvent faire l'objet d'un recours devant le juge judiciaire, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux¹⁵⁴⁸. L'article R. 2314-26 du Code du travail supprime donc la possibilité d'un recours hiérarchique sur les contestations relatives à une décision de l'autorité administrative portant sur la répartition du personnel dans les collèges électoraux et la répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel¹⁵⁴⁹ et celles de l'inspecteur du travail autorisant des dérogations aux conditions d'ancienneté pour être électeur et éligible¹⁵⁵⁰. La décision de l'autorité administrative portant sur la répartition du personnel dans les collèges électoraux et la répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel pour les élections des

¹⁵⁴⁶ Art. R. 2324-22 C. trav.

¹⁵⁴⁷ Décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail.

¹⁵⁴⁸ Art. L. 2331-31 et L. 2327-7 C. trav.

¹⁵⁴⁹ Art. L. 2314-11 C. trav.

¹⁵⁵⁰ Art. L. 2314-20 C. trav.

délégués du personnel¹⁵⁵¹ et du comité d'entreprise¹⁵⁵² peuvent également faire l'objet d'un recours devant le juge judiciaire, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux. Les dérogations aux conditions d'ancienneté, pour être électeur et éligible, autorisées par l'inspecteur du travail peuvent, dans les mêmes conditions, faire l'objet d'un recours devant le juge judiciaire¹⁵⁵³. La compétence attribuée au juge judiciaire n'exclut pas la possibilité d'un recours gracieux auprès de l'autorité administrative qui a pris la décision.

II) Des compétences restreintes des autres juridictions

Le tribunal de grande instance est compétent dès lors que le litige n'entre pas dans le champ de compétence d'une autre juridiction civile¹⁵⁵⁴. Il n'est donc pas compétent pour connaître des contestations relatives aux élections des représentants du personnel et à la désignation des représentants syndicaux réservées au tribunal d'instance. Il peut, cependant, être saisi des contestations portant sur le fonctionnement des institutions représentatives du personnel lorsqu'aucune disposition n'attribue compétence au tribunal d'instance¹⁵⁵⁵. Le contentieux relatif à la désignation des représentants syndicaux au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail relève de la compétence du tribunal de grande instance, ce contentieux n'étant attribué à aucune autre juridiction. Le Code du travail prévoit dans certains cas la compétence du tribunal de grande instance. C'est le cas notamment des contestations relatives à la désignation des membres du groupe spéciale de négociation et des représentants au comité d'entreprise européen des salariés des établissements ou des entreprises implantés en France¹⁵⁵⁶. Le comité d'entreprise ou les organisations syndicales représentatives de l'entreprise dominante ou d'une entreprise du groupe peuvent également saisir le tribunal de grande instance du siège de l'entreprise dominante pour les litiges relatifs à la constitution et à la composition du comité de groupe et à l'inclusion dans le comité de groupe¹⁵⁵⁷.

¹⁵⁵¹ Art. L. 2314-11 C. trav.

¹⁵⁵² Art. L. 2324-13 C. trav.

¹⁵⁵³ Art. L. 2314-20 et L. 2324-18 C. trav.

¹⁵⁵⁴ Art. L. 211-3 C. org. Jud.

¹⁵⁵⁵ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 1003 et 1004.

¹⁵⁵⁶ Art. R. 2344-3 C. trav.

¹⁵⁵⁷ Art. R. 2331-2 C. trav.

Le conseil de prud'hommes est compétent seulement pour les litiges d'ordre individuel. Ainsi, les litiges mettant en jeu des intérêts collectifs ne relèvent pas de sa compétence, ce qui concerne notamment les élections professionnelles. Il est, cependant, compétent pour connaître des litiges portant sur le licenciement d'un salarié protégé ou sur des sanctions disciplinaires par exemple.

Le tribunal correctionnel est, quant à lui, compétent pour sanctionner pénalement les infractions de délit d'entrave, de discrimination et de diffamation. Des mêmes faits peuvent entraîner une procédure en civile et en pénale.

§2) Les délicates questions relatives à la procédure en contestation

Le législateur a réglementé toutes les phases de la procédure en contestation en tenant compte de la particularité des élections professionnelles et de la désignation des représentants syndicaux **(I)**. C'est sur ce même fondement qu'il restreint les voies de recours contre les décisions du tribunal d'instance **(II)**.

I) Une procédure en contestation des irrégularités soulevées à l'occasion des élections professionnelles et des désignations des représentants syndicaux strictement encadrée

Les enjeux des élections professionnelles nécessitent un encadrement renforcé de la procédure en contestation **(A)** et un processus décisionnel accéléré **(B)**.

A) Un processus de contestation réglementé

Toutes les phases de la procédure en contestation sont réglementées, des acteurs de cette procédure **(1)** à l'introduction de l'instance **(2)**.

1) Des acteurs de la procédure en contestation divers

Pour être recevable, la contestation doit être adressée au tribunal territorialement compétent **(a)** par des personnes intéressées **(b)**.

a) La détermination fastidieuse du tribunal territorialement compétent

Les contestations relatives aux conditions de désignations des délégués syndicaux et des représentants syndicaux aux comités d'entreprise, sont de la compétence du tribunal d'instance du lieu où la désignation a été effectuée et non du siège sociale de l'entreprise¹⁵⁵⁸. Les contestations relatives à l'élection des représentants du personnel sont également de la compétence du tribunal d'instance dans le ressort duquel les élections sont organisées¹⁵⁵⁹. Lorsque l'entreprise comprend plusieurs établissements distincts, chaque tribunal territorialement compétent doit, en principe, être saisi. Les contestations relatives à la désignation des membres du groupe de négociation et des représentants au comité d'entreprise européen des salariés des établissements ou des entreprises implantés en France, sont de la compétence du tribunal d'instance du siège de l'entreprise ou de la filiale française dominante du groupe d'entreprises de dimension communautaire¹⁵⁶⁰. Mais pour une meilleure administration de la justice, il est possible de saisir un seul tribunal qui traitera de l'ensemble des contestations. Cependant, si les opérations matérielles de vote ont été effectuées en divers endroit pour une même catégorie de personnel et que le regroupement des votes, leur dépouillement globale et la proclamation des résultats des élections ont eu lieu au siège social de la société, le tribunal d'instance territorialement compétent pour connaître d'une demande d'annulation des élections est celui dans le ressort duquel a eu lieu la proclamation des résultats, dernière formalité qui seule confère aux élus la qualité de représentants du personnel¹⁵⁶¹.

b) Une saisine ouverte aux personnes intéressées

En application des règles de droit commun procédural, toute personne ayant intérêt et qualité à agir peut contester les élections professionnelles ou la désignation des représentants syndicaux. Ainsi, l'employeur qui organise les élections a le devoir de veiller à leur régularité et le droit de saisir le tribunal d'instance de toute réclamation à cette fin¹⁵⁶². Son représentant légal dispose également du droit de saisir le tribunal d'instance de toute contestation relative à la régularité des élections¹⁵⁶³. Il en va de même pour le chef d'un établissement distinct,

¹⁵⁵⁸ Soc., 17 déc. 1984, n° 84-60.350 et n° 84-60.403 ; soc., 7 oct. 1998, n° 97-60.303, Bull. civ. V, n° 414.

¹⁵⁵⁹ Soc., 3 juill. 1985, n° 84-60.917, Bull. civ. V, n° 393.

¹⁵⁶⁰ Art. L. 2344-7 et R. 2344-3 C. trav.

¹⁵⁶¹ Soc., 12 juin 1981, n° 81-60.021.

¹⁵⁶² Soc., 26 mai 1982, n° 81-60.893, Bull. civ. V, n° 353.

¹⁵⁶³ Soc., 15 janv. 2002, n° 00-60.276.

lorsqu'il est responsable de l'organisation de l'élection professionnelle dans l'établissement¹⁵⁶⁴.

La régularité des élections professionnelles ou de la désignation des représentants syndicaux mettant en jeu l'intérêt collectif de la profession, tout syndicat, même non représentatif dans l'entreprise, qui y a des adhérents, peut en demander la nullité¹⁵⁶⁵. Un syndicat peut avoir intérêt à agir même s'il n'a pu participer au scrutin¹⁵⁶⁶, notamment s'il n'a pas présenté de candidats¹⁵⁶⁷. Cependant, le syndicat qui a présenté des candidats aux élections est présumé avoir adhéré au protocole préélectoral les organisant et n'est pas recevable à en contester la validité¹⁵⁶⁸. Ainsi, un syndicat qui, sans émettre de réserves, a, soit participé à la signature du protocole préélectoral, soit présenté des candidats ne peut se prévaloir de l'irrégularité qui résulte du manquement à l'invitation de certaines organisations syndicales à la négociation du protocole préélectoral¹⁵⁶⁹.

Le représentant d'une personne morale ou d'un syndicat doit avoir qualité pour agir. Ce représentant doit justifier d'une disposition des statuts des syndicats ou d'un pouvoir spécial l'habilitant à agir en justice, sauf s'il est avocat. Un syndicat doit donc mandater un représentant pour contester les élections ; un délégué syndical agissant en cette seule qualité, sans pouvoir spécial du syndicat, n'a pas qualité pour agir en justice¹⁵⁷⁰. Cependant, lorsqu'il résulte des statuts du syndicat qu'une personne est habilitée à le représenter en justice, la production d'un pouvoir spécial n'est pas nécessaire¹⁵⁷¹, la production d'une copie des statuts suffit. Le représentant de la personne morale doit également disposer d'un pouvoir spécial. Il n'est pas interdit à une personne morale qui détient le pouvoir d'agir en justice en qualité de représentant d'une personne morale de donner à un tiers une délégation spéciale en vue d'exercer au nom de l'organisme une action en justice déterminée¹⁵⁷². Le pouvoir spécial habilitant une personne à contester la régularité des élections doit être donné avant l'expiration du délai de recours de quinze jours. Un pouvoir donné après l'expiration de ce délai rend irrecevable la demande. La jurisprudence exigeait la production du pouvoir spécial

¹⁵⁶⁴ Soc., 4 avr. 2007, n° 06-60.112.

¹⁵⁶⁵ Soc., 18 mai 1982, n° 81-60.746, Bull. civ. V, n° 382 ; soc., 12 juill. 2006, n° 05-60.353, Bull. civ. V, n° 252.

¹⁵⁶⁶ Soc., 16 déc. 1982, n° 82-60.346, Bull. civ. V, n° 711 ; soc., 10 oct. 2012, n° 11-60.238.

¹⁵⁶⁷ Soc., 26 mai 1977, n° 77-60.019, Bull. civ. V, n° 353.

¹⁵⁶⁸ Soc., 12 juill. 2006, n° 05-60.353.

¹⁵⁶⁹ Soc., 2 mars 2011, n° 10-60.201.

¹⁵⁷⁰ Soc., 31 janv. 2001, n° 99-60.392.

¹⁵⁷¹ Soc., 16 avr. 2008, n° 07-60.157, Bull. civ. V, n° 89.

¹⁵⁷² Soc., 16 avr. 2008, n° 07-60.421.

à la date du dépôt de la requête en contestation sous peine d'irrecevabilité de la demande¹⁵⁷³. Dorénavant, il appartient seulement au juge de vérifier que le pouvoir de représenter la personne morale a bien été donné avant l'expiration du délai de quinze jours prévu à peine de forclusion, le défaut de production du pouvoir à la date du dépôt de la requête ne constituant pas une irrégularité¹⁵⁷⁴. N'ayant pas la personnalité juridique, l'unité économique et sociale ne peut agir en justice, seules les entités qui la composent ont cette capacité¹⁵⁷⁵. La section syndicale, dépourvue de personnalité morale, n'a pas également qualité pour agir¹⁵⁷⁶.

Tout électeur a qualité pour former une action en contestation mais uniquement pour les élections dans le collège auquel il appartient¹⁵⁷⁷ ; il ne peut contester le résultat des élections concernant un autre collège que celui auquel il appartient¹⁵⁷⁸. Tout salarié a qualité pour contester la désignation des représentants syndicaux ; un salarié justifiant d'un intérêt à l'action peut contester la désignation d'un délégué syndical qu'il soit ou non membre d'une organisation syndicale présente dans l'entreprise¹⁵⁷⁹. Le salarié est cependant irrecevable à invoquer un moyen dont seules les organisations syndicales représentatives peuvent se prévaloir, il ne peut donc invoquer le défaut de convocation de certaines organisations syndicales à la négociation du protocole préélectoral¹⁵⁸⁰. Le salarié licencié ne dispose plus de l'intérêt et de la qualité à agir. Toutefois, lorsque la réintégration d'un salarié dont le licenciement est nul a été ordonnée, celui-ci retrouve qualité et intérêt à contester la régularité des élections¹⁵⁸¹.

Un candidat est également recevable à contester les résultats de l'élection concernant le collège auquel il appartient¹⁵⁸², même s'il a été élu et qu'il a signé sans réserve le procès-verbal de dépouillement des résultats¹⁵⁸³.

¹⁵⁷³ Soc., 20 déc. 2006, n° 06-60.017.

¹⁵⁷⁴ Soc., 31 mars 2009, n° 08-60.517 ; soc., 27 janv. 2010, n° 09-60.231.

¹⁵⁷⁵ Soc., 23 juin 2010, n° 09-60.341.

¹⁵⁷⁶ Soc., 18 juill. 1979, n° 79-60.118.

¹⁵⁷⁷ Soc., 10 mai 2012, n° 11-13.197.

¹⁵⁷⁸ Soc., 16 mai 1990, n° 88-60.797.

¹⁵⁷⁹ Soc., 30 mai 2001, n° 00-60.196, Bull. civ. V, n° 195.

¹⁵⁸⁰ Soc., 7 avr. 1993, n° 91-60.247.

¹⁵⁸¹ Soc., 21 nov. 2007, n° 07-60.102.

¹⁵⁸² Soc., 10 juill. 2002, n° 01-60.654, Bull. civ. V, n° 244 ; soc., 27 févr. 2013, n° 11-60.195.

¹⁵⁸³ Soc., 21 nov. 2007, n° 07-60.058.

2) Une introduction de l'instance strictement encadrée

Les enjeux des élections professionnelles et les conséquences d'une annulation, conduisent à restreindre les délais de contestation **(a)**. Si ces délais peuvent poser des difficultés, la déclaration au greffe ne fait l'objet d'aucune mesure très contraignante **(b)**.

a) Des délais de contestation restreints

Le tribunal d'instance doit être saisi dans un délai de quinze jours suivant l'élection lorsque la contestation porte sur la régularité de l'élection¹⁵⁸⁴. Toutes les contestations qui n'entrent pas dans le cadre de l'électorat, entrent dans le cadre de la régularité des élections. Ainsi, la contestation portant sur les effectifs¹⁵⁸⁵ ou encore l'organisation, le déroulement et les résultats du scrutin, notamment le défaut d'affichage des listes, de la fermeture des urnes, de la présence du directeur dans la salle de vote et d'un non respect des opérations de vote par correspondance, concernent la régularité des opérations électorales et doivent être présentées dans les quinze jours suivant l'élection¹⁵⁸⁶. Il en va de même pour la demande relative à l'ouverture de la boîte postale destinée aux votes par correspondance et la destruction des votes forclos en présence des représentants de chaque syndicat¹⁵⁸⁷. La contestation de l'éligibilité d'un candidat¹⁵⁸⁸, même si elle est fondée sur le caractère injustifié de l'inscription sur la liste électorale, porte sur la régularité de l'élection et est recevable si elle est faite dans les quinze jours suivant la proclamation des résultats¹⁵⁸⁹. Les recours portant également sur la représentativité d'un syndicat et de son aptitude à participer aux élections¹⁵⁹⁰ et sur le protocole préélectoral¹⁵⁹¹ concernent la régularité des opérations électorales et sont soumis à ce délai.

Ce délai de quinze jours pour contester la régularité des élections court à compter de la proclamation nominative des élus même si le procès-verbal n'est définitivement arrêté que plusieurs jours après¹⁵⁹². Un report du point de départ du délai est permis lorsque certaines

¹⁵⁸⁴ Art. R. 2314-28 et R. 2324-24 C. trav.

¹⁵⁸⁵ Soc., 27 févr. 1985, n° 84-60.677.

¹⁵⁸⁶ Soc., 27 mars 1985, n° 84-60.756.

¹⁵⁸⁷ Soc., 26 oct. 1994, n° 94-60.038.

¹⁵⁸⁸ Soc., 18 oct. 1994, n° 93-60.485.

¹⁵⁸⁹ Soc., 20 janv. 1998, n° 96-60.446 ; soc., 26 avr. 2006, n° 05-60.298.

¹⁵⁹⁰ Soc., 17 mars 1971, n° 70-60.090.

¹⁵⁹¹ Soc., 19 mai 2004, n° 03-60.228.

¹⁵⁹² Soc., 9 juill. 2008, n° 07-60.462 ; dans le même sens : soc., 16 juill. 1987, n° 86-60.441, Bull. civ. V, n° 511.

organisations syndicales intéressées n'ont pas été invitées à la négociation de l'accord préélectoral. En effet, dans ce cas, le délai de quinze jours pour contester la régularité des élections ne court qu'à compter du jour où les organisations syndicales intéressées ont eu connaissance des résultats du scrutin¹⁵⁹³. Le tribunal d'instance est compétent pour statuer sur les contestations relatives à la régularité des opérations dès qu'une difficulté apparaît, pour la régler et prévenir tout litige ; il peut donc être saisi de questions antérieures aux élections¹⁵⁹⁴. Ainsi, la demande tendant à ce que des candidatures écartées par l'employeur soient déclarées valables peut être présentée antérieurement aux élections¹⁵⁹⁵. A défaut de proclamation des résultats ou dans l'hypothèse d'une proclamation partielle, cette proclamation ne devant pas se borner à énoncer le nombre de sièges revenant à chaque liste mais doit également indiquer nominativement les élus avec le nombre de voix obtenu par eux, le délai imparti ne peut courir, cette formalité conférant aux élus la qualité de représentant du personnel et constituant seule le terme des opérations électorales¹⁵⁹⁶.

Ce délai de contestation déjà court l'est encore plus lorsque la contestation porte sur l'électorat. Dans ce cas, la déclaration n'est recevable que si elle est faite dans les trois jours suivant la publication de la liste électorale¹⁵⁹⁷. Si la contestation est formée par lettre, elle doit être reçue par le greffe dans les trois jours¹⁵⁹⁸. Sont soumis à ce délai de trois jours les contentieux relatifs à l'inscription des électeurs sur la liste électorale et aux conditions d'électorat, notamment la contestation de la qualité de salarié et de l'ancienneté d'un électeur¹⁵⁹⁹. La contestation relative à l'absence de mention, sur une liste électorale, des informations destinées à permettre l'identification des électeurs constitue porte sur l'électorat et n'est recevable que si elle est faite dans les trois jours¹⁶⁰⁰. Cependant, lorsque la contestation porte sur la capacité de toute une catégorie de salariés à figurer sur les listes électorales, cette contestation relève du contentieux de la régularité de l'élection et se voit appliquer le délai de quinze jours à compter de la proclamation des résultats¹⁶⁰¹. Il en est ainsi des contentieux relatifs à l'inscription sur la liste électorale des salariés mis à disposition. Cependant, la contestation portant sur l'exclusion de la liste électorale de l'ensemble des

¹⁵⁹³ Soc., 24 oct. 2007, n° 07-60.020.

¹⁵⁹⁴ Soc., 22 avr. 1982, n° 81-60.865, Bull. civ. V, n° 255.

¹⁵⁹⁵ Soc., 27 janv. 1983, n° 82-60.327.

¹⁵⁹⁶ Soc., 26 mai 1977, n° 77-60.001, Bull. civ. V, n° 351.

¹⁵⁹⁷ Art. R. 2314-28 et R. 2324-24 C. trav.

¹⁵⁹⁸ Soc., 20 avr. 2005, n° 04-60.158.

¹⁵⁹⁹ Soc., 20 oct. 1988, n° 87-60.230.

¹⁶⁰⁰ Soc., 23 mars 1983, n° 82-60.341.

¹⁶⁰¹ Soc., 24 mai 2006, n° 05-60.295.

électeurs ayant de trois à six mois d'ancienneté ne correspondant pas à une catégorie entière de personnel, ne peut relever de la régularité des opérations électorales¹⁶⁰².

Ce délai court à compter de la publication de la liste électorale. S'il n'a pas été procédé à la publication de la liste électorale le délai ne peut courir¹⁶⁰³.

Lorsque la contestation porte sur le premier tour des élections, la chambre sociale avait jugé qu'en l'absence de tout élu au premier tour, le délai de contestation ne commençait à courir qu'à compter de la proclamation des élus du second tour, le délai de contestation ne courant qu'à compter de la proclamation nominative des élus¹⁶⁰⁴. La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail attribuant au premier tour un rôle fondamental, la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence ; dorénavant, la contestation des résultats du premier tour des élections n'est recevable que si elle est faite dans les quinze jours¹⁶⁰⁵ à compter de la proclamation des résultats du premier tour ou de la publication du procès-verbal de carence¹⁶⁰⁶.

La chambre sociale a jugé que les délais en matière électorale sont des délais judiciaires dont l'expiration entraîne la forclusion. Ainsi, la demande tendant à déclarer inéligibles des candidats introduite plus de quinze jours après la proclamation des résultats du scrutin n'est pas recevable¹⁶⁰⁷. Elle avait également jugé qu'aucune exception n'était admise, toute contestation introduite après les délais étant forclosée¹⁶⁰⁸. Elle a, cependant, admis par la suite qu'une demande tendant à ordonner à l'employeur d'organiser un second tour en cas de vacance partielle des sièges à l'issue du premier tour peut être formée plus de quinze jours à compter de la proclamation des résultats¹⁶⁰⁹. Seule la recevabilité de la demande d'annulation est soumise au délai de forclusion et non pas les moyens avancés à l'appui de cette prétention. Ainsi, dès lors que la demande a été introduite dans les délais, les moyens avancés à l'appui de cette demande peuvent être présentés ultérieurement¹⁶¹⁰. Une demande additionnelle peut être déclarée recevable si elle se rattache par un lien suffisant à la demande originale¹⁶¹¹,

¹⁶⁰² Soc., 20 oct. 1988, n° 87-60.230.

¹⁶⁰³ Soc., 2 févr. 1978, n° 77-60.569 et n° 77-60.570, Bull. civ. V, n° 88.

¹⁶⁰⁴ Soc., 7 mai 2002, n° 00-60.229, Bull. civ. V, n° 145.

¹⁶⁰⁵ Soc., 26 mai 2010, n° 09-60.453, Bull. civ. V, n° 113.

¹⁶⁰⁶ Soc., 31 janv. 2012, n° 11-60.139.

¹⁶⁰⁷ Soc., 19 nov. 1987, n° 87-60.178 et n° 87-60.189, Bull. civ. V, n° 667 ; dans le même sens : soc., 19 déc. 2007, n° 07-60.016.

¹⁶⁰⁸ Soc., 26 janv. 2000, n° 98-60.534.

¹⁶⁰⁹ Soc., 8 nov. 2006, n° 06-60.036.

¹⁶¹⁰ Soc., 12 juill. 2006, n° 05-60.353.

¹⁶¹¹ Soc., 16 oct. 1984, n° 84-60.373.

même si elle est formée après les délais¹⁶¹². Le délai de forclusion est interrompu lorsque le tribunal saisi n'est pas territorialement compétent¹⁶¹³.

En application des articles 641 et 642 du Code de procédure civile, lorsqu'un délai est exprimé en jours, celui de l'acte, de l'évènement, de la décision ou de la notification qui le fait courir ne compte pas. Tout délai expire le dernier jour à vingt-quatre heures. Le délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Ainsi, le jour de la publication de la liste électorale¹⁶¹⁴ et de la proclamation des élus¹⁶¹⁵ ne doivent pas être pris en compte dans les délais, sauf si la contestation porte sur les résultats du premier tour des élections¹⁶¹⁶. Les ponts accordés sont également exclus du décompte¹⁶¹⁷. Lorsque le recours est formé par déclaration écrite adressée au greffe du tribunal d'instance, le recours a pour date celle de l'envoi de la déclaration¹⁶¹⁸.

La déclaration de contestation portant sur une décision de l'autorité administrative n'est recevable que si elle est faite par la partie intéressée dans les quinze jours suivant la notification de cette décision, avec mention des voies et délais de recours par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. L'autorité administrative doit justifier, sur demande du greffe, de l'accomplissement de cette formalité auprès de la juridiction saisie¹⁶¹⁹. La compétence attribuée au juge judiciaire n'exclut pas la possibilité d'un recours gracieux auprès de l'autorité administrative qui a pris la décision¹⁶²⁰. Le délai de recours contentieux est prorogé par le recours gracieux¹⁶²¹.

b) Une déclaration au greffe sans embûches

Le tribunal d'instance doit être saisi par voie de déclaration au greffe¹⁶²². Cette déclaration n'est soumise à aucune formalité particulière d'une signature. L'auteur de la saisine, ou son représentant, peut remplir un formulaire mis à disposition au greffe ou faire sa

¹⁶¹² Soc., 16 déc. 1982, n° 82-60.346.

¹⁶¹³ Soc., 2 mars 2004, n° 02-60.828, Bull. civ. V, n° 72.

¹⁶¹⁴ Soc., 24 juin 1981, n° 81-60.519 ; soc., 6 juill. 1983, n° 82-60.613.

¹⁶¹⁵ Soc., 7 mai 2002, n° 00-60.229.

¹⁶¹⁶ Soc., 26 mai 2010, n° 09-60.453.

¹⁶¹⁷ Soc., 23 mai 1984, n° 83-61.130.

¹⁶¹⁸ Soc., 6 janv. 2011, n° 09-60.398.

¹⁶¹⁹ Art. R. 2314-28 et R. 2324-24 C. trav.

¹⁶²⁰ Art. R. 2324-23 et R. 2327-5 C. trav.

¹⁶²¹ CE, 30 mars 2016, n° 395702.

¹⁶²² Art. R. 2314-28 C. trav.

déclaration par simple courrier. En revanche, la contestation formée par télécopie qui n'a pas fait l'objet d'une déclaration régularisée au greffe dans le délai de forclusion est irrecevable¹⁶²³.

B) Un processus décisionnel accéléré

Le tribunal ne peut statuer qu'après avoir convoqué les parties intéressées (1). Dans le souci de permettre une représentation du personnel, le tribunal statue rapidement (2).

1) Une convocation des parties sujette à discussion

Le tribunal d'instance convoque les parties intéressées par simple avertissement qu'il donne trois jours à l'avance¹⁶²⁴. La convocation se fait donc par lettre simple. Toutes les parties intéressées doivent être convoquées par le greffe. Ainsi, l'employeur, les candidats et les organisations syndicales qui ont participé à la négociation du protocole préélectoral doivent être convoqués. Les parties intéressées dans une instance concernant la validité d'une élection sont celles qui la contestent ; le président ou les membres du bureau de vote qui ont assuré le déroulement des opérations électorales ne sont pas parties au litige¹⁶²⁵. Cependant, une unité économique et sociale ne saurait être reconnue entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes sans que toutes les sociétés dont l'autonomie est en discussion ne soient appelées à la procédure¹⁶²⁶. Il appartient également au tribunal de convoquer, à l'occasion d'une demande d'annulation de la désignation d'un délégué syndical formulée par l'employeur alors que le syndicat avait désigné une première personne puis l'avait remplacée par une seconde, les deux délégués syndicaux désignés par le même syndicat¹⁶²⁷. En revanche, les salariés n'ont pas à être convoqués au jugement¹⁶²⁸. Le tribunal peut demander à l'employeur de lui communiquer les adresses des parties intéressées afin de pouvoir les convoquer à la procédure. L'employeur qui refuse de communiquer ces informations au tribunal ne peut se prévaloir de l'absence de convocation de certaines personnes à

¹⁶²³ Soc., 16 janv. 2008, n° 06-60.289.

¹⁶²⁴ Art. R. 2143-5 et R. 2324-25 C. trav.

¹⁶²⁵ Soc., 22 juill. 1975, n° 75-60.049, Bull. civ. V, n° 428.

¹⁶²⁶ Soc., 13 mai 1985, n° 84-60.641.

¹⁶²⁷ Soc., 20 févr. 2002, n° 00-60.363, Bull. civ. V, n° 74.

¹⁶²⁸ Soc., 6 févr. 2002, n° 00-60.420.

l'audience¹⁶²⁹. Les parties qui n'ont pas été convoquées à l'audience peuvent seules demander l'annulation des élections¹⁶³⁰. Mais une convocation des parties trois jours avant l'audience n'est-il pas un délai trop court ne permettant pas aux parties de préparer une défense solide ?

2) La promptitude de la décision du tribunal

Le tribunal statue dans les dix jours de sa saisine sans frais ni forme de procédure¹⁶³¹. L'obligation de respecter ce délai de dix jours pour statuer n'est pas prescrite à peine de nullité¹⁶³². La décision est notifiée dans les trois jours par lettre recommandée avec avis de réception à toutes les parties intéressées¹⁶³³. La décision est applicable dès sa notification aux parties dans la mesure où elle n'est pas susceptible d'appel mais uniquement d'un pourvoi en cassation, qui lui n'est pas suspensif. Le tribunal peut soit valider les élections ou les désignations des représentants syndicaux ou au contraire annuler totalement ou partiellement les élections ou les désignations. Dans le cas d'une annulation, les mandats électifs ou syndicaux prennent fin de plein droit dès la notification du jugement. L'annulation n'a pas d'effet rétroactif ; par conséquent, les décisions prises par les représentants du personnel avant l'annulation des élections ne sont pas remises en cause et ils bénéficient, malgré l'annulation, de la protection de six mois prévue à l'expiration des mandats¹⁶³⁴. Dans ce cas, de nouvelles élections doivent être organisées.

II) Des recours restreints : une célérité impérative

Afin d'accélérer la régularisation des élections, la Cour de cassation limite les voies de recours contre les décisions du tribunal d'instance. Le pourvoi, garantie fondamentale pour les justiciables, ne peut être écarté en matière d'élections professionnelles **(A)**. La question d'autres voies de recours est, cependant, plus délicate **(B)**.

¹⁶²⁹ Soc., 28 avr. 1986, n° 85-60.578 et n° 85-60.582, Bull. civ. V, n° 181.

¹⁶³⁰ Soc., 18 mai 1985, n° 94-60.415 ; soc., 10 déc. 1996, n° 95-60.949.

¹⁶³¹ Art. R. 2314-29 et R. 2324-25 C. trav.

¹⁶³² Soc., 28 avr. 1981, n° 81-60.008 ; soc., 6 juill. 1981, n° 81-60.632, Bull. civ. V, n° 636.

¹⁶³³ Art. R. 2314-29 et R. 2324-25 C. trav.

¹⁶³⁴ Art. L. 2411-5 C. trav.

A) Le pourvoi en cassation : une garantie fondamentale

Les contestations en matière électorale sont susceptibles d'un pourvoi en cassation. La décision du tribunal d'instance statuant en matière de contestation préélectorale, rendue en dernier ressort, est désormais également susceptible de pourvoi en cassation, le pourvoi en cassation contre une décision rendue en dernier ressort étant une voie de recours qui constitue pour les justiciables une garantie fondamentale¹⁶³⁵. La Cour de cassation a procédé à un revirement de jurisprudence, puisqu'elle interdisait antérieurement le pourvoi en cassation contre les décisions du tribunal d'instance rendues en dernier ressort en matière de contestation préélectorale. En effet, dans un arrêt du 7 mai 2002 la chambre sociale avait jugé que les décisions du tribunal d'instance statuant avant les élections sur la régularité d'une liste de candidatures à des élections professionnelles dans l'entreprise n'étaient pas susceptibles de pourvoi, dès lors que cette contestation pouvait être portée devant le juge des élections dont la décision peut être frappée de pourvoi¹⁶³⁶. La Cour de cassation fondait l'irrecevabilité du pourvoi en cassation en matière préélectorale sur le fait que le recours en cassation d'un jugement préélectoral ne pouvait s'avérer utile puisque le pourvoi ne pouvait intervenir avant la tenue des élections, les délais étant court. Mais la loi du 20 août 2008¹⁶³⁷ a conduit encore une fois la Cour de cassation à réviser sa jurisprudence. Le premier tour des élections professionnelles permettant désormais de mesurer l'audience électorale des syndicats en plus de mettre en place des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, toutes les contestations apparaissant durant la période électorale doivent être traitées rapidement. Elle fonde sa décision sur le principe constitutionnel selon lequel le pourvoi en cassation est une voie de recours qui constitue pour les justiciables une garantie fondamentale¹⁶³⁸.

Le pourvoi en cassation doit être formé dans un délai de dix jours à partir de la notification par le greffe de la décision¹⁶³⁹. Aucune disposition spécifique ne prévoit de prorogation de délai pour les départements ou territoires d'outre-mer¹⁶⁴⁰. Il peut être formé par déclaration orale ou écrite que la partie, ou tout mandataire muni d'un pouvoir spécial, fait, remet ou adresse par pli recommandé au secrétariat de la juridiction qui a rendu la

¹⁶³⁵ Soc., 23 sept. 2009, n° 08-60.535, Bull. civ. V, n° 195, Dr. soc. 2010, 161, note F. Petit.

¹⁶³⁶ Soc., 7 mai 2002, n° 01-60.640 et n° 01-60.041, Bull. civ. V, n° 148.

¹⁶³⁷ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹⁶³⁸ Cour de cassation, Rapport annuel 2009, Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation, p. 378.

¹⁶³⁹ Art. R. 2314-29 et R. 2324-25 C. trav.

¹⁶⁴⁰ Soc., 24 sept. 2008, n° 07-60.420.

décision attaquée¹⁶⁴¹. Le secrétaire du greffe enregistre la déclaration de pourvoi. Il mentionne la date à laquelle le pourvoi est formé et délivre, ou adresse par lettre simple, récépissé de la déclaration¹⁶⁴². Il adresse aussitôt au défendeur copie de la déclaration par lettre recommandée avec demande d'avis de réception¹⁶⁴³. Le secrétaire transmet ensuite au greffe de la Cour de cassation le dossier de l'affaire avec une copie de la déclaration et une copie de la décision attaquée. Les pièces qui lui sont parvenues ultérieurement sont immédiatement transmises au greffe¹⁶⁴⁴.

Le pourvoi peut être formé par les parties elles-mêmes ou par un mandataire qu'elles habilitent par un pouvoir spécial à les représenter, sans être représentées par un avocat. Un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation peut également former le pourvoi sans être tenu de présenter un pouvoir spécial¹⁶⁴⁵. Les avocats non inscrits à la Cour de cassation ou au Conseil d'Etat peuvent également former un pourvoi à la condition de disposer d'un pouvoir spécial. Si aucun pouvoir spécial n'a été joint à la déclaration, les parties peuvent fournir ce mandat dans le délai fixé par la loi pour former un pourvoi. A défaut, le pourvoi est irrecevable¹⁶⁴⁶.

La déclaration doit désigner la décision attaquée¹⁶⁴⁷. Elle doit contenir l'énoncé des moyens de cassation invoqués contre la décision attaquée. A défaut, le demandeur doit, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, faire parvenir au greffe de la Cour de cassation, un mémoire contenant cet énoncé au plus tard dans un délai d'un mois à compter de la déclaration¹⁶⁴⁸. Le demandeur qui a établi un mémoire doit en notifier une copie au défendeur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans le mois de la déclaration¹⁶⁴⁹. Les défendeurs disposent alors d'un délai de quinze jours à compter de la notification du mémoire du demandeur ou de l'expiration du délai d'un mois à compter de la déclaration pour remettre contre récépissé, ou adresser par lettre recommandée au greffe de la Cour de cassation un mémoire en réponse¹⁶⁵⁰.

¹⁶⁴¹ Art. 999 CPC.

¹⁶⁴² Art. 1001 CPC.

¹⁶⁴³ Art. 1002 CPC.

¹⁶⁴⁴ Art. 1003 CPC.

¹⁶⁴⁵ Art. 1007 et 1008 CPC.

¹⁶⁴⁶ Soc., 19 déc. 2007, n° 07-60.012.

¹⁶⁴⁷ Art. 1000 CPC.

¹⁶⁴⁸ Art. 1004 CPC.

¹⁶⁴⁹ Art. 1005 CPC.

¹⁶⁵⁰ Art. 1006 CPC.

Le jugement rendu par les juges du fond continue à s'appliquer même si un pourvoi est formé. Ainsi, l'employeur doit exécuter le jugement rendu par le tribunal d'instance, qui produit tous ses effets, le pourvoi en cassation n'étant pas suspensif en matière d'élections professionnelles¹⁶⁵¹. Lorsque le demandeur ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée de pourvoi, le premier président ou son délégué peut décider la radiation d'une affaire¹⁶⁵². La décision du tribunal de renvoi ne produit pas d'effet lorsque de nouvelles élections ont été organisées avant que soit rendue cette décision et qu'elles n'ont fait l'objet d'aucun recours. Ces nouvelles élections deviennent définitives¹⁶⁵³. Il est fréquent que de nouvelles élections soient tenues avant que la Cour de cassation ne se prononce sur la contestation.

B) L'ouverture d'autres voies de recours limitée

La Cour de cassation reste très fermée à l'ouverture d'autres voies de recours, en tout cas telles qu'elles existent actuellement. Elle a, ainsi, confirmé après une petite hésitation le rejet de l'opposition (1) et maintenu la restriction des voies de recours en appel espérant la création d'une procédure spéciale en appel (2).

1) Un rejet de l'opposition confirmé

L'opposition permet à une personne de faire annuler un jugement rendu en son absence, appelé également jugement par défaut¹⁶⁵⁴. Cela permet de recommencer le procès en sa présence¹⁶⁵⁵. Cette opposition remet en question, devant le même juge, les points jugés par défaut pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit¹⁶⁵⁶. Mais la Cour de cassation a longtemps exclu la possibilité pour les parties de former une opposition interprétant strictement les dispositions du Code du travail. Le tribunal d'instance statuant en dernier ressort sur les contestations relatives à l'électorat et à la régularité des élections, sa décision ne pouvait être déférée qu'à la Cour de cassation¹⁶⁵⁷. Elle avait réaffirmé sa position,

¹⁶⁵¹ Soc., 1^{er} déc. 1993, n° 93-60.002.

¹⁶⁵² Art. 1009-1 CPC.

¹⁶⁵³ Soc., 13 janv. 1983, n° 82-60.312.

¹⁶⁵⁴ Art. 473 CPC : Lorsque le défendeur ne comparaît pas, le jugement est rendu par défaut si la décision est en dernier ressort et si la citation n'a pas été délivrée à personne.

¹⁶⁵⁵ Art. 571 CPC.

¹⁶⁵⁶ Art. 572 CPC.

¹⁶⁵⁷ Soc., 21 avr. 1977, n° 76-60.236, Bull. civ. V, n° 258.

notamment dans un arrêt du 10 octobre 1990 dans lequel elle avait rappelé que la décision du tribunal d'instance ne peut être attaquée que par la voie du recours en cassation ; le Code du travail ne permet pas l'exercice d'une tierce opposition à un jugement rendu par le tribunal d'instance en matière d'élections professionnelles¹⁶⁵⁸. La Cour de cassation est cependant revenue sur sa position, affirmant qu'en vertu de l'article 476 du Code de procédure civile le jugement rendu par défaut peut être frappé d'opposition sauf dans le cas où cette voie de recours est écartée par une disposition expresse. Les dispositions du Code du travail relatives aux élections professionnelles ne comportant aucune disposition expresse interdisant l'opposition lorsqu'une partie n'a pas comparu¹⁶⁵⁹.

Le jugement rendu par défaut à propos de la contestation de la désignation d'un délégué syndical peut être frappé d'opposition dans la mesure où aucune disposition du Code du travail ne l'écarte expressément. Dans ce cas, le pourvoi ne peut être formé qu'à l'expiration du délai d'opposition. Les jugements rendus par défaut en matière d'élections professionnelles devraient logiquement pouvoir être frappés d'opposition. Mais la chambre sociale de la Cour de cassation a pourtant refusé que ces jugements puissent faire l'objet d'une opposition. L'entrée en vigueur des dispositions de la loi du 20 août 2008 qui modifient les conditions d'accès à la représentativité syndicale et à la capacité pour les organisations syndicales à désigner des représentants conduit à une nouvelle interprétation des articles R. 2314-29 et R. 2324-25 du Code du travail, lesquels, en disposant que la décision du tribunal d'instance est susceptible d'un pourvoi en cassation écartent tant l'appel que l'opposition¹⁶⁶⁰. La chambre sociale revient à sa jurisprudence antérieure excluant la tierce opposition des décisions du tribunal d'instance¹⁶⁶¹. Ce nouveau revirement repose sur les nouveaux enjeux des élections professionnelles depuis la loi du 20 août 2008, les élections permettant désormais de déterminer la représentativité des organisations syndicales et leur capacité à désigner des délégués syndicaux. Les contestations de la régularité des élections doivent donc être traitées rapidement.

¹⁶⁵⁸ Soc., 10 oct. 1990, n° 90-60.009.

¹⁶⁵⁹ Soc., 18 nov. 2008, n° 08-60.006, Bull. civ. V, n° 226.

¹⁶⁶⁰ Soc., 14 janv. 2014, n° 12-29.253.

¹⁶⁶¹ Soc., 28 mai 2003, n° 02-60.898 et n° 03-60.003, Bull. civ., n° 180.

2) Une restriction maintenue des voies d'appel

La Cour de cassation restreint l'appel, en application des règles de procédure civile, aux seules décisions du tribunal d'instance rendues en premier ressort **(a)**. Elle reste, cependant, fermée à l'appel des décisions rendues en dernier ressort **(b)**.

a) Une voie d'appel ouverte pour les décisions du tribunal d'instance statuant en premier ressort

Conformément aux règles de la procédure civile, le jugement qui statue sur une demande indéterminée est, sauf disposition contraire, susceptible d'appel¹⁶⁶² ; le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'à l'encontre de jugements rendus en dernier ressort¹⁶⁶³. Ainsi, lorsque le tribunal d'instance statue en premier ressort, le jugement est susceptible d'appel et le pourvoi est donc irrecevable. Lorsque les textes ne précisent pas que le tribunal d'instance statue en dernier ressort, le jugement peut faire l'objet d'un appel. C'est le cas des contestations relatives à la désignation des membres du groupe spécial de négociation et des représentants au comité d'entreprise européen portées devant le tribunal d'instance du siège de l'entreprise ou de la filiale française dominante du groupe d'entreprises de dimension communautaire. En effet, l'article R. 2344-3 du Code du travail ne précise pas que le tribunal d'instance statue en dernier ressort et la demande étant indéterminée, il résulte des dispositions de l'article 40 du Code de procédure civile que le tribunal d'instance se prononce en dernier ressort¹⁶⁶⁴. De même, aucun texte ne précise que la décision judiciaire qui statue sur l'existence d'une unité économique et sociale en dehors de tout litige électoral est rendue en dernier ressort, le tribunal d'instance se prononce donc en dernier ressort conformément à l'article 40 du Code de procédure civile¹⁶⁶⁵.

¹⁶⁶² Art. 40 CPC.

¹⁶⁶³ Art. 605 CPC.

¹⁶⁶⁴ Soc., 18 juin 2003, n° 02-60.071, Bull. civ. V, n° 200.

¹⁶⁶⁵ Soc., 12 sept. 2007, n° 06-60.275.

- b) Une voie d'appel fermée pour les décisions du tribunal d'instance statuant en dernier ressort

La Cour de cassation écarte depuis longtemps le recours en appel d'une décision du tribunal d'instance rendue en dernier ressort. Elle a, en effet, jugé que les décisions du tribunal d'instance rendue en dernier ressort sur la régularité des listes électorales ne sont pas susceptibles d'appel, une procédure spéciale ayant été instituée en cette matière et étant caractérisée notamment par la limitation des voies de recours au pourvoi en cassation¹⁶⁶⁶. La Cour de cassation se fonde sur l'institution, en matière électorale, d'une procédure spéciale comportant notamment comme seule voie de recours le pourvoi en cassation pour rejeter la voie de l'appel¹⁶⁶⁷. Elle a récemment confirmé sa position dans un arrêt du 14 janvier 2014 dans lequel elle écarte tant l'appel que l'opposition des décisions du tribunal d'instance rendues en dernier ressort. Elle fonde sa décision sur une nouvelle interprétation des articles R. 2314-29 et R. 2324-25 du Code du travail suite à l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 qui modifient les conditions d'accès à la représentativité syndicale et à la capacité pour les organisations syndicales à désigner des représentants. Ces articles mettent en place une procédure spéciale en matière électorale limitant les voies de recours au pourvoi en cassation, excluant ainsi l'appel afin de traiter les litiges dans de brefs délais. Les nouveaux enjeux des élections professionnelles depuis la loi du 20 août 2008 font naître de nouvelles contestations qu'il convient de traiter rapidement. La régularité des élections et de son processus doit être examinée dans un bref délai afin de pouvoir les régulariser.

Admettre la recevabilité d'un appel aurait pour conséquence d'allonger la procédure, le délai d'appel étant d'un mois¹⁶⁶⁸ contre dix jours pour le pourvoi en cassation.

Les enjeux des élections professionnelles dans l'entreprise imposent un contrôle rigoureux du processus électoral. C'est ce dont s'efforce le législateur qui attribue à plusieurs à plusieurs instances la compétence de contrôler le processus électoral. Mais la multiplication des recours en contestation possibles a pour effet de complexifier la procédure en contestation. Si le législateur multiplie les possibilités de recours, il en limite, cependant, l'exercice par la mise en place d'une procédure stricte.

¹⁶⁶⁶ Soc., 22 juill. 1980, n° 80-60.184, Bull. civ. V, n° 670.

¹⁶⁶⁷ Soc., 25 nov. 1982, n° 81-16.121, Bull. civ. V, n° 644.

¹⁶⁶⁸ Art. 538 CPC.

Chapitre 2 : Les sanctions limitées du droit électoral de l'entreprise

Le droit électoral de l'entreprise ne peut être respecté que s'il est sanctionné. En effet, seule la sanction a un effet dissuasif, mais la particularité des élections professionnelles et de la désignation des représentants syndicaux nécessite une certaine mesure dans la sanction. La Cour de cassation limite donc la prononciation de l'annulation des élections à certains cas bien particuliers afin de ne pas fragiliser la mise en place des institutions représentatives du personnel et, par conséquent, la représentation du personnel (**section 1**). Seules les irrégularités suffisamment graves encourent une sanction (**section 2**) au mépris parfois du droit électoral de l'entreprise.

Section 1 : L'annulation des élections professionnelles : une sanction limitée

L'annulation des élections professionnelles à la moindre irrégularité aurait pour conséquence de rendre plus difficile la mise en place d'institutions représentatives du personnel et même de priver les salariés d'une représentation, puisque l'annulation des élections a pour effet d'entraîner l'expiration des mandats en cours. C'est pourquoi la Cour de cassation encadre l'annulation des élections en définissant les cas dans lesquels une telle sanction est possible. Jusqu'à l'arrêt du 13 janvier 2010, seules deux causes d'annulation des élections existaient. Après la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail¹⁶⁶⁹, la Cour de cassation a adapté sa jurisprudence aux nouveaux enjeux des élections professionnelles en élargissant les hypothèses d'annulation d'un scrutin (§2). Les causes classiques d'annulation du scrutin, inspirées du droit électoral politique, restent les plus discutées (§1). Le constat d'une irrégularité n'entraîne donc pas nécessairement l'annulation de l'élection. Mais ces limites à la prononciation d'une annulation n'ont-elles pas pour conséquence d'inciter les acteurs des élections professionnelles à être moins attentifs au respect de l'ensemble des règles du droit électoral de l'entreprise.

¹⁶⁶⁹ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

§1) Les causes classiques d'annulation du scrutin

La Cour de cassation s'est inspirée en matière d'élections professionnelles du droit électoral politique qui sanctionne les irrégularités considérées comme suffisamment grave d'une annulation de plein droit du scrutin et les irrégularités moins graves d'une annulation si elles ont eu pour effet d'influencer les résultats du scrutin. Les élections professionnelles peuvent également être annulées en cas d'irrégularité directement contraires aux principes généraux du droit électoral **(I)** ou ayant exercé une influence sur les résultats **(II)**.

I) L'intransigeance avec la violation des principes généraux du droit électoral : une annulation systématique

La Cour de cassation sanctionne, par l'annulation des élections, les irrégularités directement contraires aux principes généraux du droit électoral. Cette expression « permet de protéger autant les principes généraux proprement dits que les règles textuelles, considérées d'ordre public, qui en sont la traduction »¹⁶⁷⁰. En effet, la Cour de cassation considère, dans certains cas, que l'irrégularité constatée est de telle nature qu'elle fausse nécessairement les résultats de l'élection sans qu'il soit nécessaire de caractériser son influence sur les résultats. Ainsi, la présence constatée d'un représentant de l'employeur n'ayant pas qualité d'électeur comme président du bureau de vote constitue une irrégularité de nature à compromettre la loyauté du scrutin et entraîne nécessairement la nullité de celui-ci¹⁶⁷¹. Il en va de même lorsque les élections ont eu lieu à main levée ; il ne peut être dérogé à l'obligation de procéder à un vote par un scrutin secret¹⁶⁷². La modification unilatérale par la direction de l'entreprise et sans décision judiciaire de la liste présentée par un syndicat, en rayant des noms et en omettant ces noms sur les bulletins mis à la disposition des électeurs, a pour effet de fausser le résultat des élections qui doivent être annulées¹⁶⁷³. De même, les irrégularités graves affectant un nombre important de votes, faussent nécessairement les résultats et entraînent l'annulation des élections. Ainsi, le juge des élections peut prononcer l'annulation des opérations électorales lorsqu'il est versé aux débats un nombre important de protestations d'électeurs qui n'ont pas pu voter en raison d'un retard dans la réception des documents électoraux sans

¹⁶⁷⁰ F. Petit, L'émergence d'un droit électoral professionnel, Dr. soc. 2013. 480.

¹⁶⁷¹ Soc., 23 févr. 2005, n° 04-60.242, Bull. civ. V, n° 67.

¹⁶⁷² Soc., 25 oct. 2006, n° 06-60.012, Bull. civ. V, n° 318.

¹⁶⁷³ Soc., 22 juill. 1970, n° 70-60.024, Bull. civ. V, n° 491.

rechercher si cette irrégularité avait effectivement faussé le résultat des opérations électorales¹⁶⁷⁴. En application des articles L. 2314-24 et L. 2324-22 du Code du travail, d'ordre public, seules les organisations syndicales peuvent présenter des candidats au premier tour des élections professionnelles dans l'entreprise. Ainsi, la participation d'une personne morale qui n'a pas la qualité de syndicat au premier tour est une cause de nullité de l'élection, peu important son influence sur les résultats¹⁶⁷⁵. Le vote des salariés ne figurant pas sur la liste électorale, sans explication de l'employeur, suffit également à fausser les résultats du scrutin¹⁶⁷⁶.

L'impossibilité pour les électeurs d'accéder aux opérations de dépouillement est de nature à affecter la sincérité du scrutin et constitue une irrégularité justifiant à elle seule l'annulation des élections¹⁶⁷⁷. Les irrégularités directement contraires aux principes généraux du droit électoral constituant une cause d'annulation des élections indépendamment de leur influence sur le résultat des élections, la violation de l'obligation de neutralité, principe essentiel du droit électoral, entraîne l'annulation des élections sans qu'il soit nécessaire d'établir son incidence sur les résultats du vote¹⁶⁷⁸. Ainsi, la présence dans le bureau de vote, parmi les personnes en exerçant les attributions, de l'employeur ou de ses représentants constitue une irrégularité entraînant nécessairement la nullité du scrutin. Par conséquent, la signature par un représentant de l'employeur du procès-verbal des résultats en qualité de président et la participation d'un autre représentant aux opérations de dépouillement entraîne l'annulation des élections¹⁶⁷⁹. Cependant, l'employeur qui, de sa propre initiative, organise une réunion, non prévue au protocole d'accord préélectoral, au cours de laquelle il informe le personnel que si, au premier tour réservé aux organisations syndicales, le quorum n'est pas atteint, il y aura un second tour avec des candidats libres ne manque pas à son obligation de neutralité dès lors que le protocole d'accord préélectoral n'a pas précisé dans quelle limite l'employeur doit exécuter son obligation d'information et que ce dernier n'a donné aucune directive ou consigne de vote, son intervention ne dépassant pas le simple rappel de la législation¹⁶⁸⁰. Dans un arrêt antérieur, la chambre sociale avait jugé que si une publication de l'employeur constituait une violation de son obligation de neutralité pouvant motiver une

¹⁶⁷⁴ Soc., 3 juill. 1973, n° 73-60.064, Bull. civ. V, n° 439.

¹⁶⁷⁵ Soc., 27 janv. 2010, n° 09-60.103, Bull. civ. V, n° 21.

¹⁶⁷⁶ Soc., 13 févr. 2003, n° 01-60.745.

¹⁶⁷⁷ Soc., 28 mars 2012, n° 11-16.141.

¹⁶⁷⁸ Soc., 31 mai 2011, n° 10-60.228.

¹⁶⁷⁹ Soc., 17 avr. 2013, n° 12-21.876.

¹⁶⁸⁰ Soc., 29 mars 1994, n° 93-60.254.

annulation du scrutin, cette irrégularité ne pouvait entraîner l'annulation que si elle avait eu une incidence sur les résultats du scrutin¹⁶⁸¹. L'absence de mention dans le procès-verbal des élections des heures d'ouverture et de clôture du scrutin contrairement aux prescriptions de l'article R. 57 du Code électoral est de nature à affecter la sincérité des opérations électorales et constitue une irrégularité justifiant à elle seule l'annulation des élections, sauf si cette mention figure sur un document annexé au procès-verbal et établi concomitamment¹⁶⁸² ou sur le procès-verbal de constat établi par un huissier présent lors de l'ouverture et de la clôture des opérations de vote¹⁶⁸³.

La Cour de cassation a rappelé l'autonomie de cette cause d'annulation dans deux arrêts rendus par la chambre sociale le 13 janvier 2010¹⁶⁸⁴ et le 10 mars 2010¹⁶⁸⁵, dans lesquels elle rappelle que les irrégularités commises dans l'organisation et le déroulement du scrutin, directement contraires aux principes généraux du droit électoral, constituent une cause d'annulation des élections, indépendamment de leur influence sur le résultat des élections. Dans l'arrêt du 13 janvier 2010, la chambre sociale a jugé que le retrait du nom d'un candidat, même présenté par erreur par un syndicat, de la liste de ses candidats aux élections, postérieurement au début des opérations de vote par correspondance et l'absence de désignation d'un président dans l'un des bureaux de vote, constituent des irrégularités directement contraires aux principes généraux du droit électoral et affectent le déroulement du scrutin, de sorte qu'il n'y a pas à s'interroger plus avant. Elle confirme, ainsi, sa jurisprudence relative à l'annulation de plein droit des élections en cas d'irrégularités dans la composition du bureau de vote¹⁶⁸⁶. L'opposition de l'employeur à ce que les candidats soient membres du bureau de vote est une irrégularité d'une gravité suffisante pour avoir une influence sur les résultats du scrutin et entraîne l'annulation des élections¹⁶⁸⁷. De plus, le défaut d'information du syndicat du retrait d'un candidat de sa liste entre les deux tours par l'employeur et par le candidat lui-même constitue une irrégularité de nature à fausser la loyauté du scrutin. En effet, le retrait tardif d'une candidature méconnaît le principe général de la liberté du vote, celui-ci pouvant tromper les électeurs dans leur choix¹⁶⁸⁸.

¹⁶⁸¹ Soc., 11 juin 1986, n° 85-60.637, Bull. civ. V, n° 291.

¹⁶⁸² Soc., 16 oct. 2013, n° 12-21.680.

¹⁶⁸³ Soc., 28 janv. 2015, n° 14-60.413.

¹⁶⁸⁴ Soc., 13 janv. 2010, n° 09-60.203, JCP S 2010. 1066, note B. Gauriau.

¹⁶⁸⁵ Soc., 10 mars 2010, n° 09-60.236, Bull. civ. V, n° 55.

¹⁶⁸⁶ Soc., 23 févr. 2005, n° 04-60.242 ; soc., 16 janv. 2008, n° 06-60.286.

¹⁶⁸⁷ Soc., 26 mai 1976, n° 76-60.035, Bull. civ. V, n° 330.

¹⁶⁸⁸ Soc., 13 oct. 2013, n° 09-60.233, Bull. civ. V, n° 224, Dr. soc. 2011, 107, obs. F. Petit.

II) La violation des autres règles du droit électoral de l'entreprise : une annulation subordonnée à l'influence de l'irrégularité sur les résultats

L'irrégularité commise, qui n'est pas contraire aux principes généraux du droit électoral et donc qui ne peut faire l'objet d'une annulation de plein droit, peut tout de même entraîner l'annulation du scrutin si elle a eu une influence sur le résultat des élections. Il appartient donc au juge de mesurer l'altération des résultats du scrutin avant d'envisager l'annulation. L'organisation du scrutin est entachée d'irrégularité lorsqu'une seule enveloppe contient les bulletins des membres titulaires et des membres suppléants et qu'il n'est pas procédé à des votes séparés dans chacune des catégories professionnelles formant des collèges distincts mais ces irrégularités, n'étant pas suffisamment graves pour compromettre en elles-mêmes la loyauté du scrutin, ne peuvent causer l'annulation des élections que si elles ont eu une incidence sur le résultat du vote¹⁶⁸⁹. L'organisation d'un seul vote pour la désignation des délégués titulaires et des délégués suppléants avec une seule enveloppe et une seule urne est une irrégularité commise dans l'organisation et le déroulement d'un scrutin qui ne peut constituer une cause d'annulation que si elle a exercé une influence sur le résultat des élections¹⁶⁹⁰. Il en va de même du vote des électeurs après l'heure prévue pour la clôture du scrutin¹⁶⁹¹ et du retard dans l'acheminement de certains suffrages adressés par voie postale au bureau central de vote selon les modalités prévues par le protocole préélectoral¹⁶⁹².

L'irrégularité dans l'envoi du matériel de vote par correspondance constitue un motif d'annulation du scrutin lorsqu'elle a influencé les résultats ce qui est le cas lorsqu'est constaté une égalité des voix entre deux candidats¹⁶⁹³ ou lorsqu'en raison de la participation tardive de salariés le quorum n'a pas été atteint¹⁶⁹⁴, peu importe que l'arrivée tardive des bulletins de vote ne soit pas la conséquence d'une faute de l'employeur¹⁶⁹⁵. La chambre sociale a également jugé que la diffusion d'un tract litigieux la veille du scrutin fausse les résultats lorsqu'il est constaté un écart important entre les candidats. En l'espèce, le syndicat CFDT avait fait l'objet d'un tract alléguant qu'il bradait les avantages acquis de la convention collective, diffusé la veille du scrutin. Il a ensuite été constaté un écart considérable de voix,

¹⁶⁸⁹ Soc., 23 oct. 1979, n° 79-60.182, Bull. civ. V, n° 568.

¹⁶⁹⁰ Soc., 13 mars 1985, n° 84-60.608, Bull. civ. V, n° 119.

¹⁶⁹¹ Soc., 26 mai 1982, n° 81-60.907.

¹⁶⁹² Soc., 25 oct. 2006, n° 05-60.396.

¹⁶⁹³ Soc., 23 mai 2007, n° 06-60.210.

¹⁶⁹⁴ Soc., 21 oct. 1985, n° 85-60.221, Bull. civ. V, n° 474.

¹⁶⁹⁵ Soc., 10 mars 2010, n° 09-60.236, Bull. civ. V, n° 55.

la CFDT n'ayant obtenu que seize voix contre trois cent quatre vingt pour le SNAMAT et deux cent vingt trois pour la CGT. La chambre sociale a estimé qu'eu égard à la proportion des suffrages obtenus par chacune des listes en présence, ce tract avait faussé le résultat de l'élection¹⁶⁹⁶. Lorsque le vote par correspondance, prévu par une convention collective, a été organisé par une personne qui n'avait pas qualité pour ce faire, le juge du fond doit rechercher si cette irrégularité a effectivement eu une influence sur les résultats¹⁶⁹⁷. Le juge du fond doit également rechercher si l'irrégularité de la composition d'un bureau de vote ayant seulement un président et un assesseur et l'irrégularité consistant à laisser voter les ouvriers dockers occasionnels ont eu une influence sur le résultat du scrutin pour en prononcer l'annulation¹⁶⁹⁸. Le défaut de désignation d'un président du bureau de vote, le vote de deux employés n'ayant pas l'ancienneté requise et même l'utilisation de tous les bulletins nuls pour exprimer des suffrages en faveur des candidats présentés par le syndicat demandeur n'ont aucune influence sur l'attribution des sièges¹⁶⁹⁹. L'existence de plusieurs petites irrégularités, notamment l'affichage irrégulier du protocole préélectoral et de l'horaire des élections et une composition du bureau de vote non conforme aux exigences du protocole préélectoral, faussent les résultats des élections lorsque sont constatés des résultats très serrés¹⁷⁰⁰.

En revanche, le retard d'une heure de l'ouverture des opérations électorales ne peut avoir d'influence sur le résultat du vote lorsque le nombre de votants est très proche du nombre d'inscrit et que l'unique candidat de chacun des collèges a recueilli la totalité des suffrages exprimés. De plus, la mise à disposition des électeurs d'une seule urne mais avec une différenciation du matériel de vote par collège ne permettant, ainsi, aucune confusion ne peut avoir d'influence sur le résultat. Il en va de même pour l'absence du bureau de vote d'un assesseur, cette absence pouvant être palliée, en cas de besoin, par le recours à un électeur présent¹⁷⁰¹. L'irrégularité des moyens de propagande utilisés par une liste ne peut vicier le résultat des élections lorsque seule cette liste a présenté des candidats¹⁷⁰². Le retard d'affichage d'une candidature dans une agence par rapport au délai fixé par une convention

¹⁶⁹⁶ Soc., 18 févr. 1988, n° 87-60.027.

¹⁶⁹⁷ Soc., 20 juill. 1983, n° 83-60.895 et n° 83-60.896, Bull. civ. V, n° 461.

¹⁶⁹⁸ Soc., 17 déc. 2014, n° 14-12.401.

¹⁶⁹⁹ Soc., 18 mars 1982, n° 81-60.866, Bull. civ. V, n° 187.

¹⁷⁰⁰ Soc., 2 mars 1978, n° 77-60.571, Bull. civ. V, n° 149.

¹⁷⁰¹ Soc., 17 mai 1994, n° 93-60.352.

¹⁷⁰² Soc., 10 avr. 1973, n° 73-60.046, Bull. civ. V, n° 263. En l'espèce, le tribunal d'instance avait refusé l'enregistrement de la liste CIDUNATI. Par conséquent, il ne restait plus proposée aux électeurs que la liste de l'UPM à qui il était reproché d'avoir diffusé une circulaire contenant des attaques personnelles après clôture de la campagne électorale.

collective n'a pu modifier le résultat de l'élection, dès lors que tous les électeurs ont pris part au vote¹⁷⁰³.

L'exigence d'une influence sur les résultats pour qu'une irrégularité puisse être sanctionnée a pour effet d'exonérer dans certains cas l'employeur de sa responsabilité alors qu'il a bien manqué à ses obligations. La chambre sociale a rendu une solution surprenante par laquelle elle a jugé que sept cas de défaillance de l'employeur dans l'exécution de son obligation d'envoi du matériel de vote par correspondance n'étaient pas de nature à fausser les résultats du scrutin¹⁷⁰⁴.

§2) Les causes nouvelles d'annulation des élections

La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail¹⁷⁰⁵ a attribué au premier tour des élections professionnelles deux nouvelles fonctions. Les élections n'ont plus comme seule vocation de permettre aux salariés de choisir leurs représentants. Les résultats du premier tour des élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel conditionnent désormais la représentativité des syndicats. En effet, dans l'entreprise ou l'établissement, les organisations syndicales qui satisfont aux critères de l'article L. 2121-1 du Code du travail et qui ont recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des élections sont reconnues représentatives¹⁷⁰⁶. Ces résultats permettent également aux organisations syndicales représentatives de désigner un ou plusieurs délégués syndicaux pour les représenter auprès de l'employeur. En effet, les candidats aux élections professionnelles ayant recueilli à titre personnel et dans leur collège au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections peuvent être désignés délégués syndicaux¹⁷⁰⁷. La Cour de cassation a donc dû adapter sa jurisprudence pour sanctionner les irrégularités affectant le calcul de l'audience permettant de déterminer la représentativité d'un syndicat et la capacité d'un candidat d'être désigné délégué syndical. Afin d'éviter une remise en cause des élections à chaque erreur possible dans le calcul de l'audience électorale, la chambre sociale dans son arrêt du 13 janvier 2010 ne sanctionne d'une annulation que les irrégularités affectant le

¹⁷⁰³ Soc., 2 juill. 1970, n° 70-60.028, Bull. civ. V, n° 462.

¹⁷⁰⁴ Soc., 25 oct. 2006, n° 05-60.396.

¹⁷⁰⁵ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹⁷⁰⁶ Art. L. 2122-1 C. trav.

¹⁷⁰⁷ Art. L. 2143-3 C. trav.

calcul de l'audience qui ont été déterminantes pour l'accès d'un syndicat à la qualité représentative ou de la capacité d'un candidat d'être désigné délégué syndical¹⁷⁰⁸. La Cour de cassation a rapidement été amenée à appliquer sa nouvelle jurisprudence. Elle a, en effet, été saisie d'une demande d'annulation des élections, présentée par le syndicat régional des cheminots de Metz-Nancy CFDT qui, à l'occasion des élections des représentants du personnel au comité d'établissement régional de la région SCNC Lorraine, a recueilli 475 voix sur un total de 4935 voix, soit 9,63% des suffrages exprimés au motif que trente-quatre bulletins de vote par correspondance étaient parvenus à l'entreprise plusieurs jours après la clôture du scrutin. La Cour de cassation a jugé cette irrégularité dans le déroulement des opérations de vote déterminante de la représentativité du syndicat CFDT, en raison de l'importance du nombre de bulletins de vote par correspondance exclus du décompte de l'audience électorale et du faible pourcentage de voix manquant au syndicat pour être reconnu représentatif. L'annulation peut être prononcée même en l'absence de défaillance de l'employeur dans l'organisation des élections¹⁷⁰⁹.

Section 2 : Des sanctions limitées pour les irrégularités suffisamment graves

§1) Un processus d'annulation encadré

Pour prononcer l'annulation des élections et de la désignation des représentants syndicaux, le juge des élections doit respecter le régime de l'annulation propre à cette matière **(I)**, d'autant plus que l'annulation entraîne un certain nombre de conséquences qui peuvent avoir de lourds effets sur la représentation du personnel et sur la vie de l'entreprise **(II)**.

¹⁷⁰⁸ Soc., 13 janv. 2010, n° 09-60.203 ; M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 1077.

¹⁷⁰⁹ Soc., 10 mars 2010, n° 09-60.236, Bull. civ. V, n° 55 ; F. Petit, L'émergence d'un droit électoral professionnel, Dr. soc. 2013. 480.

I) Le régime de l'annulation spécifique aux élections professionnelles et à la désignation des représentants syndicaux

Le juge d'instance qui constate l'existence d'une irrégularité de nature à influencer les résultats ou qui méconnaît les principes généraux du droit électoral, doit prononcer l'annulation des élections. Cette sanction est automatique lorsqu'une telle irrégularité est constatée. Le juge d'instance ne peut donc refuser d'annuler les élections après avoir constaté de nombreuses irrégularités de nature à vicier le scrutin et à fausser les résultats au motif qu'il n'est pas opportun de prononcer celle-ci en raison de la difficulté qu'il y aurait à organiser un nouveau scrutin régulier¹⁷¹⁰. Il ne peut également trouver des solutions pour remédier à l'irrégularité ; il ne peut donc, après avoir décidé qu'un syndicat était non représentatif lors du premier tour, décider que cette irrégularité n'emporte pas l'annulation des élections et que, dès lors que le quorum est atteint, les sièges des élus de ce syndicat devenus vacants doivent être attribués aux candidats des autres listes en position d'être élus¹⁷¹¹. Il peut, cependant, rétablir les résultats en opérant la répartition des suffrages à parts égales entre les syndicats d'une liste commune lorsque les électeurs n'ont pas été informés d'une répartition des suffrages particulière entre les organisations syndicales de la liste commune¹⁷¹².

Le juge d'instance doit donc, pour prononcer l'annulation, rechercher si l'irrégularité a eu une influence sur les résultats de l'élection ou sur l'audience électorale. C'est ce que vérifie la Cour de cassation mais lorsqu'elle constate que le juge d'instance a bien effectué cette recherche, elle ne peut remettre en cause son appréciation. En effet, la chambre sociale a jugé que l'appréciation de fait du juge du fond qui a estimé que les irrégularités alléguées n'avaient eu aucune incidence sur le résultat du scrutin, ne peut être remis en cause devant la Cour de cassation¹⁷¹³. Elle peut, cependant, annuler un jugement en exerçant son contrôle sur la motivation des décisions notamment lorsqu'il a été commis une erreur de calcul évidente¹⁷¹⁴.

Après avoir fait ce constat, le juge d'instance peut annuler l'ensemble des élections lorsque l'irrégularité a affecté les résultats de l'ensemble des scrutins. Il ne peut, en revanche, annuler l'intégralité des élections lorsque l'irrégularité constatée ne concerne qu'un seul

¹⁷¹⁰ Soc., 20 janv. 1977, n° 76-60.211, Bull. civ. V, n° 43.

¹⁷¹¹ Soc. 22 juin 1977, n° 77-60.336, Bull. civ. V, n° 414.

¹⁷¹² Soc., 2 mars 2011, n° 10-17.603.

¹⁷¹³ Soc., 14 févr. 1989, n° 88-60.537, Bull. civ. V, n° 123.

¹⁷¹⁴ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 1079.

collège¹⁷¹⁵. En effet, les scrutins étant séparés pour chaque collège, toute personne intéressée peut demander l'annulation d'un des scrutins sans nécessairement contester la validité des autres¹⁷¹⁶. Il peut également annuler uniquement le second tour lorsque l'irrégularité n'affecte pas le premier tour.

Le tribunal d'instance statue dans les dix jours de sa saisine. Lorsqu'il a pris sa décision, celle-ci est notifiée dans les trois jours par lettre recommandée avec avis de réception et s'applique immédiatement¹⁷¹⁷. La décision du juge d'instance continue à s'appliquer même si un pourvoi de cassation est formé, le pourvoi en cassation n'étant pas suspensif en matière d'élections professionnelles¹⁷¹⁸.

II) Les conséquences de l'annulation spécifiques aux élections professionnelles et à la désignation des représentants syndicaux

La Cour de cassation limite les cas d'annulation des élections en raison des trop lourds effets d'une telle annulation **(A)**, dont notamment le risque d'un défaut de représentation du personnel entre la date d'annulation et la date des nouvelles élections **(B)**.

A) Une annulation aux lourds effets

L'annulation des élections a pour effet d'entraîner de plein droit la cessation des mandats électifs et syndicaux détenus au titre de l'élection annulée et cela à compter de la notification du jugement ; l'annulation n'a donc pas d'effet rétroactif. Par conséquent, l'annulation n'a pas pour effet de remettre en cause la régularité des actes émis avant la date d'annulation¹⁷¹⁹ et le salarié dont le mandat a été annulé bénéficie, à partir de la date d'annulation, du délai de protection de six mois prévu par l'article L. 2411-5 alinéa 2 du Code du travail¹⁷²⁰. De plus, l'annulation ne dispense pas du paiement des heures de délégation effectuées depuis la date de leur désignation jusqu'à la décision d'annulation¹⁷²¹. Mais le

¹⁷¹⁵ Soc., 13 juill. 1993, n° 92-60.117.

¹⁷¹⁶ Soc., 24 oct. 2007, n° 06-60.302.

¹⁷¹⁷ Art. R. 2314-29 et R. 2324-25 C. trav.

¹⁷¹⁸ Soc., 1^{er} déc. 1993, n° 93-60.002.

¹⁷¹⁹ CE, 21 déc. 1994, n° 105313.

¹⁷²⁰ Soc., 12 déc. 2008, n° 07-41.832, Bull. civ. V, n° 238.

¹⁷²¹ Soc., 8 juill. 2009, n° 08-60.596.

salarié dont le mandat a été annulé pour candidature frauduleuse peut-il se prévaloir du statut protecteur ? La jurisprudence distingue deux périodes : celle antérieure au jugement d'annulation et celle postérieure au jugement. Pour la période postérieure au jugement d'annulation la réponse est claire : le salarié ne bénéficie plus de la procédure spéciale de licenciement, l'employeur n'est donc plus tenu de demander l'autorisation de l'inspecteur du travail¹⁷²². Lorsque la décision d'annulation de la désignation est cassée, les parties sont replacées dans l'état où elles se trouvaient avant le jugement cassé, le salarié est alors protégé et son licenciement sans autorisation de l'administration est irrégulier¹⁷²³. Pour la période antérieure au jugement, les positions sont, en revanche, divergentes.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que la désignation d'un candidat entachée de nullité pour fraude à la loi ne peut être créatrice à son profit de prérogatives pénalement protégées. Par conséquent, le salarié ne peut se prévaloir du statut protecteur même pour la période antérieure au jugement d'annulation. L'annulation doit donc être rétroactive en cas de fraude¹⁷²⁴. Le Conseil d'Etat était allé dans le même sens et avait estimé que le salarié ne pouvait bénéficier du statut protecteur pour la période antérieure au jugement d'annulation. L'employeur n'était pas tenu de solliciter l'autorisation de l'administration¹⁷²⁵. Cependant, la chambre sociale n'a pas adopté la même solution ; elle a jugé que l'annulation d'une candidature n'a pas d'effet sur le statut protecteur et que, par conséquent, la perte de la qualité de salarié protégé n'intervient qu'à la date à laquelle le jugement d'annulation est prononcé et cela même en cas de fraude¹⁷²⁶. Elle a ultérieurement réaffirmé l'absence d'effet rétroactif de l'annulation d'un mandat sur le statut protecteur¹⁷²⁷. Cette jurisprudence a amené le Conseil d'Etat à modifier sa position et a affirmé que si l'intervention d'une décision juridictionnelle annulant la désignation conférant aux salariés intéressés leur protection exceptionnelle a pour effet de priver, à compter de la date de cette décision, les salariés de leurs fonctions représentatives, elle n'a en revanche pas pour effet de remettre en cause rétroactivement le statut protecteur dont ont bénéficié les salariés jusqu'à cette date¹⁷²⁸.

Lorsque les élections sont annulées, de nouvelles élections doivent être organisées par l'employeur sans délai. Le juge peut toutefois prévoir un délai pour l'organisation de ces

¹⁷²² Soc., 3 déc. 2002, n° 99-44.583, Bull. civ. V, n° 363.

¹⁷²³ Soc., 28 oct. 1996, n° 95-40.994 et n° 95-41.617.

¹⁷²⁴ Crim., 6 nov. 1979, n° 78-92.862, Bull. crim., n° 308 ; crim., 18 oct. 1977, n° 76-92.524, Bull. crim., n° 308.

¹⁷²⁵ CE, 15 janv. 1982, n° 18463.

¹⁷²⁶ Soc., 28 nov. 2000, n° 98-42.019, Bull. civ. V, n° 396.

¹⁷²⁷ Soc., 28 févr. 2007, n° 05-42.553, Bull. civ. V, n° 36.

¹⁷²⁸ CE, 7 oct. 2009, n° 322581, AJDA 2009. 2234.

nouvelles élections. L'annulation des élections entraîne l'annulation de l'ensemble du processus électoral et donc de tous les actes de préparation des élections. Les candidatures sont donc annulées et de nouvelles listes doivent être déposées dans le délai fixé par le nouveau protocole préélectoral.

B) Un risque accru de défaut de représentation du personnel

Une prorogation des mandats venus à expiration est possible en cas d'annulation des élections pour éviter une absence de représentation du personnel entre l'annulation des élections et les nouvelles élections. Mais seul un accord unanime passé entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise peut différer le terme des mandats¹⁷²⁹. Les mandats ne peuvent donc être prorogés par le juge. Un accord unanime est difficile à obtenir notamment en cas de litige ; le risque de voir les salariés privés de représentation jusqu'aux nouvelles élections est alors grand. L'annulation des élections peut également avoir pour conséquence de remettre en cause la mesure de l'audience déterminant la représentativité des syndicats. Le législateur devrait permettre au juge de proroger les mandats ou de permettre aux représentants élus dont l'élection est contestée, d'exercer leur mandat jusqu'au jugement définitif. C'est ce que prévoit le Code du travail pour l'élection des conseillers prud'hommes à l'article R.1441-174 qui dispose que « les conseillers prud'hommes dont l'élection est contestée peuvent valablement prêter serment, être installés et siéger tant qu'il n'a pas été définitivement statué sur le recours ». Dans ce cas, le pourvoi est suspensif¹⁷³⁰. Cette solution n'est pas sans risque ; des représentants élus malgré de graves irrégularités pourraient continuer à exercer leur mandat jusqu'au jugement définitif¹⁷³¹.

La décision du tribunal d'instance est susceptible d'un pourvoi en cassation dans un délai de dix jours¹⁷³². Le juge d'instance statuant en dernier ressort, un appel ou une tierce opposition est irrecevable¹⁷³³. La décision du tribunal d'instance statuant en matière de contestation préélectorale, rendue en dernier ressort, est également susceptible de pourvoi en

¹⁷²⁹ Soc., 12 juill. 2006, n° 05-60.331.

¹⁷³⁰ Art. R. 1441-176 C. trav.

¹⁷³¹ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise, Dalloz, 2011, p. 1036 et 1037.

¹⁷³² Art. R. 2314-29 et R. 2324-25 C. trav.

¹⁷³³ Soc., 10 oct. 1990, n° 90-60.009.

cassation¹⁷³⁴. Le pourvoi en cassation n'est pas suspensif en matière d'élections professionnelles, le jugement du tribunal d'instance continue à s'appliquer¹⁷³⁵. Plusieurs possibilités s'offrent à la Cour de cassation : elle peut rejeter ou déclarer irrecevable le pourvoi, dans ce cas, le jugement du tribunal d'instance est définitif. Elle peut également casser le jugement du tribunal d'instance et renvoyer l'affaire devant un autre tribunal d'instance qui devra annuler ou valider l'élection. Lorsque de nouvelles élections sont organisées avant que le tribunal d'instance de renvoi prenne sa décision, les représentants nouvellement élus restent en place¹⁷³⁶.

L'annulation des élections peut avoir de lourdes conséquences pour les institutions représentatives du personnel et pour les salariés. Les institutions représentatives du personnel ne peuvent plus exercer leurs attributions après l'annulation des élections puisque leurs membres ont été dissous. Ainsi, sauf prorogation des mandats, l'employeur ne peut mettre en œuvre son obligation d'information et de consultation du comité d'entreprise par exemple, ce qui peut avoir pour conséquence de rendre nul tout licenciement prononcé après l'annulation des élections sans consultation du comité d'entreprise. L'annulation des élections peut donc bloquer la gestion des affaires de l'institution représentative du personnel concernée, mais également bloquer l'employeur dans ses décisions et priver les salariés de représentation pendant la période qui s'étend de l'annulation des élections aux nouvelles élections. Le tribunal de grande instance peut désigner un administrateur ad hoc et fixer ses missions. Il peut notamment limiter sa mission à la gestion des affaires du comité d'entreprise.

Les organisations syndicales représentatives peuvent-elles désigner de nouveaux délégués syndicaux dans l'attente des prochaines élections ? La question qui se pose est de savoir quelles organisations syndicales sont représentatives ? En cas d'annulation, l'audience électorale à prendre en compte est celle en vigueur avant les dernières élections annulées. L'annulation des élections entraîne l'annulation des mandats et les mandats issus des dernières élections valides ne sont plus valables. Ainsi, le mandat de délégué syndical prend fin au plus tard lors du premier tour des élections de l'institution représentative du personnel renouvelant l'institution dont l'élection avait permis de reconnaître la représentativité de l'organisation syndicale l'ayant désigné¹⁷³⁷. Les organisations syndicales devront donc procéder à de nouvelles désignations de délégués syndicaux ou de représentants de la section

¹⁷³⁴ Soc., 23 sept. 2009, n° 08-60.535.

¹⁷³⁵ Soc., 1^{er} déc. 1993, n° 93-60.002.

¹⁷³⁶ Soc., 13 janv. 1983, n° 82-60.312.

¹⁷³⁷ Art. L. 2143-11 C. trav. ; soc., 28 sept. 2011, n° 10-20.515.

syndicale pour qu'ils puissent négocier le nouveau protocole préélectoral. En l'absence de nouvelles désignations, les représentants des organisations syndicales, pour négocier le protocole préélectoral devront disposer d'un mandat spécifique.

Les organisations syndicales représentatives peuvent-elles également désigner de nouveaux représentants syndicaux au comité d'entreprise¹⁷³⁸ dans l'attente des prochaines élections ?

§2) Un renforcement de la protection par le droit pénal altéré

Le Code pénal vient renforcer la protection contre les irrégularités affectant le processus électoral et de désignation des représentants syndicaux en sanctionnant certaines infractions pouvant être relevées à l'occasion de ces élections **(I)**. Mais cette protection supplémentaire a très peu d'effet, les sanctions pénales étant rarement prononcées et la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques¹⁷³⁹ supprimant la peine d'emprisonnement dans certains cas **(II)**.

I) Une diversité d'infractions en matière électorale

Le Code pénal réprime plusieurs infractions pouvant toucher les élections professionnelles et la désignation des représentants syndicaux **(B)**, dont la plus connue est le délit d'entrave **(A)**.

A) Le délit d'entrave : une infraction connue des élections professionnelles et de la désignation des représentants syndicaux

Les représentants du personnel sont pénalement protégés contre toute entrave à la constitution de leur institution, à leur désignation ou à l'exercice de leurs fonctions. Ainsi, les

¹⁷³⁸ En vertu de l'article L. 2324-2 du Code du travail « chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement peut désigner un représentant syndical au comité. Il assiste aux séances avec voix consultative. Il est choisi parmi les membres du personnel de l'entreprise et doit remplir les conditions d'éligibilité au comité d'entreprise fixées à l'article L. 2324-15 ».

¹⁷³⁹ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

délégués du personnel¹⁷⁴⁰, les membres du comité d'entreprise, du comité d'établissement et du comité central d'entreprise¹⁷⁴¹, les membres du comité de groupe¹⁷⁴², du comité d'entreprise européen¹⁷⁴³, du comité de la société européenne¹⁷⁴⁴, du comité de la société coopérative européenne¹⁷⁴⁵, du comité de la société issue de la fusion transfrontalière¹⁷⁴⁶ et les membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail¹⁷⁴⁷ sont pénalement protégés contre toute entrave, tout comme l'exercice du droit syndical des délégués syndicaux et des représentants de la section syndicale¹⁷⁴⁸.

Le Code du travail réprime toute entrave apportée à l'organisation et au fonctionnement des institutions représentatives du personnel sans distinction selon l'auteur de l'infraction¹⁷⁴⁹. Le chef d'entreprise n'est pas le seul à pouvoir être poursuivi pour délit d'entrave. Le salarié investi d'une délégation d'autorité peut être poursuivi¹⁷⁵⁰. Dans certains cas, la délégation d'autorité n'exonère pas le chef d'entreprise de sa responsabilité. En effet, un chef d'entreprise qui soutient avoir délégué ses pouvoirs à un salarié pour les questions se rapportant au fonctionnement du comité d'entreprise, est responsable tout comme le bénéficiaire de la délégation, dès lors que la définition de la politique de l'entreprise en matière de rémunération relève de sa compétence et non celle du prétendu bénéficiaire¹⁷⁵¹. De même, le chef d'entreprise qui a personnellement participé à la réalisation de l'infraction ne saurait s'exonérer de sa responsabilité pénale en invoquant une délégation de ses pouvoirs¹⁷⁵². En effet, même s'il confie à un représentant le soin de présider le comité central d'entreprise, le chef d'entreprise engage sa responsabilité à l'égard de cet organisme, s'agissant des mesures ressortissant à son pouvoir propre de direction, sans pouvoir opposer l'argumentation prise d'une délégation de pouvoirs¹⁷⁵³. L'administrateur judiciaire mandaté par une décision de justice peut également être déclaré coupable du délit d'entrave au fonctionnement d'une

¹⁷⁴⁰ Art. L. 2316-1 C. trav.

¹⁷⁴¹ Art. L. 2328-1 C. trav.

¹⁷⁴² Art. L. 2335-1 C. trav.

¹⁷⁴³ Art. L. 2346-1 C. trav.

¹⁷⁴⁴ Art. L. 2355-1 C. trav.

¹⁷⁴⁵ Art. L. 2365-1 C. trav.

¹⁷⁴⁶ Art. L. 2434-4 C. trav.

¹⁷⁴⁷ Art. L. 4742-1 C. trav.

¹⁷⁴⁸ Art. L. 2146-1 C. trav.

¹⁷⁴⁹ Crim., 9 déc. 1986, n° 86-60.552.

¹⁷⁵⁰ Crim., 16 sept. 2003, n° 02-86.661.

¹⁷⁵¹ Crim., 3 mars 1998, n° 96-85.098. En l'espèce, le chef d'entreprise et le salarié bénéficiaire d'une délégation d'autorité ont été condamnés pour entrave au fonctionnement du comité d'entreprise en ne lui soumettant pas les plans de rémunérations.

¹⁷⁵² Crim., 20 mai 2003, n° 02-84.307.

¹⁷⁵³ Crim., 15 mai 2007, n° 06-84.318

institution représentative du personnel, dès lors que le mandat qui lui est confié par la juridiction consulaire comprend des pouvoirs et attributions propres, notamment la mission d'information et de consultation prévue par les articles 20, 24, et 25 de la loi du 25 janvier 1985 prohibant toute délégation de pouvoirs au profit du débiteur, bénéficiaire des obligations mises à la charge de l'administrateur¹⁷⁵⁴. Un groupe de salariés qui s'oppose, à son initiative, à la réintégration obtenue par voie judiciaire d'un salarié exerçant les fonctions de délégué syndical et de représentant syndical auprès du comité d'entreprise irrégulièrement licencié et l'empêche de rejoindre son poste de travail, se rend coupable d'entrave à l'exercice du droit syndical¹⁷⁵⁵. Un membre d'une institution représentative du personnel peut également entraver le bon fonctionnement de sa propre institution. La chambre criminelle a, ainsi, jugé que le secrétaire d'un comité d'entreprise qui a engagé des dépenses n'ayant pas fait l'objet d'un vote majoritaire et dont le financement n'était pas budgétisé a outrepassé ses droits en engageant des dépenses s'élevant à près de 1 500 000 francs. Celui-ci en agissant personnellement en faisant usage de sa qualité de secrétaire du comité et par son comportement irrégulier a nui au bon fonctionnement du comité¹⁷⁵⁶.

Le délit d'entrave ne peut être caractérisé que si le principe de légalité est respecté **(1)** et que les autres éléments constitutifs de l'infraction sont réunies **(2)**.

1) Une légalité de l'infraction exigée

En vertu du principe de légalité selon lequel une infraction ne peut être qualifiée que si la loi l'incrimine, le législateur a intégré dans le Code du travail des dispositions sanctionnant le délit d'entrave pour chaque institution représentative du personnel. Ainsi, à titre d'exemple, l'article L. 2146-1 du Code du travail punit le fait d'apporter une entrave à l'exercice du droit syndical des délégués syndicaux, l'article L. 2316-1 du Code du travail le fait de porter ou de tenter de porter atteinte à la libre désignation ou à l'exercice régulier des fonctions des délégués du personnel, ou encore l'article L. 2328-1 du même code, le fait d'apporter une entrave soit à la constitution d'un comité d'entreprise, d'un comité d'établissement ou d'un comité central d'entreprise, soit à la libre désignation de leurs membres et le fait d'apporter

¹⁷⁵⁴ Crim., 30 janv. 1996, n° 94-83.505.

¹⁷⁵⁵ Crim., 9 déc. 1986, n° 86-90.552.

¹⁷⁵⁶ Crim., 4 nov. 1988, n° 87-91.705, Dr. soc. 1989, 212, obs. J. Savatier.

une entrave à leur fonctionnement régulier¹⁷⁵⁷. En vertu de l'article L. 2263-1 du Code du travail qui dispose que « lorsqu'en application d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée, une convention ou un accord collectif de travail étendu déroge à des dispositions légales, les infractions aux stipulations dérogatoires sont punies des sanctions qu'entraîne la violation des dispositions légales en cause », la chambre criminelle a jugé que le méconnaissance des dispositions conventionnelles relatives à la représentation du personnel n'est susceptible de sanctions pénales que si ces dispositions conventionnelles méconnues résultent d'une convention ou d'un accord collectif étendu dérogeant à des dispositions législatives ou réglementaires en vertu d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée¹⁷⁵⁸. La violation d'un usage ne peut entrer dans la catégorie des agissements pénalement sanctionnés par l'article L. 2263-1 du Code du travail¹⁷⁵⁹.

2) Les composantes de l'infraction imposées

Le délit d'entrave ne peut être caractérisé qu'en présence d'une matérialité **(a)** et d'une intentionnalité de l'infraction **(b)**.

a) Une matérialité objective

L'élément matériel du délit d'entrave réside dans le fait de faire obstacle à l'exercice du mandat du représentant du personnel élu ou désigné ou à la mise en place de l'institution représentative ou à son fonctionnement. L'entrave à l'exercice du mandat de représentant du personnel peut être caractérisée dans de très nombreuses situations. L'élément matériel est précisé par le Code du travail. Le délit d'entrave peut être réalisé non seulement par le licenciement irrégulier des représentants du personnel, des anciens représentants du personnel ou des candidats à ces fonctions, mais par tout moyen¹⁷⁶⁰. L'existence de mesure de rétorsion, de sanctions décidées et appliquées par l'employeur afin de faire échec à l'exercice par un syndicat représentatif de son droit légal de constituer une section syndicale et d'être

¹⁷⁵⁷ L'article L. 2335-1 du Code du travail punit l'entrave à la constitution et à la désignation des membres d'un comité de groupe ainsi qu'à leur fonctionnement régulier, l'article L. 2346-1 fait de même pour le comité d'entreprise européen, l'article L. 2355-1 pour le comité de la société européenne et l'article L. 2365-1 pour le comité de la société coopérative européenne.

¹⁷⁵⁸ Crim., 4 avril 1991, n° 89-85.536.

¹⁷⁵⁹ Crim., 4 avr. 1991, n° 89-83.204.

¹⁷⁶⁰ Crim., 5 avr. 1973, n° 71-93.278, Bull. crim., n° 178.

représenté dans l'entreprise par un délégué syndical, caractérisent le délit d'entrave¹⁷⁶¹, tout comme le refus d'organiser des élections dans une entreprise qui satisfait les seuils requis¹⁷⁶². Le chef d'entreprise qui diffuse et affiche une note de service invitant les salariés à s'abstenir de voter au premier tour se rend également coupable du délit d'entrave¹⁷⁶³. Est aussi puni pénalement le refus exprimé par l'employeur de procéder à la négociation du protocole préélectoral avec les organisations syndicales et la communication par celui-ci d'un protocole préélectoral déjà rédigé sans laisser la possibilité aux organisations syndicales d'en discuter les termes, ni d'en obtenir un exemplaire aux fins de discussions ultérieures¹⁷⁶⁴, ainsi que son refus de réunir le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans l'attente du résultat du recours en annulation de ses élections¹⁷⁶⁵.

Le délit d'entrave n'est, cependant, pas retenu lorsque l'employeur n'informe pas le personnel par courrier de l'organisation des élections. En effet, aucune disposition légale ou réglementaire n'impose au chef d'entreprise de recourir à un autre procédé que l'affichage pour informer le personnel de l'organisation des élections¹⁷⁶⁶. Toute mutation de poste ou de fonctions imposée contre son gré à un salarié investi de fonctions représentatives caractérise l'élément matériel d'une entrave à leurs prérogatives statutaires sauf si l'employeur en apporte la pleine justification¹⁷⁶⁷, même si ce dernier a expressément accepté d'exécuter les tâches qui lui étaient dorénavant demandées¹⁷⁶⁸. Le fait que le salarié ne demande pas, devant la juridiction prud'homale, l'annulation des mesures dont il fait l'objet est sans incidence sur la matérialité de l'infraction¹⁷⁶⁹. Le non respect de la procédure spéciale en cas de licenciement d'un salarié protégé constitue une entrave¹⁷⁷⁰. Cependant, la simple demande d'autorisation de licenciement peut être constitutive d'entrave lorsqu'elle est abusive¹⁷⁷¹. L'employeur qui a vainement sollicité du comité d'entreprise puis de l'inspecteur du travail l'autorisation de licencier un salarié protégé, et devant son refus de se démettre, a finalement assigné pour seule tâche à ce salarié une besogne inutile, absurde, ridicule et fastidieuse, ce moyen de pression humiliant a eu pour résultat non seulement de décourager le salarié dont

¹⁷⁶¹ Crim., 21 avr. 1977, n° 76-90.135, Bull. crim., n° 126.

¹⁷⁶² Crim., 29 avr. 1986, n° 84-94.476, Bull. crim., n° 147.

¹⁷⁶³ Crim., 20 mars 1979, n° 78-92.267, Bull. crim., n° 114.

¹⁷⁶⁴ Crim., 20 mai 2008, n° 06-86.580.

¹⁷⁶⁵ Crim., 25 févr. 2003, n° 02-82.293, Bull. crim., n° 53.

¹⁷⁶⁶ Crim., 5 mars 2002, n° 01-81.049, Bull. crim., n° 56.

¹⁷⁶⁷ Crim., 4 juin 1991, n° 90-85.072, Dr. trav. 1991, n° 10, p. 10, § 423.

¹⁷⁶⁸ Crim., 12 déc. 2006, n° 05-86.601.

¹⁷⁶⁹ Crim., 31 mars 1987, n° 86-93.338, JCP E 1987, I, 16746, p. 370, n° 7, obs. O. Godard.

¹⁷⁷⁰ Crim., 11 mai 1966, n° 65-92.640, Bull. crim., n° 142.

¹⁷⁷¹ Crim., 5 mars 2013, n° 11-83.984.

l'équilibre mental a été ébranlé, mais aussi de le déconsidérer et de saper son autorité et ainsi caractérise l'entrave¹⁷⁷². Il est également porté atteinte à l'exercice régulier des fonctions d'un représentant du personnel lorsqu'il est fait délibérément obstacle pendant plusieurs mois au reclassement de celui-ci, qui, à l'issue d'une maladie, a été déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment¹⁷⁷³. L'inobservation de l'obligation de la réception mensuelle des délégués du personnel ne peut être justifiée par le fait que l'entreprise ne comporte qu'un seul délégué du personnel ; seul un cas de force majeure, le refus ou la défection du délégué lui-même peut justifier l'inobservation. A défaut, l'employeur se rend coupable d'entrave à l'exercice des fonctions représentatives, tout comme la pratique tendant lors de cette réception mensuelle à imposer la présence, en surnombre, d'un tiers choisi par le chef d'établissement¹⁷⁷⁴. L'exigence d'une note écrite relative aux demandes qui doivent faire l'objet d'une réponse à la réunion prévue avec le chef d'entreprise déposée six jours avant la réunion, et non deux jours comme le prescrit l'article 25 de la loi du 16 avril 1946, limite et entrave la mission des délégués du personnel¹⁷⁷⁵.

La désignation par l'employeur, pour le représenter aux réunions du comité d'entreprise, des salariés qui n'ont ni qualité, ni pouvoir pour informer et consulter cet organisme entrave le fonctionnement régulier du comité d'entreprise¹⁷⁷⁶. Le seul fait de ne pas convoquer aux réunions du comité d'entreprise les membres suppléants de ce comité constitue nécessairement en soi, lorsqu'il a été accompli volontairement, une entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise¹⁷⁷⁷. Il en va de même pour le manquement à l'obligation de procéder aux convocations des représentants syndicaux¹⁷⁷⁸. La restriction de la liberté de circulation des représentants du personnel pendant leurs heures de délégation, notamment en signifiant aux représentants du personnel que les déplacements à l'extérieur dans les temps de travail restent subordonnés à des ordres de mission signés par la direction et en procédant sans concertation à la planification des heures de délégation constitue une entrave¹⁷⁷⁹. Le refus réitéré, malgré les mises en garde de l'inspecteur du travail, de régler les frais restant à la charge de l'employeur lorsque la réunion des institutions représentatives du personnel est organisée à son initiative, du fait de l'éloignement existant entre le siège social de la société et

¹⁷⁷² Crim., 10 déc. 1970, n° 70-91.045, Bull. crim, n° 336.

¹⁷⁷³ Crim., 26 oct. 2010, n° 09-87.671, JCP S 2011, 1051, note P. Rozec.

¹⁷⁷⁴ Crim., 25 sept. 2007, n° 06-84.599.

¹⁷⁷⁵ Crim., 9 avr. 1975, n° 74-91.981, Bull. crim., n° 88.

¹⁷⁷⁶ Crim., 20 févr. 1996, n° 94-85.863.

¹⁷⁷⁷ Crim., 16 juin 1970, n° 69-93.132, Bull. crim., n° 270.

¹⁷⁷⁸ Crim., 4 juin 1985, n° 84-94.314.

¹⁷⁷⁹ Crim., 5 mars 2013, n° 11-83.984.

le lieu de travail des salariés concernés, a pour effet de restreindre les déplacements de ces salariés et leur participation aux réunions de leurs institutions caractérise en tous ces éléments le délit d'entrave¹⁷⁸⁰, tout comme le défaut de mise à disposition des représentants du personnel d'un local adapté et d'un matériel de fonctionnement suffisant¹⁷⁸¹. L'opposition de l'employeur, à l'affichage par les représentants du personnel des renseignements qu'ils ont pour rôle de porter à la connaissance du personnel sur les emplacements prévus et destinés aux communications syndicales et aux portes d'entrées des lieux de travail, constitue en lui-même un délit d'entrave¹⁷⁸². Le défaut de versement au comité d'entreprise de la subvention de fonctionnement qui doit lui être versée entrave son fonctionnement¹⁷⁸³. L'employeur qui demande aux salariés de répondre par vote secret à la question de savoir s'ils sont d'accord « pour régler au sein de l'entreprise directement avec le patron les problèmes ayant trait au bien-être du personnel et cela sans influences extérieures d'où qu'elles viennent » entrave l'exercice régulier des fonctions des délégués du personnel¹⁷⁸⁴. Le refus de consulter le comité d'établissement sur l'abandon de l'horaire collectif, prévu par le règlement intérieur au profit de l'instauration d'un horaire individualisé entrave également le fonctionnement du comité d'établissement¹⁷⁸⁵. L'employeur peut toutefois interdire à un délégué du personnel de pénétrer dans un atelier afin de maintenir l'ordre dans l'entreprise notamment lorsque le personnel de l'atelier en cause doit travailler dans un milieu stérile. Dans ce cas, il est justifié à prendre les plus grandes précautions en vue d'éviter toute contamination¹⁷⁸⁶. Il peut notamment imposer une mutation de poste ou de fonctions d'un représentant du personnel lorsqu'elle est justifiée par l'organisation de l'entreprise¹⁷⁸⁷. En effet, l'activité des représentants du personnel ne les soustrait pas aux impératifs de fonctionnement de l'entreprise.

b) Une intentionnalité inférée

Une infraction n'est caractérisée que s'il est démontré que son auteur a eu la volonté de porter atteinte aux règles relatives à la représentation du personnel ; un élément

¹⁷⁸⁰ Crim., 22 nov. 2005, n° 04-87.451, JCP S 2006, 1267, note F. Bousez.

¹⁷⁸¹ Crim., 15 mai 2007, n° 06-84.318.

¹⁷⁸² Crim., 8 mai 1968, n° 67-92.689, Bull. crim., n° 145.

¹⁷⁸³ Crim., 11 févr. 2003, n° 01-88.650.

¹⁷⁸⁴ Crim., 3 juill. 1968, n° 67-93.637, D. 1969, 597.

¹⁷⁸⁵ Crim., 16 sept. 2003, n° 02-86.661.

¹⁷⁸⁶ Crim., 9 nov. 1971, n° 71-90.581, Bull. crim., n° 306.

¹⁷⁸⁷ Crim., 4 juin 1991, n° 90-85.072, Dr. trav. 1991, n° 10, p. 10, § 423.

intentionnel doit être caractérisé. Mais la Cour de cassation a admis que la seule violation, en connaissance de cause, des dispositions légales relatives aux élections professionnelles et à la désignation des représentants syndicaux suffit à caractériser, en tous ses éléments, tant matériel qu'intentionnel, le délit d'entrave¹⁷⁸⁸. En effet, l'élément intentionnel se déduit du caractère volontaire des agissements constatés¹⁷⁸⁹ ou du manquement constaté¹⁷⁹⁰. L'élément intentionnel ne peut donc être caractérisé en cas de force majeure¹⁷⁹¹.

Le délit d'entrave ne peut ainsi être constitué lorsque la personne poursuivie justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte¹⁷⁹². La Cour de cassation reste stricte sur l'application de cette cause d'irresponsabilité. Elle a ainsi rejeté l'application de cette disposition au bénéfice du président d'un comité d'établissement et des directeurs des ressources humaines d'une société qui avaient été cités à comparaître devant le tribunal correctionnel pour avoir omis de convoquer, à des réunions du comité d'établissement, deux salariés investis de fonctions représentatives alors qu'ils bénéficiaient d'une mesure de cessation anticipée d'activité des travailleurs salariés. Les prévenus démontraient avoir consulté le service juridique de la fédération professionnelle dont ils dépendaient, qui leur avait fait part de l'incompatibilité de la cessation anticipée d'activité des travailleurs salariés et de l'exercice d'un mandat et que dès que des éléments plus précis leur avaient été fournis, ils n'avaient pas manqué de convoquer les salariés en cause aux réunions du comité¹⁷⁹³. De même, le chef d'entreprise ne peut être coupable du chef d'entrave à la constitution du comité central d'entreprise lorsqu'il fait valoir pour sa défense qu'aucune démarche n'ayant été effectuée auprès de lui en vue de la création d'un tel comité, il n'avait pas cru devoir prendre l'initiative d'organiser des élections à cette fin. En effet, aucun texte ne fait expressément obligation au chef d'entreprise de prendre l'initiative de la constitution d'un comité central d'entreprise dans les entreprises comprenant des établissements distincts¹⁷⁹⁴. Le refus par la direction de l'entreprise d'une liste de candidats déposée après la date limite de dépôt des candidatures fixée par le protocole préélectoral ne peut être déclaré comme constitutif d'un délit d'entrave¹⁷⁹⁵; tout comme le

¹⁷⁸⁸ Crim., 3 mars 1998, n° 96-85.098, Bull. crim., n° 81.

¹⁷⁸⁹ Ass. plén., 28 janv. 1983, n° 80-93.511, D. 1983, 269, concl. J. Cabannes ; crim., 31 janv. 2006, n° 05-83.089, JCP S 2006, 1335, note J. Kerbouc'h.

¹⁷⁹⁰ Crim., 6 févr. 2007, n° 06-82.744.

¹⁷⁹¹ Crim., 10 juill. 1979, n° 78-91.623, Dr. ouvrier, 1980, 465 ; crim., 9 déc. 1986, n° 86-90.552.

¹⁷⁹² Art. 122-3 CP.

¹⁷⁹³ Crim., 19 sept. 2006, n° 05-86.669.

¹⁷⁹⁴ Crim., 14 janv. 1986, n° 85-91.285.

¹⁷⁹⁵ Crim., 3 févr. 1987, n° 86-90.141, JCP E 1987, I, 16746, p. 369, n° 5, obs. O. Godard.

refus de celui-ci de rembourser les frais de transport exposés par les représentants syndicaux pour se rendre aux séances du comité d'entreprise, aucune disposition légale ou réglementaire n'imposant à l'employeur de rembourser ces frais¹⁷⁹⁶ ou de payer les heures de délégation prises en fonction de circonstances exceptionnelles dont il appartient au salarié d'établir l'existence préalablement à tout paiement par l'employeur, de même que la conformité de l'utilisation desdites heures eu égard au mandat représentatif dont il est investi¹⁷⁹⁷. L'exercice par l'employeur d'un pouvoir personnel de censure en s'opposant à la diffusion de tracts excédant les limites du droit syndical ne peut lui être reproché¹⁷⁹⁸. De même, l'employeur qui refuse de communiquer aux délégués du personnel des informations détaillées sur la rémunération et le statut des salariés relevant de leur délégation ainsi que sur l'application des accords collectifs en matière de salaires et d'organisation du travail n'entrave pas l'exercice régulier des fonctions de délégués du personnel, ces derniers excédant les limites de leurs attributions, leur demande relevant de la mission du comité d'entreprise et des délégués syndicaux¹⁷⁹⁹. L'abstention passagère à l'organisation des élections survenue au moment d'un changement de direction et, en l'absence de sollicitations des représentants du personnel ou des organisations syndicales implantées dans l'entreprise ne retardant pas sciemment les élections pour faire échec à la libre désignation des représentants ou à l'exercice régulier de leurs fonctions ne peut également être constitutive d'une entrave¹⁸⁰⁰.

B) Des infractions pénales en matière électorale d'un autre ordre

D'autres infractions peuvent être relevées à l'occasion des élections professionnelles ou de la désignation des représentants syndicaux notamment la discrimination **(1)** et la diffamation **(2)**.

¹⁷⁹⁶ Crim., 7 mai 1975, n° 74-91.643, Bull. civ. V, n° 121.

¹⁷⁹⁷ Crim., 26 mai 1987, n° 85-92.193 : Ne pèse sur l'employeur qu'une obligation de payer à l'échéance normale comme temps de travail le temps nécessaire aux représentants du personnel pour l'exercice de leur fonction limitée aux heures dont le nombre est fixé par la loi ou par accord collectif plus favorable.

¹⁷⁹⁸ Crim., 27 mars 1979, n° 77-91.887, Bull. crim., n° 123.

¹⁷⁹⁹ Crim., 10 mai 2006, n° 05-83.835, Dr. soc. 2006, 1017, obs. F. Duquesne.

¹⁸⁰⁰ Crim., 31 mars 2009, n° 08-85.763.

1) Une protection renforcée contre la discrimination syndicale

En vertu de l'article L. 2141-5 alinéa 1 du Code du travail, « il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture de contrat de travail »¹⁸⁰¹. L'activité syndicale s'entend largement et ne s'applique pas uniquement aux représentants du personnel ayant une étiquette syndicale.

Constitue un délit de discrimination syndicale le fait, à compter de la création d'une section syndicale et de la mise en place d'une délégation du personnel ayant abouti à l'élection de représentants de ce syndicat, de mettre en situation d'inter-contrat sur une période anormalement longue et supérieure à la moyenne la majorité d'entre eux et d'avoir engagé à l'encontre de deux d'entre eux une procédure de licenciement fondée sur des motifs discriminatoires, même si l'inspecteur du travail a autorisé le licenciement¹⁸⁰². L'utilisation des heures de délégation ne doit entraîner aucune perte de salaire¹⁸⁰³. Le refus opposé par l'employeur au paiement des primes de panier constitue également une discrimination syndicale prohibée. Le salarié ne peut donc être privé, du fait de l'exercice de son mandat, du paiement d'une indemnité forfaitaire compensant une sujétion particulière de son emploi qui constitue un complément de salaire. Le refus de verser des indemnités pour le travail de nuit aux représentants du personnel assurant un service normal de nuit au titre des heures de délégation, constitue une discrimination¹⁸⁰⁴. Le salarié qui, en raison de ses absences pour exercer ses mandats représentatifs, se voit affecter un autre véhicule que celui qu'il conduisait, qui ne bénéficie ni des frais de repas lors de ses journées de délégation, ni de diverses primes attachées à son exercice professionnel et dont le salaire moyen est le plus faible de tous les salaires et ne bénéficie pas d'un téléphone mobile contrairement aux autres salariés présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination¹⁸⁰⁵. Il doit bénéficier des mêmes possibilités de formation que les autres salariés et les mêmes

¹⁸⁰¹ L'article L. 1132-1 du Code du travail interdit également d'écarter d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou une période de formation en entreprise un salarié en raison de ses activités syndicales.

¹⁸⁰² Crim., 17 mars 2009, n°08-84.518.

¹⁸⁰³ Soc., 7 nov. 2007, n° 06-41.188

¹⁸⁰⁴ Soc., 28 mars 1989, n° 86-42.291 et n° 86-42.292.

¹⁸⁰⁵ Soc., 29 juin 2011, n° 10-15.792.

opportunités de carrière¹⁸⁰⁶. Dans le cadre de l'évaluation de l'aptitude des salariés, les informations demandées ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'évaluation de ses aptitudes¹⁸⁰⁷. Les salariés doivent être expressément informés, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'évaluation professionnelles mises en œuvre à leur égard¹⁸⁰⁸. Ainsi, l'exercice d'activités syndicales ne peut être pris en considération dans l'évaluation professionnelle d'un salarié¹⁸⁰⁹. La mise en place d'un régime spécifique d'avancement instauré au profit des salariés exerçant des activités syndicales à plein temps constitue une discrimination¹⁸¹⁰. La référence des activités syndicales dans la fiche d'évaluation notamment en précisant que l'absence du salarié à raison de 50% découlant de ses mandats rend difficile l'exercice de son poste, suppose l'existence d'une discrimination syndicale¹⁸¹¹.

Les représentants du personnel restent, cependant, soumis au pouvoir disciplinaire de l'employeur pendant l'exécution de leur contrat de travail. Seuls les manquements aux obligations professionnelles peuvent être l'objet de sanctions disciplinaires. Ainsi, ils ne peuvent être sanctionnés durant l'exercice de leurs fonctions représentatives. Les membres du comité d'entreprise européen ne peuvent faire l'objet d'un avertissement au motif de leur arrivée tardive à la réunion de cette institution¹⁸¹². Le licenciement est nul lorsqu'il est prononcé pour des faits commis pendant la période de protection. Le licenciement d'un représentant du personnel en raison de propos jugés diffamatoires tenus à l'égard de collaborateurs de l'entreprise, soit lors de réunions du comité d'entreprise, soit dans une lettre à en-tête du syndicat auquel il appartient, laisse supposer l'existence d'une discrimination en raison des activités syndicales du salarié¹⁸¹³. Cependant, si les faits en cause sont établis et de nature, compte tenu de leur répercussion sur le fonctionnement de l'entreprise, à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, eu égard à la nature de ses fonctions et à l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé, l'employeur peut demander l'autorisation de licencier¹⁸¹⁴. Les membres du comité et les représentants

¹⁸⁰⁶ Soc., 6 juill. 2010, n° 09-41.354.

¹⁸⁰⁷ Art. L. 1222-2 C. trav.

¹⁸⁰⁸ Art. L. 1222-3 C. trav.

¹⁸⁰⁹ Soc., 23 mars 2011, n° 09-72.733.

¹⁸¹⁰ Soc., 29 janv. 2008, n° 06-42.066.

¹⁸¹¹ Soc., 11 janv. 2012, n° 10-16.657.

¹⁸¹² Soc., 30 juin 2010, n° 09-66.792 et n° 09-66.793.

¹⁸¹³ Soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628.

¹⁸¹⁴ CE., 4 juill. 2005, n° 272193.

syndicaux étant tenus d'une obligation de discrétion à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur en application de l'article L. 2325-5 du Code du travail, le manquement à cette obligation de discrétion préjudiciable aux intérêts de l'entreprise peut entraîner comme sanction une mise à pied décidée par l'employeur dans le cadre de l'exercice de son pouvoir disciplinaire¹⁸¹⁵. Pour prouver la discrimination, le salarié doit apporter des éléments de comparaison. Il peut, ainsi, saisir, en application de l'article 145 du Code de procédure civile, la juridiction prud'homale de référé d'une demande tendant à obtenir la communication par l'employeur de différents éléments d'information concernant ses autres salariés et susceptible, selon lui, d'établir la discrimination dont il se plaint. Le respect de la vie personnelle du salarié et le secret d'affaire ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile dès lors que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées¹⁸¹⁶.

2) Une protection conditionnée contre la diffamation

La diffamation résulte de « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou d'un corps »¹⁸¹⁷. La diffamation peut intervenir dans toutes les phases du processus électoral. Porte atteinte à l'honneur ou à la considération la diffusion de tracts contenant des allégations diffamatoires et nominatives. Aucun texte n'autorise un salarié, fût-il titulaire d'un mandat syndical ou de délégué du personnel, à dénoncer dans un écrit dont il sait qu'il sera diffusé par voie d'affichage, des faits de harcèlement sexuel imputés à un cadre de l'entreprise¹⁸¹⁸. Cependant, la diffamation ne peut être retenue en cas de légitimité du but poursuivi, d'absence d'animosité personnelle, de prudence et mesure dans l'expression et de sérieux de l'enquête établissant les faits¹⁸¹⁹. La diffamation peut être publique et constituer un délit ou non publique et être une simple contravention. La diffusion d'un texte dans un local réservé au personnel de l'entreprise ne peut caractériser que la contravention de diffamation non publique¹⁸²⁰, tout comme des

¹⁸¹⁵ Soc., 6 mars 2012, n° 10-24.367.

¹⁸¹⁶ Soc., 19 déc. 2012, n° 10-20.528.

¹⁸¹⁷ Art. 29, loi du 29 juill. 1981 sur la liberté de la presse.

¹⁸¹⁸ Crim., 3 avr. 2002, n° 01-86.730.

¹⁸¹⁹ Civ. 1^{ère}, 17 mars 2011, n° 10-11.784.

¹⁸²⁰ Crim., 3 avr. 2002, n° 01-86.730.

allégations de vol au cours d'une réunion du comité d'établissement¹⁸²¹. En revanche, la diffamation publique est retenue lorsque le tract litigieux a été affiché pendant une dizaine de jours dans le hall d'entrée du bâtiment social de l'entreprise dans lequel les clients, fournisseurs et visiteurs devaient nécessairement traverser¹⁸²².

II) Des sanctions limitées en droit pénal

Si le législateur a souhaité renforcé la protection contre les irrégularités affectant les élections professionnelles et la désignation des représentants syndicaux en les sanctionnant pénalement lorsqu'elles peuvent être qualifiées d'infractions, il n'a instauré qu'une protection dérisoire en matière pénale qu'il a récemment révisée pour le délit d'entrave (**A**). Il a, en revanche, maintenu les sanctions en matière de discrimination et de diffamation (**B**).

A) Les sanctions du délit d'entrave révisées

La sanction encourue pour délit d'entrave est la même peu importe la nature du délit et l'institution représentative du personnel concernée. La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances a redéfini le délit d'entrave. Elle a considérablement augmenté l'amende mais a supprimé dans certains cas la peine d'emprisonnement. L'entrave aux institutions représentatives du personnel est désormais punie d'une amende de 7500 euros au lieu de 3750 euros, mais celle-ci n'est plus systématiquement assortie d'un risque d'emprisonnement d'un an. La loi dite « Macron » distingue selon que l'entrave porte sur la constitution des institutions représentatives du personnel et la désignation de leurs membres ou sur le fonctionnement régulier de ces institutions et l'exercice régulier des fonctions de représentant du personnel. Dans le premier cas, la loi maintient la peine d'emprisonnement d'un an. Ainsi, le fait de porter ou de tenter de porter atteinte à la libre désignation des délégués du personnel¹⁸²³, à la constitution d'un comité d'entreprise, d'un comité d'établissement ou d'un comité central d'entreprise ou à la libre désignation de leurs membres¹⁸²⁴, à la constitution d'un groupe spécial de négociation, d'un comité d'entreprise européen ou à la mise en œuvre d'une procédure d'information et de consultation ou à la

¹⁸²¹ Civ. 2^{ème}, 24 oct. 2002, n° 01-00.029, Bull. crim., n° 237.

¹⁸²² Crim., 31 janv. 1989, n° 87-90.947, Bull. crim., n° 38.

¹⁸²³ Art. L. 2316-1 C. trav.

¹⁸²⁴ Art. L. 2328-1 C. trav.

désignation de leurs membres¹⁸²⁵, à la constitution d'un groupe spécial de négociation ou d'un comité de la société européenne ou à la libre désignation de leurs membres¹⁸²⁶, à la constitution d'un groupe spécial de négociation ou d'un comité de la société coopérative européenne ou à la libre désignation de leurs membres¹⁸²⁷, à la constitution d'un groupe spécial de négociation ou d'un comité de la société issue de la fusion transfrontalière ou à la libre désignation de leurs membres¹⁸²⁸, le fait de ne pas constituer et réunir pour la première fois un comité de groupe dans les conditions prévues aux articles L. 2333-5 et L. 2334-3 ou d'apporter une entrave à la désignation des membres d'un comité de groupe¹⁸²⁹ et à la constitution ou à la libre désignation des membres du CHSCT¹⁸³⁰ sont puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 7500 euros.

Dans le second cas, en revanche, la peine d'emprisonnement est supprimée. Désormais, l'entrave au fonctionnement régulier des institutions représentatives du personnel ou à l'exercice régulier des fonctions de représentant du personnel ne peut plus entraîner de peine d'emprisonnement. Le législateur a pris en considération la rareté des peines d'emprisonnement prononcées dans le cadre d'un délit d'entrave, mais au lieu de totalement supprimer la peine d'emprisonnement, il l'a maintenue pour les infractions qu'il estime les plus graves nécessitant une dissuasion plus importante, à savoir l'entrave à la mise en place des institutions représentatives du personnel. Ce pas vers une dépenalisation du droit du travail ne vient-il pas fragiliser un peu plus les institutions représentatives du personnel dans l'exercice de leurs fonctions ? Il est évident que les dispositions du droit électoral de l'entreprise ne sont pas assez dissuasives pour l'employeur qui souhaite faire obstacle au fonctionnement régulier des institutions représentatives du personnel. Si la peine d'emprisonnement peut s'avérer excessive dans certains cas, notamment lorsque l'employeur exige une note écrite relative aux demandes qui doivent faire l'objet d'une réponse à la réunion prévue avec lui déposée six jours avant la réunion et non deux jours comme le prévoit l'article 25 de la loi du 16 avril 1946, elle devrait être maintenue pour les infractions les plus graves comme le refus de l'employeur d'organiser des élections dans une entreprise qui satisfait les seuils requis. Le législateur devrait, en revanche, comme pour les discriminations syndicales sanctionner d'une peine d'emprisonnement la récidive.

¹⁸²⁵ Art. L. 2346-1 C. trav.

¹⁸²⁶ Art. L. 2355-1 C. trav.

¹⁸²⁷ Art. L. 2365-1 C. trav.

¹⁸²⁸ Art. L. 2375-1 C. trav.

¹⁸²⁹ Art. L. 2335-1 C. trav.

¹⁸³⁰ Art. L. 4742-1 C. trav.

En cas de récidive, la peine double. Lorsque l'auteur est une personne morale l'amende applicable est égale au quintuple de celle prévue pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction¹⁸³¹. Le préjudice découlant de l'entrave peut également justifier la condition de l'auteur du délit au versement de dommages-intérêts sur le plan civil¹⁸³².

Mais pour cela les délais de prescriptions ne doivent pas avoir expirés. Le délai de prescription est de dix ans pour les crimes¹⁸³³, de trois ans pour les délits¹⁸³⁴ et d'un an pour les contraventions¹⁸³⁵. Le délai de prescription court à compter du jour de la commission de l'infraction. Cependant, dans l'hypothèse d'une infraction continue, le délai de prescription court à compter de la cessation de l'infraction. A titre d'exemple, le refus de réintégration d'un salarié représentant du personnel dont le licenciement a été refusé constitue une infraction continue¹⁸³⁶.

B) Des sanctions maintenues pour les autres infractions

La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques¹⁸³⁷ n'a pas modifié les sanctions encourues en cas de discriminations syndicales. Celle-ci est toujours punie d'une amende de 3750 euros et seule la récidive est punie d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 7500 euros¹⁸³⁸. Ce maintien découle-t-il d'une omission du législateur ou d'une volonté de celui-ci de distinguer l'entrave et la discrimination syndicale ? L'omission semble être la raison du maintien de ces sanctions. En effet, la prise en considération, par l'employeur, de l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale par un salarié pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail¹⁸³⁹ peut également entraver l'exercice des fonctions de représentant du personnel. Raison pour laquelle l'auteur peut être déclaré coupable à la fois du délit d'entrave et de discrimination ; il peut, dans ce cas, être prononcé contre lui une peine

¹⁸³¹ Art. 131-38 et 131-41 C. pén.

¹⁸³² Crim., 20 mai 2003, n° 02-84.307.

¹⁸³³ Art. 7 C. pén.

¹⁸³⁴ Art. 8 C. pén.

¹⁸³⁵ Art. 9 C. pén.

¹⁸³⁶ Crim., 23 avr. 1970, n° 69-90.230, Bull. crim., n° 145.

¹⁸³⁷ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

¹⁸³⁸ Art. L. 2146-2 C. trav.

¹⁸³⁹ Art. L. 2141-5 al. 1 C. trav.

distincte pour chacune de ces infractions, l'article 5 du Code pénal interdisant le cumul des peines en cas de conviction de plusieurs crimes ou délits ne s'applique pas aux contraventions¹⁸⁴⁰. Les sanctions de ces deux infractions devraient donc être similaires. Le maintien de la peine d'emprisonnement, en cas de récidive, renforce la thèse de l'omission.

Quant à la diffamation, la diffamation publique est punie d'une amende de 12 000 euros¹⁸⁴¹ et la diffamation non publique envers une personne, de l'amende prévue pour les contraventions de première classe¹⁸⁴².

Si la limitation de l'annulation des élections est justifiée en ce qu'elle peut avoir de lourdes conséquences, une limitation aussi restrictive a pour effet de laisser impunies des irrégularités qui mériteraient sanction. En effet, de trop nombreuses irrégularités soulevées pendant les élections passent à la trappe, pas jugées suffisamment graves pour faire l'objet d'une annulation. Seules les irrégularités contraires aux principes généraux du droit électoral et les irrégularités affectant les résultats du scrutin ou la détermination de la représentativité et de la capacité d'un candidat d'être désigné délégué syndical, peuvent être sanctionnées d'une annulation, laissant l'employeur libre de méconnaître les dispositions du droit électoral de l'entreprise sous réserve de ne pas dépasser la limite de l'influence sur les résultats. Une révision des causes d'annulation s'impose afin de pouvoir sanctionner un plus grand nombre d'irrégularités, notamment lorsque l'employeur les multiplie. Quant aux sanctions pénales, censées renforcer le droit électoral de l'entreprise, elles ne sont que dérisoires et rarement prononcées.

¹⁸⁴⁰ Crim., 29 oct. 1975, n° 73-93.253, Bull. crim., n° 231.

¹⁸⁴¹ Art. 29, loi du 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse.

¹⁸⁴² Art. R. 621-1 C. pén.

Conclusion du titre 2

Les enjeux des élections professionnelles dans l'entreprise pousse le législateur à renforcé le contrôle du processus électoral. Le législateur attribue à plusieurs institutions la compétence de contrôler l'opération électorale. Il multiplie les possibilités de recours et détermine avec précision le champ de compétence de chacune de ces institutions. Chaque irrégularité relève de la compétence déterminée d'une institution. Mais la multiplication des recours et des contestations possibles complexifie la compréhension de cette répartition des compétences.

En raison des enjeux des élections professionnelles dans l'entreprise, le législateur a mis en place une procédure de contestation stricte. Les enjeux des élections et les conséquences d'une annulation conduisent à restreindre les délais de contestation. Mais les délais proposés par le législateur sont très courts : quinze jours suivant l'élection lorsque la contestation porte sur la régularité de l'élection et trois jours suivant la publication de la liste électorale lorsque la contestation porte sur l'électorat. Ce dernier délai limite considérablement les contestations portant sur l'électorat. Une harmonisation des délais de contestation est nécessaire.

La restriction des voies de recours contre les décisions du tribunal d'instance a pour conséquence d'engorger la Cour de cassation. La mise en place d'une procédure spéciale d'appel conseillée par la Cour de cassation doit être étudiée afin de permettre un traitement rapide des contestations.

Cette étude souligne également les carences des sanctions en cas d'irrégularités soulevées pendant le processus électoral. Toujours soucieuse des enjeux des élections, la Cour de cassation limite les hypothèses d'annulation des élections. Si cette limite se justifie, elle incite l'employeur à mépriser le droit électoral de l'entreprise. Un ajustement des sanctions est nécessaire notamment pour sanctionner l'employeur qui multiplie les petites irrégularités.

Conclusion partie 2

Le droit électoral de l'entreprise se construit progressivement avec pour objectif d'encadrer le processus électoral. Le particularisme des élections professionnelles dans l'entreprise implique la mise en place de règles spécifiques. Mais il a également pour effet de compliquer la construction de ce droit. Les règles régissant les élections professionnelles sont parfois trop techniques compliquant leurs mises en œuvre. Le législateur et la jurisprudence mettent en place des règles en conciliant de nombreux facteurs qui ont pour effet de compliquer cette tâche. Si beaucoup de règles du droit électoral sont complexes, beaucoup de règles manquent également. Ce droit fait l'objet de trop nombreuses lacunes.

Le législateur pose de nombreuses règles incomplètes ayant pour effet d'entraîner de nombreux contentieux. Le droit électoral de l'entreprise est un droit du contentieux électoral. C'est pourquoi le législateur s'efforce à renforcer le contrôle du processus électoral en attribuant à plusieurs institutions compétence pour effectuer ce contrôle.

La procédure de contestation des élections pose également des difficultés. La multiplication des possibilités de recours et des contestations possibles complexifie la compréhension des règles de procédure. Les sanctions prononcées sont également insatisfaisantes. Il reste beaucoup à faire au législateur et à la jurisprudence pour harmoniser les règles applicables aux élections professionnelles dans l'entreprise. Des précisions, des améliorations mais surtout une simplification de ce droit sont nécessaires.

CONCLUSION GENERALE

Un travail de recherche portant sur le droit électoral de l'entreprise ne pouvait être accompli sans que ne soit retracé, au préalable, l'histoire de la représentation du personnel. Cette histoire met l'accent sur l'importance de la représentation des intérêts des salariés afin de rétablir un équilibre face aux inégalités des parties au contrat de travail. Le premier constat de ce travail est le développement de la représentation du personnel et que celle-ci ne peut être légitime que si elle repose sur des règles. L'élection est le critère de la représentation, elle permet à plusieurs individus ou groupes d'investir une personne d'un mandat ou d'une fonction par un vote. L'élection est considérée comme un mode de légitimation des représentants. Les individus ou groupes d'individus transfèrent, par le vote de leur majorité, une légitimité requise pour exercer les fonctions de représentants.

Un droit électoral encadrant les élections professionnelles dans l'entreprise se construit progressivement. Ce travail fait un état de ce droit soulignant la diversité de ses sources, ses lacunes et sa complexité.

Cette étude était l'occasion de souligner la spécificité du droit électoral de l'entreprise. Si le droit électoral de l'entreprise est influencé par le droit électoral politique, il met en place des règles propres. Le cadre d'organisation, les sujets et les enjeux des élections professionnelles dans l'entreprise imposent la mise en place de règles adaptées. Ainsi, par exemple, le lieu de vote est le lieu de travail, soit l'entreprise ou l'établissement et l'élection doit, en principe, avoir lieu pendant le temps de travail. Les élections en entreprise doivent également être organisées par collèges électoraux. L'organisation des élections par groupe est une nécessité en matière d'élection professionnelle en entreprise car le vote en commun par groupe de salariés pour élire ses propres représentants permet une représentation des salariés en adéquation avec leurs intérêts et leurs attentes. En effet, les intérêts et les attentes des salariés peuvent varier selon la catégorie de salariés. Il est donc indispensable pour chaque catégorie d'avoir des représentants propres. Les conditions d'âge et de nationalité sont également adaptées. L'âge électoral est de seize ans révolus pour les élections en entreprise pour la simple raison qu'un contrat de travail peut être signé par un jeune de seize ans ou plus. La condition de nationalité, quant à elle, n'a pas vocation à s'appliquer ; le lien de subordination existant dans la relation de travail ne laisse place à aucune justification d'une discrimination entre français et étrangers dans les relations professionnelles.

Le droit électoral de l'entreprise est un droit en construction, inachevé il fait état d'un trop grand nombre de carences que la Cour de cassation tente de pallier. La campagne électorale, étape importante du processus électoral puisqu'il s'agit d'un moyen non négligeable de collecter le nombre de voix nécessaire par la communication notamment des programmes électoraux et des professions de foi des candidats, est délaissé par le Code du travail qui ne prévoit aucune disposition contrairement au Code électoral en matière politique. Le rôle de la Cour de cassation est encore une fois fondamental puisque confrontée à des contentieux relatifs à la campagne, elle tente d'en construire le régime juridique. Si sa démarche est salubre, elle manque parfois de cohérence et ne pallie pas à toutes les difficultés rencontrées par les organisations syndicales notamment concernant l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Une intervention du législateur sur ce sujet est nécessaire pour limiter les contentieux.

L'étude aura, nous l'espérons, affirmé combien le droit électoral de l'entreprise est d'une extrême richesse mais, revers de la médaille, d'une très grande complexité aussi.

La diversification et la valorisation des fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise complexifient la construction d'un droit clair et cohérent. L'utilité des élections professionnelles dans l'entreprise s'est étendue et diversifiée depuis la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail. Les enjeux des élections sont interactifs et impliquent des règles interactives. L'élection permet aux salariés d'attribuer à des représentants la faculté de défendre leurs intérêts. L'enjeu sociétal de la représentation des salariés renforce l'enjeu des élections professionnelles dans l'entreprise. Indirectement, ces élections permettent la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise dans les entreprises d'au moins 300 salariés, à la condition pour le syndicat d'avoir obtenu deux élus. Depuis la loi du 20 août 2008, la représentativité des syndicats repose sur la satisfaction de certains critères, notamment celui de l'audience électorale. Ce critère repose sur les élections qui deviennent l'outil indispensable de la mesure de la représentativité. Désormais, pour être représentatif les syndicats doivent avoir atteint un certain seuil lors des dernières élections, 10% des suffrages exprimés pour être représentatif au niveau de l'entreprise et 8% pour être représentatif au niveau des branches et au niveau national et interprofessionnel. Le franchissement de ces seuils permet aux syndicats de jouir des prérogatives attachées à la représentativité, notamment la négociation d'accords collectifs. L'application stricte de cette règle conduit à priver de représentativité les syndicats se rapprochant de près de ces seuils. L'audience électorale a des effets sur le paysage syndical.

La mise en place d'un seuil d'audience restreint le pluralisme syndical puisqu'elle a pour objet de sélectionner les syndicats les plus représentatifs. Le franchissement de ces seuils permet également aux syndicats de désigner des délégués syndicaux. Le conditionnement de la désignation d'un délégué syndical à l'acquisition de la représentativité porte incontestablement préjudice à l'installation des syndicats dans l'entreprise.

La réforme du 20 août 2008 lie également la négociation collective aux élections professionnelles, en ce qu'elle fait des élections un instrument de détermination des syndicats négociateurs. Les élections deviennent « un mécanisme d'identification de l'aptitude propre d'un syndicat à défendre les intérêts des salariés dans la négociation collective »¹⁸⁴³. La négociation est réservée aux syndicats représentatifs. Sont invités à la table de négociation les seuls syndicats satisfaisant aux critères de l'article L. 2121-1 du Code du travail et ayant recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des élections du comité d'entreprise, de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel.

La validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est également attachée aux résultats des élections. Elle est subordonnée à sa signature par, 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. Le défaut de franchissement du seuil de 50% rend quasiment impossible la conclusion de conventions ou accords collectifs. L'impact de ce seuil est considérable parce qu'il n'a pas seulement pour effet de priver une organisation syndicale représentative de sa vocation naturelle de conclure des accords, il peut priver une entreprise entière de convention ou accords collectifs. En augmentant le seuil de validité, qui était de 30% des suffrages exprimés avant la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels¹⁸⁴⁴, le législateur a introduit la possibilité d'une consultation des salariés visant à valider l'accord si le seuil n'est pas rempli et si l'accord a été signé à la fois par l'employeur et par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30% des suffrages exprimés. Mais cette consultation des salariés ne sera qu'exceptionnelle puisqu'elle repose également sur le franchissement d'un seuil de 30% des suffrages.

¹⁸⁴³ G. Borenfreund, Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise, Dr. soc. 2013, 491.

¹⁸⁴⁴ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

Le mode de décompte de l'audience électorale pose également des difficultés. L'audience électorale est appréciée au premier tour des élections et seuls les suffrages exprimés sont pris en compte. Or, si le taux de participation est faible au premier tour, la comptabilisation des suffrages exprimés, peu importe le nombre de votant, peut entraîner des résultats qui ne font pas écho de la réalité. Dans sa quête de légitimité, légitimité des représentants, légitimité de leurs actes, le législateur limite l'exercice des droits des salariés et des syndicats.

La spécificité des élections professionnelles dans l'entreprise et de ses enjeux appelle à des règles très techniques. La question de la détermination de l'effectif pose quelques difficultés. Le seuil d'effectif conditionne l'organisation des élections dans l'entreprise mais ses règles sont complexes et pour certaines manquent de cohérence. Certains contrats sont inclus d'autres exclus de l'effectif. Certains salariés sont inclus dans l'effectif de l'entreprise mais exclus de l'électorat et de l'éligibilité. Les règles relatives à la proratisation du temps de présence dans l'entreprise sont également d'une grande complexité.

L'analyse du droit électoral de l'entreprise révèle qu'il s'agit d'un droit en chantier. Les différentes réformes du législateur et la jurisprudence abondante de la Cour de cassation ne suffisent pas à maîtriser ce droit. Le droit électoral de l'entreprise dans son état actuel nécessite de nombreuses précisions, améliorations mais surtout une simplification afin d'être plus lisible.

BIBLIOGRAPHIE

I) Ouvrages généraux, manuels, traités

AUBERT (J.-L.),

Introduction au droit, coll. U, Armand Colin, 9^{ème} éd., 2002.

AUBIN (G.) ET BOUVERESSE (J.),

Introduction historique au droit du travail, PUF, 1995.

AUZERO (G.) ET DOCKES (E.),

Droit du travail, Précis Dalloz, 28^{ème} édition, 2014.

BLUM (L.),

L'échelle humaine in L'œuvre de Léon Blum, Albin Michel, 1955.

BONNECHERE (M.),

Le droit du travail, Repères, Editions La Découverte, 1997.

BRUN (A.) ET GALLAND (H.),

Droit du travail, t. 2, Les rapports collectifs de travail, Sirey, 1978.

BURLAUD (A.), SCHNEIDER (M.-P.) ET RAVAT (M.),

Droit social, DGC3, Sup' Foucher, Collection LMD Expertise comptable 2009/2010.

CARBASSE (J.-M.),

Introduction historique, PUF, 2^{ème} éd., 1999.

CHAROUX (F.) ET JEANEAU (Y.),

La législation du travail, Nathan, 2010-2011.

COUTURIER (G.),

Droit du travail, t.2, Les relations collectives du travail, PUF, 3^e éd., 2001.

DE BECHILLON (M.),

« La notion de principe général en droit privé », 1998, PUAM.

DELBREL (Y.),

L'essentiel de l'Histoire du droit social, Gualina éditeur, Les Carrés, 2006.

DESPAX (M.),

Droit du travail, t. VII, Négociation, convention et accords collectifs, dir. G. H. Camerlynck, Dalloz, 2^{ème} éd., 1989.

DOCKÈS (E.), PESKINE (E.), WOLMARK (C.),
Droit du travail, Dalloz « Hypercours », 2010.

DUQUESNE (F.),
Le nouveau droit du travail, Gualino, 2008.

DURAND (P.) ET VITU (A.),
Traité de droit du travail, Dalloz, 1956.

DURKHEIM (E.),
De la division du travail social : PUF, 1893, réédit. « coll. « Quadrige » 2007.

FAVENNEC-HÉRY (F.), VERKINDT (P.-Y.),
Droit du travail, LGDJ, Manuel, 4^{ème} éd., 2014.

FAVOREU (L.) ET PHILIP (C.),
Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 17^{ème} éd., 2013.

GATUMEL (D.),
Le droit du travail en France : Principes et approche pratique du droit du travail, Francis Lefebvre, 18^{ème} édition, 2007.

GAUDU (F.),
Droit du travail, Cours Dalloz, 4^e édition, 2011

GRANDGUILLOT (D.),
Droit social, Droit du travail et Droit de la protection sociale, Gualino, lextenso éditions, 12^e édition, 2010-2011.

GUESTIN (A.),
L'invention de l'économie sociale, Economica, Paris, 1987.

JEAMMAUD (A.), PELISSIER (J.) ET SUPIOT (A.),
Droit du travail, 2008, Précis Dalloz.

KAPLAN (S. L.),
La fin des corporations, Fayard, 2001.

LA HOVARY (C.),
Les droits fondamentaux au travail, Origines, statut et impact en droit international, PUF, 2009.

LE GOFF (J.),
Du silence à la parole, Calligrammes 1989.

LYON-CAEN (A.) ET VACARIE,
Droits fondamentaux et droit du travail, Etudes offertes à Verdier, Dalloz 2001.

LYON- CAEN (G.) ET PELISSIER (J.),

Les grands arrêts de droit du travail, 2^{ème} éd., Paris, Sirey, 1980.

LE PLAY (F.),

Naissance de l'ingénieur social, Presse de l'école des mines, éd. 2008.

MALINVAUD (Ph.),

Introduction à l'étude du droit, Litec, Manuel, 12^{ème} éd., 2008.

MAZEAUD (A.),

Droit du travail, LGDJ, 2012.

MEYER (N.) ET WILLEMS (J.-P.),

Droit social, Dunod, Droit de l'entreprise, 2009

OGIER-BERNAUD (V.),

Les droits constitutionnels des travailleurs, Economica, 2003.

PETIT (F.),

Le droit des relations collectives du travail, Gualino, coll. Mémentos LMD, 2007.

RADE (Ch.),

Droit du travail, Montchrestien, 4^{ème} éd., 2009.

RAY (J.-E.),

Droit du travail Droit vivant, Wolters Kluwer, 24^{ème} édition, 2016.

RIVERO (J.) ET SAVATIER (J.),

Droit du travail, 13^{ème} éd., PUF, « Thémis », 1993.

RODIERE (P.),

Droit social de l'Union Européenne, L.G.D.J, Lextenso éditions, 2008.

SCELLE (G.),

Le droit ouvrier : tableau de la législation française actuelle, Armand Colin, 2^{ème} éd., 1929

TERRE (F.),

Introduction générale au droit, Dalloz, Précis, 8^{ème} éd., 2009.

TEYSSIE (B.),

Droit du travail, t. 2, Les relations collectives du travail, Litec, 6^e éd., 2009.

VERDIER (J.-M.),

Traité de droit du travail, t. 5, Syndicats et droit syndical, Dalloz, 2^{ème}, 1987.

II) Ouvrages spéciaux

ADAM (G.),

La refondation sociale à réinventer. Le renouveau du dialogue social au cœur du débat public, Liaisons, Liaisons sociales, 2002.

ANDOLFATTO (D.),

Les syndicats en France, La documentation française, 2004.

ANTONA (J.-P.), MEISART (F.), PIERON (A.-M.), PREGUIÇA (S.), WAXIN (G.), CHALMEL (P.), QUETANT (G.-P.), PHILIPPON (E.), QUEFFELEANT (H.), SEMERIA (D.), ANNIE-PAULE GOLLOT (A.-P.),

Le guide social de l'entreprise, Delmas, Editions Dalloz, 1997.

BARREAU (J.),

dir., Quelle démocratie sociale dans le monde du travail ?, PUR, 2003.

BECHILLON (D. de),

Qu'est-ce qu'une règle de droit ?, Odile Jacob, 1997.

BECQUART (A.), BUTSTRAËN (L.),

Associations et syndicats professionnels, Guide juridique et fiscal, Juris éditions, 2005.

BELIER (G.), LEGRAND (H.-J.),

La négociation collective en entreprise, Nouveaux acteurs, nouveaux accords, 4 ans après la loi d'août 2008, Liaisons, « Droit vivant », 3^{ème} éd., 2011.

BORENFREUND (G.), LYON-CAEN (A.), SOURIAU (M.-A.) ET VACARIE (I.),

dir., La négociation collective à l'heure des révisions, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005.

BURDEAU (G.),

Encycl. Universalis, vol. 5, V^o Démocratie.

Traité de science politique, t. VII, n^o 169, LGDJ, 2^{ème} édition, 1973.

CASTEL (R.),

Les métamorphoses de la question sociale : une chronique du salariat, Fayard, L'espace du politique, 1995.

CHARTRIOT (A.),

La démocratie sociale à la française : l'expérience du conseil national économique 1924-1940, Editions La découverte, 2002.

COFFINEAU (M.),

Les lois Auroux, dix ans après, février 1993, La documentation française, 1993.

COHEN (M.),

Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, LGDJ, 8^{ème} éd., 2005.

DESBARATS (J.),

L'entreprise à établissements multiples, LGDJ, 1996.

Les institutions représentatives du personnel, La documentation française, 5^{ème} éd., 2010.

DESPAX (M.),

Négociations, conventions et accords collectifs, Traité de droit du travail, vol. 7, Dalloz, 2^{ème} éd., 1989.

DURKHEIM (E.),

De la division du travail social (1983), PUF, Quadrige, 5^{ème} éd., 1998.

Leçons de sociologies (1950), PUF, Quadrige, 2^{ème} éd., 1995.

GARELLO (J.), LEMENNICIER (B.) ET LEPAGE (H.),

Cinq questions sur les syndicats, PUF, Libre échange, 1990.

LANDIER (H.) ET LABBE (D.),

Les organisations syndicales en France. Des origines aux évolutions actuelles, Liaisons, Liaisons sociales, 2^{ème} éd., 2004.

LARDY-PELISSIER (B.) ET PELISSIER (J.),

dir., Le syndicalisme salarié, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2002.

LAROQUE (J.),

Les élections professionnelles dans l'entreprise, 2^e éd., Dalloz, 1997.

LYON –CAEN (A.) et LOKIEC (P.),

dir., Droits fondamentaux et droit social, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2002.

LOKIEC (P.),

Droit du travail, Tome II, Les relations collectives du travail, PUF, 2011.

MATHIEU (B.),

Les sources du droit du travail, PUF, Que sais-je ?, n° 2690, 1992.

MORIN (M.-L.), PECAUT-RIVOLIER (L.), STRUILLOU (Y.),

Le guide des élections professionnelles et des désignations des représentants syndicaux dans l'entreprise, Guides Dalloz, 2^{ème} éd., 2011-2012.

MORVAN (P.),

Restructurations en droit social, Litec professionnel, 2007.

MOURIAUX (R.),

Le syndicalisme en France, PUF, Que sais-je ?, n° 585, 5^{ème} éd., 2005.

PESKINE (E.),

Réseaux d'entreprises et droit du travail, Bibl. de droit privé, LGDJ, 2008.

PROUDHON (P.-J.),

Idee générale de la révolution au XIX^{ème} siècle, M. Rivière, 1923.

ROSANVALLON (P.),

La question syndicale, Hachette Littératures, 1998.

ROUILLEAULT (H.),

Où va la démocratie sociale ?, Editions de l'Atelier, 2010.

SIROT (S.),

Le syndicalisme, la politique et la grève (France et Europe, XIXe-XXIe siècles), Arbre bleu éditions, Nancy, 2011.

SOUBIRAN-PAILLET (F.),

L'invention du syndicat (1791-1884), Itinéraire d'une catégorie juridique, LGDJ, 1999.

SUDRE (F.),

La perméabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux, Mélanges J. Mourgeon, Ed. Bruylant, 1998.

TEYSSIE (B.),

dir., Les sources du droit du travail, PUF, Droit éthique société, 1998.

III) Thèses et monographies

ARSEGUEL (A.),

La notion d'organisations syndicales les plus représentatives, Thèse Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1976.

BORENFREUND (G.),

L'action revendicative au niveau de l'entreprise, le rôle des délégués du personnel et des délégués syndicaux, Thèse Paris X, 1985.

CHEZLEMAS (M.-H.),

La situation des salariés dans les opérations de transfert d'entreprise en droit comparé : France, Royaume-Uni, Etats-Unis, LGDJ, Bibliothèque de droit social, 2009.

GAILLARD (E.),

Le pouvoir en droit privé, Economica, 1985.

GRIMALDI D'ESDRA,

La représentation du personnel dans l'entreprise : origines, puissances, et déclin, annonce d'un pouvoir, Thèse Montpellier, 1993.

KRIEF (B.),

Essai sur l'émergence d'un droit européen de la représentation collective, Editions Panthéon Assas, 2011.

MORIN (M.-L.),

Le droit de la négociation collective, principe général du droit, Thèse Toulouse, 1991.

PESKINE (E.),

Réseaux d'entreprise et droit du travail, L.G.D.J, Lextenso éditions

PETIT (F.),

La notion de représentation dans les relations collectives du travail, coll. Bibl. droit privé, t. 291, LGDJ, 2000.

STORCK (M.),

Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, LGDJ, 1982.

IV) Codes , dictionnaires, guides et lexiques

ALLAND (D.) ET RIALS (S.),

Dictionnaire de la culture juridique, Quadrige, Lamy-PUF, 2003.

ARNAUD (A.-J.),

Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993.

CADIET (L.),

dir., Dictionnaire de la justice, PUF, 2004.

CORNU (G.),

Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 10^{ème} éd., 2014.

Code civil, Dalloz, 114^{ème} éd., 2016

Code du travail, Dalloz, 76^{ème} éd., 2014.

Code du travail, Dalloz, 77^{ème} éd., 2015.

Code du travail, Litec, 31^{ème} éd., 2016.

Code pénal, Dalloz, 111^{ème} éd., 2014.

Code de la sécurité sociale, Dalloz, 40^{ème} éd., 2016.

Code de procédure civile, Dalloz, 107^{ème} éd., 2016.

Code de l'action sociale et des familles, Dalloz, 12^{ème} éd., 2016.

Code des transports, Dalloz, 2^{ème} éd., 2016

Code de commerce, Dalloz, 111^{ème} éd., 2016.

Guide pratique du droit du travail, La documentation française, 12^{ème} éd., 2012.

Les dictionnaires pratiques RF Social, Groupe revue fiduciaire, 31^{ème} éd., 2012.

DEBARD (T.) ET GUINCHARD (S.),
Lexique des termes juridiques, 21^{ème} éd., 2014.

JEUGE-MAGNART (I.) sous la direction,
Le Petit Larousse illustré, 2015.

MITTERAND (H.), DUBOIS (J.) ET DAUZAT (A.),
Dictionnaire étymologique et historique du français, Les grands dictionnaires Larousse, 2011.

REY-DEBOUE (J.) et REY (A.) sous la direction,
Le Petit Robert, 2015.

SILEM (A.) ET GENTIER (A.),
Lexique d'économie, Dalloz, 13^{ème} édition, 2013.

V) Colloques et rapports

AURELLI (P.) ET GAUTIER (J.),
Consolider le dialogue social, Avis et rapport du CES, novembre 2006.

BARTHELEMY (J.) ET CETTE (G.),
Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique, rapport CAE, janvier 2010.

BEROUD (S.), YON (K.), DRESSEN (M.), GANTOIS (M.), GUILLAUME (C.) ET KESSELMAN (D.),
Rapport de recherche février 2011 : La loi du 20 août 2008 et ses implications sur les pratiques syndicales en entreprise : sociologie des appropriations pratiques d'un nouveau dispositif juridique ; Convention DARES « Impact des nouvelles règles de la représentativité sur les pratiques et les stratégies syndicales ».

CHERTIER (D.-J.),
Pour une modernisation du dialogue social, Rapport au Premier ministre, La documentation française, 2006.

HADDAS-LEBEL (R.),
Pour un dialogue social efficace et légitime : Représentativité et financement des organisations syndicales, Rapport au Premier ministre, 2006.

RAPPORT PUBLIC DU CONSEIL D'ETAT,
Rapport de travail établi au sein de l'école nationale d'Administration par la promotion 2003-2005 « Romain Gary », Les nouveaux enjeux du dialogue social, juillet 2004.

VI) Commentaires, notes et observations

ADAM (G.),

La représentativité syndicale dans l'entreprise, Dr. soc. 1972, p. 90.

AKANDJI-KOMBE (J.-F.),

A propos de la constitutionnalité de la loi du 20 août 2008, occasions manquées, Sem. soc. Lamy 2010, n° 1453.

L'application de la Charte sociale européenne: la mise en œuvre de la procédure de réclamations collectives, Dr. Soc. 2000. 888.

« Le forfait en jours n'est pas sorti de la zone de turbulence. A propos de l'arrêt du 29 juin 2011 », JCP S 2011, 1332.

ALLOUCHE (C.),

Seuils d'effectifs, électorat, éligibilité, Sem. Soc. Lamy 1992, n° 613.

ALVAREZ (R.-M.) ET MILLET (L.),

Délégation unique et accord collectif antérieur plus favorable, RPDS 1995. 171.

ANTONMATTEI (P.-H.),

Négociation collective et syndicats catégoriels : la parole est à la cour de cassation, Dr. soc. 2011, 1254.

Les critères de la représentativité : lecture critique de la position commune du 9 avril 2008, Dr. soc. 2008. 771.

Vers un droit électoral professionnel, Dr. soc. 2013. 527.

ANTONMATTEI (P.- H.) ET COHEN (M.),

Débat autour de l'unité économique et sociale, Sem. soc. Lamy 2004, n° 1081.

ARSEGUEL (A.),

Quelle réforme pour la représentativité syndicale ? Réformer sans bouleverser, RDT 2006, p. 290.

AUZERO (G.),

Le dialogue social en France : une question d'acteurs, in Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe, dir. Ph. Martin, PUB, 2007, p. 175.

BARBEROT (Ch.),

Campagne électorale : participation de mandataires des syndicats représentatifs sans adhérents dans l'entreprise, RJS 3/ 1997, p.158.

Le protocole d'accord préélectoral, RJS 12/ 1997, p. 815.

Les modalités du scrutin des élections au comité central d'entreprise, RJS 7/ 1998, p. 529.

Les acteurs de la négociation collective, leur représentativité, Dr. ouvrier 1998, p. 332.

BARTHELEMY (J.),

Les délégués de site, JCP CI 1983. I. 11699.

BEAL (S.) ET MARGUERITE (M.),

Les trois régimes juridiques distincts de la prorogation des mandats des représentants du personnel, JCP E 2015. 1132.

BEAL (S.) ET TERRENOIRE (C.),

La négociation selon un mode dérogatoire après la loi Travail, JCP E 2016. 1550.

BERAUD (J.-M.),

Les nouvelles règles de représentativité : l'évaluation de la cour de cassation, RDT 2010. 276.

Les nouvelles règles de la représentativité syndicale et la représentativité catégorielle sont-elles compatibles avec la Constitution ?, RDT 2010. 276.

Aspect de la liberté syndicale au sens de la CEDH, Dr. Soc. 1986, 384.

BERNAUD (V.),

Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et les QPC relatives au droit du travail, Dr. soc. 2011. 141.

Est-il pertinent de penser la représentation syndicale en fonction des critères relatifs à la représentation politique ?, Dr. soc. 2013, p. 496.

BERNAUD (V.) ET PETIT (F.),

La Cour de cassation face aux premières questions prioritaires de constitutionalité en droit du travail : la porte étroite, D. 2010. 2264.

BEROUD (S.) ET DOMPNIER (N.),

L'essor du vote électronique dans les relations professionnelles : un terrain d'expérimentation ?, Dr. soc. 2013. 522.

BLANC- JOUVAN (G.),

L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise, Dr. soc. 2005. 68.

BORENFREUND (G.),

La représentation des salariés et l'idée de représentation, Dr. soc. 1991.

Regards sur la position commune du 9 avril 2008, Rev. trav. 2008. 360.

Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise, Droit social, 2013.

La reconnaissance de la représentativité syndicale, quelques interrogations autour de trois décisions, Dr. soc. 2006. 869.

Représentativité syndicale et négociation collective, Dr. soc. 2013. 300.

Le nouveau régime de la représentativité syndicale, RDT 2008. 712.

BOUAZIZ (P.),

Unité de travail et établissement distinct, Dr. ouvrier 1986. 183.

BOUBLI (B.),

L'unité économique et sociale à l'époque des vœux : état des lieux et souhaits de réforme, Sem. soc. Lamy, n° 1156 et 1157.

L'établissement distinct : une notion fonctionnelle et relative, Sem. soc. Lamy 2005, n° 164, p.4.

BOULMIER (D.),

La protection du salarié demandeur pour l'organisation des élections : deux réformes nécessaires, Dr. soc. 2014. 656.

Salarié mis à disposition : éligibilité aux élections de la délégation du personnel, Dr. soc. 2013. 279.

BOUSSARD- VERRE- CHIA (E.) ET PETRACHI (X.),

Regards croisés sur la communauté de travail, Dr. ouvrier juill. 2008. 361.

BRICE (A.),

Les opérations électorales après la loi du 20 août 2008, JCP S 2008. 1448.

BRISSY (S.),

Contentieux électoral : modalités de saisine de la juridiction de renvoi, JCP S 2016. 1272.

Reconnaissance d'une unité économique et sociale : Procédure d'appel, JCP S 2015. 1261.

BUGADA (A.),

Saisine du juge des élections professionnelles après cassation avec renvoi, Procédures 2016, comm., 264.

L'appel contre la décision statuant sur la demande de reconnaissance d'une unité économique et sociale, Procédures 2015, comm., 229.

CARLES (M.),

L'unité économique et sociale ou comment adapter la représentation du personnel à la structure de l'entreprise, Dr. ouvrier 1999. 263.

CESARO (J.-F.),

La négociation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux, Dr. soc., 2009.

CHALARON (Y.),

Réflexions critiques sur la vision judiciaire de l'établissement distinct, Dr. soc. 1982. 209.

CHARBIN (A.),

Les conséquences de l'annulation des élections des membres du comité d'entreprise, Dr. Trav. 1995, n° 2, p.3.

CHAUVY (Y.),

Représentation du personnel, ancienneté, RJS 1/ 1993, p.15.

CHENU (D.),

Salariés d'entreprises sous-traitantes : prise en compte dans les effectifs de l'entreprise d'accueil, JCP S 2015. 1292.

Contentieux électoral ; les candidats non élus ne sont pas parties intéressées, JCP S 2015. 1115.

CLAVEL- FAUQUENOT (M.- F.), REGNIER (N.) ET RIGAUD (F.),

Elections des représentants du personnel, Liaisons soc., n° spécial févr. 2004.

COEURET (A.) ET DUQUESNE (F.),

Droit des élections professionnelles : une année d'évolutions jurisprudentielles, Sem. soc. Lamy 2003, n° 1110, p.6.

COEURET (A.),

L'avenir de l'UES conventionnelle, TPS 2005. Chron. 6.

La négociation préélectorale , entre unanimité et majorité, RJS 3/ 2007, p. 211.

COHEN (M.),

Unité économique et sociale, RJS 8/ 2000, p. 529.

Les restructurations et les comités d'entreprise, RPDS 1984. 311.

Frontières de l'entreprise et institutions représentatives du personnel, Dr. soc. 2001. 487.

Les confusions relatives au périmètre de l'unité économique et sociale, RJS 3/ 2001, p. 183.

« La raréfaction organisée des élections des représentants du personnel », Dr. Soc. 2005. 1157.

« Les bulletins blancs et nuls et l'entêtement des juges », RPDS 1989. 2.

IRP. Elections professionnelles. Devoir de neutralité de l'employeur. Pression sur le bureau de vote. Immixtion fautive. Annulation, Dr. soc. 2005. 351.

IRP. Elections professionnelles. Prorogation des mandats. Accord unanime, Dr. soc. 1999. 849.

IRP. Simultanéité des élections des délégués du personnel et des membres du comité d'établissement. Unité économique et sociale. Obligation de procéder aux élections à la même date dans tous les établissements, Dr. soc. 2005. 350.

IRP. Elections. Application du droit commun électoral. Liste électorale. Domicile réel des inscrits. Copie de la liste. Communication de la liste, Dr. soc. 1997. 1108.

Election des représentants du personnel. Une seule liste de candidats par confédération syndicale dans chaque collège, Dr. soc. 2001. 1128.

COMBREXELLE (J.-D.),

De la négociation collective aux réformes des représentativités syndicale et patronale, JCP G 2015. 235.

CORRIGNAN-CARSIN (D.),

Liste commune : la répartition des suffrages doit être transparente et prévisible avant les élections, JCP G 2016. 366.

COUTURIER (G.),

L'unité économique et sociale trente ans après, Sem. soc. Lamy, 2003, n° 1140.

Représentants du personnel. Elections. Négociation du protocole préélectoral. Syndicats intéressés, Dr. soc. 1997. 434.

IRP. Elections. Invitation des syndicats intéressés. Formes. Sanctions, Dr. soc. 1998. 724.

CREDOZ-ROSIER (J.),

La reconnaissance de l'unité économique et sociale : des interrogations subsistent, JCP S 2014. 1425.

DANIEL (J.) ET TEISSIER (A.),

Unité économique et sociale et instances de représentation du personnel, JCP S 2006, n° 40.

DAUXERRE (L.),

Dépôt des listes : le mandat exprès donné par un syndicat à son représentant peut être verbal, JCP S 2014. 472.

DEDESSUS-LE-MOUSTIER (N.),

Rappel du principe de la non rétroactivité de l'annulation des élections, JCP G 2016. 616.

DEL SOL (M.),

La délégation unique du personnel, Dr.soc. 1995. 153.

DESBARATS (I.),

La notion d'unité économique et sociale, Mél. Despax, 2002, PUSS Toulouse, p.75.

DESJARDINS (B.),

La notion d'établissement en droit du travail, RJS 4/ 1993, p. 215.

DESPAX (M.),

La dissociation d'une unité économique et sociale préexistante, RJS 8- 9/ 1990, p. 435.

DESSET (C.),

Effectif et électorat des cadres, RPDS 1987. 99.

La propagande électorale à l'entreprise, RPDS 1989. 325.

Elections et remplacement des représentants du personnel, RPDS 1988. 223.

La publicité des résultats aux élections professionnelles, RPDS 1987. 391.

Le calcul des résultats aux élections professionnelles, RPDS 1987. 383.

Le vote par correspondance aux élections à l'entreprise, RPDS 1986. 147.

D'HEILLY (A.),

Utilisation des TIC par les salariés et leurs représentants, JCP S 2014. 1393.

DOCKES (E.),

Les engagements unilatéraux du chef d'entreprise, Dr. soc. 1994. 227.

DUGUET (Y.),

L'implantation des CHSCT, RPDS 1993. 79.

Invitation des syndicats à négocier l'accord préélectoral, RPDS 1991. 129.

Désignations des membres du CHSCT, RPDS 1989. 361.

DUQUESNE (F.),

Seuils d'effectifs, électorat et éligibilité, Dr. soc. 2002. 1080.

D'ORNANO (P.-H.),

Les organisations syndicales face aux enjeux de la compétition électorale, JCP S 2013, 16.

FAVENNEC-HERY (F.),

Syndicats catégoriels : de l'importance des statuts, Sem. soc. Lamy, 10 octobre 2011, n° 1508, p. 4.

La représentativité syndicale, Dr. soc. 2009. 630.

FRANCHI- DUTARD (C.),

L'effectif de l'entreprise, Dr. ouvrier. 1986. 197.

GAUDU (F.),

Entre concentration économique et externalisation, Dr. soc. 2001. 471.

GAURIAU (B.),

Commentaire de l'ordonnance n° 2005-892 relative à l'aménagement des règles de décompte des effectifs des entreprises, JCP S 2005. 41.

Obligation de loyauté à l'occasion de la négociation préélectorale, JCP S 2016. 1069.

Absence de présentation de candidats aux élections : une justification tirée d'une situation particulière est-elle concevable ?, JCP S 2016. 1049.

Conséquences de la présence d'un candidat ayant obtenu 10% des suffrages, JCP S 2016. 1050.

La rénovation de la démocratie sociale, JCP S 2008. 1448.

Les transformations du droit syndical, JCP S 2015, 1239.

GOUËL (O.),

Négocier la réduction de la durée des mandats, Sem. soc. Lamy 2007, n° 1320, p. 11.

GREVISSE (S.),

Le renouveau de la Charte sociale européenne, Dr. Soc. 2000. 884.

GRIGUER (M.),

Le vote électronique des représentants du personnel, JCP S 2015, 1416.

ICARD (J.),

Les accords de prorogation ou de réduction des mandats électifs : de l'unanimité à la majorité, JCP S 2015. 1085.

KERBOUC'H (J.-Y.),

Elections partielles : tous les postes vacants sont concernés, JCP S 2016, 1348.

L'urne transparente ne fait pas partie des principes généraux du droit électoral, JCP S 2016, 1349.

La cassation d'un jugement ayant annulé un premier scrutin n'entraîne pas par elle-même l'annulation du second, JCP S 2016, 1350.

La réforme des institutions représentatives du personnel et du droit syndical, JCP S 2016. 1303.

Liste d'émargement non signée par les membres du bureau de vote : violation d'un principe général du droit électoral justifiant l'annulation des élections, JCP S 2015. 1473.

La discrète mais importante révolution des institutions représentatives du personnel après la loi du 17 août 2015, JCP S 2015. 1353.

Les transformations du droit de la représentation collective, JCP S 2015. 1240.

L'accord de prorogation ou de réduction des mandats est conclu aux conditions de droit commun des accords collectifs de travail, JCP G 2015. 299.

LE CHATELIER (M.),

Elections professionnelles, répartition des salariés entre les différents collèges, RJS 5/ 1993, p. 285.

LESTANG (R.),

La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes, Dr. soc. 1979, n° 4.

LOKIEC (P.),

Le dialogue social à l'épreuve de la loi Rebsamen, A propos de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, JCP G, 2015, 990.

LYON-CAEN (A.),

Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail, RDT 2007. 84.

LYON-CAEN (G.),

« Critique de la négociation collective », Dr. soc. 1979. 350.

Droit syndical et mouvement syndical, Dr. soc. 1984. 8.

Le pourvoi portant sur une question préélectorale est-il recevable, alors que la régularité des élections n'est pas en cause ?, Dr. soc. 2002. 625.

MAGGI-GERMAIN (N.), OFFERLE (M.) ET PERNOT (J.-M.),

Réformer la représentativité pour refonder la représentation, Dr. soc. 2014. 244.

MARTIN (E.),

Transfert partiel d'entreprise et protection des salariés demandeurs d'élections professionnelles, JCP S 2015. 1464.

MARTINON (A.),

La négociation catégorielle, JCP, 2011, 1207.

MASSE- DESSEN (H.),

Le corps électoral, Dr. ouvrier 1986. 199.

MAZEAUD (A.),

Un nouveau droit syndical ou un droit syndical rénové ?, JCP S 2012. 1240.

La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégués syndicaux, Dr. soc. 2009.

MORDANT (F.),

Contentieux des élections professionnelles, Sem. soc. Lamy 1986, suppl. au n° 319.

MORIN (M.-L.),

« Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes », Dr. soc. 2008, n° 24.

Le conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective, Dr. soc. 1997. 27.

Les nouveaux critères de représentativité syndicale dans l'entreprise, Dr. soc. 2011. 62.

MORIN (M.-L.), PECAUT-RIVOLIER (L.),

« Les arrêts de la loi du 20 août 2008 en tableau », Sem. Soc. Lamy 19 juill. 2010, n° 1455.

MOULY (J.),

La fraude dans la désignation des délégués syndicaux et des candidats aux élections dans l'entreprise, Dr. soc. 1987. 106.

NADAL (S.),

Fluctuations de la représentativité syndicale et perturbations de la vie juridique des conventions et accords collectifs de travail, Dr. soc. 2013. 323.

NEAU-LEDUC (Ch.),

Perte de représentativité et sort de l'accord collectif d'entreprise, Dr. soc. 2009. 910.

Elections professionnelles. Dépôt des listes de candidats. Modification ou remplacement d'une liste antérieurement déposée par un syndicat. Délégué syndical. Nécessité d'un pouvoir spécial, Dr. soc. 2005. 481.

NIVARD (C.),

« L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises », R DLF 2012, chron. n°28.

ODOUL-ASOREY (Y.),

Appréciation dans le temps des critères de la représentativité syndicale, RDT 2014. 127.

Annulation des élections professionnelles : non-remise en cause immédiate des désignations syndicales, RDT 2016. 497.

Prorogation conventionnelle des mandats en cours : maintien de l'exigence de l'unanimité des organisations syndicales représentatives, RDT 2013. 715.

Elections professionnelles et droit syndical, RDT 2014. 481.

PAGNERRE (Y.),

Requiem pour les valeurs républicaines ? Acte III, JCP S 2016, 1343.

Périmètre de désignation d'un délégué syndical et d'un représentant de section syndicale, JCP S 2016. 1280.

Conditions de comptabilisation dans les effectifs des salariés mis à disposition, JCP S 2015, 1399.

Composition du bureau de vote, heures de clôture du scrutin et principes généraux du droit électoral, JCP S 2015. 1080.

Liste commune : constitution de la liste et répartition des suffrages, JCP S 2015. 1037.

PAGNERRE (Y.) ET JEANSEN (E.),

La disparition d'une unité économique et sociale, JCP S 2015. 1296.

PALLI (B.),

La révision des conventions collectives de travail à l'épreuve de la réforme de la représentativité syndicale, RDT 2010. 155.

PAMS-TATU (V.),

Elections professionnelles : l'employeur peut-il mettre des bulletins blancs à la disposition des électeurs, Dr. soc. 1992. 455.

PATIN (M.),

L'obligation de neutralité au cours de la campagne électorale dans l'entreprise, JCP S, 2012, 1428.

PECAUT-RIVOLIER (L.),

L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise, droit social, 2013.

La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens, Dr. soc. 2010. 647.

Application dans le temps des nouvelles règles de représentativité syndicale, Dr. soc. 2009. 961.

Elections. Représentativité syndicale. Période transitoire. Fin. Procès-verbal de carence. Effets, Dr. soc. 2010. 599.

Elections professionnelles. Organisation. Initiative d'un syndicat, Dr. soc. 2010. 858.

PECAUT- RIVOLIER (L.) ET PETIT (F.),

Le redéploiement des forces syndicales – Enjeux et mesures de l'audience électorale, Dr. soc. 2010, p. 1168 à 1175.

La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusion et d'interprétation, JCP S 2016. 1300.

PERNOT (J.-M.),

L'affiliation syndicale, le sens de la représentativité syndicale, Dr. soc. 2013. 306.

PETIT (F.),

Représentants du personnel (Elections), RDT 2009.

Elections professionnelles : les chemins détournés du panachage, RDT 2008. 48.

Droit électoral dans l'entreprise : le tourbillon législatif et jurisprudentiel de l'année 2008, RJS 6/ 2009.

Les effets de seuils électoraux en matière syndicale depuis la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, Dr. ouvrier. 2010, p.655.

L'identification de l'électeur par un code-barre, JCP éd. S. 2010, n° 1363, p. 8 à 12.

Les pouvoirs d'un bureau de vote, Dr. soc., février 2011, p. 224 et 225.

Droit électoral dans l'entreprise : deux années d'évolutions jurisprudentielles (2006-2007), RJS 6/ 2008, p. 483.

L'unité économique et sociale peut-elle accueillir un CHSCT ?, Dr. soc. 2008. 560.

Le contentieux préélectoral sorti de l'impasse, Dr. soc. Février 2010, p. 161.

Droit électoral dans l'entreprise, deux années d'évolutions jurisprudentielles (2006-2007) : RJS 2008.

La campagne électorale dans l'entreprise, JCP S 2009, 1222.

L'application sélective du code électoral dans l'entreprise, Droit ouvrier, janv. 2014, n°786.

Les pouvoirs d'un bureau de vote, Dr. soc. 2011, 224.

Droits syndicaux dans l'entreprise et liberté syndicale, La documentation française, 2014.

L'émergence d'un droit électoral professionnel, Dr. soc. 2013. 480.

Les principes généraux du droit électoral dans la jurisprudence de la chambre sociale de la cour de cassation, Recueil dalloz, 2005.

L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles dans l'entreprise, Droit social, 2000.

Syndicats. Représentativité. Présomption de représentativité. Délégué syndical. Seuil électoral, Dr. soc. 2011. 869.

La représentativité acquise pour toute la durée d'un cycle électoral, Dr. soc. 2013. 374.

La représentation syndicale des collèges spécifiques, Dr. soc. 2012. 213.

L'appréciation dans le temps des critères de représentativité, Dr. soc. 2014. 180.

Détermination du champ géographique couvert par un syndicat : l'indifférence de l'affiliation à une union syndicale, Dr. soc. 2010. 1258.

Représentativité présumée : le sursaut des derniers instants, Dr. soc. 2010. 602.

La protection de la liberté syndicale par la Constitution, Dr. soc. 2014. 340.

Les périmètres de l'entreprise en matière syndicale et électorale, Dr. soc. 2010. 634.
Plains feux sur les désignations syndicales, Dr. soc. 2012. 373.
Les sanctions du défaut d'affichage sur l'organisation des élections professionnelles, Dr. soc. 2011. 870.
Syndicat. Liste de candidats. Annulation des élections, Dr. soc. 2012. 531.
A qui incombe la rédaction du procès-verbal des élections, Dr. soc. 2014. 962.
L'impossibilité d'écarter une catégorie de personnel de toute participation aux élections des représentants du personnel, Dr. soc. 2012. 200.
Elections. Scrutin de liste avec représentation proportionnelle à la plus forte moyenne. Répartition des restes. Quotient électoral, Dr. soc. 2010. 1000.
Le point de départ du délai de contestation au premier tour des élections, Dr. soc. 2010. 1001.
Mis à disposition : les options de vote différentes selon les élections en cause, Dr. soc. 2011. 1315.
L'appréciation des seuils électoraux : quelle élection faut-il prendre en considération ?, Dr. soc. 2010.1133.
L'émergence d'un droit électoral professionnel, Dr. soc. 2013. 480.
Election. Contestation. Procès-verbal. Premier tour, Dr. soc. 2012. 430.
Les conséquences de l'annulation de l'élection des membres du comité d'entreprise, Dr. soc. 2016. 871.
L'intransigeance de la CNIL et du Conseil d'Etat en matière de vote électronique, JCP S 2015, 1194.

PICCA (G.),

Sur la notion d'unité économique et sociale, Dr. soc. 1985. 540.

RADE (Ch.),

Les syndicats catégoriels et la réforme de la démocratie sociale, Dr. soc. 2010. 821.
L'appréciation des critères de la représentativité syndicale, Dr. soc. 2014. 84.
L'exercice du droit syndical après la loi du 20 août 2008 : liberté, égalité, représentativité, ou la nouvelle devise de la démocratie sociale, Dr. soc. 2011. 1234.
Syndicats. Représentativité. Respect des valeurs républicaines, Dr. soc. 2011. 112.

REY (L.),

Les décisions de l'administration du travail en matière de mise en place, renouvellement ou suppression des institutions représentatives du personnel, Dr. soc. 1991. 430.

RIVERO (J.) ET VEDEL (G.),

Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule, Dr. soc., 1947.

ROUX- ROSSI (D.),

Elections professionnelles, contentieux électoral et délai pour agir, TPS 1991. Chron. 1.

ROY-LOUSTAUNAU (C.),

IRP. Comités d'entreprise et délégués du personnel. Elections. Effectif. Application de la règle « prorata temporis » pour la prise en compte des salariés embauchés sous contrat à durée déterminée, des travailleurs temporaires ou mis à disposition par..., Dr. soc. 2000. 797.

SAVATIER (J.),

Conditions de la reconnaissance d'une unité économique et sociale, Dr. soc. 2002. 715.
La désignation des représentants du personnel au CHSCT, Dr. soc. 1989. 645.

La définition de l'établissement distinct pour l'élection des délégués du personnel, Dr. soc. 1991. 40.

Le contentieux de la reconnaissance d'une unité économique et sociale, Dr. soc., 2007

IRP. Délégués syndicaux. Désignation dans les entreprises de moins de cinquante salariés. Conditions d'ancienneté. Représentativité syndicale. Représentativité dans l'entreprise d'une union syndicale affiliée à une organisation représentative au plan national, Dr. soc. 2004. 565.

IRP. Elections du comité d'établissement. Accord préélectoral. Nombre des collèges électoraux. Dispositions d'ordre public, Dr. Soc. 2005. 111.

Elections des délégués du personnel. Eligibilité. Saisine du juge d'instance avant les élections. Irrecevabilité du pourvoi formé contre la décision, Dr. soc. 2003. 548.

IRP. Délégués du personnel. Elections. Définition des établissements distincts, Dr. soc. 2003. 453.

Elections des délégués du personnel. Unité économique et sociale. Critères. Etablissements d'une même entreprise, Dr. soc. 2000. 1037.

SAVATIER (J.) ; DOCKES (E.),

L'engagement unilatéral de l'employeur, Dr. soc. 1994. 227.

SUPIOT (A.),

Les accords préélectoraux, Dr. soc. 1988. 115.

TERRENOIRE (C.),

Trois questions La loi Travail, les institutions représentatives du personnel et le numérique, JCP E 2016. 758.

TEYSSIE (B.),

La loi n° 2016-1088 du 8 août 2008 ou l'art de l'entremêlement, JCP G 2016. 1019.

VEDEL (G.),

Comparaison du régime des élections sociales et du régime juridique des élections politiques, RF sc. pol. 1953. 231.

VERDIER (J.-M.),

Sur la relation entre représentation et représentativité syndicale, Dr. soc. 1991. 5.

VERDIER (J.-M.) ET ARSEGUEL (A.),

Quelle réforme de la représentativité syndicale ?, RDT 2006. 284.

VERICEL (M.),

Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ?, Dr. soc. 2015. 833.

VERKINDT (P.-Y.),

Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale, semaine juridique social, 29 mai 2012, 1233.

Elections professionnelles, candidatures au premier tour. Représentativité syndicale, Dr. soc. 2006. 235.

Elections professionnelles. Contestations. Pourvoi en cassation. Recevabilité, Dr. soc. 2006. 469.

Les élections professionnelles dans l'entreprise, Dr. soc. 2009. 648.

Les élections professionnelles depuis la loi du 20 août 2008 : révolution ou statu quo ?, Dr. soc. 2011. 82.

ZIRNHELD (H.),

Les élections des membres des comités d'entreprise, D. 1955. Chron. 49.

VII) Encyclopédies et fascicules

CHALARON (Y.),

J.- Cl. Trav., Elections professionnelles. Champ d'application, fasc. 13- 10, 2003.

J.- Cl. Trav., Organisation, fasc. 13- 15, 2004.

J.- Cl. Trav., Déroulement. Contentieux, fasc. 13- 16, 2004.

FROSSARD (J.),

J.-Cl. Trav., Sources, fasc. 1-10, 2009.

J.-Cl. Trav., Syndicats professionnels. Actions syndicales. Représentativité, fasc. 1-32, 2009.

VACHET (G.),

J.-Cl. Trav., Négociation, convention et accords collectifs- Conclusions, fasc. 1-32, 2009.

VIII) Sites internet

www.assemblee-nationale.fr

Site de l'Assemblée nationale.

www.conseil-constitutionnel.fr

Site du Conseil constitutionnel.

www.courdecassation.fr

Site de la Cour de cassation.

www.dalloz.fr

Banque de données juridiques des éditions Dalloz.

www.gouvernement.fr

Site du Gouvernement.

www.insee.fr

Site de l'institut national de la statistique et des études économiques.

www.ladocumentationfrancaise.fr

Site de la documentation française permettant notamment la consultation de rapports publics.

www.lamy-france.fr

Banque de données juridiques des éditions Lamy.

www.legifrance.gouv.fr
Site du service public de diffusion du droit par internet.

www.lexisnexus.fr
Banque de données juridiques des éditions LexisNexis.

www.lextenso.fr/weblextenso
Banque de données juridiques des éditions Lextenso.

www.lien-social.com
Site de droit social

www.senat.fr
Site du Sénat.

www.service-public.fr
Site du service public.

www.travail-emploi.gouv.fr
Site du ministère du travail et de l'emploi.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)

A

Accord :

- accord collectif : 183s
- accord de reconnaissance d'un établissement distinct : 224
- accord de reconnaissance d'une unité économique et sociale : 222
- V. négociation collective

Affichage :

- liste des candidats : 315
- liste électorale : 288
- résultats : 357

Audience électorale : 344

Autorité administrative :

- candidat, ancienneté, dérogation : 296s
- protection du salarié, contrôle : 383

B

Bulletin de vote : 340s

Bureau de vote :

- attributions : 302
- composition : 301

C

Candidat :

- affichage de la liste : 315
- âge : 295
- ancienneté : 295
- assimilation au chef d'entreprise : 300
- capacité électorale : 301
- conditions : 293
- cumul : 307
- dépôt des listes de candidatures : 309
- inscription sur la liste électorale : 293
- licenciement : 294
- monopole syndical : 302
- premier tour : 302
- salarié intérimaire : 300
- salarié mis à disposition : 298
- second tour : 302
- V. candidature

- V. liste de candidature

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : 92 s

Charte sociale européenne : 96s

Collège électoral :

- collège cadres : 246
- collège unique : 246
- répartition des sièges : 247
- répartition du personnel : 246

Constitution :

- liberté syndicale : 74
- principe de participation : 76

Contentieux :

- candidats : 393
- cas d'annulation : 413s
- compétence administrative : 391
- compétence du conseil de prud'hommes : 396
- compétence du tribunal d'instance : 393
- compétence du tribunal de grande instance : 396

D

Délit d'entrave : 426s, 438

Démocratie sociale : 196s

Diffamation : 437

Durée des mandats :

- représentants désignés : 371s
- représentants élus : 363s

E

Effectif : 230s

Electeur :

- âge : 286
- ancienneté : 284
- assimilation au chef d'entreprise : 287
- capacité électorale : 286
- conditions : 277s
- contrat de travail : 278s
- contrat de travail suspendu : 281
- intérimaire : 282
- salarié mis à disposition : 281
- salarié travaillant à l'étranger : 278s

Elections :

- enjeux : 174

Employeur :

- devoir d'organisation des élections : 130
- obligation de neutralité : 133

- organisation matérielle du vote :
133

Etablissement distinct : 224

F

Fonction publique : 216s

H

Histoire de la représentation : 29s

I

**Institutions représentatives du
personnel :**

- cadre de représentation : 213s
- enjeux : 174s
- histoire : 29s
- seuils : 227s

L

Liberté syndicale :

- émergence : 29
- principe : 36s

Liste de candidat :

- V. candidat

Liste électorale :

- contenu : 288
- contrôle : 292

M

Mode de scrutin : 351s

N

Négociation collective : 183s

O

OIT : 111s

Opération de vote :

- V. vote

Organisation des élections :

- initiative de l'employeur : 130s
- invitation à la négociation
préélectorale : 132
- procès verbal de carence : 358

P

Principe de participation : 80

Principes généraux du droit électoral :

163s

Procès-verbal de carence : 358

Propagande électorale : 260s

Protection :

- bénéficiaire : 375
- décision de l'inspecteur du travail : 383
- demande d'autorisation : 381
- enquête : 384

Protocole préélectoral :

- convocation : 244s
- dispositions plus favorables : 254s
- domaine de négociation : 246s
- égalité homme-femme : 249
- horaires du scrutin : 256
- invitation : 240
- modalités d'organisation du scrutin : 246s
- règles de validité : 257s

Q

Quotient électoral : 344

R

Résultats du scrutin : 351s

S

Second tour : 348s

Seuils : 227

Syndicat non représentatif : 138

Syndicat représentatif : 138

T

Tribunal d'instance : 392

U

UES : 220s

V

Vote électronique : 322

Vote par correspondance : 327

TABLE DES MATIERES

Les numéros indiqués renvoient aux pages

SOMMAIRE	5
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	6
INTRODUCTION.....	8
PREMIÈRE PARTIE : LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT ELECTORAL DE L'ENTREPRISE.....	25
TITRE 1 : L'EMERGENCE D'UN DROIT ELECTORAL DE L'ENTREPRISE	27
<i>Chapitre 1- La construction du droit électoral de l'entreprise</i>	<i>29</i>
Section 1 - La genèse du droit électoral de l'entreprise.....	29
§1) L'avènement de la représentation du personnel.....	29
I/ L'émergence du syndicalisme	29
A) Le déni du droit d'association	30
1) L'étouffement des groupements ouvriers	30
a) Une interdiction circonstanciée	30
b) Les contours des principes régissant l'interdiction des groupements ouvriers.....	32
2) La survivance des groupements ouvriers	34
a) Les groupements ouvriers tolérés	34
b) Les organisations ouvrières clandestines	36
B) La reconnaissance du droit au syndicalisme	36
1) Les principes de la liberté syndicale	36
a) La notion de liberté syndicale	36
b) Les aspects de la liberté syndicale	37
2) La protection de la liberté syndicale.....	40
a) Une protection interne renforcée	40
b) Une protection internationale accrue	41
II/ L'émergence des autres institutions représentatives du personnel	42
A) L'émergence des principales institutions représentatives du personnel.....	42
1) L'émergence du délégué du personnel	42
a) Avant la consécration législative.....	42
b) Consécration législative du délégué du personnel	43
2) Le Comité d'entreprise	45
B) L'émergence de nouveaux représentants	47
1) Le Comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail	47
2) L'entrée des représentants syndicaux dans l'entreprise	48
§2) L'avènement du droit des élections dans l'entreprise	50
I/ L'émergence des règles relatives aux principales institutions représentatives du personnel	50
II/ L'émergence des règles relatives à la représentation syndicale dans l'entreprise	51
Section 2 - L'essor du droit électoral de l'entreprise	52
§1) Déclin ou essor des élections dans l'entreprise	52
A) Un déclin relatif des élections dans l'entreprise.....	52
B) L'essor effectif des élections dans l'entreprise.....	53
§2) Développement des règles électorales de l'entreprise.....	55
I/ Vers un développement des institutions représentatives du personnel	55
A) L'objectif avéré des lois Auroux	55
B) Un objectif encore poursuivi	56
II/ Le développement des institutions représentatives du personnel, une tentative renouvelée	57
A) La loi du 20 août 2008, nouveau moteur du développement de la représentation dans les entreprises	57
B) La représentation dans l'entreprise, un débat permanent.....	61
<i>Chapitre 2 : Les sources du droit électoral de l'entreprise</i>	<i>65</i>
Section 1 - Les sources internes du droit électoral de l'entreprise	65

§1) Les règles légales relatives aux élections dans l'entreprise	65
I/ Des élections dans l'entreprise régies par les règles de droit commun des élections	65
A) Le Code électoral, source subsidiaire des élections dans l'entreprise	66
1) Un Code électoral utilisé par le Code du travail	66
2) Un Code électoral appliqué sélectivement par la Cour de cassation	67
3) Les dispositions du Code électoral susceptibles de faire l'objet d'une transposition	70
B) La Constitution, source du droit électoral de l'entreprise	72
1) Les droits des travailleurs consacrés par la Constitution	72
a) La reconnaissance de la liberté syndicale	73
b) La reconnaissance du principe de participation	75
2) Portée des droits des travailleurs reconnus par la Constitution	78
a) Portée de la liberté syndicale	78
b) Portée du principe de participation	79
II/ Des élections dans l'entreprise régies par des règles spécifiques	80
A) Le Code du travail, source principale des élections dans l'entreprise	81
1) Les dispositions du Code du travail relatives aux élections dans l'entreprise	81
2) Portée des dispositions du Code du travail	83
B) La jurisprudence : une source essentielle du droit électoral de l'entreprise	84
§2) Les règles d'entreprise relatives aux élections dans l'entreprise	85
I/ Les accords collectifs : source du droit électoral de l'entreprise	85
A) Les accords collectifs hors processus électoral : les accords collectifs de droit commun	86
B) Les accords collectifs spéciaux	87
1) Le protocole d'accord préélectoral, une source fondamentale	87
2) Les autres accords collectifs spéciaux	88
II/ Les engagements unilatéraux d'employeur et usages d'entreprise : source du droit électoral de l'entreprise ?	89
Section 2 : Les sources internationales du droit électoral de l'entreprise	90
§1) Les textes européens relatifs aux élections dans l'entreprise	91
I/ Les Conventions du Conseil de l'Europe traitant de la représentation des salariés	91
A) La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ..	91
1) La liberté syndicale consacrée par la CEDH	92
2) La portée des dispositions de la CEDH relatives aux relations de travail	93
B) La Charte sociale européenne du conseil de l'Europe	95
1) Les dispositions de la Charte sociale européenne relatives à la représentation des salariés	95
2) La portée des dispositions de la Charte sociale européenne relatives à la représentation du personnel dans l'entreprise	97
II/ Les directives européennes traitant de la représentation des salariés	100
A) Les directives européennes relatives à la représentation des salariés dans les entreprises de dimension nationale	100
1) Les objectifs de ces directives	100
2) Les mesures mises en place par ces directives	102
B) Les directives européennes relatives à la représentation des salariés dans les entreprises de dimension européenne	104
1) Les directives européennes relatives à la représentation collective dans les entreprises et les groupes de dimension communautaire	104
a) Les objectifs de ces mesures	104
b) Les mesures posées par ces textes	105
2) Les mesures européennes relatives à la représentation collective dans les sociétés de type européen	106
a) La représentation collective dans les sociétés européennes	106
b) La représentation collective dans les sociétés coopératives européennes	107
c) Les directives européennes relatives à la représentation collective dans la société issue de la fusion transfrontalière de la société de capitaux	109
§2) Les textes internationaux relatifs aux élections dans l'entreprise	110
I/ Les textes de l'Organisation Internationale du Travail	110
A) Les différents textes de l'OIT consacrant la représentation collective	110
1) La Déclaration de l'OIT	111
2) Les principales Conventions de l'OIT	111

3) Les outils complémentaires de l'OIT relatifs à la liberté d'association et au droit de négociation collective.....	114
B) La portée des textes de l'OIT	115
II/ Les textes internationaux relatifs à la liberté d'association et le droit de négociation collective indépendant de l'Organisation Internationale du Travail	118
A) Déclaration universelle des droits de l'homme	118
B) Les pactes internationaux de 1966	119
<i>Conclusion du titre 1.....</i>	<i>121</i>
TITRE 2 : LE PARTICULARISME DE LA REPRESENTATION DES INTERETS PROFESSIONNELS.....	122
<i>Chapitre 1 : Le droit électoral mis au service de la représentation des intérêts professionnels</i>	<i>124</i>
Section 1 : La spécificité des mécanismes électoraux dans l'entreprise	124
§1) Quels acteurs ?.....	124
I/ Les acteurs internes	125
A) L'employeur, un rôle ambigu	125
1) L'employeur, un initiateur	125
a) Qui est employeur ?.....	125
b) Quelles initiatives ?.....	129
α) L'employeur à l'initiative des élections	129
β) L'employeur à l'initiative de la négociation du protocole d'accord préélectoral	131
2) Le rôle de l'employeur après le déclenchement du processus électoral.....	131
α) L'implication de l'employeur dans l'organisation des élections	131
β) L'ambiguïté du rôle de l'employeur : son obligation de neutralité	132
3) Le salarié, un acteur omniprésent	134
a) Qui est salarié ?	134
b) Le rôle du salarié dans les élections	135
II/ Les acteurs externes : les organisations syndicales	136
A) Les organisations syndicales intéressées par les élections dans l'entreprise	136
1) Les organisations syndicales représentatives et non représentatives investies par les élections	136
2) Les différents niveaux de représentativité	144
B) Le rôle particulier des organisations syndicales dans les élections professionnelles dans l'entreprise	145
1) Les interventions des organisations syndicales en qualité de parties prenantes aux élections	146
a) Un monopole de présentation des candidatures au 1 ^{er} tour des élections.....	146
b) La négociation du protocole d'accord préélectoral	147
2) L'intervention des organisations syndicales en qualité de représentants des salariés	149
§2) Quelles modalités de vote ?.....	149
I/ Les spécificités des règles relatives à l'électorat et l'éligibilité	149
A) Les spécificités des règles relatives au corps électoral	149
1) Le particularisme des règles relatives à l'électeur	149
2) Le particularisme de la mise en place de collèges électoraux	153
B) Les spécificités des règles relatives à l'éligibilité	154
1) Des conditions d'éligibilité particulières.....	154
2) Un régime des candidatures particulier	154
II/ Les spécificités des règles relatives au vote	156
A) Les spécificités des règles relatives au mode de scrutin	156
B) Les spécificités des règles relatives à l'opération et au contentieux électoral	157
1) Le particularisme du processus électoral en entreprise	157
a) Le particularisme des règles relatives à la phase antérieure au vote	158
α) La singularité de certaines règles relatives aux électeurs	158
β) La singularité des circonscriptions électorales	158
b) Le particularisme des règles relatives à l'organisation du vote	159
Section 2 : L'influence du concept des élections politiques.....	159
§1) L'influence du principe de légitimité démocratique	159
I/ Une légitimité plagiée sur celle de la représentation politique	160
II/ Une légitimité différente	161
§2) L'influence des règles électorales politiques : les principes généraux du droit électoral	161
I/ L'universalité des principes généraux du droit électoral politique	162

A)	Les principes généraux du droit électoral : principes de droit commun initialement applicables aux élections politiques	162
1)	La notion de principes généraux du droit électoral	162
2)	La portée des principes généraux du droit électoral	163
B)	La référence aux principes généraux du droit électoral dans les élections en entreprise	164
II/	L'usage des principes généraux du droit électoral par la chambre sociale	165
A)	La référence à un principe général du droit électoral spécifique	165
1)	Le principe de liberté des électeurs	165
a)	Le principe de secret du vote	165
b)	Le principe de sincérité du scrutin	167
2)	Les autres principes généraux du droit électoral transposés aux élections dans l'entreprise	167
a)	Le principe d'égalité	168
b)	Les règles d'organisation	168
α)	L'influence des règles d'organisation matérielle des élections	168
β)	L'influence des règles relatives au déroulement du scrutin	170
B)	La référence aux principes généraux du droit électoral dans leur globalité	170
Chapitre 2 : Les fonctions des élections professionnelles		173
Section 1 : Fonction directe d'investiture des organes de représentation des salariés		173
§1)	Rôle des élections dans la désignation des représentants de salariés	173
I/	Un rôle direct de mise en place d'une représentation élue	174
A)	Le choix des défenseurs de leurs intérêts	174
B)	Une liberté de choix remise en cause par l'application du droit électoral de l'entreprise	175
II/	Un rôle indirect dans la désignation d'une représentation syndicale	176
A)	Une représentation syndicale, fruit des élections	176
B)	Une représentation syndicale freinée par les élections	177
§2)	Rôle des élections dans la mesure de la représentativité syndicale	177
I/	Les élections en entreprise, outil de la représentativité des syndicats	177
II/	Les élections en entreprise, frein à la représentativité de certains syndicats	180
A)	Le vote, vecteur d'instabilité de la représentativité	180
B)	Le vote, vecteur d'exclusion de la représentativité	181
Section 2 : Fonctions indirectes des élections dans l'entreprise		182
§1)	Le rôle des élections dans la négociation collective	182
I/	Des élections en faveur d'une négociation collective	182
A)	Les négociateurs, résultats des élections	183
1)	Les délégués syndicaux, négociateurs nés des élections	183
2)	Des alternatives, résultats des élections	185
B)	La validité de l'accord conditionnée aux résultats des élections	188
II/	Des élections influençant la négociation collective	190
A)	Les effets des élections sur la conclusion d'accords collectifs	190
1)	Les vices dissimulés des accords conclus avec des représentants élus	190
a)	Une barrière dressée à l'encontre des représentants syndicaux extérieurs	190
b)	Accords conclus avec les élus : des accords atypiques	191
2)	L'exigence d'un seuil, un frein à la conclusion de conventions et accords collectifs	192
B)	Les effets des résultats électoraux sur l'application dans le temps des accords collectifs	192
1)	L'impact du cycle électoral sur la révision des accords	193
2)	Les effets de la représentativité sur la vie des conventions ou accords collectifs de travail	194
§2)	Le rôle des élections dans l'émergence d'une démocratie sociale	195
I/	Une démocratie sociale encouragée par les élections professionnelles dans l'entreprise	195
A)	Qu'est-ce que la démocratie sociale ?	195
B)	Pourquoi une démocratie sociale ?	200
1)	Pour une égalité	201
2)	Pour une loi négociée	202
II/	Une démocratie sociale découragée par les élections professionnelles dans l'entreprise	202
Conclusion du titre 2		206
Conclusion de la première partie		207
PARTIE 2 : LA COMPLEXE MISE EN ŒUVRE DU DROIT ELECTORAL DE L'ENTREPRISE		208

TITRE 1 : L'UTILISATION A DOUBLE EFFET DU DROIT ELECTORAL DE L'ENTREPRISE : DES AVANTAGES ET DES INCONVENIENTS	210
<i>Chapitre 1 : Les prémices des opérations électorales</i>	212
Section 1 : La sphère en chantier des élections professionnelles	212
§1) Vers une représentation dans toutes les entreprises	212
I) Une représentation nécessaire dans toutes les entreprises	212
A) L'entreprise, cadre de représentation	212
1) Un droit de la représentation du personnel réservé aux entreprises privées	213
2) Droit de la représentation du personnel, établissements publics et fonction publique	215
a) Des établissements publics sélectionnés	215
b) Une fonction publique exclue	218
B) Une flexibilité du cadre de représentation pour une meilleure représentation.....	219
1) L'unité économique et sociale, unité de regroupement d'entités juridiques distinctes	219
a) Le régime juridique de l'unité économique et sociale	219
α) L'objectif annoncé	219
β) Une reconnaissance encadrée.....	221
b) Les effets controversés de l'UES	223
2) L'établissement distinct, solution à la décomposition des sociétés	224
II) Une représentation multipliée dans l'entreprise	226
A) Un millefeuille de représentants des salariés	226
1) Un millefeuille de représentants élus.....	226
2) Un millefeuille de représentants désignés	227
B) Un millefeuille compliqué	228
§2) La difficile tâche de la détermination de l'effectif	229
I) La détermination complexe des salariés de l'entreprise comptabilisés dans l'effectif	230
A) Les salariés de l'entreprise inclus dans la collectivité de travail	230
1) Les salariés comptant une unité	230
2) La proratisation complexe des salariés en CDD ou en temps partiel.....	233
B) Les contrats excluant les salariés de l'effectif.....	234
II) L'éclatement de l'effectif de l'entreprise, une complication supplémentaire	237
A) L'éclatement des salariés de l'entreprise : les salariés détachés à l'étranger	237
B) La détermination complexe des salariés mis à disposition à comptabiliser dans les effectifs.....	237
Section 2 : La préparation délicate des élections dans l'entreprise.....	239
§1) Des opérations électorales négociées : la négociation imposée d'un protocole d'accord préélectorale	239
I) Le champ du droit à la négociation préélectorale.....	239
A) L'invitation attendue à la négociation préélectorale	240
1) Un panel élargi de négociateurs : la fin du monopole des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise.....	240
2) Des conditions de convocation modifiées	244
B) Le contenu libre de l'accord préélectoral	245
1) Des clauses obligatoires, libres mais conditionnées	245
a) La répartition du personnel dans les collèges électoraux	246
b) La répartition des sièges entre les différents collèges électoraux : point fondamental du protocole	247
c) La négociation des modalités et organisation du vote, une négociation libre.....	248
d) La détermination des établissements distincts	249
e) Une parité hommes-femmes négociée	249
2) Des clauses facultatives libres mais conditionnées	251
a) Des clauses dérogeant au nombre et à la composition des collèges électoraux	252
b) Des clauses plus favorables pour le salarié.....	253
c) Des clauses aménageant les heures du scrutin.....	255
II) La viabilité de l'accord préélectoral	256
A) Une conclusion semée d'obstacles	256
1) Une jurisprudence hésitante	256
2) D'une jurisprudence hésitante à une législation hésitante	258
a) Entre double majorité et unanimité	258
b) Une complexification des conséquences du non respect des conditions de signatures	259
B) Un accord préélectoral sujet aux contestations	259

§2) La campagne électorale : un régime juridique éclaté difficile à mettre en œuvre	260
I) La construction prétorienne du droit relatif à la campagne électorale.....	261
A) Les conditions d'ouverture posées	261
1) La campagne électorale : un exercice encadré.....	261
a) Un droit réservé.....	261
b) Une neutralité imposée	263
2) La campagne électorale : une durée encadrée.....	267
B) Un contenu contrôlé.....	268
II) Les TIC, un régime particulier.....	270
A) L'utilisation contrôlée des TIC dans l'entreprise.....	270
B) L'utilisation désorganisée des TIC hors de l'entreprise.....	273
<i>Chapitre 2 : Des opérations électorales réglementées</i>	<i>275</i>
Section 1 : Pendant le vote	275
§1) Une organisation structurée du vote dans l'entreprise	275
I) Des sujets sélectionnés	276
A) La détermination délicate des électeurs.....	276
1) Être électeur : une qualité conditionnée.....	276
a) Un lien nécessaire avec l'entreprise	276
α) L'exigence d'un contrat de travail	277
β) Une ancienneté suffisante dans l'entreprise	283
b) Des conditions tenant à la personne du salarié.....	285
α) Un âge déterminé.....	285
β) Une capacité électorale exigée.....	285
μ) Une assimilation au chef d'entreprise exclusive de l'électorat	286
2) La détermination de la liste électorale	287
a) Une liste électorale conditionnée par la Cour de cassation.....	287
b) Une liste électorale contrôlée	291
B) La détermination délicate des candidats	292
1) Une éligibilité conditionnée.....	292
2) Des candidatures présentées	301
a) Le périphe de la constitution des listes de candidatures	301
α) Une présentation des candidatures monopolisée au premier tour, libre au second tour	301
β) Une présentation organisée	305
b) Le périphe de la présentation des listes de candidatures.....	308
α) Un dépôt encadré.....	308
β) Une publicité libre	314
II) Une organisation matérielle planifiée.....	314
A) Où voter ?	315
B) Quand voter ?	315
1) La date	315
2) Les heures de scrutin.....	316
§2) Des modalités de vote déterminées	317
I) Des modalités de vote diversifiées.....	317
A) Les modalités de vote classiques	317
1) Le vote physique, vote traditionnel de principe	317
a) Un matériel impératif	317
b) Un matériel conforme au droit électoral.....	319
2) Le vote par correspondance, vote exceptionnel	321
B) Le vote par voie électronique	326
II) Des modalités de vote contrôlées.....	329
A) Un contrôle par le bureau de vote.....	329
1) La composition stricte du bureau de vote	330
2) Des prérogatives de contrôle étendues.....	331
B) Des contrôles complémentaires au bureau de vote	332
Section 2 : Après le vote	334
§1) L'élection et la désignation des représentants du personnel	334
I) Un scrutin à deux tours	335
A) Le dépouillement du premier tour, une étape cruciale	335
1) Un dépouillement sous haute surveillance	335

a)	Une ouverture du dépouillement conditionnée	335
b)	Un déroulement du dépouillement organisé	337
α)	Une opération de dépouillement ordonnée	337
β)	Un décompte des bulletins complexifié	339
c)	Des résultats consignés dans un procès-verbal	341
2)	Un dépouillement valorisé : décompte de l'audience électoral des syndicats, nouvel enjeu du dépouillement	343
B)	Un second tour, une étape conditionnée	347
1)	Un second tour conditionné à l'échec total ou partiel du premier tour de scrutin	347
2)	Un second tour encadré	348
a)	Un second tour encadré dans le temps	349
b)	Un second tour encadré dans ses modalités de déroulement	349
II)	La phase finale des opérations électorales : les résultats	350
A)	Des modes de scrutin adaptés aux élections professionnelles	350
1)	Les modes de scrutin des représentants élus	350
2)	Les modes de scrutin des représentants désignés	351
B)	Des résultats du scrutin déterminants	352
1)	Le succès des opérations électorales	352
a)	L'attribution des sièges : une opération délicate	353
α)	Des règles de droit commun d'attribution des sièges complexes	353
β)	L'adaptation des règles d'attributions des sièges aux situations particulières	354
b)	Une proclamation des élus sans obstacle	356
2)	L'échec des élections : le procès-verbal de carence	357
§2)	Les principaux effets de l'élection et de la désignation de représentants du personnel	361
I)	L'attribution de mandats	361
A)	Des mandats électifs adaptables	362
1)	Une durée prorogable	362
2)	Une cessation variable	365
B)	Mandats des représentants désignés	370
II)	L'attribution d'une protection aux salariés élus et désignés	373
A)	Une protection renforcée	373
1)	Une protection étendue	374
a)	L'étendue des bénéficiaires	374
b)	L'étendue des actes protégés	375
α)	Une protection accrue lors de l'exécution du contrat	375
β)	Une protection indispensable lors de la rupture du contrat de travail	378
2)	Une procédure rigoureuse	380
a)	Une consultation préalable du comité d'entreprise	380
b)	Une autorisation de l'inspecteur du travail	382
B)	Une protection limitée	384
1)	Une protection limitée à la première demande	384
2)	Une protection limitée dans le temps	384
	<i>Conclusion du titre 1</i>	388
	TITRE 2 : LES CONSEQUENCES DE LA MECONNAISSANCE DU DROIT ELECTORAL DE L'ENTREPRISE	389
	<i>Chapitre 1 : Un contrôle renforcé du processus électoral</i>	391
	Section 1 : Une régulation du processus électoral par l'autorité administrative	391
	Section 2 : Une contestation du processus électoral : des recours multiples	392
	§1) Les délicates questions de compétences des différentes juridictions	392
	I) Des compétences du tribunal d'instance élargies	392
	A) Le tribunal d'instance, juge des élections	393
	B) Une substitution du tribunal d'instance au recours hiérarchique	394
	1) Un principe maintenu : un recours devant le ministre du travail	395
	2) Une exception ouverte : un recours devant le juge judiciaire	395
	II) Des compétences restreintes des autres juridictions	396
	§2) Les délicates questions relatives à la procédure en contestation	397
	I) Une procédure en contestation des irrégularités soulevées à l'occasion des élections professionnelles et des désignations des représentants syndicaux strictement encadrée	397
	A) Un processus de contestation réglementé	397

1) Des acteurs de la procédure en contestation divers	397
a) La détermination fastidieuse du tribunal territorialement compétent	398
b) Une saisine ouverte aux personnes intéressées	398
2) Une introduction de l'instance strictement encadrée	401
a) Des délais de contestation restreints	401
b) Une déclaration au greffe sans embûches	404
B) Un processus décisionnel accéléré	405
1) Une convocation des parties sujette à discussion	405
2) La promptitude de la décision du tribunal	406
II) Des recours restreints : une célérité impérative	406
A) Le pourvoi en cassation : une garantie fondamentale	407
B) L'ouverture d'autres voies de recours limitée	409
1) Un rejet de l'opposition confirmé	409
2) Une restriction maintenue des voies d'appel	411
a) Une voie d'appel ouverte pour les décisions du tribunal d'instance statuant en premier ressort	411
b) Une voie d'appel fermée pour les décisions du tribunal d'instance statuant en dernier ressort	412
<i>Chapitre 2 : Les sanctions limitées du droit électoral de l'entreprise</i>	<i>413</i>
Section 1 : L'annulation des élections professionnelles : une sanction limitée	413
§1) Les causes classiques d'annulation du scrutin	414
I) L'intransigeance avec la violation des principes généraux du droit électoral : une annulation systématique	414
II) La violation des autres règles du droit électoral de l'entreprise : une annulation subordonnée à l'influence	417
de l'irrégularité sur les résultats	
§2) Les causes nouvelles d'annulation des élections	419
Section 2 : Des sanctions limitées pour les irrégularités suffisamment graves	420
§1) Un processus d'annulation encadré	420
I) Le régime de l'annulation spécifique aux élections professionnelles et à la désignation des représentants	421
syndicaux	
II) Les conséquences de l'annulation spécifiques aux élections professionnelles et à la désignation des	422
représentants syndicaux	
A) Une annulation aux lourds effets	422
B) Un risque accru de défaut de représentation du personnel	424
§2) Un renforcement de la protection par le droit pénal altéré	426
I) Une diversité d'infractions en matière électorale	426
A) Le délit d'entrave : une infraction connue des élections professionnelles et de la désignation des	426
représentants syndicaux	
1) Une légalité de l'infraction exigée	428
2) Les composantes de l'infraction imposées	429
a) Une matérialité objective	429
b) Une intentionnalité inférée	432
B) Des infractions pénales en matière électorale d'un autre ordre	434
1) Une protection renforcée contre la discrimination syndicale	435
2) Une protection conditionnée contre la diffamation	437
II) Des sanctions limitées en droit pénal	438
A) Les sanctions du délit d'entrave révisées	438
B) Des sanctions maintenues pour les autres infractions	440
<i>Conclusion du titre 2</i>	<i>442</i>
<i>Conclusion partie 2</i>	<i>443</i>
CONCLUSION GENERALE	444
BIBLIOGRAPHIE	449
INDEX ALPHABETIQUE	470

