

## Deuxième partie

### La représentation élue du personnel

Les institutions représentatives du personnel (IRP) représentent la communauté des salariés dans les rapports avec les employeurs en matière économique, sociale et dans le domaine de la santé, de la sécurité et des conditions de travail. A la différence des syndicats, elles n'ont pas en principe le pouvoir de négocier des accords collectifs de travail (mais il y a des exceptions). Leur rôle est de veiller aux intérêts collectifs des salariés en relayant les réclamations de ces derniers auprès de l'employeur, en alertant l'employeur lorsque ces intérêts sont menacés (droit d'alerte en cas de risque grave et imminent par exemple), en formulant un avis sur les projets importants de l'entreprise sur lesquels elles doivent être obligatoirement consultées (leur avis ne lie pas cependant l'employeur) ou encore en formulant des propositions pour améliorer la situation des salariés. Elles peuvent recourir à des expertises qui, dans les cas déterminés par la loi, sont financièrement à la charge de l'employeur, en tout ou partie.

Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, elles disposent d'un budget financé par l'employeur qui a deux volets : un budget de fonctionnement pour les dépenses de fonctionnement et un budget « activités sociales et culturelles » (ASC) pour financer des activités sociales ou culturelles au profit des salariés de l'entreprise (centre de vacances, financement en tout ou partie de billets pour profiter d'événements culturels, etc.). Également dans les entreprises dont l'effectif est d'au moins cinquante salariés, les institutions représentatives du personnel ont la personnalité morale et peuvent agir en justice.

Jusqu'à l'une des ordonnances du 22 septembre 2017, il existait plusieurs sortes d'institutions représentatives du personnel qui coexistaient, chacune ayant un champ de compétence particulier même si certaines compétences se recoupaient. Ces institutions n'étaient, sauf exceptions, obligatoires que dans les entreprises d'au moins 50 salariés. Il s'agissait : du comité d'entreprise, du CHSCT (comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail) et des délégués du personnel. La loi du 17 août 2015 a ouvert la possibilité de procéder à un regroupement total ou partiel des instances sur la base d'une démarche volontaire : dans les entreprises de moins de 300 salariés pouvait être mise en place une délégation unique du personnel (DUP) élargie ; dans les entreprises de plus de 300 salariés pouvait être constituée, par accord collectif, une instance unique.

L'ordonnance du 22 septembre 2017 a rendu obligatoire ce regroupement des instances et a créé dans cette perspective une nouvelle instance qui remplace les précédentes : le comité social et économique (CSE). On dit parfois que le CSE résulte

de la fusion des trois précédentes instances, ce qui est en partie exact. C'est exact car le CSE dispose de l'ensemble des compétences qui étaient auparavant partagées entre le comité d'entreprise, le CHSCT et les délégués du personnel. Mais en partie seulement car le CSE dispose de moyen de fonctionnement qui ne sont pas l'addition des moyens dont disposaient les précédentes instances. Plus généralement, le CSE marque une rupture avec les instances antérieures : il n'est pas la somme de celles-ci ( $1+1+1=1$ ) ; c'est une instance originale. A la différence des instances antérieures dont les attributions reposaient sur un principe de spécialité (surtout le CHSCT et les délégués du personnel), le CSE est une instance polyvalente exerçant tout à la fois des attributions en matière économique et social et dans le domaine de la santé, de la sécurité et des conditions de travail. Cette polycompétence risque de conduire à une hiérarchisation des attributions au détriment de certaines d'entre elles, d'autant que, si le CSE exerce toutes les compétences qui étaient auparavant éclatées entre les trois institutions, il le fait avec moins de moyens au total, ce qui fait craindre une régression de son action. Il est toutefois trop tôt pour avoir du recul sur la réalité de cette régression. On observe tout de même que, depuis trois ans, les CSE sont très actifs dans les entreprises et l'ont en particulier été dans certaines d'entre elles à l'occasion de la crise sanitaire et de la reprise d'activité à la suite du premier confinement en mars et avril 2020.

Les CSE sont jeunes puisqu'ils ont été mis en place progressivement dans les entreprises au fil des élections professionnelles entre le 1<sup>er</sup> janvier 2018 et le 1<sup>er</sup> janvier 2020. Le 31 décembre 2019, les mandats des élus des précédentes instances ont pris fin de plein droit. Désormais, toutes les entreprises d'au moins onze salariés sont donc théoriquement pourvues d'un CSE. Théoriquement car les membres du CSE sont élus par les salariés et, pour qu'il y ait des élus, il faut encore qu'il y ait des candidats. En pratique, dans de très nombreuses petites ou moyennes entreprises, il n'y a pas de CSE en raison d'une carence aux élections professionnelles.

Si le CSE doit en principe être mis en place dans les entreprises à partir du moment où leur effectif compte au moins 11 salariés, il y a une différence importante entre les CSE des petites entreprises – entre 11 et 49 salariés – et les entreprises ayant au moins 20 salariés. L'appellation est la même mais les structures sont assez différentes : les CSE des entreprises de moins de cinquante salariés n'ont pas la personnalité juridique (elles ne peuvent donc être titulaires de droits, ne peuvent agir elles-mêmes en justices...) ; elles ne bénéficient pas de budget de fonctionnement ni de budget « activités sociales et culturelles » ; elles ne peuvent pas faire appel à un expert ; et leurs compétences sont moins étendues que celles des CSE des entreprises d'au moins cinquante salariés. Pour ceux-là – qui ont la personnalité morale, disposent d'un budget, peuvent recourir à un expert et ont des compétences étendues – l'ordonnance du 22 septembre 2017 a donné en outre une grande liberté aux partenaires sociaux pour traiter, au moyen d'un accord

collectif, de nombreuses questions relatives à la configuration de l'instance (détermination des établissements de rattachement des CSE d'établissement, choix des commissions, mise en place de représentants de proximité), aux attributions de l'instance ainsi qu'à son fonctionnement (moyens supplémentaires...). Autrement dit, le législateur impose la mise en place du CSE comme une structure de base qui s'applique si aucun accord n'est conclu tout en rendant possible – et en incitant – de l'aménager par accord collectif. L'idée est que le CSE puisse être configuré en fonction des besoins, de l'activité ou de la situation particulière de l'entreprise et qu'il s'agisse donc d'une instance adaptable, alors que les anciennes instances étaient les mêmes, à peu de choses près, dans toutes les entreprises.

Une autre spécificité des CSE des entreprises d'au moins 50 salariés est de pouvoir être transformé, par accord collectif, en conseil d'entreprise. Le conseil d'entreprise est une autre création de l'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017. Il s'agit d'un CSE qui se voit attribuer, par accord collectif, la compétence de conclure des accords collectifs. Il joue alors le même rôle que les organisations syndicales représentatives pour l'exercice de l'une de leur principale prérogative, ce qui constitue une menace pour les syndicats qui sont alors remplacés pour un nouvel acteur pour négocier et conclure des accords collectifs de travail. Cela explique que, lors de la mise en place des premiers CSE, seules deux entreprises en France ont instauré un conseil d'entreprise. Mais ce n'est pas le signe d'un échec : le conseil d'entreprise pourrait à terme être un moyen de pallier la diminution progressive des salariés syndiqués et corrélativement des candidats à un mandat de délégué syndical.

## Chapitre I

### La mise en place du comité social et économique

La mise en place d'un CSE est rendue obligatoire par les textes à partir du moment où une entreprise compte au moins onze salariés. Comme il a déjà été souligné, cette obligation ne signifie pas que toutes les entreprises d'au moins onze salariés sont dotées d'un CSE. Dans de très nombreuses entreprises, en particulier les plus petites, faute de candidats aux élections professionnelles, il n'y a pas d'élus pour composer le CSE. Par ailleurs, si le CSE est devenu depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020 le seul modèle de structure de représentation élue du personnel, sa morphologie est, comme on l'a également souligné, très variable selon l'effectif de l'entreprise. C'est ce qu'il faut voir avant de s'intéresser aux modalités de mise en place de l'instance.

#### Section I : La morphologie du comité social et économique

Si le CSE est aujourd'hui le seul genre d'instance représentative du personnel, il existe deux espèces assez différentes selon que l'effectif de l'entreprise est compris entre 1 et 49 salariés ou est d'au moins 50 salariés. Pour le calcul des effectifs, on prend en compte les effectifs au moment des élections professionnelles, étant précisé que la reconnaissance conventionnelle ou judiciaire d'une UES justifie la mise en place d'un CSE dès lors que le total des effectifs des entreprises composant l'UES est d'au moins 11 salariés (CSE restreint) ou d'au moins 50 salariés (CSE plénier) même si les effectifs de chacune des entreprises est inférieur à ces seuils. Par ailleurs, si une entreprise qui compte moins de 11 salariés atteint le seuil d'effectif d'au moins 11 salariés pendant 12 mois consécutifs, l'employeur doit organiser le processus électoral à la demande d'un salarié ou d'une organisation syndicale dans le mois suivant la réception de cette demande.

#### § 1. Le CSE des petites entreprises (de 11 à 49 salariés)

Le CSE des entreprises de 11 à 49 salariés est une miniaturisation du CSE des entreprises d'au moins 50 salariés. Sa composition est réduite : un titulaire et un suppléant dans les entreprises de 11 à 24 salariés ; deux titulaires et deux suppléants dans les entreprises de 25 à 49 salariés. Surtout, il n'a pas de personnalité juridique, ce qui le prive du droit d'agir en justice et de la disposition d'un patrimoine. Sans patrimoine, il n'a pas de budget, ni budget de fonctionnement, ni budget « activités sociales et culturelles ». Il n'a pas davantage la possibilité de recourir à un expert, toutes choses qui limitent sa capacité d'action par rapport au CSE des entreprises d'au moins 50 salariés.

Pour autant, ses attributions sont, pour les principales d'entre elles, les mêmes que celles du CSE des entreprises d'au moins 50 salariés : ses membres ont pour mission de présenter à l'employeur les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires et à l'application du code du travail, ils contribuent à promouvoir la santé, la sécurité et l'amélioration des conditions de travail dans l'entreprise et réalisent des enquêtes en matière d'accidents du travail ou de maladies professionnelles, ils exercent le droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes (situation de harcèlement par exemple) ou de danger grave et imminent et ont une compétence consultative sur les projets importants de l'employeur.

#### § 2. Le CSE des moyennes et des grandes entreprises (au moins 50 salariés)

Les entreprises d'au moins 50 salariés sont pourvues d'un CSE plénier ou de plein exercice. Le CSE est doté de la personnalité juridique et dispose d'un patrimoine (C. trav., article L. 2315-23). Il est présidé par l'employeur ou son représentant et a un secrétaire désigné parmi les membres titulaires. Le CSE est composé de titulaires et de suppléants dont le nombre varie selon l'effectif de l'entreprise (de 4 titulaires et 4 suppléants pour les entreprises de 50 salariés à 35 titulaires et 35 suppléants pour les entreprises d'au moins 1000 salariés). S'agissant des suppléants, le principe est qu'ils n'assistent pas aux réunions du CSE, sauf lorsqu'ils sont appelés à remplacer le titulaire.

Sur la base de ce modèle, la représentation du personnel est cependant plus ou moins développée selon que l'entreprise comporte ou non des établissements distincts et selon le nombre de salariés qu'elle emploie.

#### A. Les entreprises mono-établissement et les entreprises à établissements multiples

On parle d'entreprise mono-établissement lorsque l'entreprise ne comporte pas au moins deux établissements, de sorte que l'établissement unique se confond avec l'entreprise. En pareil cas, l'entreprise est dotée d'un seul CSE dont les membres sont élus par l'ensemble des salariés de l'entreprise. Lorsque, en revanche, l'entreprise comporte au moins deux établissements, chaque établissement doit être pourvu de son propre CSE, appelé CSE d'établissement, dont les membres sont élus par les salariés de l'établissement. Outre les CSE d'établissement, l'entreprise doit alors mettre en place un CSE central. Le CSE central exerce les prérogatives qui sont transverses et qui concernent l'ensemble des salariés, tandis que les CSE d'établissement ont des attributions restreintes au périmètre de l'établissement qu'ils exercent dans la limite des pouvoirs confiés au chef de l'établissement.

Pour la mise en place de CSE d'établissement, il faut mais il suffit que l'entreprise compte au moins 50 salariés et comporte au moins deux établissements distincts. Peu importe en revanche l'effectif des établissements, qui peut être inférieur à 50 salariés (C. trav., article L. 2313-1).

#### B. Les entreprises de moins de 300 salariés et les entreprises d'au moins 300 salariés

Si le CSE est aujourd'hui la seule instance de représentation du personnel, il peut être aidé dans l'exercice de ses attributions par des commissions spécialisées dont la plus importante est la commission santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT ou C2SCT). Cette commission, spécialisée dans le domaine de la santé, de la sécurité et des conditions de travail comme l'était l'ancien CHSCT, n'est pas pour autant un supplétif de ce dernier. Elle n'a pas la personnalité juridique et n'a donc pas de patrimoine ni

corrélativement de budget propre ; elle n'a pas de compétence consultative et ne peut pas recourir elle-même à un expert. Les prérogatives essentielles ne peuvent être exercées que par le CSE dans son ensemble, la CSSCT étant un simple organe interne composée d'au moins trois élus pour assister le CSE dans son activité (v. *infra*).

Il existe par ailleurs d'autres commissions de moindre importance : la commission économique, la commission de la formation, la commission d'information et d'aide au logement et la commission de l'égalité professionnelle (v. *infra*).

Sauf cas particuliers, ces commissions et en particulier la CSSCT ne sont obligatoires que dans les entreprises d'au moins 300 salariés. Lorsque l'entreprise comporte des établissements distincts, une CSSCT est également obligatoire dans chaque établissement dont l'effectif est d'au moins 300 salariés, une CSSCT centrale devant alors être mise en place. Lorsque l'entreprise compte moins de 300 salariés, des commissions et en particulier la CSSCT peuvent être mises en place, mais de manière volontaire, soit au moyen d'un accord collectif, soit, à défaut d'accord et s'agissant de la CSSCT, par décision unilatérale de l'employeur.

Dans certains cas particuliers, la CSSCT peut être rendue obligatoire dans une entreprise ou un établissement de moins de 300 salariés. C'est le cas tout d'abord lorsque l'entreprise ou l'établissement comprend une installation nucléaire ou est classé « Seveso » (même si l'entreprise compte moins de 50 salariés). L'autre situation est celle dans laquelle l'inspection du travail impose la mise en place d'une CSSCT alors qu'elle n'est pas en principe obligatoire, ce qu'il peut faire lorsqu'il l'estime nécessaire en raison de la nature des activités, de l'agencement ou de l'équipement des locaux.

## Section II : Les modalités de mise en place de l'instance

Les modalités de mise en place du CSE se rapportent pour l'essentiel aux élections professionnelles qui sont organisées en principe tous les quatre ans, un accord collectif pouvant prévoir une durée moindre dans la limite de deux ans. Pour le CSE, les premières élections ont commencé dans certaines entreprises en janvier 2018 et les dernières ont eu lieu en décembre 2019. Le renouvellement des premiers CSE commencera donc normalement à partir du mois de janvier 2022.

A cet égard, l'organisation des élections dépend, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, de ce que l'entreprise comporte ou non des établissements distincts puisque, en présence d'établissements distincts, les élections doivent se faire au niveau des établissements. L'organisation des élections doit du coup être en principe précédée de la détermination des établissements s'il y a lieu, ce qui peut être l'occasion en pratique de régler par un accord collectif de nombreux aspects concernant la mise en place du CSE (ou son renouvellement à partir de janvier 2022).

## § 1. Les actes préparatoires

Comme on l'a déjà souligné, l'ordonnance du 22 septembre 2017 fait une large place à la liberté conventionnelle pour modeler le CSE des entreprises d'au moins 50 salariés en fonction de la situation de l'entreprise. A cet effet, l'accord collectif doit en principe être conclu avec les délégués syndicaux. En l'absence de délégué syndical, l'accord peut être conclu par l'employeur avec le CSE lui-même, mais sur certains points particuliers relatifs à la détermination des établissements distincts ou à l'exercice des attributions ou au fonctionnement de l'instance.

S'agissant de la configuration de la représentation du personnel, l'accord de mis en place de mis en place ne peut être conclu que par un ou des délégués syndicaux. Cet accord, visé à l'article L. 2313-2 du Code du travail, détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts. C'est ce même accord qui permet de mettre en place des représentants de proximité (C. trav., article L. 2313-7 ; v. *infra*) et de fixer les modalités de mise en place de la ou des CSSCT (encore que, pour les commissions, un accord avec le CSE soit possible en l'absence de délégué syndical ; v. *infra*). En ce qui concerne les représentants de proximité et les commissions, un accord pourrait très bien être conclu après la mise en place (ou le renouvellement) du CSE. S'agissant en revanche des établissements distincts, l'accord est nécessairement une préalable aux élections professionnelles puisque l'organisation de celles-ci dépend de l'existence d'un ou de plusieurs établissements et de leur périmètre.

Par accord collectif, les partenaires sociaux – employeur et organisations syndicales représentatives – peuvent décider que l'entreprise sera mono-établissement et qu'il y aura un seul CSE pour toute l'entreprise, ce qui correspond en pratique à un fonctionnement centralisé de l'entreprise qui peut par ailleurs très bien avoir des sites géographiques distincts du siège. Les partenaires sociaux peuvent également décider du nombre des établissements distincts et de leur périmètre. Il n'y a pas alors de critère à respecter pour la reconnaissance d'un établissement distinct. L'accord est en principe conclu entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives mais, en l'absence de délégué syndical, il peut être conclu avec le comité social et économique, à la majorité de ses membres titulaires élus (C. trav., article L. 2313-3).

Si aucun accord n'est conclu à ce sujet, c'est l'employeur qui détermine unilatéralement les établissements distincts (C. trav., article L. 2313-4) ou qui décide, le cas échéant, d'être en mono-établissement. La décision de l'employeur est cependant subsidiaire et ne peut intervenir qu'en l'absence d'accord et à la condition qu'une négociation ait été loyalement engagée et qu'elle n'ait pas abouti (il n'y a jamais d'obligation de conclure un accord collectif). Autrement dit, la tentative de négociation

est un préalable indispensable avant toute décision unilatérale de l'employeur (Cass. soc., 19 décembre 2018) de sorte que, en l'absence de tentative de négociation, la décision unilatérale de l'employeur est susceptible d'être annulée par le tribunal judiciaire (Cass. soc., 17 avril 2019). La décision unilatérale de l'employeur peut être contestée et faire l'objet d'un recours devant l'autorité administrative qui fixe alors elle-même le nombre et le périmètre des établissements distincts. La saisine de l'autorité administrative suspend ce processus jusqu'à la décision administrative et entraîne la prorogation des mandats des élus en cours jusqu'à la proclamation des résultats du scrutin. La décision de l'autorité administrative peut faire à son tour l'objet d'un recours devant le tribunal judiciaire (C. trav., article L. 2313-5). On relèvera au passage l'entrelac des compétences administrative et judiciaire : recours contre la décision de l'employeur devant l'autorité administrative (la Direccte) et recours contre la décision administrative devant le juge judiciaire...

Encore faut-il préciser que, en cas de décision unilatérale de l'employeur, celui-ci n'est pas libre de la détermination des établissements distincts et doit respecter un critère légal. Selon l'article L. 2313-4 du Code du travail, l'employeur doit tenir compte de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel. Précisant cette directive assez générale, la Cour de cassation a indiqué que, pour caractériser un établissement distinct, l'établissement doit présenter, notamment en raison de l'étendue des délégations de compétence dont dispose son responsable, une autonomie suffisante en ce qui concerne la gestion du personnel et l'exécution du service (Cass. soc., 19 décembre 2018). Elle a ensuite précisé que la centralisation de fonctions support ou l'existence de procédures de gestion définies au niveau du siège ne sont pas de nature à exclure en elles-mêmes l'autonomie de gestion des responsables d'établissement (Cass. soc., 11 décembre 2019). Elle a également indiqué que le critère de l'autonomie de gestion peut être rempli même si certaines compétences en matière de ressources humaines et de budget sont partagées avec le siège (Cass. soc., 22 janvier 2020). En revanche, elle a jugé que, lorsque les délégations de pouvoir établies pour les directeurs de magasins mentionnent uniquement l'application de la réglementation en matière de gestion individuelle du personnel, que ne leur sont plus déléguées les compétences relatives aux procédures disciplinaires, y compris les licenciements, et à la procédure d'embauche, que le processus de recrutement est tel qu'ils ne jouissent plus que d'un pouvoir de proposition d'embauche, la décision relevant des directions régionales et nationales, qu'ils sont privés de tout pouvoir de prononcer des sanctions autres que des rappels à l'ordre et des avertissements, les sanctions les plus graves ressortant, *in fine*, au niveau supérieur, il n'existe pas à l'échelon des magasins une autonomie suffisante en ce qui concerne la

gestion du personnel pour retenir que chaque magasin constitue un établissement distinct (Cass. soc., 8 juillet 2020).

## § 2. Les élections professionnelles

Les élections professionnels se déroulent en principe tous les quatre ans. Le principe est seules les organisations syndicales peuvent présenter des candidats au premier tour. Si le premier tour ne suffit pas à élire tous les membres du CSE, un second tour est organisé lors duquel tout salarié, même non syndiqué, peut présenter sa candidature. Les élections ont pour objet d'élire les membres du CSE, titulaires et suppléants, mais elles sont aussi l'occasion de calculer, lors du premier tour, l'audience électorale des organisations syndicales afin de déterminer celles qui dépassent le seuil de 10 % des suffrages exprimés et qui accéderont en conséquence à une représentativité complète : faculté de négocier des accords collectifs, pouvoir de désigner des délégués syndicaux ainsi que des représentants syndicaux au CSE.

Sont électeurs tous les salariés de l'entreprise âgés de seize ans révolus et travaillant depuis trois mois au moins dans l'entreprise. Sont également électeurs les salariés mis à disposition de l'entreprise – notamment les salariés intérimaire – bien qu'ils ne soient pas liés par un contrat de travail avec l'entreprise utilisatrice. Sont éligibles les électeurs âgés de dix-huit ans révolus travaillant dans l'entreprise depuis un an au moins, à l'exception des conjoint, partenaire d'un pacte civil de solidarité, concubin, ascendants, descendants, frères, sœurs et alliés au même degré de l'employeur. Depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017, les salariés mis à disposition ne sont plus éligibles dans l'entreprise utilisatrice.

### A. L'organisation des élections

L'employeur doit, par tout moyen, informer 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, de l'organisation des élections. Il doit les inviter à négocier le protocole d'accord préélectoral et à établir les listes de leurs candidats aux fonctions de membres de la délégation du personnel du CSE. Dans le cas d'un renouvellement du CSE, cette invitation est effectuée deux mois avant l'expiration du mandat des délégués en exercice. Le premier tour des élections a lieu dans la quinzaine précédant l'expiration du mandat.

Si une ou plusieurs organisations syndicales se manifestent, l'employeur négocie avec elles le protocole d'accord préélectoral. Celui-ci a pour objet de fixer les modalités

d'organisation et de déroulement des opérations électorales : jour ou période des élections, recours éventuel au vote par correspondance, recours éventuel au vote électronique. Le protocole préélectoral peut être également l'occasion de modifier le nombre de sièges ou le volume des heures de délégation à condition que le volume global de ces heures, au sein de chaque collège, reste au moins égal à celui résultant des dispositions légales. La validité du protocole d'accord préélectoral conclu entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées est subordonnée à une double condition de majorité : 1) il doit être signé par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation ; 2) parmi ces organisations signataires, doivent figurer 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. Les modalités sur lesquelles aucun accord n'a pu intervenir sont fixées par le tribunal judiciaire.

Le législateur encadre par ailleurs la constitution des listes qui n'est pas laissée à la discrétion des organisations syndicales. Suivant une politique plus générale de promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes, la loi pose le principe d'une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les listes de candidats (titulaires et suppléants). Cette mesure s'applique aux listes présentées par les organisations syndicales au premier tour dès lors qu'elles comportent plusieurs candidats (C. trav., article L. 2314-30). La Cour de cassation a décidé qu'elle s'applique également au second tour. Plus exactement, elle distingue à ce sujet les listes présentées par les organisations syndicales, qui doivent respecter même au second tour la représentation équilibrée des femmes et des hommes, et les candidatures libres qui, possibles au second tour, ne sont pas soumises à ces exigences (Cass. soc., 25 novembre 2020).

L'exigence d'une représentation équilibrée des femmes et des hommes se dédouble. D'une part, c'est une obligation de parité dans la composition des listes de candidats, mais pas dans l'absolu (autant de femmes que d'hommes). Le pourcentage de femmes et le pourcentage d'hommes composant la liste est calculé au regard de la composition sexuée du collège électoral concerné. Autrement dit, s'il y a dans le collège concerné 60 % de femmes et 40 % d'hommes parmi les salariés, la liste doit être composée à hauteur de 60 % de femmes et de 40 % d'hommes. D'autre part, les listes doivent être composées alternativement d'un candidat de chaque sexe jusqu'à épuisement des candidats de l'un des sexes : une femme / un homme / une femme, etc., ou, au choix, un homme / une femme / un homme, etc. Lorsque l'application de ces règles conduit à exclure totalement la représentation de l'un ou de l'autre sexe – par exemple pas de femme sur la liste dans le collège d'une entreprise où les salariés seraient très

majoritairement masculins –, la liste de candidats peut comporter un candidat du sexe qui ne serait pas représenté – une femme dans notre exemple. Mais ce candidat ne peut être en première position sur la liste.

## B. Le déroulement des élections

Le scrutin est un scrutin de liste avec représentation proportionnelle à la plus forte moyenne, susceptible de comporter deux tours d'élection. Selon ce mode de scrutin, la répartition des sièges suppose de déterminer d'abord le quotient électoral, lequel est obtenu en divisant le nombre total des suffrages exprimés par le nombre des sièges à pourvoir. Par exemple, s'il y a 5 sièges à pourvoir, que le nombre de suffrages exprimés est de 1532, le coefficient électoral est de  $1532/5 = 306,4$ . Il est ensuite attribué à chaque liste autant de sièges que le total des suffrages recueillis par elle comprend un nombre entier de fois le quotient électoral. Exemple : la liste A a obtenu 935 voix ; le nombre de sièges est de  $935/306,4$  (coefficient électoral) = 3,05, soit 3 sièges. La liste B a obtenu 320 voix ; le nombre de sièges est de  $320/306,4$  (coefficient électoral) = 1,045, soit 1 siège. La liste C a obtenu 277 voix ; le nombre de sièges est de  $277/306,4$  (coefficient électoral) = 0,9, soit 0 siège. Quatre sièges sont donc attribués au quotient électoral. Le cinquième siège doit être attribué à la plus forte moyenne, soit à la liste A.

L'élection est organisée distinctement par collèges électoraux. Le premier collège est constitué par les ouvriers et les employés, le deuxième collège par les ingénieurs, les chefs de service, les techniciens, les agents de maîtrise et assimilés. Dans les entreprises où 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 25 au moment de la constitution ou du renouvellement du CSE, et ce quel que soit l'effectif de l'entreprise, ces catégories constituent un troisième collège (dit « collège cadres »).

Dans les collèges électoraux, la répartition du personnel et la répartition des sièges sont fixées par l'accord préélectoral. Un accord peut modifier le nombre et la composition des collèges électoraux à condition d'être signé par toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. A défaut d'accord, et lorsque au moins une organisation syndicale a répondu à l'invitation à négocier de l'employeur, la répartition est effectuée par l'administration du travail. Si aucune organisation syndicale représentative dans l'entreprise n'a pris part à la négociation de l'accord préélectoral, l'employeur répartit lui-même le personnel et les sièges dans les collèges électoraux.

Obligatoirement organisé, le premier tour est réservé aux listes établies par les organisations syndicales qui ont été invitées à négocier le protocole d'accord préélectoral. À l'issue du premier tour, le bureau de vote peut constater l'une des trois situations suivantes : 1) aucune organisation syndicale habilitée à présenter des

candidats n'a constitué de liste ; un second tour est obligatoirement organisé ; 2) le quorum n'est pas atteint ; un second tour est organisé pour chacun des collèges ou des scrutins pour lequel le quorum n'a pas été atteint ; 3) le quorum a été atteint ; il est procédé au dépouillement et à l'attribution des sièges. Le quorum est atteint lorsque le nombre de suffrages valablement exprimés (hormis les bulletins blancs et nuls) est au moins égal à la moitié du nombre des électeurs inscrits. Il s'apprécie par collège et par liste : titulaires, suppléants.

Ouvert à toutes les candidatures qu'elles soient ou non présentées par une organisation syndicale, le second tour est organisé dans les 15 jours suivant le premier tour. Une candidature unique est considérée comme une liste. Plusieurs candidatures uniques non syndiquées peuvent constituer une liste commune.

L'élection a lieu pendant le temps de travail. Toutefois, un accord conclu entre l'employeur et l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise peut prévoir qu'elle a lieu hors temps de travail, par exemple en cas de travail en continu.

Lorsqu'il n'est pas prévu par le protocole d'accord préélectoral, le recours au vote électronique peut être organisé par un accord d'entreprise ou par un accord de groupe. A défaut d'accord, l'employeur peut décider d'y recourir. La Cour de cassation a toutefois récemment précisé que ce n'est que lorsque, à l'issue d'une tentative loyale de négociation, un accord collectif n'a pu être conclu que l'employeur peut prévoir par décision unilatérale la possibilité et les modalités d'un vote électronique (Cass. soc., 13 janvier 2021).

La mise en place du vote électronique n'interdit pas le vote à bulletin secret sous enveloppe si l'accord ou l'employeur n'exclut pas cette modalité. Le vote électronique se révèle particulièrement utile en cette période de crise sanitaire pendant laquelle les déplacements sont limités. Il pourrait favoriser une plus grande participation des salariés aux élections professionnelles ; mais il n'y a pas d'étude sur le sujet qui le confirme.

### C. Le contentieux des élections

Le contentieux des élections professionnelles, qui relevait jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2020, de la compétence du tribunal d'instance, est à présent de la compétence du tribunal judiciaire. La représentation par avocat n'a pas cependant, par exception, été rendue obligatoire.

Parmi les nombreux types de contentieux, la Cour de cassation s'est en particulier intéressée à ceux concernant l'application des règles relatives à la représentation équilibrée des femmes et des hommes. Il a déjà été indiqué que l'une de ces règles impose, lorsque plusieurs sièges sont à pourvoir, que les listes de candidats aux élections professionnelles soient composées d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant

à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale. L'autre règle commande que les listes soient composées alternativement d'un candidat de chaque sexe jusqu'à épuisement des candidats de l'un des sexes. Par plusieurs arrêts du 11 décembre 2019, la Chambre sociale a indiqué à ce sujet que, sauf dans le cas exceptionnel où un sexe est ultra-minoritaire, c'est-à-dire lorsque le pourcentage ne donne droit à aucun siège en application de la règle de l'arrondi, une liste doit toujours comporter au moins un représentant de chaque sexe. Ce principe en emporte trois. D'une part, il ne peut y avoir de candidature unique sur une liste présentée par une organisation syndicale. D'autre part, il doit y avoir obligatoirement un candidat de chaque sexe s'il y a deux sièges à pourvoir. Enfin, s'il y a plus de deux sièges à pourvoir, le syndicat doit calculer le nombre de candidats femmes et hommes en rapportant au nombre de candidats qu'il présente le pourcentage de salariés femmes et hommes représentés dans le collège électoral.

En ce qui concerne la règle de l'alternance, la Cour de cassation a précisé que, lorsqu'une liste comporte la bonne proportion de femmes et d'hommes mais ne respecte pas l'alternance dans l'ordre des candidats, il n'y a cependant pas lieu à annulation si toute la liste est finalement élue.

Enfin, parmi les précisions apportées par la salve d'arrêts rendus le 11 décembre 2019 et confirmées depuis, est reconnue la possibilité de contester la composition d'une liste syndicale avant le déroulement des élections, alors que cette possibilité n'est pas évoquée dans le dispositif légal. La solution présente l'avantage de purger les élections du vice d'irrégularité affectant l'une des listes. La Cour de cassation précise en effet que, s'il déclare la liste électorale irrégulière au regard des prescriptions légales en matière de représentation des femmes et des hommes, le juge peut reporter la date du scrutin pour permettre la régularisation de la liste défectueuse.