

Fiche
pratiqueC. trav., art. L. 2314-5
et L. 2314-6

Négocier et adopter le protocole d'accord préélectoral

Qu'ils soient ou non représentatifs, tous les syndicats doivent être invités par l'employeur à la négociation du protocole préélectoral. Le protocole n'a pas besoin d'être adopté à l'unanimité. Bien évidemment, l'échec des négociations ne dispense pas l'employeur de son obligation d'organiser des élections professionnelles.

■ Qu'ils soient ou non représentatifs, tous les syndicats doivent être invités à la négociation du protocole préélectoral

L'employeur doit inviter les organisations syndicales intéressées à négocier le protocole préélectoral et à établir leurs listes de candidats. En pratique, il s'agit (C. trav., art. L. 2314-5) :

- des syndicats reconnus représentatifs dans l'entreprise ou l'établissement, de ceux qui ont constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement et de ceux qui sont affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel. Ces syndicats sont invités par courrier de l'employeur ;
- des syndicats légalement constitués depuis au moins 2 ans qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concerné. Ces syndicats sont informés par tout moyen.

En l'absence d'organisation syndicale reconnue représentative dans l'entreprise ou d'organisation ayant constitué une section syndicale, l'invitation d'une organisation syndicale reconnue représentative au niveau national et interprofessionnel à la négociation du protocole préélectoral est valablement adressée à la confédération syndicale représentative nationale et interprofessionnelle (Cass. soc., 15 nov. 2017, n° 16-60.268).

Le refus de l'employeur de négocier avec une organisation syndicale intéressée entraîne automatiquement l'annulation des élections (Cass. soc., 28 févr. 2018, n° 17-60.112). Dans cette affaire, l'employeur avait estimé que l'organisation qui s'était présentée pour négocier ne remplissait pas les conditions légales l'autorisant à s'asseoir à la table des négociations. Conséquence, si l'employeur estime qu'un syndicat ne remplit pas ces conditions légales, il doit saisir le tribunal d'instance. Autrement dit, il ne peut pas décider tout seul.

L'invitation à négocier doit parvenir au plus tard 15 jours avant la date de la première réunion de négociation du protocole préélectoral. Même si ce n'est pas dit clairement par le code du travail, cela vaut aussi pour les syndicats invités par tout moyen.

En cas de renouvellement du CSE, l'invitation à négocier doit être faite 2 mois avant le jour où les mandats en cours prennent fin. Le premier tour doit avoir lieu dans la quinzaine précédant l'expiration des mandats en cours.

Un syndicat qui, sans émettre expressément de réserves, a soit participé à la signature du protocole préélectoral, soit présenté des candidats ne peut se prévaloir de l'irrégularité résultant du défaut de l'affichage invitant les syndicats intéressés à négocier le protocole (Cass. soc., 2 mars 2011, n° 10-60.201).

■ Quand il y a un délégué syndical, c'est généralement lui qui est invité à négocier et qui signe le protocole préélectoral

L'invitation à négocier doit être adressée soit au délégué syndical présent dans l'entreprise, soit directement à l'organisation syndicale l'ayant désigné (Cass. soc., 5 avr. 2011, n° 10-18.813 ; Cass. soc., 7 nov. 2018, n° 17-60.283). Si c'est l'union locale qui a désigné, l'employeur ne peut pas valablement inviter l'union départementale (Cass. soc., 21 nov. 2007, n° 07-60.023). Si le syndicat n'a pas de délégué syndical, l'invitation est valablement adressée au syndicat constitué dans la branche ou à l'union à laquelle ce syndicat a adhéré (Cass. soc., 9 juill. 2008, n° 07-60.404).

Pour la négociation d'un protocole d'établissement, l'invitation doit être adressée au syndicat représentatif dans l'entreprise ou au délégué syndical central (Cass. soc., 12 mars 2008, n° 07-60.394). Ce syndicat doit être invité même s'il n'a pas de délégué syndical d'établissement (Cass. soc., 14 févr. 2007, n° 06-60.106).

Généralement, le syndicat laisse son délégué syndical négocier, cela dépend des syndicats. L'intéressé n'a alors pas besoin de justifier d'un mandat de son organisation pour conclure le protocole (Cass. soc., 12 févr. 2003, n° 01-60.904). Aucune disposition légale n'oblige les syndicats invités à la négociation du protocole préélectoral à composer leur délégation de salariés de l'entreprise et à y faire figurer le délégué syndical ou le représentant de la section syndicale lorsqu'elles en disposent (Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 11-16.049).

Le protocole d'accord préélectoral n'a pas besoin d'être adopté à l'unanimité, sauf s'il modifie le nombre et la composition des collèges électoraux

Pour être valable, sauf dispositions législatives contraires, le protocole préélectoral doit être signé par la majorité des syndicats ayant participé à sa négociation, dont les organisations représentatives majoritaires en voix lors des dernières élections. Si ces résultats ne sont pas disponibles, on retient la majorité en nombre des syndicats représentatifs dans l'entreprise (C. trav., art. L. 2314-6). Pour déterminer si la condition de double majorité est remplie, il faut prendre en compte tous les syndicats qui se sont présentés à la table des négociations, même s'ils ont ensuite décidé de s'en retirer (Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-60.231). En tout état de cause, la majorité des syndicats, c'est toujours la moitié plus un (Cass. soc., 15 nov. 2017, n° 16-21.903).

Le fait de ne pas respecter cette double majorité ne rend pas le protocole irrégulier. Un syndicat peut juste saisir le tribunal d'instance pour lui demander de fixer les modalités d'organisation des élections (Cass. soc., 6 oct. 2011, n° 11-60.035).

Attention, certaines clauses du protocole préélectoral doivent être adoptées à l'unanimité, donc signées par toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. Il s'agit des clauses qui modifient le nombre et la composition des collèges électoraux (C. trav., art. L. 2314-12) ou qui organisent le scrutin hors temps de travail (C. trav., art. L. 2314-27).

Comme les dispositions du protocole préélectoral ne doivent pas toutes être adoptées à la même majorité, il n'est pas interdit de conclure plusieurs « petits accords ». Un seul et même accord global n'est pas exigé (Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10-27.370).

Une fois adopté, le protocole préélectoral est valable pour les 2 tours de l'élection et ne peut pas être modifié par l'employeur

Le protocole s'impose à l'employeur et aux syndicats, pour les deux tours de l'élection (Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 14-11.915). Sous peine d'annulation des élections, l'employeur ne peut pas modifier les modalités d'organisation du scrutin (Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 05-60.332), dont le calendrier des élections (Cass. soc., 24 oct. 2007, n° 06-60.272 ; Cass. soc., 25 janv. 2016, n° 14-25.625). Si on veut modifier le protocole préélectoral, il faut négocier un avenant (Cass. soc., 28 mars 2012, n° 11-19.021) et l'adopter à la double majorité (Cass. soc., 3 oct. 2018, n° 17-21.836).

Le protocole préélectoral qui répond à cette condition de double majorité ne peut être contesté devant le tribunal d'instance, qu'en ce qu'il contiendrait des stipulations contraires à l'ordre public, notamment en ce qu'elles méconnaîtraient les principes généraux du droit électoral (Cass. soc., 4 mai 2017, n° 16-18.297). A titre d'exemple, il a été jugé qu'un protocole d'accord préélectoral qui n'attribue aucun siège à une catégorie de personnel est contraire à l'ordre public (Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-60.229). Il en a été jugé de même à propos d'un protocole dont l'une des stipulations avait pour effet d'exclure de l'électorat et l'éligibilité une catégorie de salariés sur la seule considération des fiches de postes relatives à leurs fonctions (Cass. soc., 20 mars 2013, n° 12-11.702).

L'absence de négociations, faute de syndicats, ou leur échec ne dispense pas l'employeur de son obligation d'organiser des élections

L'employeur et les syndicats peuvent ne pas parvenir à se mettre d'accord :

- s'il y a désaccord sur le nombre et la composition des collèges électoraux à mettre en place, il convient de saisir l'administration ;
- s'il y a désaccord sur les modalités d'organisation des élections, il faut saisir le tribunal d'instance. Si personne n'agit, l'employeur fixe seul ces modalités ;
- s'il y a désaccord sur la répartition du personnel et des sièges entre les collèges ou sur les établissements distincts, la décision est prise par l'administration (C. trav., art. L. 2314-13).

Lorsque aucune organisation syndicale représentative dans l'entreprise n'a pris part à la négociation, il revient à l'employeur de répartir le personnel et les sièges entre les différents collèges électoraux (C. trav., art. L. 2314-14).

POUR ALLER PLUS LOIN...

> Voir « Protocole d'accord préélectoral pour l'élection du comité social et économique » (Modèle)

OBSERVATIONS Combien de négociateurs ?

Chaque délégation syndicale appelée à négocier le protocole préélectoral peut comprendre, sauf accord avec l'employeur, jusqu'à 3 ou 4 membres selon que l'effectif de l'entreprise permettrait la désignation d'un seul ou de plusieurs délégués syndicaux (Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 11-16.049). En fait, on applique les règles de droit commun relatives à la négociation des accords d'entreprise (C. trav., art. L. 2232-17). Ainsi, en présence d'un seul délégué syndical par organisation syndicale, ce qui est le cas dans les entreprises de moins de 1 000 salariés, la délégation chargée de négocier le protocole préélectoral peut être composée d'au plus 3 personnes.