

Mise en place du comité social et économique : comment bien préparer les élections ?

Un avocat fait le point sur les questions que l'employeur doit se poser préalablement à la mise en place d'un CSE et sur les points de vigilance à maîtriser lors de la négociation du protocole d'accord préélectoral.



**Olivier
BACH**

Avocat associé fondateur, cabinet
Éole Avocats

1 L'ordonnance 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise a créé une instance de représentation unique : le comité social et économique (CSE). Figure emblématique de la réforme dite des « Ordonnances Macron », il devra être **installé** dans toutes les entreprises d'au moins 11 salariés **au plus tard** le 31 décembre 2019.

Le CSE **se substitue** ainsi lors de sa mise en place (C. trav. art. L 2311-1 s.) :

- aux délégués du personnel (DP),
- au comité d'entreprise (CE),
- au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT),
- à la délégation unique du personnel ou à l'instance regroupée, le cas échéant.

Jusqu'à-là, le regroupement des instances n'était qu'une **possibilité** qui devait se décliner par accord collectif conformément à la loi Rebsamen de 2015 (délégation unique du personnel, instance regroupée). Désormais, la fusion des 3 anciennes instances représentatives du personnel n'est plus une faculté mais une **obligation**.

Un an après l'entrée en vigueur des textes, les **retours d'expériences** et la pratique des textes permettent de caractériser des points essentiels de vigilance.

Se poser les bonnes questions avant la négociation du protocole d'accord préélectoral

2 Afin d'organiser de **manière efficace et rationnelle** tant le scrutin électoral que le **fonctionnement** ensuite de la nouvelle instance, il convient au préalable de s'interroger sur les « besoins » en représentation du personnel de la matrice eu égard à son effectif, sa structure, sa localisation géographique, ses activités...

L'ordonnance offre **plusieurs options** quant à la configuration des institutions représentatives du personnel à installer par le dialogue social :

- possibilité de **négocier le nombre et le périmètre des établissements distincts** et consécutivement des CSE d'établissement et du comité central ;
- possibilité de mettre en place une commission santé, sécurité et conditions de travail (**CSSCT**) là où elle n'est pas obligatoire ;
- possibilité de négocier la mise en place de **représentants de proximité**, nouvelle instance permettant notamment de combler certains vides en représentation sur certains territoires (conséquence directe de la fusion opérée par la réforme).

Quel périmètre pour les élections ?

3 L'organisation des élections peut s'effectuer à différents niveaux, selon que l'entreprise comporte, ou non, des **établissements distincts**. À ce titre, s'interroger sur le nombre et le périmètre des établissements distincts de l'entreprise (de l'UES également, le cas échéant) est un **préalable déterminant** en amont du déclenchement du processus électoral. Il est impératif de ne pas attendre de se trouver dans la période d'initiation de ce processus pour évaluer cela (plus précisément, de ne pas attendre l'invitation des organisations syndicales à venir négocier le protocole d'accord préélectoral).

Ainsi, lorsque plusieurs établissements distincts sont caractérisés dans l'entreprise (ou l'UES), des CSE d'établissement doivent être mis en place au sein de chacun d'eux, ainsi qu'un CSE central d'entreprise.

4 Le nombre et le périmètre des CSE d'établissement peuvent être déterminés :

- par **accord** d'entreprise négocié avec les organisations syndicales, lequel sera conclu avant la négociation du protocole d'accord préélectoral ;
- en l'absence de délégué syndical, par accord entre l'employeur et la délégation du personnel au CSE.

5 En l'**absence d'accord**, l'employeur détermine, seul, le nombre et le périmètre des CSE d'établissement. Il se réfère pour cela à la notion d'établissement distinct, désormais définie par la loi à l'article L 2313-4 du Code du travail : « En l'absence d'accord conclu dans les conditions mentionnées aux articles L 2313-2 et L 2313-3, l'employeur fixe le nombre et le périmètre des établissements distincts, compte tenu de l'**autonomie de gestion du responsable de l'établissement**, notamment en matière de gestion du personnel ».

Cette décision unilatérale de l'employeur est naturellement **contestable** : en première intention, la Direccte tranchera. Sur cet arbitrage, si l'une ou l'autre des parties à la contestation n'est pas satisfaite par la décision administrative, le juge d'instance sera saisi pour statuer sur l'existence, ou non, d'établissements distincts.

À NOTER La fusion des institutions par la réforme a conduit à l'**unification légale** de la notion d'établissement distinct pour la représentation élue du personnel. En revanche, la notion d'établissement distinct pour un **délégué syndical**, instance désignée, pourrait avoir été conservée. La jurisprudence de la Cour de cassation la définit de manière constante comme étant le regroupement d'au moins 50 salariés, constituant une communauté ayant des intérêts propres susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques, et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur, peu important que celui-ci ait ou non le pouvoir de se prononcer sur ces revendications. Cette **divergence** est donc à surveiller tant elle pourrait être source de complexité. Nul doute que les premiers litiges surgiront rapidement.

Mettre en place une commission santé, sécurité et conditions de travail ?

6 Bien que le CSE ait l'obligation de consacrer au moins 4 de ses réunions annuelles obligatoires aux questions de santé et de sécurité, une analyse poussée et spécialisée de ces questions peut s'avérer nécessaire, notamment dans les grandes entreprises ou dans celles intégrant des enjeux sécuritaires substantiels.

La CSSCT, dont schématiquement, la mise en place est **obligatoire** dans les établissements et entreprises de plus de 300 salariés et **facultative** dans les autres, a ainsi été pensée pour renforcer et favoriser l'action du CSE dans ses attributions en matière de santé et de sécurité. Elle n'est en rien une survivance de l'ancien CHSCT, ce qu'il faut intégrer et expliquer si nécessaire.

Ainsi, même si elle n'est pas d'implantation légalement obligatoire du fait de l'effectif de la matrice, il peut être particulièrement opportun de l'installer dans certaines situations.

7 L'**étendue de ses missions** est susceptible de varier d'une entreprise à une autre, puisque son champ d'action et les modalités d'exercice de ses attributions sont intégralement déterminés par la **négociation** :

- soit dans l'accord fixant le nombre et le périmètre des établissements distincts ;
- soit, en l'absence de délégué syndical, par accord entre l'employeur et le CSE ;
- soit, en l'absence d'un tel accord, par le CSE lui-même dans son règlement intérieur (auquel cas, l'employeur définit unilatéralement le nombre et le périmètre des CSSCT).

Doivent y être **définis** :

- le **nombre des membres** de la commission, lesquels seront ensuite désignés par le CSE parmi ses membres titulaires ou suppléants ;
- les **missions** déléguées à la commission ainsi que leurs modalités d'exercice, sachant que tout ou partie des attributions du CSE

relatives à la santé, à la sécurité et aux conditions de travail pourront lui être déléguées, à l'exception de ses attributions consultatives et du recours à un expert ;

- les **modalités de fonctionnement**, notamment le nombre d'heures de délégation des membres pour l'exercice de leurs missions ;
- les modalités de **formation**, ainsi que les conditions et modalités dans lesquelles il sera permis aux membres de suivre une formation spécifique ;
- les **moyens** alloués à la commission.

À NOTER Si l'accord peut fixer le nombre de **réunions** devant être tenues par la CSSCT, celles-ci n'ont pour autant pas vocation à remplacer les réunions plénières obligatoires du CSE. Lorsqu'une CSSCT est mise en place, ses membres assistent, d'une part, aux réunions obligatoires du CSE portant sur la santé et la sécurité en tant qu'élus du CSE (seulement pour les titulaires) et, d'autre part, aux éventuelles réunions propres à la CSSCT qui auraient été définies par le CSE, en tant que membres de la CSSCT.

Désigner des représentants de proximité ?

8 Du fait de la multiplicité des instances et d'une jurisprudence permissive, l'ancienne configuration permettait une représentation directe des salariés au plus près du terrain. Les regroupements géographiques de moins de 50 salariés pouvaient aisément être reconnus « établissements distincts » et ainsi bénéficier de délégués du personnel, alors même qu'ils ne se prévalaient d'aucune autonomie particulière en matière de gestion du personnel.

Pour **pallier le risque d'éloignement** des représentants qui pourrait naître de l'unification des instances et de la définition désormais légale et stricte de l'établissement distinct, l'ordonnance portant création du CSE a introduit la possibilité de mettre en place des représentants de proximité. Il s'agit également d'une solution pour permettre aux **anciens représentants** de pouvoir conserver un mandat qu'ils auraient perdu, du fait de la nouvelle configuration issue de la réforme.

À NOTER En moyenne, ce sont quand même 30 % de postes de représentants du personnel qui sont susceptibles de disparaître avec le CSE.

9 L'instauration de représentants de proximité, simple **faculté** ouverte aux entreprises, est formalisée dans l'accord d'entreprise fixant le périmètre et le nombre des établissements distincts le cas échéant.

Les représentants sont **désignés** soit parmi les membres du CSE, soit parmi les salariés de l'entreprise. C'est au regard des besoins identifiés dans la matrice en matière de représentation du personnel, notamment pour certains territoires qui perdent leurs anciens délégués du personnel, que sont définis dans l'accord leur nombre, les modalités de leur désignation, mais également leurs attributions et naturellement leurs modalités de fonctionnement (notamment les moyens alloués, type heures de délégation).

Les points de vigilance à maîtriser lors de la négociation du protocole d'accord préélectoral

Veiller à bien respecter la parité femmes/hommes

10 Le non-respect des exigences en termes de parité femmes/hommes est susceptible de compromettre les résultats des élections professionnelles. À cet égard, il convient d'accorder une attention toute particulière aux règles régissant la matière.

La Cour de cassation vient d'affirmer que les dispositions relatives au respect de la parité femmes/hommes sur les listes de candidats aux élections professionnelles sont **d'ordre public absolu** (Cass. soc. 9-5-2018 n° 17-60.133 FS-PB : FRS 12/18 inf. 9. p. 14).

Ces dispositions posent les exigences suivantes (C. trav. art. L 2314-30) :

- l'obligation de présenter des listes de candidats composées d'un nombre de femmes et d'hommes proportionnel à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale ;
- l'obligation de présenter alternativement sur les listes un candidat de chaque sexe jusqu'à épuisement des candidats d'un des sexes. Il en résulte que ces prescriptions ne peuvent faire l'objet d'**aucun aménagement** par les signataires du protocole d'accord préélectoral.

La Cour de cassation a par ailleurs précisé que la règle relative à la proportion de femmes et d'hommes sur les listes de candidats fait obstacle à la présentation de candidatures individuelles lorsque plusieurs sièges sont à pourvoir dans un collège mixte (Cass. soc. 9-5-2018 n° 17-14.088 FS-PBRI : FRS 12/18 inf. 9 p. 14).

11 La **méconnaissance de ces règles** est susceptible d'entraîner les conséquences suivantes :

- lorsque la proportion requise de femmes et d'hommes composant une liste n'est pas respectée, l'élection des candidats du sexe surreprésenté figurant sur cette liste peut être annulée, conformément à l'alinéa 3 de l'article L 2314-32 du Code du travail ;

- lorsque la règle de l'alternance n'est pas respectée, l'élection du ou des élus dont le positionnement sur la liste est incorrect peut être annulé, à moins que la liste corresponde à l'exacte proportion de femmes et d'hommes au sein du collège concerné et que tous les candidats de la liste soient élus (voir en ce sens Cass. soc. 6-6-2018, n° 17-60.263 FS-PB : FRS 15/18 inf. 5 p. 7).

Le vote électronique est un moyen efficace pour limiter les contentieux

12 Enfin, si l'annulation des élections par le juge pour violation de ces règles aboutit, moins de 6 mois avant le terme du mandat des membres du CSE, à ce qu'un collège électoral ne soit plus représenté ou à ce que le

nombre des titulaires soit réduit de moitié ou plus, l'entreprise a désormais l'obligation d'organiser des élections partielles (C. trav. art. L 2314-32, dernier alinéa).

Recourir au vote électronique

13 De la même manière que le respect des exigences relatives à la représentation équilibrée des hommes et des femmes permet de sécuriser une partie du contentieux électoral, la mise en place d'un scrutin électronique (C. trav. art. R 2314-8 à R 2314-21) constitue aujourd'hui un moyen efficace pour **prévenir le risque contentieux** lié à des erreurs dans la mise en œuvre, notamment logistique, des élections.

Si la possibilité d'y recourir peut toujours être prévue par accord d'entreprise ou de groupe, à défaut de celui-ci, une décision unilatérale peut parfaitement s'entendre. Il est alors souhaitable d'organiser une consultation du comité en place.

Statistiquement, il a été démontré que le recours au scrutin électronique (pour rappel, cette modalité est possible depuis 2004) permettait de réduire drastiquement les risques de voir naître un contentieux électoral.

Pour autant, les principes fondamentaux du droit électoral tels que la **confidentialité du vote et son caractère personnel** doivent être respectés en toutes circonstances, comme l'a récemment rappelé la Cour de cassation (voir en ce sens Cass. soc. 3-10-2018 n° 17-29.022 F-PB : FRS 22/18 inf. 7 p. 12).