LIAISONS SOCIALES QUOTIDIEN

DOSSIER N° 70 2018

// le dossier juridique

Mise en place et suppression du comité social et économique

Ordonnances, loi de ratification du 29-3-2018 et décret du 29-12-2017

Les entreprises doivent mettre en place le comité social et économique (CSE) dès leurs prochaines élections professionnelles, le décret d'application de l'ordonnance Macron étant paru au *JO* du 30 décembre 2017. Le CSE n'est pas la réplique de nos anciennes IRP, d'autant plus que presque tout devient négociable ! Comment l'instituer ? À quel moment ? Nous détaillons ci-après les règles de mise en place du comité. Sa composition, son fonctionnement et ses attributions feront l'objet de deux autres dossiers à paraître.

À CLASSER SOUS
IRP 01/18

Les délégués du personnel (DP), le comité d'entreprise (CE), le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), la délégation unique du personnel (DUP) et l'instance regroupée par accord collectif doivent céder la place **au comité social et économique** (CSE) **au plus tard** le **31 décembre 2019**. C'est ce que prévoit l'ordonnance Macron n° 2017-1389 du 22 septembre 2017. Celle-ci a été modifiée par l'ordonnance dite « balai » (dénommée ci-après « 6e ordonnance ») et la loi ratifiant ces ordonnances du 29 mars 2018.
Les dispositions relatives au CSE sont applicables depuis le 1er janvier 2018, date d'entrée en vigueur du décret n° 2017-1819 du 29 décembre 2017, sauf dispositions contraires. Elles reprennent pour l'essentiel celles des anciennes instances représentatives du personnel (IRP), avec toutefois d'importantes modifications décrites ci-après *(v. l'encadré « Quelles règles appliquer aux anciennes IRP ? », page 9)*

1 Mise en place variable selon l'effectif

Le CSE est instauré dans les **entreprises** d'**au moins 11 salariés** *(C. trav., art. L. 2311-2)*.
Les **attributions** et le mode de **fonctionnement** du CSE varient en **fonction** de l'**effectif** de l'entreprise, selon que celui-ci est compris entre 11 et 49 ou qu'il est au moins égal à **50 salariés** *(C. trav., art. L. 2312-1)*.

À NOTER **Les accords collectifs ou des usages peuvent prévoir des dispositions plus favorables, c'est-à-dire étoffer les attributions du CSE** *(C. trav., art. L. 2312-4)*.

UN CSE OBLIGATOIRE À PARTIR DE 11 SALARIÉS

Pour que la mise en place du CSE soit obligatoire, l'**effectif** de **11 salariés** doit être atteint pendant **12 mois consécutifs**. Les modalités de calcul des effectifs s'effectuent selon les dispositions de droit commun (inchangées) inscrites aux articles L. 1111-2 et L. 1251-54 du Code du travail *(C. trav., art. L. 2311-2)*.

À NOTER **Le seuil d'effectif est plus difficile à atteindre pour le comité social et économique que pour les anciennes IRP. En effet, pour la mise en place du CE** *(C. trav., art.L. 2322-2 anc.)* **et des DP** *(C. trav., art. L. 2312-1 anc)*, **le seuil devait avoir été franchi pendant 12 mois, consécutifs ou non, au cours des trois dernières années. De même, l'élection des DP s'organisait au niveau de chaque établissement comptant au moins 11 salariés. Concernant le seuil de désignation pour les DS :** *v. l'encadré « Désignation des DS : le seuil de 50 salariés s'apprécie sur 12 mois consécutifs », page 2.*

UN CSE À ATTRIBUTIONS VARIABLES SELON L'EFFECTIF DE L'ENTREPRISE

Entreprises dépourvues de CSE

Lorsque son effectif atteint au moins **11 salariés** pendant **12 mois consécutifs**, l'entreprise dépourvue de CSE doit mettre en place un **comité** à « **attributions réduites** », correspondant sensiblement à celles des DP et à une partie de celles du CHSCT, *(C. trav., art. L. 2312-1, al. 1)*.
Il en est de même pour les entreprises dont l'effectif est d'**au moins 50 salariés** pendant 12 mois consécutifs.

Ce n'est qu'**au bout d'un an de mandat** que le comité exercera des « **attributions étendues** », proches de celles des DP, CE et CHSCT *(C. trav., art. L. 2312-2, al. 2)*.

À NOTER Le CE nouvellement mis en place disposait également d'un an à compter du franchissement du seuil de 50 salariés pour se conformer complètement aux obligations récurrentes d'information et de consultation du CE *(C. trav., art. L. 2322-2, al. 2 anc.)*. En revanche, contrairement au CSE, le CE exerçait immédiatement ses obligations ponctuelles.

Entreprises pourvues de CSE

Effets d'une baisse des effectifs

Le CSE n'est **pas renouvelé** si l'**effectif** de l'entreprise est resté, à l'expiration du mandat des membres de la délégation du personnel du comité, **en dessous** de **11 salariés** pendant au moins 12 mois consécutifs *(C. trav., art. L. 2313-10)*.

Lors de son **renouvellement**, si l'effectif de **50 salariés** n'a **pas** été **atteint** pendant les 12 mois précédants, le CSE qui exerçait les attributions étendues n'exercera plus que les **attributions réduites** *(C. trav., art. L 2312-3)*.

À NOTER L'employeur ne peut supprimer le CSE en cours de mandats, sauf en cas de cessation des fonctions d'un CSE d'établissement causée par la perte de la qualité d'établissement distinct *(v. « Perte du caractère d'établissements distincts », page 7)*.

Effets d'une hausse des effectifs

Lorsque, postérieurement à la mise en place du CSE, l'effectif de l'entreprise atteint au moins **50 salariés** pendant **12 mois consécutifs**, le comité exercera les **attributions étendues ponctuelles**.

En revanche, il n'exercera les **attributions étendues récurrentes** qu'**au bout d'un an**, soit deux ans après que l'effectif a atteint 50 salariés.

Dans le cas où, à l'expiration de ce délai de 12 mois, le mandat du comité restant à courir est inférieur à un an, ce délai court à compter de son renouvellement *(C. trav., art. L. 2312-2)*.

2 Mise en place échelonnée pendant la période transitoire

L'article 9 de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 fixe les modalités d'**instauration progressive** du CSE dans l'optique d'une **mise en place généralisée au 1er janvier 2020**. La date de mise en place du CSE varie selon la présence ou non de représentants du personnel et de la date de fin de leur mandat.

DÉSIGNATION DES DS : LE SEUIL DE 50 SALARIÉS S'APPRÉCIE SUR 12 MOIS CONSÉCUTIFS

Les délégués syndicaux (DS) peuvent être désignés uniquement dans les entreprises ou établissements d'au moins 50 salariés. Avant l'entrée en vigueur de la 6e ordonnance, ce seuil d'effectif s'appréciait sur 12 mois consécutifs ou non au cours des trois dernières années. Désormais, il doit être franchi pendant 12 mois continus *(C. trav., art. L. 2143-3 modifié)*. Comme pour la mise en place du CSE, ce seuil est plus difficile à atteindre.

Une organisation syndicale représentative ne pourra pas désigner de DS lorsque l'effectif de l'entreprise atteint 52 salariés pendant 11 mois, puis 49 le 12e mois.

L'ordonnance prévoit également des mesures transitoires pour organiser le passage des anciennes IRP au CSE *(v.. l'encadré « Le passage des anciennes IRP au CSE », page 3)*.

ENTREPRISES DÉPOURVUES D'IRP

PAP conclu avant le 23 septembre 2017

Si l'entreprise a conclu un protocole d'accord préélectoral (PAP) avant le 23 septembre 2017, les **instances** représentatives du personnel (IRP) ont dû être **instituées** conformément aux **règles en vigueur avant** la publication de l'ordonnance.

Dans ce cas, le **CSE** sera mis en place à compter du :

– **1er janvier 2020** ;

– **ou** à une **date antérieure** fixée par **accord** collectif ou par **décision** de l'employeur après consultation du CE ou, à défaut, des DP ou, le cas échéant, de la DUP ou de l'instance regroupée *(art. 9, II, 1° de l'ordonnance précitée)*. Il s'agit d'un accord conclu selon les règles de droit commun visées à l'article L. 2232-12 du Code du travail, nous a indiqué la DGT

À NOTER L'employeur souhaitant de manière unilatérale anticiper la mise en place du CSE n'a pas l'obligation préalable d'ouvrir une négociation sur ce point. Cependant, la DGT, que *Liaisons sociales quotidien* a sollicitée à ce sujet, le recommande.

Absence de protocole d'accord préélectoral conclu avant le 23 septembre 2017

Les entreprises qui remplissaient la **condition d'effectif** devaient mettre en place leur comité social et économique au **1er janvier 2018**.

À NOTER Selon nous, entrent dans cette catégorie les entreprises dont le protocole d'accord préélectoral conclu avant le 23 septembre 2017 a été annulé après cette date.

ENTREPRISES POURVUES D'IRP

En principe, le CSE est mis en place au terme du mandat des IRP actuellement présentes dans l'entreprise, c'est-à-dire au moment du renouvellement de l'une des institutions, et au plus tard le 31 décembre 2019.

Toutefois, l'ordonnance prévoit des mesures transitoires pour retarder ou avancer la mise en place du comité social et économique, voire pour faire coïncider les mandats.

À NOTER Attention : le premier tour des élections professionnelles doit se tenir dans la quinzaine qui précède l'expiration des mandats.

Mandats arrivant à échéance en même temps

En 2017

> *PAP conclu dans l'entreprise avant le 23 septembre 2017*

Si un PAP a été conclu avant le 23 septembre 2017, les IRP ont dû être renouvelées conformément aux règles en vigueur avant la publication de l'ordonnance.

Dans ce cas, le CSE sera mis en place à compter du :

– **1er janvier 2020** ;

– ou à une **date antérieure** fixée par **accord** collectif ou par **décision** de l'employeur après consultation du CE ou, à défaut, des DP ou, le cas échéant, de la DUP ou de l'instance regroupée *(art. 9, II, 1° de l'ordonnance précitée)*. Il s'agit d'un accord conclu selon les règles de droit commun visées à l'article L. 2232-12 du Code du travail, nous a indiqué la DGT

À NOTER L'employeur souhaitant de manière unilatérale anticiper la mise en place du CSE n'a pas l'obligation préalable d'ouvrir une négociation sur ce point. Cependant, la DGT que *Liaisons sociales quotidien* a sollicitée le recommande.

> *Autres entreprises*

Pour les entreprises ayant conclu un **PAP après** le 23 septembre 2017, les **mandats** ont été **automatiquement prorogés** jusqu'à la fin de l'année.

Pour éviter que l'employeur soit obligé de mettre son CSE en place dès le 1er janvier 2018, l'ordonnance leur a permis de **proroger d'un an au plus** le **mandat** des IRP :

– soit par **accord** collectif. Il s'agit d'un accord conclu selon les règles de droit commun visées à l'article L. 2232-12 du Code du travail, nous a indiqué la DGT ;

– soit par **décision** unilatérale après consultation de l'IRP appropriée *(art. 9, II, 2° de l'ordonnance précitée)*.

Pour ces entreprises, le CSE sera ainsi mis en place au plus tard le 1er janvier 2019.

À NOTER La prorogation des mandats étant automatique jusqu'au 1er janvier 2018, le délai d'un an doit, selon nous, s'apprécier à compter de cette date, et non de la date d'expiration des mandats. L'employeur souhaitant proroger les mandats n'a pas l'obligation préalable d'ouvrir une négociation sur ce point. Cependant, la DGT, que *Liaisons sociales quotidien* a sollicitée, le recommande.

En 2018

Lorsque les mandats de leurs IRP arrivent à échéance entre le 1er janvier et le 31 janvier 2018, les entreprises peuvent **proroger**, mais également **réduire**, d'un an au plus le mandat des IRP, soit par **accord** collectif, soit par **décision** unilatérale après consultation de l'IRP appropriée *(art. 9, II, 3° de l'ordonnance précitée)*. Il s'agit d'un accord conclu selon les règles de droit commun visées à l'article L. 2232-12 du Code du travail, selon la DGT.

À NOTER L'employeur souhaitant réduire ou proroger les mandats n'a pas l'obligation préalable d'ouvrir une négociation sur ce point. Cependant, la DGT, que *Liaisons sociales quotidien* a sollicitée, le recommande.

En 2019

Lorsque les mandats se terminent entre le 1er janvier et le 31 décembre 2019, les entreprises peuvent **réduire d'un an maximum** le mandat des IRP :

– soit par **accord** collectif. Il s'agit d'un accord conclu selon les règles de droit commun visées à l'article L. 2232-12 du Code du travail, nous a indiqué la DGT ;

– soit par **décision** unilatérale de l'employeur, après consultation de l'IRP appropriée *(art. 9, II, 4° nouveau de l'ordonnance)*.

En revanche, les entreprises ne peuvent reporter, même de quelques mois, les élections professionnelles.

À NOTER Cette possibilité de réduction des mandats expirant en 2019 a été introduite par la loi de ratification des ordonnances. L'entreprise n'a pas l'obligation préalable d'ouvrir une négociation. Cependant, la DGT, que *Liaisons sociales quotidien* a sollicitée, le recommande.

Après le 1er janvier 2020

Pour les autres mandats, arrivant à échéance après le 1er janvier 2020, le CSE devra être mis **au plus tard** le **1er janvier 2020** *(art. 9, II, de l'ordonnance)*.

À NOTER Selon une lecture stricte de l'ordonnance, ces entreprises ne peuvent avancer la mise en place du CSE avant le 1er janvier 2020, par accord ou décision unilatérale. Seule exception admise *(art. 9, II, 1°)* : les entreprises ayant mis en place ou renouvelé leurs IRP après le 23 septembre 2017 sur la base d'un PAP conclu avant cette date.

LE PASSAGE DES ANCIENNES IRP AU CSE

• Quel est le sort des accords relatifs aux IRP ?

Les stipulations issues des accords collectifs et prises en application des anciennes dispositions du Code du travail relatives aux DP, au CE, au CHSCT, à la DUP, à l'instance regroupée et aux réunions communes cessent de produire effet à compter de la date du premier tour des élections des membres de la délégation du personnel du CSE (ou du conseil d'entreprise). Sont visés les accords d'entreprise, de branche et ceux couvrant un champ territorial ou professionnel plus large (par exemple, l'accord-cadre du 17 mars 1975 sur l'amélioration des conditions de travail). Dès la mise en place du CSE (ou du conseil d'entreprise), les anciennes dispositions conventionnelles, qu'elles soient ou non plus favorables que le Code du travail, cessent de produire effet par application de la loi sans qu'il soit nécessaire de les dénoncer *(art. 9, VII de l'ordonnance n° 2017-1386)*.

Notons que les usages et les engagements unilatéraux ne sont pas évoqués. L'employeur peut les dénoncer en respectant la procédure adéquate. Par ailleurs, en présence d'un accord comprenant des stipulations relatives au IRP et au DS, seules celles relatives aux IRP sont caduques.

• Comment s'effectue le transfert des biens du CE vers le CSE ?

L'ensemble des biens, droits et obligations, créances et dettes des anciennes IRP sont transférés de plein droit et en pleine propriété aux CSE mis en place au terme du mandat en cours des instances précitées et au plus tard au 31 décembre 2019.

Ce transfert s'effectue à titre gratuit. Une convention conclue avant le 31 décembre 2019 entre les CSE et les membres des anciennes instances définit les conditions dans lesquelles ces instances mettent à disposition du CSE les biens de toute nature, notamment les immeubles et les applications informatiques, ainsi que, le cas échéant, les conditions de transfert des droits et obligations, créances et dettes relatifs aux activités transférées.

Lors de sa dernière réunion, l'instance représentative du personnel décide de l'affectation des biens de toute nature dont elle dispose à destination du futur CSE ou conseil d'entreprise et le cas échéant, les conditions de transfert des droits et obligations, créances et dettes relatifs aux activités transférées.

Puis, lors de sa première réunion, le CSE ou le conseil d'entreprise décide, à la majorité de ses membres :

– soit d'accepter les affectations ainsi décidées par les instances ;

– soit de décider d'affectations différentes.

Les transferts de biens meubles ou immeubles ne donnent lieu ni à un versement de salaires ou honoraires au profit de l'État ni à perception de droits ou de taxes *(art. 9, VI de l'ordonnance)*.

Mandats arrivant à des échéances différentes

Afin de **faire coïncider** le **terme** des **mandats** des différentes IRP avec la date de mise en place du CSE et, le cas échéant, du CSE d'établissement et du CSE central, l'employeur peut **réduire ou proroger** ceux-ci pour un établissement ou pour l'ensemble de l'entreprise.

Entreprises visées

Cette mesure transitoire inscrite à l'article 9, III de l'ordonnance vise les **entreprises à établissements distincts**, mais également le cas d'une **entreprise** dont les **mandats** du **CHSCT** et du **CE** ne sont pas **alignés**.

Elle concerne bien évidemment les entreprises dont les mandats expirent sur plusieurs années. Qu'en est-il de celles dont les mandats arrivent à échéance de manière

échelonnée la même année ? Peuvent-elles se prévaloir de l'article 9, III ou doivent-elles uniquement appliquer les règles prévues à l'article 9, II décrites ci-avant *(v. « Mandats arrivant à échéance en même temps », page 2)*. Des précisions de l'administration sont souhaitables.

À NOTER **Dans tous les cas, il est conseillé à l'employeur de faire coïncider les mandats de ces différentes IRP. En effet, s'il ne fait pas coïncider les mandats, il devra appliquer, selon les cas, les règles issues de l'ordonnance (pour le CSE) et celles applicables avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance (pour les IRP restantes).**

Réduction ou prorogation des mandats

L'ordonnance ne fixe aucune limite à la durée de la réduction ou de la prorogation des mandats. Seule exigence : mettre en place au plus tard le comité social et économique le 1er janvier 2020.

L'employeur peut prendre sa décision :

– soit par **accord** collectif. Il s'agit d'un accord conclu selon les règles de droit commun visées à l'article L. 2232-12 du Code du travail, indique la DGT que nous avons sollicitée ;

– soit par **décision** unilatérale après consultation de l'IRP appropriée *(art. 9, III de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017)*.

Cet accord ou décision unilatérale peut fixer, pour le **premier cycle électoral suivant** l'installation du **CSE**, des **durées** de mandat **différentes** pour chaque **établissement** distinct, dans une **limite** comprise entre deux et quatre ans *(art. 9, III, al. 2 nouveau de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017)*: *v. l'encadré «Exemple d'une entreprise souhaitant faire coïncider les mandats des IRP», page 4.*

À NOTER **En introduisant l'alinéa 2 à l'article 9, III de l'ordonnance, la loi de ratification du 29 mars 2018 accorde plus de souplesse aux entreprises qui peuvent faire coïncider les mandats des différentes IRP (entre l'entreprise et les établissements ou entre les différents établissements) de manière étalée dans le temps. Celles-ci ne devront pas forcément le faire lors de la première mise en place du CSE, comme le prévoyait l'ordonnance du 22 septembre 2017.**

EXEMPLE D'UNE ENTREPRISE SOUHAITANT FAIRE COÏNCIDER LES MANDATS DES IRP

Prenons l'exemple d'une entreprise dotée d'un comité central d'entreprise (CCE) et de trois comités d'établissements (A, B et C). Les mandats du CCE et du CE de A expirent le 1er septembre 2018, ceux des établissements B et C, le 1er janvier 2019. En mettant en place son CSE central et le CSE de l'établissement A, le 1er septembre 2018, l'employeur peut décider par accord ou décision unilatérale de réduire les mandats des IRP de ses établissements B et C pour faire coïncider leur échéance avec la mise en place du CSE central et de son CSE d'établissement A.

Autre possibilité : l'employeur peut décider de maintenir les élections professionnelles de l'établissement C, le 1er janvier 2019, puis de ne faire coïncider le mandat de son CSE avec celui du CSE central et des autres CSE (A et B) qu'au prochain cycle électoral, soit le 1er septembre 2022. Dans ce cas, par accord ou décision unilatérale, l'employeur fixera, pour le premier cycle électoral suivant l'installation du CSE de l'établissement C, une durée de mandat pour le CSE de cet établissement de trois ans et sept mois, et ce en application du nouvel alinéa 2 de l'article 9, III de l'ordonnance.

ENTREPRISE DONT LA SITUATION JURIDIQUE EST MODIFIÉE

L'ordonnance organise la mise en place de comités d'établissements en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur, par exemple en cas de fusion-absorption d'une entreprise dépourvue de CSE. Dans ce cas, l'ordonnance distingue deux cas.

L'entité absorbée devient un établissement distinct

Si l'entreprise absorbée devient un établissement distinct (sauf accord en disposant autrement), il doit y être procédé à des **élections** pour mettre en place un **CSE d'établissement**, **sauf si** le **renouvellement** du **CSE central** dans l'entreprise absorbante doit intervenir dans un délai de **moins de 12 mois** suivant la modification de la situation juridique *(art. 9, IV, 1° de l'ordonnance précitée)*.

L'entité absorbée conserve le caractère d'établissement distinct

Dans ce cas, l'ordonnance distingue deux hypothèses lorsque l'entité absorbée conserve le caractère d'établissement distinct.

En présence d'IRP chez l'entreprise absorbante

Si l'entreprise absorbante est pourvue d'IRP, il est procédé, en l'absence d'un accord collectif en disposant autrement, à des **élections** au sein de **chaque établissement** concerné par la mise en place du CSE d'établissement, **sauf** si le **renouvellement** du **CSE central** dans l'entreprise absorbante doit intervenir dans un délai de **moins de 12 mois** suivant la modification de la situation juridique *(art. 9, IV, 2° de l'ordonnance précitée)*.

En l'absence d'IRP chez l'entreprise absorbante

Autre cas de figure, ajouté par la 6e ordonnance : l'entreprise absorbante n'est pas pourvue d'instances représentatives du personnel.

Dans ce cas, il est procédé, en l'absence d'accord collectif en disposant autrement, à des **élections** au sein de **chaque établissement** concerné pour la mise en place d'un CSE d'établissement et à des élections pour la mise en place d'un **comité social et économique central** *(art. 9, IV, 3° nouveau de l'ordonnance précitée)*.

3 Niveau de mise en place

Le comité social et économique peut être mis en place à différents niveaux : entreprise, UES et interentreprises *(v. l'encadré « Possibilité d'instituer un CSE interentreprises », page 7)*. Dans les entreprises à établissements multiples, des CSE d'établissement et un CSE central d'entreprise sont, sous certaines conditions, constitués.

À NOTER **Les dispositions relatives au comité de groupe, au comité d'entreprise européen et au comité de la société européenne ne sont pas impactées par la réforme.**

ENTREPRISE OU UES

Au niveau de l'entreprise

Le **CSE** est mis en place au **niveau** de l'**entreprise** *(C. trav., art. L. 2313-1, al. 1)*. Quant à la constitution d'un **CSE central** d'entreprise, elle s'impose lorsque :

– l'entreprise comporte **au moins deux établissements** ;

– et, a ajouté la loi de ratification, lorsque l'effectif de celle-ci est au moins égal à **50 salariés** *(C. trav., art. L. 2313-1, al. 2 modifié)*.

À NOTER Initialement, l'article L. 2313-1, al. 2 prévoyait la constitution d'un CSE central dans les entreprises comportant au moins deux établissements distincts, sans référence à une condition d'effectif. Selon l'exposé des motifs de l'amendement qui a obtenu l'aval du gouvernement, la mise en place d'un CSE central « dans les entreprises de moins de 50 salariés mais découpées en plusieurs établissements distincts n'aurait pas de sens, puisqu'elle consisterait à créer au niveau central une entité dépourvue d'attributions ».

Au niveau de l'UES

Lorsqu'une unité économique et sociale (UES) regroupant au moins 11 salariés est reconnue par accord collectif ou décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, un **CSE commun** est institué *(C. trav., art. L. 2313-8, al. 1)*.

Lorsque celle-ci comporte **au moins deux établissements** distincts, des **CSE d'établissements** et un **comité social et économique central** d'entreprise sont institués *(C. trav., art. L. 2313-8, al. 2)*.

À NOTER Contrairement à l'entreprise, la loi n'exige pas que l'effectif de l'UES atteigne 50 salariés pour la mise en place d'un CSE central. Comme l'ancien L. 2322-4, l'article L. 2313-8 du Code du travail ne précise pas les conditions de validité de l'accord collectif reconnaissant l'UES. Selon nous, la jurisprudence selon laquelle la reconnaissance (ou la modification conventionnelle de l'UES) ne relève pas du protocole d'accord préélectoral, mais de l'accord collectif signé, aux conditions de droit commun, par les syndicats représentatifs au sein des entités faisant partie de cette UES *(Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 13-12.712)*, perdure donc.

RECONNAISSANCE D'ÉTABLISSEMENTS DISTINCTS

La reconnaissance ou la perte de la qualité d'établissement distinct est désormais déconnectée du processus électoral. Elle n'a donc plus à être réexaminée lors de chaque élection.

UN ACCORD SUR LES ÉTABLISSEMENTS DISTINCTS PEUT-IL ÊTRE CONCLU AVEC UN COMITÉ D'ENTREPRISE ?

Le comité d'entreprise (ou le comité central d'entreprise) peut très bien négocier un accord reconnaissant l'existence d'établissements distincts, estimait en novembre dernier Sylvain Niel, avocat associé, cabinet Fidal *(v. l'actualité n° 17444 du 10 novembre 2017)*.
En effet, expliquait-il, « l'article 9 de l'ordonnance du 22 septembre 2017 précise que, pour l'application des dispositions du Code du travail, il convient de lire selon les cas « comité social et économique » ou « comité d'entreprise » ». D'autres praticiens estiment, en revanche, que, dans l'attente de la mise en place du CSE, seule une décision unilatérale de l'employeur peut définir les établissements distincts.

Priorité à l'accord

Le nombre et le périmètre des établissements distincts sont déterminés *(C. trav., art. L. 2313-2 à L. 2313-3 et L. 2313-8, al. 3 et 4)*:
– par **accord d'entreprise** conclu avec les OS représentatives (appelé ci-après « accord collectif d'entreprise reconnaissant l'existence d'établissements distincts »), et non plus par accord de type électoral conclu avec les organisations syndicales intéressées. Cet accord doit être conclu dans les **conditions** prévues au **premier alinéa** de l'article **L. 2232-12** *(v. le tableau « Validité des accords conclus dans le cadre de l'article L. 2232-12 du Code du travail », ci-dessous)*. Il peut contenir d'autres dispositions *(v. l'encadré « Ce que peut prévoir l'accord reconnaissant l'existence d'un établissement distinct », page 6)*. Attention : à défaut de stipulations dans l'accord relatif à sa durée, déterminée ou indéterminée, il est réputé conclu pur une durée déterminée de cinq ans *(C. trav., art. L. 2222-4)* ;
– **ou**, à défaut d'accord et en l'**absence de DS**, par **accord** entre l'employeur (ou les entreprises regroupées au sein de l'UES) et le **CSE**, adopté à la **majorité** des membres **titulaires élus** de la délégation du personnel du comité *(v. l'encadré « Un accord sur les établissements distincts peut-il être conclu avec un comité d'entreprise ? », page 5)*.

VALIDITÉ DES ACCORDS CONCLUS DANS LE CADRE DE L'ARTICLE L. 2232-12 DU CODE DU TRAVAIL

<table>
<tr><th></th><th>Jusqu'au 1er mai 2018</th><th>À compter du 1er mai 2018</th></tr>
<tr><td>Accord d'entreprise conclu dans les conditions de l'article L. 2232-12 du Code du travail</td><td rowspan="2">La validité d'un accord d'entreprise est subordonnée :
- à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales (OS) de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles des titulaires, quel que soit le nombre de votants ;
- et l'absence d'opposition (dans les huit jours suivant la notification de l'accord) d'une ou de plusieurs OS de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages à ces mêmes élections, quel que soit le nombre de votants.</td><td>Pour être valide, l'accord d'entreprise doit être signé par l'employeur et par une ou plusieurs OS de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires.
SI l'accord a été signé par l'employeur et par des OS représentatives ne dépassant pas le seuil de 50 %, mais ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections, l'accord peut être validé par référendum.</td></tr>
<tr><td>Accord conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12 du Code du travail</td><td>Pour être valide, l'accord d'entreprise doit être signé par l'employeur et par une ou plusieurs OS de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires.
Pas de possibilité de valider par référendum un accord minoritaire.</td></tr>
</table>

À NOTER La faculté de négocier avec le CSE un tel accord n'est-elle ouverte qu'aux seules entreprises dépourvues de DS ? En d'autres termes, l'employeur qui n'est pas parvenu à un accord avec les DS doit-il engager des négociations avec le CSE ou peut-il directement prendre une décision unilatérale ? Selon nous, cette seconde option semble la plus probable, mais des précisions de l'administration sur ce point sont souhaitables. Point important : l'ordonnance n'impose aux partenaires sociaux aucun critère pour décider du découpage de l'entreprise. Cela signifie-t-il qu'ils sont totalement libres ? D'autres questions restent en suspens. Devant quel juge l'accord peut-il être contesté ? Selon nous, il s'agit du tribunal d'instance. Celui-ci se contentera-t-il de vérifier que les conditions de négociation et de validité de l'accord sont remplies, ou ira-t-il au-delà en vérifiant la pertinence du découpage (par exemple, en s'appuyant sur un critère type « performance de la représentativité du personnel ») ? Dernière précision : le périmètre de mise en place des DS étant inchangé, attention de ne pas choisir un découpage pour le CSE inapproprié par rapport à celui des DS.

À défaut, la décision revient à l'employeur

Une décision basée sur le critère de l'autonomie de gestion...

À défaut d'accord, c'est l'**employeur** (ou l'un des employeurs mandaté par les autres dans le cadre d'une UES) qui **fixe** le nombre et le périmètre des **établissements distincts**, sur la seule base de l'**autonomie de gestion** du responsable de l'**établissement**, notamment en matière de gestion du personnel *(C. trav., art. L. 2313-4 et L. 2313-8, al. 5)*.

À NOTER La définition de l'établissement distinct retenue est une reprise partielle de la jurisprudence du Conseil d'État. Les jugements et arrêts qui seront rendus désormais par les juridictions judiciaires pourraient s'en inspirer. Pour apprécier l'autonomie de gestion, le Conseil d'État examine plusieurs éléments : l'embauche, la promotion, la discipline, la formation, le licenciement, la durée du travail.

... et portée à la connaissance des OS et/ou CSE...

Par tout moyen permettant de conférer date certaine, l'**employeur** (ou l'un des employeurs mandaté par les autres dans le cadre d'une UES) doit **informer** de sa décision :

– chaque **organisation syndicale représentative** dans l'entreprise (ou dans l'UES) ;

– chaque **OS** ayant constitué une **section syndicale** dans l'entreprise (ou dans l'UES).

Lorsque la négociation sur la reconnaissance des établissements distincts s'est effectuée avec le CSE, l'employeur doit également informer celui-ci dans le cadre d'une réunion *(C. trav., art. R. 2313-1, al. 1 et 2 et R. 2313-4, al. 1 et 2 nouveaux)*

... contestable devant le Direccte

> Qui peut contester ?

Peuvent contester la décision de l'employeur *(C. trav., art. L. 2313-5 et R. 2313-1, al. 3 nouveau ; L. 2313-8, al. 6 et R. 2313-4, al. 3 nouveau)* :

– les **OS représentatives** dans l'entreprise (ou dans l'UES) ;

– les **OS** ayant constitué une **section syndicale** dans l'entreprise (ou dans l'UES)

– ou le **CSE** lorsque la négociation sur la reconnaissance d'établissement distinct menée avec lui a échoué.

À NOTER L'emploi de la conjonction « ou » laisse entendre que les OS ne pourraient contester la décision de l'employeur en cas d'échec de la négociation avec le CSE, ce qui peut paraître surprenant.

> Dans quel délai et devant qui ?

Les **OS** et le **CSE** disposent de **15 jours** à compter de la **date** à laquelle ils ont été **informés** de la décision de l'employeur pour la contester devant le **Direccte** du siège de l'entreprise (ou du siège de l'entreprise qui a pris la décision dans le cadre d'une UES) *(C. trav., art. L. 2313-5 et R. 2313-1, al. 3 nouveau ; L. 2313-8, al. 6 et R. 2313-4, al. 3 nouveau)*.

Si la saisine de l'autorité administrative intervient dans le cadre d'un processus électoral global, elle suspend celui-ci jusqu'à la décision administrative et entraîne la prorogation des mandats des élus en cours jusqu'à la proclamation des résultats du scrutin *(C. trav., art. L. 2313-5, al. 1 et L. 2313-8, al. 6 modifiés)*.

À NOTER Cette dernière précision a été ajoutée par la 6e ordonnance. Même si la reconnaissance de la qualité d'établissement distinct est déconnectée du processus électoral, il peut arriver en pratique qu'elle soit concomitante aux élections.

> De quel délai dispose le Direccte pour trancher ?

Le Direccte dispose de **deux mois** à compter de la réception de la contestation pour prendre sa décision. Celle-ci est notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception portant mention des voies et délais de recours. Une fois passé ce délai, le silence du Direccte vaut rejet de la contestation *(C. trav., art. R. 2313-2 et R. 2313-5 nouveaux)*.

À NOTER Le texte est silencieux quant aux destinataires de la décision. En pratique, le Direccte doit la notifier à la personne qui l'a saisi et à l'employeur. Il devrait vraisemblablement, selon nous, communiquer sa décision aux organisations syndicales concernées.

> La décision du Direccte peut-elle être contestée ?

Que la décision de la Direccte soit expresse ou implicite, elle peut faire l'objet d'un **recours** devant le **tribunal d'instance** dans un délai de **15 jours** (suivant sa notification en cas de décision explicite), à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux.

Seules les organisations représentatives dans l'entreprise, ou le CSE lorsque les négociations qui ont échoué se sont déroulées avec ledit comité, peuvent saisir le tribunal d'instance en cas de décision implicite de rejet du Direccte *(C. trav., art. L. 2313-5 et R. 2313-2 et R. 2313-5 nouveaux)*.

Dans tous les cas, le **tribunal** est **saisi** des contestations par voie de **déclaration** au **greffe**. Le Direccte peut être

CE QUE PEUT PRÉVOIR L'ACCORD RECONNAISSANT L'EXISTENCE D'UN ÉTABLISSEMENT DISTINCT

L'accord collectif d'entreprise reconnaissant l'existence d'établissements distincts *(v. « Priorité à l'accord », page 5)* peut instituer des **représentants de proximité** et/ou des **commissions**. Concernant les représentants de proximité, l'accord doit déterminer *(C. trav., art. L. 2313-7)* :

– le nombre de représentants de proximité ;

– leurs attributions ;

– les modalités de leur désignation, étant précisé qu'ils sont membres du CSE ou désignés par lui pour une durée qui prend fin avec celle du mandat des membres élus du CSE ;

– leurs modalités de fonctionnement, notamment le nombre d'heures de délégation dont bénéficient les représentants de proximité pour l'exercice de leurs attributions.

À NOTER Initialement, l'article L. 2313-1, al. 2 prévoyait la constitution d'un CSE central dans les entreprises comportant au moins deux établissements distincts, sans référence à une condition d'effectif. Selon l'exposé des motifs de l'amendement qui a obtenu l'aval du gouvernement, la mise en place d'un CSE central « dans les entreprises de moins de 50 salariés mais découpées en plusieurs établissements distincts n'aurait pas de sens, puisqu'elle consisterait à créer au niveau central une entité dépourvue d'attributions ».

Au niveau de l'UES

Lorsqu'une unité économique et sociale (UES) regroupant au moins 11 salariés est reconnue par accord collectif ou décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, un **CSE commun** est institué *(C. trav., art. L. 2313-8, al. 1)*.

Lorsque celle-ci comporte **au moins deux établissements** distincts, des **CSE d'établissements** et un **comité social et économique central** d'entreprise sont institués *(C. trav., art. L. 2313-8, al. 2)*.

À NOTER Contrairement à l'entreprise, la loi n'exige pas que l'effectif de l'UES atteigne 50 salariés pour la mise en place d'un CSE central. Comme l'ancien L. 2322-4, l'article L. 2313-8 du Code du travail ne précise pas les conditions de validité de l'accord collectif reconnaissant l'UES. Selon nous, la jurisprudence selon laquelle la reconnaissance (ou la modification conventionnelle de l'UES) ne relève pas du protocole d'accord préélectoral, mais de l'accord collectif signé, aux conditions de droit commun, par les syndicats représentatifs au sein des entités faisant partie de cette UES *(Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 13-12.712)*, perdure donc.

RECONNAISSANCE D'ÉTABLISSEMENTS DISTINCTS

La reconnaissance ou la perte de la qualité d'établissement distinct est désormais déconnectée du processus électoral. Elle n'a donc plus à être réexaminée lors de chaque élection.

UN ACCORD SUR LES ÉTABLISSEMENTS DISTINCTS PEUT-IL ÊTRE CONCLU AVEC UN COMITÉ D'ENTREPRISE ?

Le comité d'entreprise (ou le comité central d'entreprise) peut très bien négocier un accord reconnaissant l'existence d'établissements distincts, estimait en novembre dernier Sylvain Niel, avocat associé, cabinet Fidal *(v. l'actualité n° 17444 du 10 novembre 2017)*.
En effet, expliquait-il, « l'article 9 de l'ordonnance du 22 septembre 2017 précise que, pour l'application des dispositions du Code du travail, il convient de lire selon les cas « comité social et économique » ou « comité d'entreprise » ». D'autres praticiens estiment, en revanche, que, dans l'attente de la mise en place du CSE, seule une décision unilatérale de l'employeur peut définir les établissements distincts.

Priorité à l'accord

Le nombre et le périmètre des établissements distincts sont déterminés *(C. trav., art. L. 2313-2 à L. 2313-3 et L. 2313-8, al. 3 et 4)*:
– par **accord d'entreprise** conclu avec les OS représentatives (appelé ci-après « accord collectif d'entreprise reconnaissant l'existence d'établissements distincts »), et non plus par accord de type électoral conclu avec les organisations syndicales intéressées. Cet accord doit être conclu dans les **conditions** prévues au **premier alinéa** de l'article **L. 2232-12** *(v. le tableau « Validité des accords conclus dans le cadre de l'article L. 2232-12 du Code du travail », ci-dessous)*. Il peut contenir d'autres dispositions *(v. l'encadré « Ce que peut prévoir l'accord reconnaissant l'existence d'un établissement distinct », page 6)*. Attention : à défaut de stipulations dans l'accord relatif à sa durée, déterminée ou indéterminée, il est réputé conclu pur une durée déterminée de cinq ans *(C. trav., art. L. 2222-4)* ;
– **ou**, à défaut d'accord et en l'**absence de DS**, par **accord** entre l'employeur (ou les entreprises regroupées au sein de l'UES) et le **CSE**, adopté à la **majorité** des membres **titulaires élus** de la délégation du personnel du comité *(v. l'encadré « Un accord sur les établissements distincts peut-il être conclu avec un comité d'entreprise ? », page 5)*.

VALIDITÉ DES ACCORDS CONCLUS DANS LE CADRE DE L'ARTICLE L. 2232-12 DU CODE DU TRAVAIL

<table>
<tr><th></th><th>Jusqu'au 1er mai 2018</th><th>À compter du 1er mai 2018</th></tr>
<tr><td>Accord d'entreprise conclu dans les conditions de l'article L. 2232-12 du Code du travail</td><td rowspan="2">La validité d'un accord d'entreprise est subordonnée :
– à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales (OS) de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles des titulaires, quel que soit le nombre de votants ;
– et l'absence d'opposition (dans les huit jours suivant la notification de l'accord) d'une ou de plusieurs OS de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages à ces mêmes élections, quel que soit le nombre de votants.</td><td>Pour être valide, l'accord d'entreprise doit être signé par l'employeur et par une ou plusieurs OS de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires.
Si l'accord a été signé par l'employeur et par des OS représentatives ne dépassant pas le seuil de 50 %, mais ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections, l'accord peut être validé par référendum.</td></tr>
<tr><td>Accord conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12 du Code du travail</td><td>Pour être valide, l'accord d'entreprise doit être signé par l'employeur et par une ou plusieurs OS de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires.
Pas de possibilité de valider par référendum un accord minoritaire.</td></tr>
</table>

À NOTER La faculté de négocier avec le CSE un tel accord n'est-elle ouverte qu'aux seules entreprises dépourvues de DS ? En d'autres termes, l'employeur qui n'est pas parvenu à un accord avec les DS doit-il engager des négociations avec le CSE ou peut-il directement prendre une décision unilatérale ? Selon nous, cette seconde option semble la plus probable, mais des précisions de l'administration sur ce point sont souhaitables. Point important : l'ordonnance n'impose aux partenaires sociaux aucun critère pour décider du découpage de l'entreprise. Cela signifie-t-il qu'ils sont totalement libres ? D'autres questions restent en suspens. Devant quel juge l'accord peut-il être contesté ? Selon nous, il s'agit du tribunal d'instance. Celui-ci se contentera-t-il de vérifier que les conditions de négociation et de validité de l'accord sont remplies, ou ira-t-il au-delà en vérifiant la pertinence du découpage (par exemple, en s'appuyant sur un critère type « performance de la représentativité du personnel ») ? Dernière précision : le périmètre de mise en place des DS étant inchangé, attention de ne pas choisir un découpage pour le CSE inapproprié par rapport à celui des DS.

À défaut, la décision revient à l'employeur

Une décision basée sur le critère de l'autonomie de gestion...

À défaut d'accord, c'est l'**employeur** (ou l'un des employeurs mandaté par les autres dans le cadre d'une UES) qui **fixe** le nombre et le périmètre des **établissements distincts**, sur la seule base de l'**autonomie de gestion** du responsable de l'**établissement**, notamment en matière de gestion du personnel *(C. trav., art. L. 2313-4 et L. 2313-8, al. 5)*.

À NOTER La définition de l'établissement distinct retenue est une reprise partielle de la jurisprudence du Conseil d'État. Les jugements et arrêts qui seront rendus désormais par les juridictions judiciaires pourraient s'en inspirer. Pour apprécier l'autonomie de gestion, le Conseil d'État examine plusieurs éléments : l'embauche, la promotion, la discipline, la formation, le licenciement, la durée du travail.

... et portée à la connaissance des OS et/ou CSE...

Par tout moyen permettant de conférer date certaine, l'**employeur** (ou l'un des employeurs mandaté par les autres dans le cadre d'une UES) doit **informer** de sa décision :

– chaque **organisation syndicale représentative** dans l'entreprise (ou dans l'UES) ;

– chaque **OS** ayant constitué une **section syndicale** dans l'entreprise (ou dans l'UES).

Lorsque la négociation sur la reconnaissance des établissements distincts s'est effectuée avec le CSE, l'employeur doit également informer celui-ci dans le cadre d'une réunion *(C. trav., art. R. 2313-1, al. 1 et 2 et R. 2313-4, al. 1 et 2 nouveaux)*

... contestable devant le Direccte

> *Qui peut contester ?*

Peuvent contester la décision de l'employeur *(C. trav., art. L. 2313-5 et R. 2313-1, al. 3 nouveau ; L. 2313-8, al. 6 et R. 2313-4, al. 3 nouveau)* :

– les **OS représentatives** dans l'entreprise (ou dans l'UES) ;

– les **OS** ayant constitué une **section syndicale** dans l'entreprise (ou dans l'UES)

– ou le **CSE** lorsque la négociation sur la reconnaissance d'établissement distinct menée avec lui a échoué.

À NOTER L'emploi de la conjonction « ou » laisse entendre que les OS ne pourraient contester la décision de l'employeur en cas d'échec de la négociation avec le CSE, ce qui peut paraître surprenant.

> *Dans quel délai et devant qui ?*

Les **OS** et le **CSE** disposent de **15 jours** à compter de la **date** à laquelle ils ont été **informés** de la décision de l'employeur pour la contester devant le **Direccte** du siège de l'entreprise (ou du siège de l'entreprise qui a pris la décision dans le cadre d'une UES) *(C. trav., art. L. 2313-5 et R. 2313-1, al. 3 nouveau ; L. 2313-8, al. 6 et R. 2313-4, al. 3 nouveau)*.

Si la saisine de l'autorité administrative intervient dans le cadre d'un processus électoral global, elle suspend celui-ci jusqu'à la décision administrative et entraîne la prorogation des mandats des élus en cours jusqu'à la proclamation des résultats du scrutin *(C. trav., art. L. 2313-5, al. 1 et L. 2313-8, al. 6 modifiés)*.

À NOTER Cette dernière précision a été ajoutée par la 6e ordonnance. Même si la reconnaissance de la qualité d'établissement distinct est déconnectée du processus électoral, il peut arriver en pratique qu'elle soit concomitante aux élections.

> *De quel délai dispose le Direccte pour trancher ?*

Le Direccte dispose de **deux mois** à compter de la réception de la contestation pour prendre sa décision. Celle-ci est notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception portant mention des voies et délais de recours. Une fois passé ce délai, le silence du Direccte vaut rejet de la contestation *(C. trav., art. R. 2313-2 et R. 2313-5 nouveaux)*.

À NOTER Le texte est silencieux quant aux destinataires de la décision. En pratique, le Direccte doit la notifier à la personne qui l'a saisi et à l'employeur. Il devrait vraisemblablement, selon nous, communiquer sa décision aux organisations syndicales concernées.

> *La décision du Direccte peut-elle être contestée ?*

Que la décision de la Direccte soit expresse ou implicite, elle peut faire l'objet d'un **recours** devant le **tribunal d'instance** dans un délai de **15 jours** (suivant sa notification en cas de décision explicite), à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux.

Seules les organisations représentatives dans l'entreprise, ou le CSE lorsque les négociations qui ont échoué se sont déroulées avec ledit comité, peuvent saisir le tribunal d'instance en cas de décision implicite de rejet du Direccte *(C. trav., art. L. 2313-5 et R. 2313-2 et R. 2313-5 nouveaux)*.

Dans tous les cas, le **tribunal** est **saisi** des contestations par voie de **déclaration** au **greffe**. Le Direccte peut être

CE QUE PEUT PRÉVOIR L'ACCORD RECONNAISSANT L'EXISTENCE D'UN ÉTABLISSEMENT DISTINCT

L'accord collectif d'entreprise reconnaissant l'existence d'établissements distincts *(v. « Priorité à l'accord », page 5)* peut instituer des **représentants de proximité** et/ou des **commissions**. Concernant les représentants de proximité, l'accord doit déterminer *(C. trav., art. L. 2313-7)* :

– le nombre de représentants de proximité ;

– leurs attributions ;

– les modalités de leur désignation, étant précisé qu'ils sont membres du CSE ou désignés par lui pour une durée qui prend fin avec celle du mandat des membres élus du CSE ;

– leurs modalités de fonctionnement, notamment le nombre d'heures de délégation dont bénéficient les représentants de proximité pour l'exercice de leurs attributions.

amené, sur demande du greffe, à justifier de l'accomplissement de la notification de sa décision auprès des de la juridiction saisie ou à défaut, de la réception de la contestation *(C. trav., art. R. 2313-3 et R. 2313-6 nouveaux)*. Quant au juge, il peut lui demander de communiquer :
– lorsque la décision porte sur une entreprise à établissements distincts, un rapport précisant les éléments de droit ou de fait l'ayant fondée *(C. trav., art. R. 2313-3, al. 3 nouveau)* ;
– lorsqu'elle porte sur une UES à établissements distincts et est explicite, tous les éléments de nature à éclairer la juridiction *(C. trav., art. R. 2313-6, al. 3 nouveau)*.
Dès sa saisine, le juge judiciaire dispose de **dix jours** pour **statuer**. Il le fait sans frais ni forme de procédure, et sur avertissement qu'il donne trois jours à l'avance à toutes les parties intéressées. Sa **décision** est ensuite **notifiée** par le greffe dans les **trois jours** par lettre recommandée avec avis de réception. Elle est susceptible de faire l'objet d'un **pourvoi en cassation** dans un délai de **dix jours**. Le pourvoi est formé, instruit et jugé dans les conditions fixées par les articles 999 à 1008 du Code de procédure civile *(C. trav., art. R. 2313-3)*.

À NOTER **Le tribunal devant être saisi est, selon nous, celui du siège social de l'entreprise (ou de l'entreprise ayant pris la décision dans le cadre d'une UES).**

Perte du caractère d'établissements distincts

La perte de la qualité d'établissement distinct emporte la **cessation** des **fonctions** des **membres** de la délégation du personnel du **CSE** d'établissement, **sauf** si un **accord contraire** permet aux membres d'achever leur mandat. Cet accord doit être conclu en priorité avec les organisations syndicales représentatives dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12 *(v. le tableau « Validité des accords conclus dans le cadre de l'article L. 2232-12 du Code du travail », page 5)*. Ce n'est qu'en l'absence d'un tel accord qu'il peut être conclu avec le CSE concerné *(C. trav., art. L. 2313-6)*.

À NOTER **Cette disposition suscite des questions, car elle semble ouvrir la possibilité de mettre fin aux mandats des IRP de manière anticipée.**

4 Comment est-il mis en place ?

Pas de changement : comme pour les DP et le CE, l'employeur doit organiser des élections professionnelles pour mettre en place le comité social et économique. Plusieurs nouveautés sont toutefois à signaler concernant ces élections.

À NOTER **Les nouveaux formulaires Cerfa relatifs aux élections des membres du comité social et économique (CSE) ont été mis en ligne par le ministère du Travail le 3 janvier 2018 sur le site internet www.elections-professionnelles.travail.gouv.fr. Il s'agit des procès-verbaux (PV) des élections des membres titulaires et suppléants ainsi que du procès-verbal de carence pour tous les collèges. Une notice explicative relative au remplissage de ces PV est également mise à disposition.**

DÉCLENCHEMENT DES ÉLECTIONS

Dispense de négocier le PAP dans les TPE

L'employeur doit, comme c'est le cas actuellement, inviter par courrier ou par tout moyen selon les cas, les organisations syndicales à négocier le PAP.

POSSIBILITÉ D'INSTITUER UN CSE INTERENTREPRISES

S'inspirant des délégués de site *(C. trav., art. L. 2312-5 anc.)*, l'ordonnance du 22 septembre 2017 permet l'institution de **CSE interentreprises lorsque** la nature et l'importance de **problèmes communs** aux **entreprises** d'un **même site ou** d'une **même zone** le justifient.
Contrairement aux délégués de site, dont l'élection était imposée par le Direccte (de sa propre initiative ou à la demande des organisations syndicales de salariés), le CSE interentreprises est **mis en place par accord** collectif. Conclu entre les employeurs de celles-ci et les organisations syndicales représentatives au niveau interprofessionnel ou au niveau départemental, cet accord **doit définir** *(C. trav., art. L. 2313-9)* :
– le nombre de membres de la délégation du personnel du CSE interentreprises ;
– les modalités de leur élection ou désignation ;
– les attributions du CSE ;
– et ses modalités de fonctionnement. À ce sujet, l'accord peut prévoir que, dans les entreprises d'au moins 11 salariés du site ou de la zone ayant mis en place un CSE, un membre de la délégation du personnel de chaque CSE participe aux réunions mensuelles. Selon nous, il peut s'agir d'un membre du CSE élu ou non, titulaire ou suppléant.
Ces dispositions ne remettent pas en cause la possibilité pour des entreprises qui possèdent ou envisagent de créer certaines institutions sociales communes de constituer un comité interentreprises *(C. trav., art. R. 2312-43 à R. 2312-48 nouveaux reprenant art. R. 2323-28 à R.2323-33 anc. en les actualisation du fait de la disparition des DP)*.

Toutefois, les entreprises dont l'effectif est compris **entre 11 et 20 salariés** sont soumises à cette **obligation** uniquement lorsqu'**au moins un salarié** s'est porté **candidat** aux élections dans un délai de **30 jours** à compter de l'information faite aux salariés de l'organisation d'élections professionnelles *(C. trav., art. L. 2314-5, al. 5)*.

À NOTER **En l'absence de candidature dans un délai de 30 jours à compter de l'information générale des salariés sur l'organisation de l'élection du CSE, l'employeur devrait, selon nous, définir de manière unilatérale les conditions d'organisation des élections professionnelles. C'est ce qui semble ressortir de la décision du Conseil constitutionnel du 21 mars 2018 et des observations du gouvernement *(v. l'actualité n° 17537 du 23 mars 2018)*. Toutefois, le doute plane. En effet, dans le modèle de procès-verbal de carence pour tous les collèges du comité social et économique figure cette mention : « si votre entreprise emploie de 11 à 20 salariés et aucun salarié ne s'est porté candidat dans un délai de trente jours [...] à compter de l'information du personnel de l'organisation des élections par l'employeur [...]. Conformément aux dispositions de l'article L. 2314-5 alinéa 5, aucune élection n'a été organisée ».**

Organisation des élections sur demande

C'est à l'employeur d'organiser les élections, qu'il s'agisse de mettre en place pour la première fois le CSE ou de le renouveler. En l'absence de CSE, celui-ci peut également, comme c'est le cas actuellement pour les anciennes IRP *(C. trav., art. L. 2314-4 anc. pour les DP et L. 2324-5 anc. pour le CE)*, être invité à les organiser sur demande d'un salarié ou d'une organisation syndicale. Cette **demande** peut être présentée **à tout moment, excepté** désormais lorsque l'employeur a engagé un **processus électoral** qui n'a **pas abouti** (PV de carence établi). Dans

ce cas, la nouvelle demande ne peut intervenir qu'à l'issue de six mois après l'établissement du procès-verbal de carence *(C. trav., art. L. 2314-8 modifié)*.
Pas de changement concernant le délai imposé pour engager le processus électoral : l'employeur doit le faire dans le mois suivant la réception de cette demande *(C. trav., art. L. 2314-8)*.

À NOTER **Initialement, l'article L. 2314-8 prévoyait que la nouvelle demande devait intervenir dans un délai de six mois après l'établissement du procès-verbal de carence. La 6e ordonnance a rectifié cette erreur. Par ailleurs, notons que cette mesure contrecarre la jurisprudence selon laquelle la demande peut être présentée à tout moment, même très peu de temps après l'établissement d'un PV de carence constatant l'absence de candidature aux élections** *(Cass. soc., 12 novembre 1987, n° 86-60.431)*.

Organisation d'élections partielles

L'employeur doit organiser des élections partielles si un **collège électoral** n'est **plus représenté** ou si le nombre de **membres titulaires** est, tous collèges confondus, **réduit de moitié** ou plus. Il y est **même** tenu, contrairement à ce qui est prévu pour les DP et le CE *(C. trav., art. L. 2314-7 et L. 2324-10 anc.)*, **si** ces événements sont la **conséquence** de l'**annulation** de l'élection de candidats par le juge pour non-respect des dispositions sur la représentation équilibrée des hommes et des femmes *(C. trav., art. L. 2314-10)*.

À NOTER **Lors de l'examen parlementaire, les sénateurs avaient réintroduit une disposition dispensant l'employeur d'organiser des élections partielles dans cette dernière hypothèse, estimant que l'employeur n'est pas responsable de cette situation, l'établissement des listes de candidats relevant de la seule responsabilité des organisations syndicales. Cette dispense a été censurée par le Conseil constitutionnel le 21 mars 2018** *(v. encadré : « La dispense d'organiser les élections partielles censurée par le conseil constitutionnel », ci-dessous)*.

LA DISPENSE D'ORGANISER LES ÉLECTIONS PARTIELLES CENSURÉE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Selon le 9° de l'article 6 de la loi de ratification telle qu'adoptée par le Parlement le 14 février 2018, l'employeur est dispensé d'organiser les élections partielles lorsque les vacances des sièges au sein du comité social et économique résultent de l'annulation, par le juge, de l'élection de membres de ce comité en raison de la méconnaissance des règles tendant à une représentation équilibrée des femmes et des hommes.
Cette disposition, estime le Conseil constitutionnel, porte atteinte de manière disproportionnée au principe de participation des travailleurs et est en conséquence déclarée contraire à la Constitution. En effet, poursuit-il, elle peut aboutir à ce que plusieurs sièges demeurent vacants au sein de la délégation du personnel du comité social et économique, pour une période pouvant durer jusqu'à quatre ans, y compris dans les cas où un collège électoral n'est plus représenté au sein de ce comité et où le nombre des élus titulaires a été réduit de moitié ou plus. Cette disposition peut donc conduire à ce que le fonctionnement normal du comité social et économique soit affecté dans des conditions remettant en cause le principe de participation des travailleurs, selon le Conseil *(Conseil constitutionnel, Décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018)*.

PRÉPARATION DES ÉLECTIONS

Négociation d'un protocole préélectoral

Nouveaux thèmes ouverts à la négociation

L'employeur doit continuer à inviter les syndicats intéressés à négocier un **protocole** d'accord préélectoral (PAP). Ce dernier peut désormais **modifier** (réduire ou augmenter) le nombre de **sièges** ou le volume des **heures individuelles** de délégation, dès lors que le volume global de ces heures, au sein de chaque collège, est au moins égal à celui résultant des dispositions légales au regard de l'effectif de l'entreprise *(C. trav., art. L. 2314-7)*.
Autre nouveauté : les entreprises dont l'effectif est compris **entre 50 et 300 salariés** peuvent, dans leur protocole d'accord préélectoral, **déroger** à la **limite** légale du nombre de **mandats successifs**, fixée à trois *(C. trav., art. L. 2314-33 nouveau)*.
Enfin, le PAP doit désormais prendre des dispositions pour faciliter, s'il y a lieu, la **représentation** des salariés travaillant en **équipes successives** ou dans des conditions qui les isolent des autres salariés *(C. trav., art. L. 2314-15)*.

À NOTER **En cas de réduction du nombre d'élus, le PAP doit augmenter le volume des heures individuelles de délégation, et inversement** *(C. trav., art. L. 2314-7)*.

Nombre de collèges électoraux

Un **accord préélectoral** (ou un accord collectif étendu ou non) peut continuer à modifier le nombre et la composition des collèges électoraux à condition d'être signé par toutes les organisations syndicales représentatives de l'entreprise. Toutefois, il **ne peut**, à l'image de ce qui est prévu pour le CE *(C. trav., art. L. 2324-12, al. 2, anc.)*, **faire obstacle** à la création du **troisième collège**, précise désormais le nouvel article L. 2314-12 du Code du travail.
Comme ce qui est prévu pour les DP *(C. trav., art. L. 2314-9 anc.)*, dans les établissements ou les entreprises n'élisant qu'un titulaire et un suppléant, il est mis en place pour chacune de ces élections un **collège électoral unique** regroupant l'ensemble des catégories professionnelles *(C. trav., art. L. 2314-11 nouveau)*. Cette mesure a été réintroduite par la 6e ordonnance.

Répartition dans les collèges électoraux

Comme aujourd'hui, le **PAP** précise la **répartition** du personnel et celle des sièges dans les collèges électoraux. Et **à défaut d'accord** et dès lors qu'au moins un syndicat a répondu à l'invitation de négocier, la **Direccte** du siège de l'entreprise ou de l'établissement décide de ces répartitions. Elle doit le faire, lui impose désormais le nouvel article R. 2314-3, dans un délai de **deux mois** à compter de la réception de la « contestation » par lettre recommandée avec demande d'avis de réception portant mention des voies et délais de recours. Cette décision peut faire l'objet d'un **recours** devant le **tribunal d'instance** dans un délai de **15 jours** suivant sa notification *(C. trav., art. L. 2314-13 et R. 2314-3 nouveaux)*. À défaut de décision de la Direccte dans le délai qui lui est imparti, l'employeur ou les organisations syndicales intéressées peuvent saisir, dans un délai de 15 jours, le tribunal d'instance afin qu'il soit statué sur cette répartition.
Signalons que l'**employeur** peut désormais effectuer cette **répartition** lorsqu'**aucune organisation** syndicale représentative dans l'entreprise n'a pris **part** à la **négociation** du PAP *(C. trav., art. L. 2314-14)*.
Dans tous les cas, la proportion de femmes et d'hommes composant chaque collège doit être portée à la connaissance de chaque salarié.

À NOTER Les deux mois dont dispose le Direccte pour décider de la répartition du personnel et de celle des sièges est décompté à partir de « la saisine » du Direccte, et non comme le prévoit l'article R. 2314-3 à compter de « la contestation ». Ce dernier terme est pour le moins ambigu.

Candidatures

Les listes de candidatures doivent respecter certaines règles pour permettre une **représentation équilibrée** des **femmes** et des **hommes**. Celles-ci demeurent. Cependant, lorsqu'elles conduisent à **exclure totalement** la représentation de l'un ou l'autre sexe, les listes peuvent comporter **un candidat** du **sexe** qui, à défaut, n'est **pas représenté**. Ce candidat ne peut être en première position sur la liste *(C. trav., art. L. 2314-30)*.
Autre nouveauté : les **salariés mis à disposition** ne sont pas éligibles dans l'entreprise utilisatrice. Cette disposition était déjà prévue pour le CE, mais pas pour les DP *(C. trav., art. L. 2314-23)*.

DÉROULEMENT DES ÉLECTIONS

Le vote doit avoir lieu **90 jours au plus tard** suivant l'information des salariés par l'employeur de l'organisation des élections *(C. trav., art. L. 2314-4)*. Actuellement, ce délai varie selon qu'il s'agisse de premières élections (90 jours) ou d'un renouvellement de l'instance (45 jours) *(C. trav., art. L. 2314-2 anc. pour les DP et L. 2324-3 anc. pour le CE)*.
Comme ce qui était prévu pour l'élection du CE, seuls les membres de la délégation du personnel et les membres du bureau de vote doivent bénéficier d'une **formation** sur le système de **vote électronique** *(C. trav., art. R. 2314-12, nouveau)*. Auparavant, les DS bénéficiaient d'une telle formation pour l'élection des DP *(C. trav., art. R. 2314-15, al. 2 anc.)*.
Concernant les **élections partielles**, elles se déroulent sur la base des dispositions en vigueur lors de l'élection précédente, prévoit désormais expressément le futur article L. 2314-10 du Code du travail relatif à ce type d'élection. Et, les candidats sont élus pour la durée du mandat restant à courir.

À NOTER Cette disposition relative aux élections partielles reprend celle prévues à l'article 2.5.2 de la circulaire DRT n° 13 du 25 octobre 1983.

CONTESTATION DES DÉCISIONS ADMINISTRATIVES PRÉÉLECTORALES

Le **tribunal d'instance** continue de **statuer en dernier ressort** sur les contestations relatives à une décision de l'autorité administrative prise sur le fondement des articles L. 2314-13 (répartition du personnel entre les collèges électoraux) et L. 2314-2 (autorisation de déroger aux conditions d'ancienneté pour être électeur ou éligible) *(C. trav., art. R. 2314-23 nouveau)*. Le **greffe** peut **demander** à l'**autorité administrative** de **justifier** auprès du tribunal de l'accomplissement de la **notification** de sa décision « ou, à défaut », ajoute le décret, « de sa réception de la contestation ». Cet ajout permet de prendre en compte de la possibilité pour la Direccte de prendre une **décision implicite de rejet**.
Si le juge le demande, la Direccte doit communiquer tous les éléments précisant les éléments de droit ou de fait ayant fondé sa décision *(C. trav., art. R. 2314-24 nouveau)*.

QUELLES RÈGLES APPLIQUER AUX ANCIENNES IRP ?

Les dispositions du Code du travail relatives aux anciennes instances représentatives du personnel et à leurs réunions communes continuent de s'appliquer dans leur rédaction en vigueur le 23 septembre 2017 (date de publication de l'ordonnance Macron) aux IRP en place et ce jusqu'à la mise en œuvre du comité social et économique *(art. 9, V, I de l'ordonnance)*.
Depuis le 23 septembre 2017, les partenaires sociaux peuvent négocier avec une plus grande latitude le contenu, les modalités et la périodicité des consultations récurrentes et ponctuelles du CE (ou CSE) ainsi que l'architecture de la base de données économiques et sociales (BDES). Ces accords ainsi conclus s'appliquent au CE existant à la date de sa conclusion *(art. 8, V, I de l'ordonnance)*.
Les autres dispositions du Code du travail modifiées par les autres ordonnances Macron s'appliquent bien aux anciennes IRP en place *(art. 9, V, II de l'ordonnance)*.

Sources// • Ord. n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, JO 23 septembre ; Ord. n° 2017-1718 du 20 décembre 2017, JO 21 décembre ; L. n° 2018-217 du 29 mars 2018, JO du 31 mars ; D. n° 2017-1819 du 29 décembre 2017, JO 30 décembre

CONSULTER LES DOCUMENTS SUR : **www.liaisons-sociales-quotidien.fr**

VOIR AUSSI

La composition et le fonctionnement du CSE : v. le dossier juridique -IRP- n° 71/2018 du 16 avril 2018.
Les attributions du CSE : v. le dossier juridique -IRP- n° 73/2018 du 18 avril 2018.

Wolters Kluwer

LIAISONS SOCIALES PRESSE

Social Pratique

3 outils pour comprendre et appliquer sans risque d'erreur le droit du travail

***Social Pratique Actualités*: Appliquez le droit social simplement!**
Tous les 15 jours l'information juridique dans un style clair et opérationnel. Les derniers décrets, lois et décisions de justice et leurs incidences concrètes sur le terrain.

Les dossiers de *Social Pratique*: Mettez en œuvre les changements en droit social!
Tous les mois un supplément sous forme de Questions/Réponses. Une véritable analyse des sujets forts qui ont marqué l'actualité.

Le *Mémo Social*: Agissez en toute sécurité!
Rédigé dans un langage clair et accessible, les réponses à vos questions étayées par la jurisprudence la plus récente.

BULLETIN D'ABONNEMENT *Social Pratique*

À retourner à l'adresse suivante: Wolters Kluwer France - Service clients - CP 402 - 14, rue Fructidor 75814 Paris Cedex 17 - contact@wkf.fr - 0 825 08 08 00

☐ Oui, je m'abonne à *Social Pratique* et je profite de l'OFFRE SPÉCIALE -16%*

002754 001

Version	Réf.	Tarif HT	Tarif TTC
☐ Papier (e-book inclus)	LR013	312 € au lieu de ~~372 €~~	318,55 € au lieu de ~~379,81 €~~
☐ E-book seul	TK813	312 € au lieu de ~~372 €~~	318,55 € au lieu de ~~379,81 €~~

*Offre valable uniquement pour tout nouvel abonnement au Social Pratique sur le prix d'achat au numéro jusqu'au 31 décembre 2018 et non cumulable avec une autre offre en cours.

Merci de compléter vos coordonnées:

☐ Mme ☐ M. Nom: ..... Prénom: .....

Fonction: ..... Service: .....

Raison Sociale: ..... Adresse: .....

.....

Code Postal: ..... Ville : .....

Tél.: ..... Fax: .....

E-mail : .....
(Obligatoire pour la mise en place de votre abonnement)

N° Siret: ..... Code NAF: .....

☐ Siège ☐ Établissement Nombre de salariés à mon adresse: .....

Conformément à la loi du 6 janvier 1978, ces informations peuvent donner lieu à l'exercice d'un droit d'accès et de rectification auprès de Wolters Kluwer France SAS (cf. adresse ci-dessus).

Composition de l'abonnement : *Version papier* : 22 numéros + 11 dossiers de Social Pratique - L'édition en cours du Mémo Social et son édition refondue en cours d'année - La version e-book des publications et du Code du travail.
Version e-book : La version digitale de la publication et de toutes ses composantes, ainsi que du Code du travail sur la bibliothèque digitale Smarteca.

☐ Vous trouverez ci-joint mon règlement de ..... €TTC par chèque à l'ordre de Wolters Kluwer France, je recevrai une facture acquittée.

☐ Je réglerai à réception de la facture.

Date, Signature et cachet

La signature de ce bon de commande emporte adhésion des conditions générales de vente consultables sur *www.wkf.fr*

Les tarifs indiqués sont valables au 01/01/2018 sous réserve d'une modification du taux de TVA applicable au moment de la commande.

Pour tout envoi hors de France métropolitaine, une majoration est prévue sur le prix HT de 10% pour l'Europe et les DOM-COM, et de 20% pour les autres pays. Les abonnements sont automatiquement renouvelés d'une année sur l'autre sauf avis contraire de votre part signifié deux (2) mois avant la date d'échéance.

Wolters Kluwer

SAS au capital de 75 000 000 € - TVA FR 55 480 081 306 - SIREN 480 081 306 RCS PARIS

A_SPR_145x205_N_01/18 - [PB]