



**Note explicative relative à l'arrêt n°73 du 13 janvier 2021
(19-23.533) - chambre sociale**

A l'occasion d'un pourvoi relatif au recours au vote électronique pour les élections professionnelles en entreprise, la chambre sociale de la Cour de cassation était saisie de trois questions nouvelles:

1. La contestation de la décision de recours au vote électronique relève-t-elle de la procédure applicable au contentieux des accords collectifs, ou à celle applicable au contentieux du processus électoral ?

L'article L. 2314-26 du code du travail prévoit la possibilité de décider de recourir au vote électronique « si un accord d'entreprise ou, à défaut, l'employeur le décide ».

La chambre sociale a jugé que l'accord collectif décidant du principe du recours au vote électronique était un accord de droit commun, distinct du protocole préélectoral qui peut ensuite le mettre en oeuvre au moment des élections, et soumis aux conditions de validité de droit commun (Soc. 28 septembre 2011, pourvoi n°10-27.370, Bull. 2011, V, n° 202).

Dès lors, on pouvait soutenir que la contestation de l'accord collectif visé par l'article L. 2314-26, ou à défaut la décision unilatérale de l'employeur, était soumise aux conditions de contestation de l'accord collectif de droit commun, c'est-à-dire au tribunal judiciaire statuant en premier ressort.

Cependant l'objet de cet accord collectif est exclusivement en lien avec l'organisation des élections professionnelles. Or, depuis plusieurs années, le législateur et la jurisprudence s'efforcent de créer un bloc de compétence en ce domaine, d'abord au profit du tribunal d'instance, puis du tribunal judiciaire statuant en dernier ressort, pour que tout le contentieux afférent au processus préélectoral et électoral soit

soumis à un même juge. C'est ainsi que le législateur a notamment donné compétence au tribunal judiciaire pour statuer sur les décisions prises par l'autorité administrative en matière de détermination du périmètre des établissements distincts ou de répartition des électeurs dans les collèges (C.trav., art. L. 2314-5). C'est également la raison pour laquelle, en 2012, la chambre sociale a considéré que l'accord de reconnaissance d'une unité économique et sociale, dont l'objet est de déterminer le périmètre d'exercice des missions de représentation collective, est soumis à un contentieux en dernier ressort (Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-20.232, 11-20.233, Bull. 2012, V, n° 37).

Dans cette même logique, la chambre sociale décide ici que le contentieux portant sur l'accord collectif - ou à défaut la décision unilatérale de l'employeur - décidant du recours au vote électronique, relève du tribunal judiciaire statuant en dernier ressort.

2. Que signifie la formule « à défaut d'accord » permettant à l'employeur de décider unilatéralement du recours au vote électronique ?

L'article L. 2314-26 du code du travail prévoit ainsi la possibilité d'un recours au vote électronique décidé par accord collectif, ou, « à défaut », unilatéralement par l'employeur. Les mots « à défaut » doivent-ils s'analyser comme une alternative simple ou comme une subsidiarité ?

La chambre sociale a déjà été amenée à affirmer que les termes « à défaut » recélaient intrinsèquement une subsidiarité. C'est le cas de la disposition relative à l'établissement de la représentativité syndicale, le texte de l'article L. 2122-5 du code du travail se référant au premier tour des dernières élections « des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel, ou, à défaut, des délégués du personnel ». (Soc. 13 juillet 2010, pourvoi n°10-60.148, Bull.2010, V, n°176).

Plus récemment, la chambre sociale a eu à se prononcer sur la signification à donner aux termes « en l'absence de » figurant dans les textes issus des ordonnances du 22 septembre 2017 s'agissant de la détermination du périmètre des établissements distincts, permettant à l'employeur de déterminer seul le périmètre des établissements distincts en l'absence d'accord (C...du trav., art. L. 2313-4).

La chambre sociale a affirmé qu'il résultait de ces dispositions « *que ce n'est que lorsque, à l'issue d'une tentative loyale de négociation, un accord collectif n'a pu être conclu que l'employeur peut fixer par décision unilatérale le nombre et le périmètre des établissements distincts* » (Soc., 17 avril 2019, pourvoi n° 18-22.948, en cours de publication).

C'est cette même formule qu'elle reprend s'agissant de la possibilité d'une décision unilatérale de recours au vote électronique à défaut d'accord collectif.

La chambre sociale rappelle ainsi que la prévalence accordée par le législateur à la négociation collective pour la détermination du processus électoral conduit à

privilégier l'accord collectif à la décision unilatérale lorsque la loi autorise la décision unilatérale à défaut ou en l'absence d'accord.

3. La prévalence de la négociation collective sur la décision unilatérale de l'employeur oblige-t-elle, en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise, à tenter de recourir à la négociation dérogatoire ?

Lorsqu'il n'y a pas, ou plus, dans l'entreprise, de délégué syndical, l'employeur est-il tenu, avant de recourir à la décision unilatérale, de tenter de négocier selon les modalités dérogatoires prévues par les articles L. 2232-24 et suivants du code du travail, c'est-à-dire, s'agissant des entreprises d'au moins 50 salariés, soit avec des salariés mandatés, soit avec les élus ?

La chambre sociale répond à cette question par la négative.

En effet, les dispositions sur la négociation dérogatoire sont des dispositions subsidiaires, en cas d'absence de délégué syndical, afin de permettre à l'employeur, notamment dans le cadre de la négociation obligatoire, de parvenir malgré tout à élaborer un accord. Or, dans le cas du vote électronique, la loi prévoit justement un autre type de disposition subsidiaire, en autorisant la décision unilatérale de l'employeur.

En outre, l'objectif du législateur, au fur et à mesure des réformes successives, a été de favoriser la possibilité du recours au vote électronique. Cet objectif ne serait pas rempli si, pour mettre en place un tel vote, l'employeur devait, dans le temps contraint de la préparation des élections professionnelles, franchir toutes les étapes que suppose le recours à la négociation dérogatoire, notamment par des informations préalables nécessitant des délais particuliers et le recours à la consultation des salariés eux-mêmes.

Dès lors, l'absence de délégué syndical dans l'entreprise est une des situations dans lesquelles, à défaut d'accord collectif possible, l'employeur peut décider du recours au vote électronique par décision unilatérale.