



RAPPORT DE Mme OTT, CONSEILLÈRE

Arrêt n° 1384 du 14 décembre 2022 – Chambre sociale

Pourvoi n° 21-19.551

Décision attaquée : Tribunal judiciaire de Créteil du 29 juin 2021

2SMA

C/

**La Direction régionale des entreprises de la
concurrence et de la consommation du travail
et de l'emploi d'Ile-de-France**

**Rapport contenant proposition de rejet non spécialement motivé de la seconde branche
du moyen unique**

1 - Rappel des faits et de la procédure

Le groupe DocteGestio est organisé en 3 grands métiers : le tourisme et l'hôtellerie, sous la marque Poppins, le médico-social sous la marque Amapa et la santé sous la marque Doctocare : le dossier concerne ce dernier secteur de la santé.

Le 25 janvier 2021, le délégué du directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (le Direccte) de la région Ile-de-France a rejeté la demande, présentée par l'employeur, d'arbitrage sur la répartition du personnel et des sièges entre les collèges des deux comités sociaux et économiques d'établissement distincts conventionnels composant l'unité économique et sociale Santé du groupe Doctegestio (l'UES), en considérant que le périmètre des établissements distincts n'a pas été au préalable clairement défini par l'accord collectif du « 4 octobre » 2019, qu'il ne lui appartient pas d'interpréter, ni par décision unilatérale de l'employeur.

Les 21 sociétés, associations et groupement de coopération sanitaire composant l'UES ont saisi le 8 février 2021 le tribunal judiciaire d'une requête en contestation de cette décision, en

demandant, à titre principal, de constater qu'il n'y a pas lieu d'interpréter l'accord du 8 octobre 2019 comme devant conduire à rattacher le support à l'entité juridique ou au site géographique dans lequel le salarié travaille et de procéder à une répartition du personnel et des sièges entre collèges en application du dit accord et, à titre subsidiaire, d'interpréter l'accord du 8 octobre 2019 s'il était considéré comme ambigu par le tribunal et procéder, pour chaque comité social et économique d'activité, à une répartition du personnel et des sièges dans les collèges conformément à l'interprétation retenue.

Par jugement du 29 juin 2021, le tribunal judiciaire de Créteil a constaté son incompétence matérielle, a renvoyé les parties à mieux se pourvoir et a rejeté toutes les autres demandes. Le 13 juillet 2021, les 21 sociétés, associations et groupement de coopération sanitaire composant l'UES, à qui le jugement a été notifié entre le 6 et le 8 juillet 2021, ont déclaré un pourvoi en la forme de la procédure avec représentation obligatoire.

Ils ont déposé le 13 août 2021 un mémoire ampliatif, notifié le même jour à l'avocat aux conseils constitué par onze salariés et par lettres recommandées avec accusé de réception adressées le même jour au Direccte, aux six organisations syndicales en cause et à deux autres salariés.

Ils sollicitent le paiement par le Direccte d'une somme de 3 000 € en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Mmes [P], [T], [Y], [B],, [K], [A], [W] et [O] et MM [I], [J] et [X] ont déposé et notifié le 27 août 2021 un mémoire en défense, sollicitant le paiement d'une somme de 3 500 € en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Les autres défendeurs ne sont pas représentés et n'ont pas déposé de mémoire.

2 - Analyse succincte du moyen

Les 21 sociétés, associations et groupement de coopération sanitaire composant l'UES font grief au jugement de constater l'incompétence matérielle du juge du contentieux électoral, de renvoyer les parties à mieux se pourvoir et de rejeter toutes les autres demandes, alors :

*«1°/ selon l'article L.2313-2 du code du travail, un accord collectif détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts ; que selon l'article L. 2314-13 du même code, la répartition du personnel au sein des collèges électoraux et la répartition des sièges doivent, en l'absence de protocole d'accord préélectoral valide, être définis par l'autorité administrative ; que selon l'article R. 2314-3 du même code, à défaut de refus de l'autorité administrative de procéder à cette répartition, l'employeur peut saisir le tribunal judiciaire afin qu'il soit statué sur la répartition des personnels et des sièges entre les collèges ; **qu'il résulte de ces dispositions que le tribunal judiciaire, saisi d'une demande tendant à la répartition du personnel au sein des collèges et des sièges est tenu de procéder à cette répartition en respectant le périmètre des établissements distincts définis par accord collectif et doit, s'il existe une difficulté quant à la détermination de ce périmètre, interpréter lui-même cet accord ; qu'investi d'une plénitude de juridiction relativement à la répartition du personnel au sein des collèges et à la répartition des sièges, il ne peut donc se retrancher derrière une ambiguïté de l'accord collectif fixant nombre et le périmètre des établissements distincts pour refuser d'exercer son office ; qu'au cas présent, il est constant que l'accord collectif du 8 octobre 2019 relatif à la représentation du personnel au sein de l'UES Santé du groupe DocteGestio prévoit que l'UES Métier Santé est constituée de deux comités sociaux et économiques d'établissements dont les périmètres respectifs étaient définis par activités : le CSEA Hospitalisation et le CSEA Médical, Dentaire, Thermalisme, Support, Optique et Audio ; que les sociétés exposantes demandaient au tribunal judiciaire, à la suite de l'échec de la négociation d'un protocole d'accord préélectoral et du refus de la DIRECCTE de procéder à la répartition du personnel au sein des collèges et à la répartition des sièges, de procéder à une telle répartition au regard des dispositions de l'accord du 8 octobre 2019, au besoin en interprétant cet accord ; **qu'en se déclarant matériellement incompétent pour*****

procéder à une telle répartition et en renvoyant les parties à mieux se pourvoir au motif que « selon la jurisprudence, l'interprétation des accords d'entreprise relève du tribunal judiciaire » et que « le juge du contentieux électoral est incompétent pour interpréter cet accord », le tribunal judiciaire a violé les articles L. 2313-2, L. 2314-13 et R. 2314-3 du code du travail, ensemble les articles 12 du code de procédure civile et 4 du code civil ;

2°/ subsidiairement, que selon l'article 81 du code de procédure civile, sauf lorsque le juge estime que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, le juge qui se déclare incompétent doit désigner la juridiction qu'il estime compétente ; qu'en renvoyant les parties à mieux se pourvoir, après avoir constaté son incompétence matérielle, le tribunal judiciaire n'a pas désigné la juridiction compétente pour trancher le litige et a violé le texte susvisé, ensemble l'article 4 du code civil . »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Répartition du personnel et des sièges entre collèges des comités sociaux et économiques des établissements distincts au sein d'une UES définie par accord collectif.

Recours contre la décision du Direccte et office du juge judiciaire, en cas de difficulté relative à la détermination du périmètre des établissements distincts et interprétation de l'accord collectif instaurant l'UES et définissant les établissements distincts.

Etant rappelé que le contentieux des élections professionnelles ressort désormais de la compétence du tribunal judiciaire, et non plus du tribunal d'instance.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4-1 Rappel des textes et de la jurisprudence

La mise en place des institutions représentatives du personnel au sein d'une entreprise suppose en premier lieu de déterminer le cadre dans lequel l'IRP va s'inscrire : entreprise avec un CSE unique ou entreprise découpée en plusieurs établissements distincts dotés chacun d'un CSE d'établissement. Il s'agit donc de déterminer le nombre d'établissements distincts et leur périmètre respectif.

Ensuite seulement pourra se faire une répartition du personnel selon les collèges au sein des établissements distincts, puisque pour y procéder, il faut savoir quels sont les salariés rattachés au périmètre qui a été défini de l'établissement distinct, ainsi que la répartition des sièges entre collèges au sein de cet établissement.

On sait qu'une unité sociale et économique peut être mise en place par voie de reconnaissance conventionnelle : il s'agit alors d'un accord collectif de droit commun (Soc., 14 novembre 2013, pourvoi n° 13-12.712, Bull. 2013, V, n° 266¹), ce que confirment les dispositions nouvelles relatives au comité social et économique (article L.2313-8 par renvoi à L.2232-12 du code du travail), ou par voie de reconnaissance judiciaire par décision du tribunal d'instance devenu tribunal judiciaire.

Selon l'ouvrage « Droit de la représentation du personnel »² (n°113-35 : le contentieux de l'accord collectif CSE), « *Le contentieux de l'accord collectif déterminant le périmètre des établissements distincts est-il soumis au tribunal de grande instance, juge de droit commun de*

¹« *La reconnaissance ou la modification conventionnelle d'une unité économique et sociale 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 unité économique et sociale.* »

² Ed. Dalloz Action, 2019-2020, par G. Loiseau, P. Lokiec, L. Pécaut-Rivolier et P-Y Verkindt

l'accord collectif, ou au tribunal d'instance, juge de droit commun du processus électoral? La question reste ouverte, puisque la jurisprudence admet que, bien que relevant de l'accord collectif de droit commun, l'accord sur le périmètre d'une UES, à nature électorale, relève de la compétence du tribunal d'instance. »

Selon le même ouvrage, (point n°151.61 : l'autorité administrative, arbitre du processus électoral), « *En matière d'élections professionnelles, l'autorité administrative intervient comme arbitre en amont de l'élection, à défaut d'accord sur certains points de la négociation préélectorale. Jusqu'à présent, sa compétence était prévue par différents textes sans ligne cohérente d'ensemble. L'ordonnance du 22 septembre 2017 (n°2017-1386) a grandement clarifié la situation : sauf pour ce qui concerne la dérogation aux règles d'ancienneté – qui est du ressort direct de l'inspecteur du travail – c'est l'autorité administrative, c'est-à-dire concrètement le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, qui est compétent pour statuer sur toutes les questions préélectorales qui lui sont dévolues, mais **sous le contrôle du tribunal d'instance qui devient la juridiction générale de recours en matière électorale.** En effet, depuis la loi du 6 août 2015, **les recours contre les décisions prises par l'autorité administrative en matière d'élections professionnelles sont désormais de la compétence du juge judiciaire, non plus du juge administratif. Il s'agit de créer, en matière d'élections professionnelles, un bloc de compétence** pour éviter les imbroglios antérieurs liés à l'intervention concomitante de deux juges différents. »*

La difficulté tenant à l'interprétation de l'accord collectif, instaurant l'UES et définissant le périmètre des établissements distincts la composant, questionne au travers du présent pourvoi ce « bloc de compétence ».

D'autant plus qu'il faut relever des conclusions des parties devant le juge du fond, même si cela ne ressort pas du jugement attaqué, que l'accord collectif en question a été dénoncé par des organisations syndicales.

Ainsi, on peut relever que dans leurs conclusions devant le tribunal judiciaire (prod. n°1 annexée au mémoire ampliatif, page7), l'employeur écrivait : « **Le 20 juillet 2020, l'accord d'UES était effectivement dénoncé, dans un premier temps par les fédérations syndicales CGT, CFE-CGC, CFTD et UNSA (pièce n°12) auxquelles la Direction de Doctocare a répondu le 24 juillet 2020 (Pièce n°13).** ».

Il convient d'abord de rappeler les règles relatives à la définition des établissements distincts, puis celles relatives à la répartition du personnel et des sièges entre les collèges électoraux au sein de ces établissements distincts, avant de s'attacher aux motifs de la décision déferée et ses critiques.

Mais, au préalable, dès lors que l'office du tribunal judiciaire est au coeur de la problématique posée par le présent pourvoi, il convient de rappeler comment s'est opéré le transfert du contentieux du juge administratif au juge judiciaire, d'abord au profit du tribunal d'instance et désormais du tribunal judiciaire.

4-1-1 Le transfert du contentieux au juge judiciaire

Si les ordonnances de 2017 ont parachevé ce transfert, il a été initié par la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dont l'article 267 dispose que :

Les articles L. 2314-11, L. 2314-20, L. 2314-31, L. 2324-13, L. 2324-18 et L. 2327-7 du code du travail sont complétés par un alinéa ainsi rédigé :

« **En cas de contestation, le recours à l'encontre de la décision de l'autorité administrative relève de la compétence du juge judiciaire.** »

Cet article s'inscrit dans la « Section 2 : Dispositif de contrôle de l'application du droit du travail » du Chapitre II « Droit du travail » du Titre III « Travailler » de cette loi.

Le texte initial du projet de loi soumis à l'Assemblée nationale est présenté ainsi lors de la 1^{ère} lecture : « *Le dialogue social au sein de l'entreprise est réformé par l'article 87 pour supprimer la compétence administrative en matière préélectorale, assurer la transmission par l'employeur du procès-verbal des élections aux organisations syndicales reconnues comme représentatives. L'inscription d'office à l'ordre du jour du CHSCT des consultations obligatoires est prévue par ailleurs.* »

L'article 87 de ce projet initial est ainsi rédigé :

Le code du travail est ainsi modifié :

1° Au troisième alinéa de l'article L. 2312-5, au deuxième alinéa de l'article L. 2314-11, au premier alinéa de l'article L. 2322-5 et au deuxième alinéa des articles L. 2324-13 et L. 2327-7, les mots : « l'autorité administrative » sont remplacés par les mots : « le juge judiciaire » ;

2° Au quatrième alinéa de l'article L. 2312-5, au troisième alinéa de l'article L. 2314-11, au deuxième alinéa des articles L. 2314-31 et L. 2322-5 et au troisième alinéa des articles L. 2324-13 et L. 2327-7, les mots : « de l'autorité administrative » sont remplacés par les mots : « du juge judiciaire » ;

3° Aux articles modifiés aux 1° et 2°, les mots : « décision administrative » sont remplacés, dans toutes leurs occurrences, par les mots : « décision judiciaire » ;

4° Au deuxième alinéa de l'article L. 2324-13, le mot : « elle » est remplacé par le mot : « il » ;

5° Les articles L. 2314-20 et L. 2324-18 sont ainsi modifiés :

a) Les mots : « L'inspecteur du travail » sont remplacés, dans toutes leurs occurrences, par les mots : « Le juge judiciaire » ;

b) Les mots : « , après avoir consulté les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, » sont supprimés.

S'agissant de cet article, le rapport n° 2498 de la commission spéciale chargée de l'examen du projet de loi devant l'Assemblée nationale lors de la 1^{ère} lecture note que « **Cet article propose de supprimer la compétence administrative en matière préélectorale pour les élections des représentants du personnel, ainsi que la compétence de l'inspecteur du travail en matière de dérogations aux conditions d'ancienneté pour les élections professionnelles.** », cette suppression répondant à « **Un enchevêtrement des compétences qui peut être source de complexité pour les entreprises :**

Il résulte parfois de la répartition des compétences entre juge judiciaire et autorité administrative en matière d'élections professionnelles un certain enchevêtrement des compétences qui est source d'incohérence et de confusion pour les entreprises.

À titre d'exemple, selon l'article L. 2324-12 du code du travail, le juge judiciaire est compétent pour statuer sur une demande de modification de la composition des collèges par catégorie ; en revanche, la répartition du personnel entre les collèges relève de la compétence exclusive de l'autorité administrative.

De même, seule l'autorité administrative peut trancher un litige relatif au découpage entre établissements distincts en l'absence d'accord préélectoral. Cependant, si un accord majoritaire prévoyant le découpage de l'entreprise en établissements distincts a été conclu, et que des élections ont été organisées, un syndicat non signataire peut saisir le tribunal d'instance pour les faire annuler, en lui demandant de statuer sur la validité de l'accord procédant au découpage (213), car cette question relève de la compétence du juge judiciaire.

En multipliant les voies de recours contentieux, cette répartition est, dès lors, susceptible d'allonger significativement le déroulement du processus électoral et retarder l'organisation des élections professionnelles. En effet, selon l'étude d'impact, cette répartition « conduit souvent à ce qu'une juridiction soit contrainte de surseoir à statuer dans l'attente d'une décision d'une autre juridiction ou de l'administration ».

Présentant les nouvelles dispositions du projet de loi, le rapport précise que « *Poursuivant un objectif de simplification pour les entreprises, le présent article propose d'unifier les compétences en matière d'élections professionnelles en supprimant la compétence administrative en matière préélectorale.*

Les paragraphes 1° et 2° substituent à la compétence de l'autorité administrative – en l'espèce, celle du Direccte – la compétence du juge judiciaire dans les articles L. 2312-5, L. 2314-11, L. 2314-31, L. 2322-5, L. 2324-13 et L. 2327-7 du code du travail.

Ainsi, il reviendrait au juge judiciaire et non plus au Direccte de déterminer la répartition entre les collèges électoraux, de reconnaître le caractère d'établissement distinct, de

fixer le nombre d'établissements distincts et la répartition des sièges entre établissements pour les élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise. (...) », tout en ajoutant : « *Selon l'étude d'impact, cette disposition devrait représenter une "charge raisonnable" pour le juge judiciaire, dans la mesure où le nombre de litiges nécessitant le recours à l'autorité administrative est relativement peu élevé : seules 117 décisions d'arbitrage préélectoral ont été rendues en 2012.* »

On voit ainsi que l'idée, qui préside au projet initial, est de faire intervenir directement le juge judiciaire en supprimant l'échelon préalable de l'intervention de l'administration.

Le texte, transmis ensuite au Sénat après engagement de la procédure accélérée, comportait des amendements rédactionnels de l'article 87 mais en maintenant le principe d'une suppression de la compétence de l'administration au profit du juge judiciaire, devant qui seraient portées directement les questions relevant du contentieux préélectoral.

Le texte, modifié par le Sénat le 12 mai 2015, comportait d'autres dispositions relatives au dialogue social au sein de l'entreprise (sous les articles 87A à 87D nouveaux) alors que l'article 87 était supprimé.

Trois amendements avaient en effet été déposés pour supprimer l'article 87 du texte transmis par l'Assemblée nationale, notamment l'amendement n°290 :

« ARTICLE 87

Supprimer cet article.

Objet

Le présent amendement vise à supprimer l'article 87 qui propose de confier au juge judiciaire l'intégralité de la compétence en matière de règlement des différends liés aux élections professionnelles dans les entreprises.

L'auteur s'inquiète en effet d'une judiciarisation d'attributions confiées actuellement à l'administration du travail qui entraînerait – outre une judiciarisation inutile des rapports sociaux – un accroissement sans fondement réel des missions confiées au juge.

Le renforcement du dialogue social s'accommode mal avec une intervention immédiate d'un juge synonyme pour les partenaires sociaux de cristallisation des positions, de contentieux, bien loin des notions de concertation ou dialogue.

Il n'est pas établi que le fait de saisir un juge, qui n'est pas l'interlocuteur naturel des entreprises en matière d'application du droit du travail, soit une source de simplification pour les entreprises.

Cette intervention du juge à la place de l'administration du travail n'est pas une revendication portée par les organisations représentatives des employeurs. Aucune étude enfin n'a été effectuée pour apprécier l'impact de ces mesures sur les entreprises. »

Lors de la séance du 7 mai 2015, l'amendement de suppression de l'article 87 a été adopté après les explications de vote suivantes :

« *La parole est à Mme Annie David, pour présenter l'amendement n° 80.*

Mme Annie David. Nous souhaitons réaffirmer notre attachement à un véritable dialogue social dans l'entreprise et au rôle spécifique de l'autorité administrative, dont l'article 87 prévoit de transférer certaines compétences à la justice. Sur cette question, qui n'est pas anodine, aucun document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options n'a été présenté aux organisations syndicales de salariés ni, peut-être, aux représentants des employeurs.

En outre, la complexité de la procédure et les réticences à saisir la justice rendront la défense des salariés plus difficile ; cela risque d'amplifier l'asphyxie des tribunaux, que nous connaissons tous. La question du coût des procédures peut également jouer un rôle dissuasif. Enfin, le juge ne sera apparemment pas obligé de consulter les organisations syndicales pour prendre sa décision, ce qui, même si nous ne contestons pas l'impartialité des juges, pourrait s'analyser comme une régression du droit des salariés.

L'ensemble de ces éléments ne peut que nous inciter à supprimer l'article 87, d'autant que – vous l'avez rappelé vous-même, monsieur le ministre – un projet de loi relatif au dialogue social et au soutien à l'activité des salariés est en préparation ; un document a d'ailleurs été remis aux

organisations syndicales début avril. Avant de modifier le code du travail, il serait intéressant de connaître les propositions de François Rebsamen.

M. le président. Les amendements nos 290 rectifié bis et 955 rectifié ne sont pas soutenus. Quel est l'avis de la commission sur l'amendement n° 80 ?

Mme Catherine Deroche, corapporteur. La commission spéciale a conservé l'article 87, qui prévoit de transférer de l'inspection du travail au juge judiciaire toute compétence en matière de règlement des différends relatifs à la préparation des élections professionnelles en entreprise. Il nous avait en effet semblé qu'il s'agissait d'une mesure de simplification. Du reste, aucune des personnes que nous avons auditionnées ne l'a critiquée.

Toutefois, depuis lors, des demandes de suppression ou au moins de modification de l'article 87 se sont exprimées. On sent qu'il existe, je n'irai pas jusqu'à dire des désaccords, mais en tout cas des visions différentes au sein du Gouvernement. C'est pourquoi nous souhaiterions connaître l'avis de M. le ministre.

M. le président. Quel est l'avis du Gouvernement ?

M. Emmanuel Macron, ministre. L'intention initiale du Gouvernement, à travers l'article 87, était d'unifier le contentieux des opérations préélectorales. Il subsiste en effet une compétence résiduelle de l'administration et du juge administratif. Nous avons donc proposé de la basculer vers l'autorité judiciaire afin de simplifier le processus pour les organisations syndicales comme pour les employeurs. Cette solution présenterait l'avantage de la lisibilité pour les acteurs de terrain habitués à manier ces dispositions.

J'entends cependant vos arguments, madame David. Vous évoquez la sensibilité du sujet et le besoin de cohérence dans le temps ; j'ai employé ce dernier argument tout à l'heure sur un autre sujet. Un projet de loi de modernisation du dialogue social est effectivement en préparation. Il est vrai aussi que le transfert de compétence augmenterait la charge de travail de la justice judiciaire. Hier, nous avons eu débat similaire sur les prud'hommes. Il faut être cohérent. J'ai dit moi-même que nous cherchions à préserver le paritarisme pour ne pas encombrer la justice judiciaire.

Je souscris donc à vos arguments, et j'émetts un avis favorable sur l'amendement n° 80.

M. le président. Quelle est, en définitive, l'avis de la commission, madame la corapporteur ?

Mme Catherine Deroche, corapporteur. Pour ma part, je me contenterai de m'en remettre à la sagesse du Sénat.

M. le président. La parole est à Mme Nathalie Goulet, pour explication de vote.

Mme Nathalie Goulet. Je soutiens cet amendement pour les raisons évoquées – l'encombrement de la justice judiciaire, notamment. En outre, il arrive trop souvent qu'on nous présente des dispositions sans aucune évaluation ni étude d'impact.

M. le président. Je mets aux voix l'amendement n° 80.

(L'amendement est adopté.)

M. le président. En conséquence, l'article 87 est supprimé. »

L'article 87 du projet de loi était rétabli par la commission spéciale en deuxième lecture à l'Assemblée nationale, mais conçu différemment puisqu'il visait pour chaque article concerné du code du travail à le compléter par : « En cas de contestation, le recours à l'encontre de la décision de l'autorité administrative relève de la compétence du juge judiciaire. »

La position de la commission spéciale est ainsi présentée dans son rapport n°2866 :

« LA POSITION DE LA COMMISSION SPÉCIALE

L'éclatement du bloc de compétences entre deux juges différents est source de complexité pour les entreprises et les organisations syndicales, car elles peuvent être confrontées à deux procédures avec deux juges différents pour la même élection. Il est aussi un facteur d'augmentation de délais de jugement, l'un des juges étant parfois amené à surseoir à statuer lorsque l'autre juridiction est saisie et une source d'insécurité juridique, l'annulation des élections plusieurs mois après leur tenue étant un facteur d'instabilité pour les mandats en cours des représentants du personnel.

Cette situation est très insatisfaisante, et le rapport Lacabarats préconise le transfert de ce contentieux au juge judiciaire.

Pour remédier à cette situation, l'amendement adopté par la commission spéciale, à l'initiative des rapporteurs, vise à harmoniser l'ensemble de la compétence au profit du juge judiciaire, qui est le juge naturel de l'élection.

Est ainsi transféré au juge judiciaire ;

- le contentieux relatif à la répartition des personnels dans les collèges de délégués du personnel (article L. 2314-11 du code du travail) ;*
- à la décision de l'inspecteur du travail sur les dérogations aux conditions d'ancienneté pour les élections de délégués du personnel (article L. 2314-20 du code du travail) ;*
- à la décision de la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte) relative à la qualité d'établissements distincts (article L. 2314-31 du code du travail) (52) ;*
- à la répartition des sièges du comité d'entreprise (article L. 2324-13 du code précité) ;*
- aux décisions de dérogations sur les conditions d'ancienneté pour l'élection du comité d'entreprise (article L. 2324-18 du code précité) ;*
- et à la décision de la direction régionale des entreprises, de la Direccte relative à la qualité d'établissements distincts pour les comités centraux d'entreprise (article L. 2327-7 du code précité). »*

L'article 87 dans cette rédaction était adoptée par le Sénat en nouvelle lecture lors de sa séance du 1^{er} juillet 2015, après réponse lors des débats de « M. Emmanuel Macron, ministre. **Cet article vise à unifier le contentieux des opérations préélectorales propres aux élections professionnelles, pour lequel subsiste aujourd'hui une compétence résiduelle du juge administratif, qu'il est proposé de transférer au juge judiciaire. Il s'agit d'une mesure de simplification du processus et de rationalisation, qui présente l'avantage d'offrir davantage de lisibilité à toutes les parties.**

Pour autant, je vous accorde que les incidences du transfert de ces charges méritent d'être évaluées, notamment au regard des moyens de la justice. C'est pourquoi le Gouvernement s'engage à ce que la question des moyens soit examinée précisément, afin que toutes les conséquences de ce transfert soient tirées au travers d'une loi d'ici à la fin de l'année. »

Le texte définitif était adopté en dernière lecture par l'Assemblée nationale, sans nouvelle modification :

Article 267 :

Les articles L. 2314-11, L. 2314-20, L. 2314-31, L. 2324-13, L. 2324-18 et L. 2327-7 du code du travail sont complétés par un alinéa ainsi rédigé :

« En cas de contestation, le recours à l'encontre de la décision de l'autorité administrative relève de la compétence du juge judiciaire. »

Saisi de l'examen de cette loi par des députés, le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015 de non-conformité partielle n'a pas examiné les dispositions ici en cause, relatives au transfert de contentieux.

Afin de répondre à la question posée par le présent pourvoi quant à l'office du tribunal judiciaire, il pourra être utile de se référer à ces éléments, issus des travaux parlementaires ayant conduit à acter le transfert du contentieux du juge administratif au juge judiciaire s'agissant des recours contre des décisions du Direccte en matière préélectorale.

4-1-2 nombre et périmètre des établissements distincts

article L.2313-2 du code du travail :

Un accord d'entreprise, conclu dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12³, détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts.

article L.2313-3 :

En l'absence d'accord conclu dans les conditions mentionnées à l'article L. 2313-2 et en l'absence de délégué syndical, un accord entre l'employeur et le comité social et économique, adopté à la majorité des membres titulaires élus de la délégation du personnel du comité, peut déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts.

article L.2313-4 :

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.

article L.2313-5 du code du travail :

En cas de litige portant sur la décision de l'employeur prévue à l'article L. 2313-4, le nombre et le périmètre des établissements distincts sont fixés par l'autorité administrative du siège de l'entreprise dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. Lorsqu'elle intervient dans le cadre d'un processus électoral global, la saisine

³La validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par, d'une part, l'employeur ou son représentant et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants.

Si cette condition n'est pas remplie et si l'accord a été signé à la fois par l'employeur et par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections mentionnées au premier alinéa, quel que soit le nombre de votants, une ou plusieurs de ces organisations ayant recueilli plus de 30 % des suffrages disposent d'un délai d'un mois à compter de la signature de l'accord pour indiquer qu'elles souhaitent une consultation des salariés visant à valider l'accord. Au terme de ce délai, l'employeur peut demander l'organisation de cette consultation, en l'absence d'opposition de l'ensemble de ces organisations.

Si, à l'issue d'un délai de huit jours à compter de cette demande ou de l'initiative de l'employeur, les éventuelles signatures d'autres organisations syndicales représentatives n'ont pas permis d'atteindre le taux de 50 % mentionné au premier alinéa et si les conditions mentionnées au deuxième alinéa sont toujours remplies, cette consultation est organisée dans un délai de deux mois.

La consultation des salariés, qui peut être organisée par voie électronique, se déroule dans le respect des principes généraux du droit électoral et selon les modalités prévues par un protocole spécifique conclu entre l'employeur et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections mentionnées au premier alinéa, quel que soit le nombre de votants.

Participent à la consultation les salariés des établissements couverts par l'accord et électeurs au sens des articles L. 2314-15 et L. 2314-17 à L. 2314-18-1.

L'accord est valide s'il est approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés.

Faute d'approbation, l'accord est réputé non écrit.

Un décret définit les conditions de la consultation des salariés organisée en application du présent article.

de l'autorité administrative suspend ce processus jusqu'à la décision administrative et entraîne la prorogation des mandats des élus en cours jusqu'à la proclamation des résultats du scrutin. La décision de l'autorité administrative peut faire l'objet d'un recours devant le juge judiciaire, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux.

Par un arrêt publié au rapport annuel du 19 décembre 2018, Soc., 19 décembre 2018, pourvoi n° 18-23.655 , **notre chambre a précisé l'office du juge judiciaire lorsqu'il connaît du recours formé contre la décision d'un Direccte relative au nombre et au périmètre des établissements distincts**, en jugeant que « *En application de l'article L. 2313-5 du code du travail, relèvent de la compétence du tribunal d'instance, en dernier ressort, à l'exclusion de tout autre recours, les contestations élevées contre la décision de l'autorité administrative fixant le nombre et le périmètre des établissements distincts.*

Il appartient en conséquence au tribunal d'instance d'examiner l'ensemble des contestations, qu'elles portent sur la légalité externe ou sur la légalité interne de la décision de la direction régionale des entreprises, de l'économie, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte) et, s'il les dit mal fondées, de confirmer la décision, s'il les accueille partiellement ou totalement, de statuer à nouveau, par une décision se substituant à celle de l'autorité administrative, sur les questions demeurant en litige. » (sommaire).

Par cette même décision, notre chambre s'est prononcée sur les critères permettant de retenir l'existence d'un établissement distinct comme périmètre d'un comité social et économique, en jugeant que « *Selon 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 du même code, le nombre et le périmètre des établissements distincts pour la mise en place des comités sociaux et économiques est fixé compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel. Il en résulte que caractérise au sens de ce texte un établissement distinct l'établissement qui présente, notamment en raison de l'étendue des délégations de compétence dont dispose son responsable, une autonomie suffisante en ce qui concerne la gestion du personnel et l'exécution du service. » (sommaire).*

Dans son rapport, Mme la conseillère Pécault-Rivolier notait, concernant le rôle du tribunal d'instance, que « *C'est la loi du 17 août 2015 qui, pour la première fois, a transféré à l'autorité judiciaire, et plus précisément au tribunal d'instance, la compétence sur les recours contre les décisions des DIRECCTE prises en matière d'élections professionnelles.*

Mettant fin en ce domaine à la dualité des contentieux, qui pouvait conduire à un allongement des procédures et à une imbrication des compétences, le législateur a maintenu la compétence des DIRECCTE pour déterminer, en cas de désaccord entre l'employeur et les organisations syndicales de l'entreprise, le périmètre des établissements distincts, ainsi que la répartition des sièges et électeurs dans les collèges. Mais il a transféré le recours contre les décisions de la DIRECCTE au tribunal d'instance, afin que celui ci puisse avoir plénitude de compétence dans le domaine des élections professionnelles et ainsi pouvoir avoir une réponse d'ensemble sur tous les contentieux pouvant se poser à l'occasion d'un processus électoral.

La loi du 8 août 2016 a complété le dispositif de transfert des compétences.

Cette réforme, importante, mais récente, n'a pas donné lieu jusqu'à ce jour à un contentieux particulier devant la cour de cassation.

Saisi d'un litige relatif à l'entrée en vigueur des dispositions de transfert de compétence au profit du juge judiciaire, le tribunal des conflits, dans une décision du 2 juillet 2018 (no4123), en a consacré le principe:

"Considérant que l'article 18, III, de la loi no 2016-1088 du 8 août 2016, entrée en vigueur le 10 août suivant, a complété ce texte par un alinéa rédigé en ces termes :

"La décision de l'autorité administrative peut faire l'objet d'un recours devant le juge judiciaire, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux" ; que cette règle nouvelle, qui transfère de l'ordre administratif vers l'ordre judiciaire la compétence pour connaître des recours contre les décisions prises par l'autorité administrative sur le fondement de l'article L. 2322-5 du code du travail, ne porte pas en elle-même atteinte à la substance du droit au recours des parties intéressées ; que, dès lors, elle s'applique au recours formé contre la décision prise par la DIRECCTE de la région Ile-de-France le 30 juillet 2015 ; qu'il résulte de ce qui précède qu'il appartient à la juridiction judiciaire de connaître du litige ;"

Les ordonnances de 2017 ont confirmé l'unification du contentieux des élections professionnelles en confiant au tribunal d'instance tous les recours sur les décisions prises par les DIRECCTE en lien avec l'organisation des élections. »

Le commentaire de cet arrêt à la RJS indique :

« La création du comité social et économique s'est accompagnée d'une modification des procédures de détermination du nombre et des périmètres des établissements distincts au sein desquels il est mis en place. L'éventuel découpage de l'entreprise est désormais fixé par accord d'entreprise (C. trav. art. L 2313-2), à défaut et s'il n'existe pas de délégué syndical, par accord entre l'employeur et la majorité des membres titulaires du CSE (C. trav. art. L 2313-3) et, à défaut de tels accords, par une décision de l'employeur (C. trav. art. L 2313-4). C'est désormais cette décision de l'employeur qui peut être contestée devant l'autorité administrative du siège de l'entreprise, la décision de l'autorité administrative pouvant alors faire l'objet d'un recours devant le juge judiciaire, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux (C. trav. art. L 2313-5).

*Le tribunal d'instance est donc seul compétent pour apprécier la validité de cette décision administrative et, partant, nécessairement compétent pour en apprécier tant la légalité interne que la légalité externe. À défaut, la décision administrative échapperait en partie à tout contrôle juridictionnel. Si l'une et l'autre de ces légalités paraissent au tribunal d'instance à l'abri des critiques qui lui sont faites, il lui appartient, dit l'arrêt, de « confirmer la décision administrative ». En revanche, s'il accueille partiellement ou totalement ces critiques, il lui appartient de statuer à nouveau par une décision se substituant à celle de l'autorité administrative sur les questions demeurant en litige. **Le rôle dévolu au juge judiciaire est donc plus important que celui qui était auparavant celui du juge administratif qui, s'il estimait la décision illégale, devait l'annuler sans pouvoir se substituer à l'administration qui devait dès lors statuer à nouveau.***

Cette pleine compétence du juge d'instance - on parlerait en droit administratif de recours de « pleine juridiction » ou de « plein contentieux » - s'inscrit parfaitement dans la volonté du législateur d'unifier et d'accélérer le règlement d'un contentieux auparavant éclaté, au détriment de l'ensemble des parties intéressées, y compris de la collectivité des salariés. Elle avait d'ailleurs déjà été implicitement admise dans un arrêt rendu il y a deux ans (Cass. soc. 28-9-2016 n° 16-60.052 F-D : RJS 12/16 n°797).

Les pouvoirs du tribunal sont d'autant plus importants que sa décision ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation lequel n'ouvre en ce domaine qu'un contrôle limité. Dès lors que le tribunal a bien mis en oeuvre les critères légalement fixés pour caractériser l'établissement distinct (voir n° 2 ci-après), il est souverain pour apprécier la pertinence des éléments de fait apportés au soutien de sa recherche.(...) ».

La limite à cette règle imposant au juge judiciaire de statuer au fond s'il annule la décision du Direccte, par une décision se substituant à celle de l'autorité administrative, est que le Direccte doit avoir été saisi régulièrement par une personne dotée de la personnalité juridique et donc du droit d'agir. Voir Soc., 3 mars 2021, pourvoi n° 19-21.086, publié, ayant jugé que « *Il résulte des articles L. 2313-5, alinéas 1 et 3, et de l'article R. 2313-1, alinéa 3, du code du travail que, lorsque le juge annule la décision du directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte) fixant le nombre et le périmètre des établissements distincts de l'entreprise en raison de la saisine de celui-ci par des parties dépourvues de la personnalité juridique et, dès lors, du droit d'agir, il ne peut statuer, à nouveau, sur ce nombre et sur ce périmètre, par une décision se substituant à celle de l'autorité administrative.* »

Dans ce cas d'espèce, le Direccte avait été saisi par des sections syndicales dépourvues de la personnalité juridique.

Notre chambre a précisé la démarche à suivre par le juge judiciaire saisi du recours contre la décision d'un Direccte relative à la fixation du nombre et du périmètre des établissements distincts, s'agissant de la date d'appréciation et des éléments à prendre en compte, par un arrêt publié, Soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° 19-60.107, 19-11.918: « *Il résulte de l'article L. 2313-5 du code du travail que, lorsqu'il est saisi de contestations de la décision de l'autorité administrative quant à la fixation du nombre et du périmètre des établissements distincts, il appartient au juge*

de se prononcer sur la légalité de cette décision au regard de l'ensemble des circonstances de fait dont il est justifié à la date de la décision administrative et, en cas d'annulation de cette dernière décision, de statuer à nouveau, en fixant ce nombre et ce périmètre d'après l'ensemble des circonstances de fait à la date où le juge statue. »

Par ailleurs, dans un arrêt publié du 17 avril 2019, notre chambre a déduit de l'article L. 2313-2 du code du travail prévoyant que le nombre et le périmètre des établissements distincts pour la mise en place des comités sociaux et économiques (CSE) est déterminé par un accord d'entreprise et de l'article L. 2313-4 du même code selon lequel, en l'absence d'accord, le nombre et le périmètre de ces établissements sont fixés par décision de l'employeur, 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, en sorte que, **en l'absence de toute tentative de négociation, la décision unilatérale de l'employeur doit être annulée, sans que la Direccte n'ait à se prononcer sur le nombre et le périmètre des établissements distincts tant que des négociations n'ont pas été préalablement engagées** (17 avril 2019, pourvoi n° 18-22.948).

Commentant l'arrêt du 17 avril 2019, Grégoire Loiseau écrit⁴ :

« Au-delà d'une analyse de texte et de l'interprétation donnée à la formule "en l'absence d'accord", l'arrêt du 17 avril 2019 se lit comme une doctrine. On y retrouve l'attachement au principe de loyauté dont la Cour de cassation fait la sève de la négociation et le nerf de l'obligation de négocier. L'exigence d'un préalable de négociation revenant à dégager une obligation de négocier, il s'en infère que l'employeur doit prendre l'initiative de la négociation et engager une discussion sérieuse sans préjuger des suites à lui donner. L'impératif est à cet égard d'autant plus vigoureux que la subsidiarité de la décision patronale reflète un ordre de préférence pour l'accord collectif. La supplétivité a le sens d'une hiérarchie. Le législateur se place dans ce rapport lorsqu'il reconnaît une plus grande latitude aux partenaires sociaux qu'à l'employeur pour déterminer les établissements distincts. Mais c'est la Chambre sociale qui se fait le garant de la priorité voulue par le législateur et donne force à la règle en musclant ses effets : toute décision unilatérale de l'employeur qui ne serait pas précédée d'une tentative loyale et sérieuse de négocier peut être judiciairement annulée et l'employeur se voir enjoindre d'ouvrir une négociation.

En clair, le préalable de négociation n'est pas une simple formalité dont l'inexécution engagerait la responsabilité de l'employeur ; c'est une condition de validité de la norme patronale adoptée par défaut.

On ne sait, pour le moment, s'il faut suivre ces directives dans toutes les situations où la loi permet à l'employeur, ou lui impose, de prendre une décision ou d'élaborer unilatéralement un acte « à défaut » ou « en l'absence » d'accord. Il paraît difficile, sur la base d'une seule décision, d'anticiper son déploiement.

Mais on avouera que la jurisprudence est entraînante dans un contexte de valorisation de la norme conventionnelle. Sa diffusion donnerait un fond de cohérence à l'articulation à opérer entre la norme conventionnelle et la norme supplétive selon que cette dernière est légale ou patronale, générale ou spéciale. Légale, la règle supplétive est appelée à s'appliquer dès l'instant où la situation à laquelle elle se rapporte n'est pas couverte par un accord collectif. Elle constitue moins, par nature, une mesure de remplacement qu'une mesure alternative proposant un traitement uniforme, qui est opératoire tant qu'un accord n'a pas été conclu. La norme patronale ne procède pas du même esprit et ne présente pas le même automatisme. Pensée comme un substitut de la norme conventionnelle, elle ne peut être unilatéralement adoptée que parce qu'un accord collectif, qui avait vocation à se saisir prioritairement de la question, n'a pas été conclu. La démarche induit du coup qu'un processus de négociation ait été engagé par les partenaires sociaux avant de tirer les conséquences de son inaboutissement en laissant la main unilatéralement à l'employeur.

Dans les deux cas, la norme pressentie est l'accord collectif, par faveur pour un règlement conventionnel de la situation juridique. Mais son binôme subsidiaire n'a pas le même sens selon qu'il est renvoyé à une règle générale, par hypothèse légale, ou à une règle spéciale,

⁴Le préalable de la négociation, Jurisprudence Sociale Lamy, n° 500, 19 juin 2020

relevant de l'autorité de l'employeur. L'une est dans un rapport d'équivalence avec la norme principale, encore qu'elle ne s'applique que par défaut, ce qui est un moyen de faire une place à la négociation collective. L'autre est dans une relation asymétrique avec la norme conventionnelle à laquelle elle supplée, le droit s'en remettant à l'employeur lorsque la matière implique un traitement spécifique in concreto que la règle légale peut difficilement organiser de manière autonome. La décision patronale intervenant alors dans un rang secondaire, elle doit à cette position d'être précédée, au sens propre du terme, par un commencement de négociation, le droit encourageant par ce moyen la conclusion d'un accord.

L'arrêt du 17 avril 2019 reproduit cet ordre dans la répartition des normes. Il restitue, ce faisant, sa juste place au préalable de négociation : celle d'une formalité substantielle à la charnière de l'articulation entre la norme primaire conventionnelle et la norme secondaire patronale.

Indissociable à l'une, elle est la condition pour faire appel à l'autre. La grille de lecture n'a plus, à présent, qu'à être dupliquée. »

Il faut enfin préciser que par un arrêt publié, Soc., 24 juin 2020, pourvoi n° 20-40.001, notre chambre a dit n'y avoir lieu à renvoyer devant le Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité posée sur l'article L.2313-5 du code du travail et invoquant une violation du principe de dualité des juridictions et de la Constitution du 4 octobre 1958 en jugeant que :

« 8. Conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle.

9. Toutefois, dans la mise en oeuvre de ce principe, lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé.

10. A cet égard, confier à l'ordre juridictionnel judiciaire la contestation de la décision du directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi fixant le nombre et le périmètre des établissements distincts, dès lors que le contentieux des élections professionnelles organisées sur le fondement de cette décision relève de l'ordre juridictionnel judiciaire, principalement intéressé, ne méconnaît pas le principe constitutionnel invoqué. »

En présence d'une unité économique et sociale, c'est l'article L.2313-8 du code du travail qui instaure un dispositif similaire pour la détermination des établissements distincts au sein de l'UES :

Lorsqu'une unité économique et sociale regroupant au moins onze salariés est reconnue par accord collectif ou par décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, un comité social et économique commun est mis en place.

Des comités sociaux et économiques d'établissement et un comité social et économique central d'entreprise sont constitués dans les unités économiques et sociales comportant au moins deux établissements.

Un accord d'entreprise conclu au niveau de l'unité économique et sociale dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12 détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts.

En l'absence d'un tel accord et en l'absence de délégué syndical désigné au niveau de l'unité économique et sociale, un accord entre les entreprises regroupées au sein de l'unité économique et sociale et le comité social et économique, adopté à la majorité des membres titulaires élus de la délégation du personnel du comité, peut déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts.

En l'absence d'accord d'entreprise ou d'accord conclu avec le comité social et économique, l'un des employeurs mandatés par les autres 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.

En cas de litige portant sur cette décision, le nombre et le périmètre des établissements distincts sont fixés par l'autorité administrative du siège de l'entreprise qui a pris la décision dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. Lorsqu'elle intervient dans le cadre d'un processus électoral global, la saisine de l'autorité administrative suspend ce processus jusqu'à la décision administrative et entraîne la prorogation des mandats des élus en cours jusqu'à la proclamation des résultats du scrutin.

La décision de l'autorité administrative peut faire l'objet d'un recours devant le juge judiciaire, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux. »

4-1-3 la répartition du personnel et des sièges au sein des établissements distincts

C'est dans le cadre des établissements distincts ainsi déterminés que vont se dérouler les élections des membres élus, titulaires et suppléants, qui vont composer les différents comités sociaux et économiques, ce qui nécessite de déterminer la composition des collèges électoraux regroupant les salariés électeurs et donc à répartir le personnel entre les différents collèges et à déterminer également le nombre de sièges à pourvoir par collèges.

article L.2314-13 du code du travail :

La répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel et la répartition du personnel dans les collèges électoraux font l'objet d'un accord entre l'employeur et les organisations syndicales conclu selon les conditions de l'article L. 2314-6.

Cet accord mentionne la proportion de femmes et d'hommes composant chaque collège électoral.

Lorsque au moins une organisation syndicale a répondu à l'invitation à négocier de l'employeur et que l'accord mentionné au premier alinéa du présent article ne peut être obtenu, l'autorité administrative décide de cette répartition entre les collèges électoraux.

Pour ce faire, elle se conforme soit aux modalités de répartition prévues par l'accord mentionné à l'article L. 2314-12⁵, soit, à défaut d'accord, à celles prévues à l'article L. 2314-11⁶.

⁵ Article L.2314-12 : Un accord peut modifier le nombre et la composition des collèges électoraux à condition d'être signé par toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise.

L'accord conclu ne fait pas obstacle à la création du troisième collège dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article L. 2314-11.

L'accord est communiqué, à sa demande, à l'agent de contrôle de l'inspection du travail mentionné à l'article L. 8112-1.

⁶ article L.2314-11 : Les membres de la délégation du personnel du comité social et économique sont élus sur des listes établies par les organisations syndicales pour chaque catégorie de personnel :

- d'une part, par le collège des ouvriers et employés ;
- d'autre part, par le collège des ingénieurs, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés.

Dans les entreprises d'au moins cinq cent salariés, les ingénieurs, les chefs de service et cadres administratifs, commerciaux ou techniques assimilés ont au moins un délégué titulaire au sein du second collège, élu dans les mêmes conditions.

En outre, dans les entreprises, quel que soit leur effectif, dont le nombre des ingénieurs, chefs de service et cadres administratifs, commerciaux ou techniques assimilés sur le plan de la classification est au moins égal à vingt-cinq au moment de la constitution ou du renouvellement de l'instance, ces catégories constituent un troisième collège.

Par dérogation aux alinéas précédents, dans les établissements ou les entreprises n'élisant qu'un membre de la délégation du personnel titulaire et un membre de la délégation du personnel suppléant, il est mis en place pour chacune de ces élections, un collège électoral unique regroupant l'ensemble des catégories professionnelles.

La saisine de l'autorité administrative suspend le processus électoral jusqu'à la décision administrative et entraîne la prorogation des mandats des élus en cours jusqu'à la proclamation des résultats du scrutin.

La décision de l'autorité administrative peut faire l'objet d'un recours devant le juge judiciaire, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux.

En l'état des textes antérieurs relatifs au comité d'entreprise, mais prévoyant déjà l'intervention du Direccte, notre chambre a jugé, par un arrêt publié du 9 mai 2018, que lorsqu'au moins une organisation syndicale a répondu à l'invitation à négocier de l'employeur et que l'accord mentionné au premier alinéa de l'article L. 2314-11 du code du travail⁷ ne peut être obtenu, l'autorité administrative procède à cette répartition entre les collèges électoraux, de sorte que, dès lors qu'une organisation syndicale a manifesté son intention de participer à la négociation préélectorale, l'employeur, à défaut d'accord préélectoral valide, a l'obligation de saisir l'autorité administrative pour faire procéder à la répartition des sièges et des électeurs au sein des collèges électoraux.

Soc., 9 mai 2018, pourvoi n° 17-26.522, Bull. 2018, V, n° 79 :

Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 2314-3 et L. 2314-11 du code du travail, dans leur rédaction alors applicable; Attendu, selon le premier de ces textes, que sont informées par tout moyen de l'organisation des élections et invitées à négocier le protocole préélectoral les organisations syndicales qui répondent à certaines conditions de qualification ou de représentativité ; que selon le second, lorsqu'au moins une organisation syndicale a répondu à l'invitation à négocier de l'employeur et que l'accord mentionné au premier alinéa du présent article ne peut être obtenu, l'autorité administrative procède à cette répartition entre les collèges électoraux ; qu'il en résulte que, dès lors qu'une organisation syndicale a manifesté son intention de participer à la négociation préélectorale, l'employeur, à défaut d'accord préélectoral valide, a l'obligation de saisir l'autorité administrative pour faire procéder à la répartition des sièges et des électeurs au sein des collèges électoraux ;

Attendu, selon le jugement attaqué, que la société Foodora a invité les organisations syndicales à participer à la négociation préélectorale pour la mise en place de délégués du personnel en son sein en juin 2017 ; que la fédération CGT des sociétés d'études (la CGT) a répondu à l'invitation à négocier, et s'est présentée à la réunion du 23 juin 2017 ; qu'à cette réunion, un report de la négociation a été décidé, pour permettre à l'employeur de fournir au syndicat des éléments sur les effectifs de l'entreprise ; qu'une nouvelle date a été fixée au 17 juillet 2017 ; que le syndicat CGT ayant demandé un report de cette date en raison de l'indisponibilité de ses représentants, l'employeur a fixé seul la répartition des électeurs et des sièges dans les collèges pour les élections dont le premier tour a eu lieu le 4 août 2017, et le second tour le 18 août 2017 ; que le syndicat CGT a saisi le tribunal d'instance d'une demande d'annulation du scrutin ;

Attendu que pour débouter le syndicat CGT de cette demande, le tribunal d'instance retient qu'il n'est pas contesté que lors de la réunion du 23 juin 2017 aucune négociation et accord n'ont été établis et qu'aucun procès-verbal n'a été dressé, et que les demandes d'informations de la fédération CGT lors des échanges entre les parties montrent que l'absence de ces éléments essentiels ne permettait pas le 23 juin 2017 de négocier un protocole préélectoral et que la fédération CGT n'avait pas signalé ses indisponibilités après les jours fériés du 14 juillet 2017, et que dès lors il convient de déduire de ces faits qu'il n'y a pas eu de négociation possible et que la société Foodora France n'était donc pas obligée de saisir la DIRECCTE et pouvait établir unilatéralement un protocole préélectoral ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il avait constaté que la fédération CGT avait manifesté son intention de participer à la négociation préélectorale, et qu'elle n'était pas responsable de l'absence de négociation, le tribunal d'instance a violé les textes susvisés ;

Par un arrêt publié, Soc., 22 janvier 2020, pourvoi n° 19-12.896, notre chambre, reprenant cette jurisprudence, a précisé que les dispositions de l'article L. 2314-13 du code du travail relatives

⁷ À l'époque, accord entre l'employeur et les organisations syndicales conclu selon les conditions de l'article L.2314-3-1.

à la saisine de l'autorité administrative en matière de répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel et de répartition du personnel dans les collèges électoraux sont applicables en l'absence d'accord, quand bien même les mandats des élus en cours sont expirés.

Dans cet arrêt, une organisation syndicale critiquait la décision du tribunal qui avait refusé d'annuler la décision du Direccte sur la répartition du personnel et des sièges entre les collèges électoraux, en faisant valoir notamment par les 3 premières branches du moyen que : « 1°/ qu'aux termes de l'article L. 2314-13 du code du travail, la répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel et la répartition du personnel dans les collèges électoraux font l'objet d'un accord entre l'employeur et les organisations syndicales, et que lorsque cet accord ne peut être obtenu, l'autorité administrative décide de ces répartitions entre les collèges électoraux ; que l'échec de la négociation lié au défaut d'information de l'employeur lui est imputable ; que l'autorité administrative ne saurait alors être saisie en application du texte précité, les parties ne pouvant dès lors qu'être renvoyées à poursuivre les négociations ; que pour débouter le syndicat CGT de sa demande en annulation de la décision du 27 novembre 2018 pour incompétence de la Direccte, le tribunal a retenu que le syndicat « convenait lui-même » que c'est en raison de l'absence de communication par l'employeur du registre du personnel et des documents permettant de contrôler le respect des dispositions conventionnelles que la finalisation d'un protocole d'accord préélectoral n'avait pu intervenir ; qu'il aurait dû en déduire que l'absence d'accord résultait d'une absence de communication par l'employeur des éléments nécessaires à la négociation et que la Direccte n'était pas compétente ; qu'en statuant comme il l'a fait, le tribunal, qui n'a pas tiré les conséquences de ces propres constatations, a violé l'article L. 2314-13 du code du travail ; 2°/ que l'article L. 2314-13 du code du travail donne compétence à la Direccte pour statuer sur la répartition des sièges et du personnel dans les collèges électoraux lorsqu'aucun accord ne peut être obtenu entre l'employeur et les organisations syndicales ; que l'existence d'un désaccord sur lesdites répartitions constitue donc une condition préalable et nécessaire à la saisine de la Direccte ; qu'en retenant qu'aucun désaccord sur lesdites répartitions n'était intervenu entre les parties, quand ce simple constat faisait obstacle à la saisine de la Direccte, le tribunal n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations et a violé l'article L. 2314-13 du code du travail ; 3°/ qu'en tout état de cause, la saisine de l'autorité administrative en application de l'article L. 2314-13 du code du travail ne peut intervenir prématurément pendant les pourparlers et suppose la formalisation d'un constat de désaccord ; qu'en décidant que le terme « ne peut être obtenu » mentionné à l'article susvisé ne pouvait s'entendre uniquement d'un désaccord formalisé entre les parties et que le prolongement des négociations pouvait être assimilé à une impossibilité d'être parvenu à un accord, quand il constatait qu'au cours des réunions des 23 et 31 août 2018, puis des 12 et 17 septembre 2018, aucun désaccord n'était apparu ni formalisé entre les parties, ce dont il aurait dû déduire que la Direccte avait été saisie prématurément, le tribunal a violé l'article L. 2314-13 du code du travail ; (...) »

Notre chambre a répondu en jugeant que :

Mais attendu, d'abord, que le tribunal d'instance ayant constaté que le délégué syndical avait obtenu la communication des informations qu'il demandait quant aux effectifs, que le syndicat avait participé à la négociation d'un protocole électoral à l'occasion de trois réunions les 23, 31 août et 12 septembre 2018 et que ces négociations n'avaient pas abouti à un accord, en a déduit exactement que l'article L. 2314-13 du code du travail était applicable ;

Attendu, ensuite, que le tribunal d'instance a retenu à bon droit que les dispositions de l'article L. 2314-13 du code du travail relatives à la saisine de l'autorité administrative sont applicables en l'absence d'accord, quand bien même les mandats des élus en cours sont expirés ;

D'où il suit que le moyen, inopérant en ses trois dernières branches dès lors que le jugement du tribunal d'instance, qui a statué sur le fond, s'est substitué à la décision du Direccte, n'est pas fondé pour le surplus ;

Ce n'est que lorsqu'aucune organisation syndicale représentative dans l'entreprise n'a pris part à la négociation que l'employeur répartit le personnel et les sièges entre les différents collèges électoraux (article L.2314-14 du code du travail).

S'agissant concrètement de répartir le personnel selon les collèges et des critères guidant cette répartition, notre chambre a jugé que « *Il appartient à la Direccte, pour fixer la répartition des sièges au sein des collèges électoraux, d'appliquer un critère de proportionnalité entre l'effectif de chaque collège et le nombre de sièges à pourvoir, tout en prenant en compte les circonstances particulières notamment liées à la composition du corps électoral de l'entreprise et au nombre de collèges.* » : Soc., 6 juin 2018, pourvoi n° 17-27.175, Bull. 2018, V, n° 103. Cette jurisprudence s'inspire de celle du Conseil d'Etat, développée avant transfert du contentieux au juge judiciaire, le Conseil d'Etat ayant en effet admis de tempérer la règle de proportionnalité en raison de « circonstances particulières » à l'entreprise (CE, 6 décembre 1974, n°90907 et CE, 27 mai 1983, n°23464 publiés au recueil Lebon). Pour une illustration récente de cette méthode de répartition : Soc., 5 janvier 2022, pourvoi n° 20-17.113 ; Soc., 31 mars 2021, pourvoi n° 19-26.017.

La décision du Direccte sur la répartition du personnel et des sièges selon les collèges électoraux est susceptible de recours devant le tribunal judiciaire, lequel peut être saisi directement par l'employeur ou une organisation syndicale à défaut de réponse du Direccte dans un certain délai.

article R.2314-3 du code du travail :

La répartition du personnel dans les collèges électoraux et la répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel, dans le cas prévu au troisième alinéa de l'article L. 2314-13, est réalisée par le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi du siège de l'entreprise ou de l'établissement concerné. Le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi prend sa décision dans un délai deux mois à compter de la réception de la contestation. Cette décision est notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception portant mention des voies et délais de recours. **Elle peut faire l'objet d'un recours devant le tribunal judiciaire dans un délai de quinze jours suivant sa notification.**

A défaut de décision du directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi à l'expiration du délai de deux mois dont il dispose pour se prononcer, l'employeur ou les organisations syndicales intéressées peuvent saisir, dans le délai de quinze jours, le tribunal judiciaire afin qu'il soit statué sur la répartition.

A noter que depuis le décret n°2020-1545 du 9 décembre 2020, entré en vigueur le 1^{er} avril 2021, la dénomination a changé au profit du « directeur régional de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités » (Dreets).

Lorsque le tribunal judiciaire est saisi directement en l'absence de décision prise par le Direccte, quant à la répartition du personnel et des sièges entre les différents collèges électoraux, il doit statuer et procéder à cette répartition, sauf à se faire produire les éléments d'information complémentaires si ceux qui lui sont fournis ne lui paraissent pas suffisants. Voir Soc., 27 mai 2021, pourvoi n° 20-10.638, 20-16.853 :

Enoncé du moyen

10. La société fait grief au jugement de préciser que les quatre titulaires et les quatre suppléants composant la délégation du personnel au comité social et économique de la société seront élus sur des listes établies au sein de deux collèges, un collège ouvriers et employés, d'une part, un collège agents de maîtrise d'autre part, que le nombre de sièges attribués à chaque collège sera proportionnel à l'importance numérique de chaque collège au sein de l'entreprise, alors :

« 1°/ que le juge a l'obligation de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis ;

qu'en l'espèce, il ressort de chacun des trois tableaux des effectifs de la société FTX93, pour la période de mai 2018 à avril 2019, pour la période de juillet, août et septembre 2019 et pour le mois d'octobre 2019, qui avaient été versés aux débats par cette dernière et qui figuraient, respectivement, sous les numéros 10, 22 et 26 de son bordereau de pièces, que le statut de chacun des salariés de l'entreprise était clairement mentionné ; qu'en affirmant que la société FXT93 ne produisait aucune pièce permettant de déterminer la qualification de chacun des salariés, le tribunal d'instance a dénaturé les tableaux des effectifs de l'entreprise qui avaient été régulièrement versés aux débats par l'exposante et visés dans son bordereau de

communication des pièces, et violé le principe selon lequel le juge a l'obligation de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis ;

2°/ que le juge ne peut refuser de statuer, en se fondant sur l'insuffisance des preuves qui lui sont fournies par les parties ; qu'il lui appartient d'ordonner la production de pièces supplémentaires ou, le cas échéant, d'ordonner une expertise ; qu'en retenant qu'à défaut de production de l'ensemble des contrats de travail et même de toute pièce permettant de déterminer la qualification de chacun des salariés, le tribunal n'était pas en mesure de procéder à la répartition chiffrée des sièges entre chaque collège, quand il lui appartenait d'ordonner la production de l'ensemble des contrats de travail des salariés ou des pièces de nature à déterminer la qualification de ces derniers, le tribunal d'instance a violé l'article 4 du code civil. » Réponse de la Cour

Vu l'article 4 du code civil et l'article L. 2314-13 du code du travail :

11. Pour renvoyer les parties à calculer le nombre de sièges attribués à chaque collège en fonction de l'importance numérique de chaque collège, le jugement retient qu'à défaut de production de l'ensemble des contrats de travail et même de toute pièce permettant de déterminer la qualification de chacun des salariés, le tribunal n'est pas en mesure de procéder à la répartition chiffrée des sièges entre chaque collège.

12. En statuant ainsi, alors qu'il était saisi, faute d'accord préélectoral, en application de l'article L. 2314-13 du code du travail, d'une demande visant à répartir les sièges entre les collèges électoraux, et qu'il lui appartenait d'effectuer cette répartition en s'appuyant sur les pièces fournies par l'employeur, lesquelles comportaient un tableau mentionnant la qualification des salariés, et dans le cas où ces pièces lui paraissaient insuffisantes, de demander la production de justificatifs complémentaires, le tribunal a violé les textes susvisés.

Au cas présent, le pourvoi de l'employeur pose la question nouvelle, dans le cadre du transfert du contentieux au juge judiciaire, de la compétence du tribunal judiciaire et de son office pour statuer sur le recours formé contre la décision d'un Direccte saisi pour répartir le personnel et les sièges entre les différents collèges électoraux, en cas de difficulté dans la détermination du périmètre des établissements distincts qui nécessiterait une interprétation de l'accord collectif instaurant l'UES et son découpage en établissements distincts.

Avant ce transfert de contentieux, lorsque la décision du Direccte relevait d'un recours devant la juridiction administrative, cette dernière, si se posait une question d'interprétation d'un accord collectif, ne pouvait que poser une question préjudicielle au juge judiciaire,

Toutefois le questionnement se pose ici dans des termes différents puisque le tribunal judiciaire est à la fois juge du contentieux électoral et préélectoral et juge des accords collectifs de droit commun puisque la dichotomie entre tribunal d'instance et tribunal de grande instance a disparu au profit désormais du tribunal judiciaire.

La démarche à suivre par le tribunal judiciaire telle que définie par les arrêts précédemment cités des 19 décembre 2018 et 8 juillet 2020 s'agissant du recours devant lui contre la décision administrative relative à la détermination des établissements distincts peut-elle et doit-elle être transposée en cas de recours contre la décision administrative relative à la répartition du personnel entre collèges au sein des établissements ?

La nature même d'un recours contre une décision du Direccte, désormais du Dreet, porté dans les deux cas devant le tribunal judiciaire pourrait logiquement amener à définir de la même façon l'office du juge judiciaire. Une telle transposition ressort d'ailleurs déjà de l'arrêt du 22 janvier 2020, pourvoi n°19-12.896 cité p.20⁸.

Mais alors, comment articuler l'intervention de l'administration et celle du juge judiciaire? En particulier au regard d'une question d'interprétation d'un accord collectif qui, a priori, n'entre pas dans les attributions du Direccte ... C'est concrètement la question que soulève le moyen par sa 1^{ère} branche.

⁸« dès lors que le jugement du tribunal d'instance, qui a statué sur le fond, s'est substitué à la décision du Direccte (...) »

4-2 les données du cas d'espèce

L'accord du 8 octobre 2019 dont il est question figure en pièce du dossier de procédure transmis par le tribunal judiciaire de Créteil et en production sous les réponses à l'avis 981 du code de procédure civile.

Cet accord, intitulé « accord relatif à la représentation du personnel au sein de l'UES Santé du groupe Doctogestio », signé le 8 octobre 2019 entre les 21 sociétés, associations et groupement de coopération sanitaire d'une part et la CGT, la CFDT, la CFE-CGC, la CFTCet FO d'autre part, prévoit que :

« 1. CHAMPS D'APPLICATION DE L'ACCORD

Le présent accord vise à définir le périmètre de l'UES et des établissements distincts.

2. DÉFINITION DU NOUVEAU PÉRIMÈTRE DE L'UES ET DES ÉTABLISSEMENTS DISTINCTS

2.1 CADRE LEGAL DU PERIMETRE

L'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales prévoit que les établissements distincts sont déterminés par accord collectif.

La détermination des établissements distincts est un préalable nécessaire pour la mise en place du comité social et économique car il détermine le périmètre de l'élection, la jurisprudence ayant fixé pour critère l'autonomie de gestion du responsable d'établissement.

2.2 PERIMETRE

Au regard de ces éléments, l'UES Métier santé est constituée de 2 Comités Sociaux et Economiques d'Activités (CSEA) et donc un Comité Social et Economique Central (CSEC) comme suit :

- CSEA Hospitalisation ;
- CSEA Médical, Dentaire, Thermalisme, **Support**⁹, Optique et Audio. »

Ensuite l'accord précise au point 3 les institutions représentatives du personnel au sein de l'UES avec le comité social et économique central, objet de l'article 3.1 et de ses subdivisions, notamment le point 3.1.1 relatif à sa composition quant au nombre de membres et de la répartition des sièges entre établissements et selon les collèges, puis avec les comités sociaux et économiques d'activités à l'article 3.2, notamment le point 3.2.1 relatif à leur composition fixant à 17 le nombre de titulaires et de suppléants au CSEA Hospitalisation et à 14 le nombre de titulaires et de suppléants au CSEA Médical, Dentaire, Thermalisme, Support et Optique et Audio.

Des précisions complémentaires doivent être apportées pour la compréhension du litige, au regard du caractère succinct de la décision déférée à notre Cour.

Ainsi, il ressort également des pièces de la procédure transmise par le tribunal judiciaire à la Cour que :

- par décision du 1^{er} avril 2020, le Direccte d'Ile-de-France, saisi d'une demande du 29 janvier 2020 formulée par l'ensemble des syndicats représentatifs au sein des entreprises de « Doctocare » - branche santé du groupe Doctogestio-, a rejeté « *la demande d'arbitrage de répartition du personnel entre les collèges et de répartition des sièges entre les collèges pour les 2 UES du groupe Doctogestio Santé dont le périmètre reste à définir par accord explicite des parties signataires de l'accord initial* »;

- par des lettres du 20 juillet 2020 des organisations syndicales signataires ont dénoncé à effet du 20 octobre 2020 cet accord, en demandant « *d'engager au plus vite dans chaque entreprise*

⁹ Mis en gras par le rapporteur

une négociation en vue de la conclusion des accords de mise en place des CSE. » (cf les conclusions des demandeurs, p.7 en prod. n°1 précédemment citées) ;

- **la décision** de l'inspectrice du travail de l'unité de contrôle de l'Unité départementale du Val de Marne, **du 25 janvier 2021** (objet du recours examiné par le tribunal judiciaire dans la décision critiquée par le présent pourvoi), qui figure également au dossier de procédure et en production dans la réponse à l'avis 981, décide :

« *La demande d'arbitrage d'un arbitrage sur la répartition du personnel et des sièges entre les collèges des deux CSE d'établissements distincts conventionnels composant l'UES Santé du groupe DoctoGestio dont le périmètre des établissements distincts n'a pas été au préalable clairement défini par accord explicite des parties signataires ni par décision unilatérale de l'employeur est rejetée.* »

En substance, le Direccte retient que la détermination précise du périmètre des établissements distincts au sein de l'UES est la condition préalable indispensable à la répartition des effectifs entre ces établissements, que la définition donnée des 2 établissements distincts d'activités dans l'accord collectif du 4 octobre 2019 (il faut lire 8 octobre 2019) est équivoque, employeur et organisations syndicales donnant chacun un contenu différent à ce qu'il faut entendre par « activités support », qu'il n'appartient pas au Direccte d'interpréter cet accord collectif et que la demande de clarification par les partenaires faite lors d'une précédente demande d'arbitrage ayant le même objet, à savoir la répartition des effectifs entre les 2 établissements distincts, n'ayant pas abouti, la demande d'arbitrage est rejetée.

Dans la motivation de sa décision, la déléguée du Direccte rappelle d'abord la précédente demande d'arbitrage et l'enquête alors menée dans les locaux du siège de la branche Santé. La décision énonce ensuite les motifs suivants :

« **CONSIDÉRANT** en effet le périmètre des établissements distincts censés composer ladite UES a été acté dans un paragraphe 2.2 « **Périmètre** » lequel stipule **laconiquement** que : « *L'UES métier santé est constituée de 2 comités sociaux économiques d'activité ((CSEA) et donc un comité social économique central (CSEC)*

Comme suit

- *CSEA Hospitalisation (établissement Et CSE 1)*

- *CSEA médical dentaire, thermalisme support, optique, et audio (établissement et*

CSE 2)

Qu'un tel accord en se bornant à évoquer une distinction par activités avec pour summa divisio : d'un côté l'activité dite «**Hospitalisation**» et de l'autre, l'ensemble des « **Activités** santé autres que les métiers purement hospitaliers (à savoir : « *médical dentaire, thermalisme support, optique, et audio* ») ; Sans préciser pour autant ce que recouvrait la notion d'activités « support » présente un défaut de précisions qui a donné lieu après signature à un quiproquo et à un désaccord sur les contours de la notion d'activité « supports » ;

CONSIDÉRANT que si pour l'employeur, la notion d'activités supports consiste à décomposer la collectivité de travail dans chaque entité/site et à en extraire toute activité «support» locale afin de la rattacher à l'établissement conventionnel n° 2 (activités autres qu'actes hospitaliers) et ceci quand bien même l'entité n'aurait pas pour activité dominante une activité support ;

Que selon cette logique il s'agirait - *si l'on prend pour exemple une « clinique X» signataire* - de rattacher les salariés de cette clinique qui effectuent les actes purement hospitaliers à l'établissement conventionnel numéro 1 « hospitalisation » (et à son futur CSE hospitalisation) et de rattacher à l'établissement distinct conventionnel numéro 2 « activités » (et à son futur CSE) les salariés de cette même clinique qui sont affectés aux tâches administratives de support local dans ladite clinique ; Ce qui laisserait ainsi selon l'employeur la possibilité de fragmenter une collectivité de salariés d'un même établissement afin d'en répartir - en fonction de leurs tâches respectives - soit dans l'établissement distinct conventionnel n° 1 (Hospitalisation) s'agissant des personnels affectés aux tâches « hospitalières » soit dans l'établissement distinct conventionnel numéro 2 s'agissant de leurs collègues affectés aux tâches de support internes ;

CONSIDÉRANT qu'il n'en va pas de la même « lecture/ compréhension » pour les syndicats signataires pour qui la notion « d'activité support » destinée à rejoindre l'établissement distinct (et son futur CSE) n° 2 - a été entendue comme celle exercée en principal par un établissement - dans la globalité de ses effectifs et de ses services - et donc selon une logique de globalité d'activité d'entreprise;

Qu'ainsi selon la logique syndicale l'établissement distinct n° 1 intitulé «Hospitalisation» devait regrouper l'ensemble des entreprises ayant pour activité principale l'hospitalisation - prises dans la globalité de leurs effectifs et de leurs services concourant intrinsèquement aux activités d'Hospitalisation - (y compris dans leurs activités annexes et supports locales) et se voyant appliquer la convention collective de hospitalisation ;

Et que le second établissement intitulé «Activités » devait selon les termes syndicaux de l'accord litigieux regrouper toutes les entreprises ayant une activité principale autres que l'Hospitalisation ;

CONSIDÉRANT que cette notion d' « activités » et notamment l'activité «supports» servant de base à la composition des deux établissements distincts conventionnels laisse donc effectivement le champ à une pluralité d'interprétations possibles et notamment sur l'étendue de la notion d'activité « supports » ;

CONSIDÉRANT selon les éléments d'enquête que les divers éléments mis à la disposition des parties lors de la négociation et ayant précédé la signature dudit accord ne permettaient pas d'écarter l'existence de tout quiproquo sur les termes de l'accord signé et notamment en raison du caractère laconique des dispositions actant la composition des deux établissements distincts s'agissant notamment de la notion d'activités supports »

Que cette pluralité d'interprétations potentielles a **de fait** donnée lieu à quiproquo et litige entre les parties sur l'interprétation de la composition de chacun des deux établissements distincts conventionnels devant constituer l'UES santé et par voie de conséquence sur les personnels devant être rattachés aux CSE objet de la demande d'arbitrage ;

CONSIDÉRANT que la détermination de la composition précise d'une UES et du périmètre des établissements distincts la composant est une étape préalable à la détermination de leurs effectifs respectifs et par voie de conséquent à leur répartition en les collèges électoraux de leurs CSE respectifs ;

CONSIDÉRANT qu'à l'occasion de la décision de rejet du 06 avril 2020 notifiée suite à la demande d'arbitrage du 29 janvier 2020 précédemment présentée par **DOCTOGESTIO** sur la base du même accord équivoque il avait été demandé aux parties de procéder à la clarification conventionnelle de leur accord permettant d'écarter tout obstacle d'interprétation et permettant de déterminer les établissements distincts conventionnels de cette UES ;

ET CONSIDÉRANT que selon les éléments de l'enquête menée durant le mois de janvier 2021 malgré des négociations à cette fin entre les parties entre le mois d'avril 2020 et le mois de septembre 2020 aucune clarification n'a pu être apportée ;

CONSIDÉRANT que faute de clarification conventionnelle de l'accord sur la détermination du périmètre distinct il est donc considéré que les faits de l'espèce sont strictement identiques et présentent exactement le même manquement à ceux de la demande du 29 janvier 2020 reçue le 07 février 2020 à savoir un caractère équivoque de l'accord ayant conduit à la décision de rejet du 6 avril 2020 ;

CONSIDÉRANT que la détermination de la composition précise d'une UES et du périmètre des établissements distincts la composant est une étape préalable à la détermination de leurs effectifs respectifs et par voie de conséquence à leur répartition en les collèges électoraux des CSE de ces établissements distincts ;

CONSIDÉRANT donc que le caractère équivoque de l'accord du 04 octobre 2019 censé déterminer la composition de chacun des deux établissements distincts conventionnels de l'UES de la branche Santé **DOCTOGESTIO** ne permet pas en l'état de se prononcer sur une

répartition des personnels et des sièges entre collèges de leurs CSE faisant l'objet de la présente demande d'arbitrage administratif ;
Qu'en tout état de cause il n'appartient pas à l'inspecteur du travail saisi d'une d'interpréter un accord d'UES qui ne mentionne pas sans équivoque la composition des entités composant l'UES ; »¹⁰

4-3 les motifs du jugement et la 1^{ère} branche du moyen

Par le jugement critiqué, le tribunal judiciaire a constaté son incompétence matérielle, a renvoyé les parties à mieux se pourvoir et a rejeté toutes les autres demandes, en énonçant les motifs suivants :

« En application de l'article 75 du code de procédure civile, s'il est prétendu que la juridiction saisie en première instance ou en appel est incompétente, la partie qui soulève cette exception doit, à peine d'irrecevabilité, la motiver et faire connaître dans tous les cas devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée.

Selon la jurisprudence, l'interprétation des accords d'entreprise relève de la compétence du tribunal judiciaire.

En application des dispositions de l'article L.2314-13 du code du travail, la répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel et la répartition du personnel dans les collèges électoraux font l'objet d'un accord entre l'employeur et les organisations syndicales conclu dans les conditions de l'article L.2314-6.

L'autorité administrative est compétente en cas de désaccord à condition que l'employeur ait transmis toutes les informations nécessaires aux organisations syndicales.

Au cas présent, l'inspection du travail s'est déclarée incompétente s'agissant d'une demande d'arbitrage sur la répartition du personnel et des sièges.

Le juge judiciaire du contentieux électoral ne peut pas répartir le personnel dans les différents collèges dès lors que la Direction n'a fourni aucune information sur le nombre de salariés de chaque entreprise qu'elle considère appartenir à la fonction support et qui serait rattaché au CSE. En effet, il n'est pas possible de se prononcer sur une répartition de salariés entre collèges si les propositions n'ont pas fait l'objet d'une négociation préalable avec les organisations syndicales représentatives.

En conséquence, le juge du contentieux électoral est incompétent pour interpréter cet accord. »

La critique principale est celle de la 1^{ère} branche du moyen unique présenté par l'employeur, invoquant une violation des articles L.2313-2, L.2314-13 et R.2314-3 du code du travail, ensemble les articles 12 du code de procédure civile et 4 du code civil.

Cette branche repose sur la prémisse selon laquelle il résulte de ces dispositions du code du travail que le tribunal judiciaire, saisi d'une demande tendant à la répartition du personnel au sein des collèges et des sièges **est tenu de procéder à cette répartition en respectant le périmètre des établissements distincts définis par accord collectif et doit, s'il existe une difficulté quant à la détermination de ce périmètre, interpréter lui-même cet accord** ; que le tribunal judiciaire, **investi d'une plénitude de juridiction relativement à cette répartition**, ne peut donc se retrancher derrière une ambiguïté de l'accord collectif fixant le nombre et le périmètre des établissements distincts pour refuser d'exercer son office.

Le moyen reproche ainsi au tribunal judiciaire d'avoir commis un déni de justice en se déclarant matériellement incompétent et en renvoyant les parties à mieux se pourvoir, en se retranchant derrière l'interprétation de l'accord qui ne relèverait pas du juge du contentieux électoral, alors que saisi, à la suite de l'échec de la négociation d'un protocole d'accord préélectoral, il devait se prononcer sur la demande de répartition des effectifs et des sièges entre collèges électoraux, au besoin en interprétant lui-même l'accord du 8 octobre 2019 définissant les établissements distincts.

¹⁰ Les termes mis en gras ou soulignés le sont dans le document d'origine.

Le mémoire ampliatif fait valoir que « *Sauf dans certaines matières où il est tenu de poser une question préjudicielle en cas de difficulté sérieuse quant à l'interprétation d'une règle de droit, le juge est donc tenu d'appliquer les règles de droit applicables et, au besoin, de les interpréter. Lorsque la solution du litige suppose la mise en oeuvre et l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif, il appartient au juge de trancher le litige en interprétant lui-même la convention ou l'accord collectif.* »

Le mémoire renvoie à deux arrêts de notre chambre :

- Soc., 11 octobre 2005, pourvoi n° 02-14.912

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 4 du Code civil et 809 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que l'Union locale CGT de Carpentras a mandaté le 21 octobre 2000 M. [i], salarié de la société Lurit, pour négocier avec celle-ci un accord de réduction du temps de travail ; que la société a saisi le juge des référés du tribunal de grande instance pour qu'il soit mis fin au trouble manifestement illicite résultant de la désignation de M. [i] comme mandataire salarié en invoquant l'absence d'établissement distinct dépourvu de délégué syndical ou de délégué du personnel désigné comme délégué syndical permettant à une organisation syndicale représentative de donner mandat à un salarié de négocier un tel accord ;

Attendu que pour décider que la désignation de M. [i] ne constituait pas un trouble manifestement illicite, l'arrêt retient que l'article 19 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 ne se réfère à aucune définition particulière de l'établissement distinct, de sorte qu'elle peut apparemment être différente de celle retenue pour la désignation des délégués syndicaux ;

Qu'en se prononçant ainsi, la cour d'appel qui s'est référée à l'apparence du droit, alors qu'il lui appartenait d'interpréter le texte qu'elle estimait obscur ou insuffisant, a violé les textes susvisés ;

- Soc., 15 juillet 1998, pourvoi n° 96-42.005, Bull. 1998, V, n° 389 :

Sur le moyen unique :

Vu l'article 12 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que M. [J] et Mmes [P] et [T], occupant respectivement les postes de caristes et d'ouvrières qualifiées nettoyeuses pour le compte de la société Peco Enci, ont saisi la commission régionale de conciliation en contestant la méthode de calcul des compléments d'indemnités journalières maladie dus en application de la convention collective du nettoyage de locaux de la région parisienne ; qu'ils ont saisi ensuite la juridiction prud'homale d'une demande en paiement d'un rappel d'indemnités journalières de maladie et de dommages-intérêts ;

Attendu que, pour rejeter les demandes des salariés, le conseil de prud'hommes a énoncé que la commission régionale de la conciliation a été saisie au sujet de la conformité des versements des compléments des indemnités journalières de maladie de la convention collective du nettoyage ; que la commission en réunion le 25 janvier 1995 a constaté qu'il n'y avait pas de conciliation ; que la CGT-FO était excusée, la CGT n'était pas représentée, la CFTC et la CFE/CGE n'avaient communiqué aucune méthode particulière de calcul ; que la délégation patronale a estimé que la convention collective avait été appliquée ; que le conseil de prud'hommes estime donc que la méthode de calcul utilisée par la société Peco Enci n'a pas été démontrée comme erronée ;

Attendu cependant qu'il appartient au juge de trancher le litige en interprétant lui-même la convention collective ;

Qu'en se déterminant par ces seuls motifs, et sans rechercher lui-même si la demande était fondée, le conseil de prud'hommes a violé le texte susvisé ;

Le mémoire soutient ainsi que, en l'absence de protocole d'accord préélectoral, sur recours contre la décision du Direccte, le tribunal judiciaire dispose d'une compétence exclusive pour procéder à la répartition du personnel et des sièges au sein des collèges électoraux des différents établissements distincts, en appliquant et, au besoin, en interprétant l'accord collectif fixant le périmètre des dits établissements.

Le mémoire en défense réplique que le moyen manque en droit puisque « *Conformément à l'article L. 2313-2 du code du travail, la division de l'entreprise en établissements distincts doit, en priorité, faire l'objet d'une négociation collective. En cas d'échec ou de refus de négocier,*

*l'employeur peut alors unilatéralement procéder à cette division, conformément à l'article L. 2313-4 du code du travail. En application de l'article L. 2313-5 du code du travail, la Direccte n'est compétente en la matière que pour trancher la contestation de la décision unilatérale de l'employeur. (...) **La Direccte n'est pas compétente pour trancher un litige né de l'application de l'accord collectif ayant défini les établissements distincts, pas plus que le juge du contentieux électoral qui ne peut être saisi que de la contestation de la décision de la Direccte relativement à la décision unilatérale de l'employeur.***

*Une fois les établissements distincts définis sans contestation, il appartient ensuite aux partenaires sociaux de négocier la répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel et la répartition du personnel dans les collèges électoraux, conformément à l'article L. 2314-13 du code du travail. Par définition, la répartition du personnel entre les collèges suppose au préalable que les partenaires sociaux ne soient pas en désaccord sur le rattachement du personnel aux établissements distincts, puisque les collèges électoraux sont définis au sein des établissements distincts en fonction du personnel rattaché. C'est uniquement en cas de désaccord sur cette répartition des sièges entre les différentes catégories de personnel et la répartition du personnel dans les collèges électoraux que la Direccte doit être saisie pour trancher le litige, et ensuite le juge du contentieux électoral si le litige persiste ou qu'il n'est pas tranché. (...) **Ainsi, la loi fixe une compétence spéciale au profit de l'administration, puis du juge du contentieux électoral, de manière restreinte et exclusive. Cette compétence successive et à étape doit être respectée.** »*

Le mémoire s'appuie sur l'arrêt précédemment cité, Soc., 3 mars 2021, pourvoi n° 19-21.086, publié, en soutenant que « **L'administration doit avoir été mis en mesure de statuer régulièrement pour que le juge puisse ensuite statuer à son tour en cas d'annulation de la décision administrative.** ».

Le mémoire ajoute que « *La critique manque ainsi d'abord en fait en ce qu'elle soutient que la Direccte a été saisie d'une simple demande de répartition du personnel dans les conditions légales. La critique manque ensuite en droit en affirmant que le juge du contentieux électoral pouvait légalement interpréter l'accord et trancher le litige, alors que l'administration n'avait pas été régulièrement saisie.* »

Il reviendra à la chambre, au vu de l'ensemble de ces éléments, d'apprécier la pertinence du moyen et de dire si la décision encourt la censure ou peut être approuvée. Il lui appartiendra notamment d'apprécier si le tribunal judiciaire, lorsqu'il est saisi du recours contre une décision du Direccte statuant en matière de répartition des électeurs et des sièges entre les différents collèges au sein des établissements distincts, dispose des mêmes pouvoirs que le Direccte ou davantage de pouvoirs que ce dernier, notamment en tant que juge ordinairement chargé du contentieux électoral en matière d'élections professionnelles, ou encore s'il convient d'admettre que le Direccte dispose de certaines attributions, qu'il doive appliquer à la lettre l'accord collectif dont dépend la définition du périmètre des établissements distincts ou qu'il puisse, dans des conditions à définir, se livrer à une forme d'interprétation de cet accord, sous le contrôle du juge judiciaire.

Par ailleurs, nous pourrions être amenés à nous interroger sur l'incidence qu'aurait sur la solution du litige la dénonciation en juillet 2020 par des organisations syndicales de l'accord collectif délimitant les périmètres des établissements distincts dans la mesure où en préalable cet accord aurait été constitutif de la reconnaissance de l'UES. ainsi que sur les conséquences de la période de survie. A cet égard, s'il semble qu'il faille, dans un premier temps, se placer à la date à laquelle a statué le tribunal, qu'en serait-il en cas de cassation et de renvoi devant une juridiction du fond ?

Enfin, des éléments utiles de réflexion pourraient être tirés des exemples de la jurisprudence administrative lors du contrôle opéré, s'agissant de l'homologation du document unilatéral de l'employeur déterminant le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), tant par le Direccte que par la juridiction administrative ensuite.

En effet, le Conseil d'Etat a jugé (CE, 4ème et 1ère chambres réunies, 13/04/2018, n° 404090) :

« Considérant qu'aux termes de l'article L. 1233-61 du code du travail : " Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lorsque le projet de licenciement concerne au moins dix salariés dans une même période de trente jours, l'employeur établit et met en oeuvre un plan de sauvegarde de l'emploi pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre. (...) " ; que les articles L. 1233-24-1 et L. 1233-24-4 du même code prévoient que le contenu de ce plan de sauvegarde de l'emploi peut être déterminé par un accord collectif d'entreprise et qu'à défaut d'accord, il est fixé par un document élaboré unilatéralement par l'employeur ; qu'enfin, aux termes de l'article L. 1233-57-3 du même code, dans sa rédaction en vigueur à la date de la décision litigieuse : " En l'absence d'accord collectif (...) l'autorité administrative homologue le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-2, après avoir vérifié la conformité de son contenu aux dispositions législatives et aux stipulations conventionnelles relatives aux éléments mentionnés aux 1° à 5° de l'article L. 1233-24-2 (...) et le respect par le plan de sauvegarde de l'emploi des articles L. 1233-61 à L. 1233-63 (...) " ; que l'article L. 1233-62 du code du travail dispose que : "Le plan de sauvegarde de l'emploi prévoit des mesures telles que : / (...) 3° Des actions favorisant le reclassement externe à l'entreprise, notamment par le soutien à la réactivation du bassin d'emploi" ; **qu'il résulte de ces dispositions que, lorsqu'elle est saisie d'une demande d'homologation d'un document élaboré en application de l'article L. 1233-24-4 du code du travail, il appartient à l'administration, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, de vérifier la conformité de ce document et du plan de sauvegarde de l'emploi dont il fixe le contenu aux dispositions législatives et aux stipulations conventionnelles applicables ; qu'à ce titre, lorsqu'un accord de branche, ou toutes autres stipulations conventionnelles applicables, prévoient des obligations en matière de reclassement externe qui s'imposent à l'employeur au stade de l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, l'administration doit s'assurer de la conformité à ces stipulations du contenu du plan, notamment de ses mesures fixées au titre du 3° de l'article L. 1233-62 du code du travail ; ».**

C'est donc au vu de l'ensemble de ces éléments qu'il reviendra à notre chambre d'apprécier les mérites du moyen.

4-4 la seconde branche du moyen, présentée comme subsidiaire : Proposition de rejet non spécialement motivé.

La seconde branche invoque une violation des articles 4 du code civil et 81 du code de procédure civile, en reprochant au tribunal judiciaire qui se déclarait matériellement incompétent de ne pas avoir désigné la juridiction compétente pour trancher le litige.

Si dans son délibéré, notre chambre décidait d'une cassation sur la 1^{ère} branche du moyen, il n'y aurait pas lieu de statuer sur cette seconde branche, présentée comme subsidiaire.

Si dans son délibéré, notre chambre décide au contraire de rejeter la 1^{ère} branche, la seconde branche pourrait également être rejetée et par arrêt non spécialement motivé comme n'étant manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

En effet, l'article 81 du code de procédure civile dispose que :

Lorsque le juge estime que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, il renvoie seulement les parties à mieux se pourvoir.

Dans tous les autres cas, le juge qui se déclare incompétent désigne la juridiction qu'il estime compétente. Cette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi.

Si notre chambre considère, en rejetant la 1^{ère} branche, qu'il n'entrait pas dans la compétence du Direccte puis dans le pouvoir juridictionnel du tribunal judiciaire saisi du recours contre la décision du Direccte ayant rejeté la demande de répartition, de statuer sur la demande de répartition des effectifs et des sièges entre les collèges électoraux de deux établissements distincts dont le périmètre n'avait pas au préalable été déterminé selon les règles posées par les articles L.2313-2 à L.2313-5 du code du travail, privilégiant la voie de la négociation collective et ne prévoyant l'intervention de l'autorité administrative, puis sur recours du tribunal judiciaire, qu'en l'absence d'accord, la critique de la seconde branche ne serait pas fondée

puisque'il n'y aurait pas lieu à désigner une juridiction de renvoi, les parties ne pouvant alors qu'être renvoyées à mieux se pourvoir.

La seconde branche n'étant pas fondée, elle peut être proposée à la non-admission.

5 - Orientation proposée : FS2

Nombre de projet(s) préparé(s) : 2 avec variantes