

// le dossier juridique

La validité des accords collectifs d'entreprise

Généralisation progressive du principe de l'accord majoritaire

En application de la loi Travail, l'accord portant sur la durée du travail, les repos et les congés doit, depuis le 1^{er} janvier 2017, être majoritaire pour être valide. À défaut, les syndicats signataires peuvent demander, pour l'approuver, l'organisation d'un référendum dont les modalités ont été fixées par un décret du 20 décembre 2016.

L'occasion de vous présenter, dans ce dossier juridique, ces nouvelles règles de validité, et de vous rappeler les anciennes, applicables jusqu'au 1^{er} septembre 2019, aux autres accords.

C'est l'une des mesures phare de la loi Travail du 8 août 2016. L'article 21 pose le **principe de l'accord majoritaire** pour les accords collectifs d'entreprise ou d'établissement (dénommés ci-après « accords d'entreprise »). L'objectif : **renforcer la légitimité** de l'accord d'entreprise en contrepartie de la place plus grande qui lui est accordée dans le champ de la négociation collective. Toutefois, pour **éviter les situations de blocage**, la loi ouvre la possibilité de **valider les accords minoritaires par référendum**, dont les modalités ont été fixées par le décret n° 2016-1797 du 20 décembre 2016.

Ces **nouvelles règles de validité entrent en vigueur** de manière échelonnée, **entre le 9 août 2016** (pour les accords de préservation ou de développement de l'emploi) et **le 1^{er} septembre 2019** (par exemple, pour les accords adaptant les règles de négociation). Conséquence : **différentes règles de validité des accords collectifs coexistent** pendant cette période. Les conditions de validité des accords d'entreprise diffèrent selon l'objet sur lequel ils portent et selon leur date de signature. Pour s'y retrouver, nous faisons le point dans ce dossier juridique.

À NOTER La loi Travail a réécrit la partie du Code du travail portant sur la durée, les congés et les jours fériés en étendant les champs ouverts à la négociation collective. Pour chaque subdivision de cette partie, le code distingue, depuis le 1^{er} janvier 2017, ce qui relève de l'ordre public, ce qui est ouvert à la négociation collective et les dispositions supplétives (applicables à défaut d'accord). Une commission d'experts sera chargée de réécrire, en adoptant la même architecture, les autres parties du

code. Une fois ce travail accompli, le 1^{er} septembre 2019, le principe majoritaire pourra s'appliquer aux autres accords collectifs (sauf exceptions). Signalons que le décret n° 2016-1797 fixe également les modalités de consultation des salariés sur les accords signés, dans les entreprises sans délégué syndical, par des salariés (élus ou non) mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales. Nous reviendrons sur celles-ci dans un prochain dossier juridique.

1 Règles de majorité issues de la loi Travail

QUELS SONT LES ACCORDS VISÉS ?

Les règles de validité issues de la loi Travail s'appliquent (*art. 21, IX, A de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 et art. 2 du décret n° 2016-1797 du 20 décembre 2016*) :

– aux **accords de préservation** ou de développement de l'**emploi** signés depuis le **9 août 2016** (*C. trav., art. L. 2254-2 à L. 2254-6 nouveaux*) ;

– à ceux portant sur la **durée du travail**, les repos et les congés signés depuis le **1^{er} janvier 2017** ;

– à compter du **1^{er} septembre 2019**, et en dehors de certains cas particuliers (*v. ci-après*), aux **autres accords collectifs**. Seront notamment visés les accords instituant une instance regroupant les IRP (*C. trav., art. L. 2391-1 à venir*) et ceux adaptant les règles de négociation (*C. trav., art. L. 2242-20 à venir*).

Ces nouvelles conditions de validité s'appliquent aux **accords d'entreprise**, mais également à ceux conclus au niveau du

groupe (C. trav., art. L. 2232-34 modifié) et aux accords interentreprises (C. trav., art. L. 2232-38 nouveau).

À NOTER L'entrée en vigueur différée prévue pour les accords portant sur la durée du travail, les repos et les congés visait à permettre aux partenaires sociaux de s'approprier les nouvelles règles avant le 1^{er} janvier 2017 et de ne pas compromettre les négociations en cours (Rapport AN n° 3675).

QUELLES SONT LES NOUVELLES RÈGLES ?

■ Un accord en principe majoritaire...

Pour être valide, l'accord d'entreprise doit être signé par l'employeur et par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au CE ou de la DUP (délégation unique du personnel) ou, à défaut, des DP, quel que soit le nombre de votants (C. trav., art. L. 2232-12 modifié).

À NOTER La signature étant majoritaire, la loi Travail a supprimé le droit d'opposition tel que mis en place par la loi de 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale. Cette règle de majorité n'est pas nouvelle. Elle est déjà exigée pour d'autres accords (notamment, ceux déterminant le PSE). En pratique, les nouvelles règles de validité changent la donne. Elles obligent les organisations syndicales à s'engager ou non en faveur de l'accord. Elles ne permettent plus « l'abstention bienveillante » des syndicats majoritaires (« on ne signe pas l'accord, mais on ne fera pas jouer notre droit d'opposition »), expliquait Éric Appenzeller, avocat associé, cabinet Audalys, lors de la conférence Lamy « Négocier un accord d'entreprise après la loi Travail » du 12 janvier 2017.

■ ... ou un accord minoritaire validé par référendum

Si l'accord a été signé par l'employeur et par des organisations syndicales représentatives ne dépassant pas le

seuil de 50 %, mais ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections, l'accord peut être validé par référendum dont les modalités ont été fixées par le décret du 20 décembre 2016 (C. trav., art. L. 2232-12 modifié).

■ Calcul des taux de 50 % et 30 %

Principe

Les taux de 50 % et 30 % se calculent uniquement par rapport aux suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives, c'est-à-dire celles ayant obtenu au moins 10 %. Ceux portés sur des organisations non représentatives doivent être neutralisés.

Autre point à signaler : les suffrages pris en compte sont ceux exprimés au premier tour des élections. Il faut donc procéder au dépouillement de ce scrutin même si le quorum n'a pas été atteint.

À NOTER Le fait de ne prendre que les suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives permet d'atteindre plus facilement la barre de 50 %. Prenons l'exemple d'une entreprise dans laquelle 300 salariés ont voté, dont 200 en faveur d'organisations syndicales représentatives. Une organisation qui recueille 120 voix a une audience de 40 % si on applique la règle de la majorité des suffrages exprimés et 60 % si on applique la règle de la majorité des suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives.

Le cas des accords catégoriels

Pour les accords catégoriels, les taux sont appréciés à l'échelle du collège électoral dont relève la catégorie concernée par l'accord (C. trav., art. L. 2232-13 modifié). Cette disposition vise essentiellement les cadres, mais elle peut s'appliquer à toute catégorie professionnelle bénéficiant d'un collège électoral. Il en est ainsi :

- du collège des journalistes ou assimilés (C. trav., art. L. 7111-9 modifié) ;
- du collège des personnels navigants techniques (C. transp., art. L. 6524-4 modifié) ;
- du collège des salariés de Voies navigables de France (C. transp., art. L. 4312-3-2 modifié) ;
- des deux collèges agents de droit privé et fonctionnaires et agents publics, pour les règles de validité des conventions et accords collectifs conclus dans les agences régionales de santé (C. santé publ., art. L. 1432-11 modifié).

Le cas des accords de groupe et interentreprises

Pour les accords de groupe (C. trav., art. L. 2232-34 modifié), les taux de 30 % et de 50 % s'apprécient à l'échelle de l'ensemble des entreprises ou établissements compris dans le périmètre de l'accord.

Pour les accords interentreprises créés par la loi Travail, les taux s'apprécient de la même manière (C. trav., art. L. 2232-38).

Rappelons que la loi Travail a précisé la manière d'apprécier la représentativité des organisations syndicales à ces deux niveaux (v. ci-dessous).

> Appréciation de la représentativité au niveau du groupe...

La représentativité des organisations syndicales au niveau de tout ou partie du groupe demeure appréciée conformément aux règles définies pour l'appréciation de la représentativité syndicale au niveau de l'entreprise, par addition de l'ensemble des suffrages obtenus dans les entreprises ou établissements concernés.

L'article L. 2122-4 du Code du travail précise, depuis l'intervention de la loi Travail, que si le périmètre des entreprises comprises dans le champ d'un accord de groupe est identique à celui d'un accord conclu au cours du cycle électoral précédant l'engagement des

QUELLES RÈGLES APPLIQUER EN CAS DE NÉGOCIATION TRANSVERSALE (PAR EXEMPLE, ACCORD SUR LA DURÉE DU TRAVAIL ET UN AUTRE THÈME) ?

Pour Aurélie Cormier Le Goff, avocat associé, cabinet Flichy Grangé Avocats, « cela pose la question des accords qui traitent de différents sujets, ou qui ne portent qu'indirectement sur la durée du travail (par exemple, le droit à la déconnexion), notamment dans l'hypothèse où les organisations signataires de l'accord disposeraient de plus de 30 % des suffrages selon l'ancienne règle, mais pas des 50 % nouvellement requis. Il paraît difficile d'appliquer des règles de validité de l'accord de manière distributive en fonction de l'objet de ses différentes clauses. Il faudra donc déterminer si l'accord porte, ou non, sur la durée du travail et les congés. L'issue de ce débat est incertaine, car deux approches sont possibles : soit il s'agit de tout accord qui comporte au moins une clause relative à la durée du travail ou aux congés, même si elle est mineure ; soit on exige que l'accord ait pour objet principal la durée du travail ou les congés. Cette dernière approche est plus conforme à l'esprit de la loi, mais l'issue d'un débat judiciaire est incertaine. Dans le doute, la conclusion d'accords distincts par sujets est évidemment préconisée. Les parties à l'accord peuvent aussi faire le choix, dans le préambule, de qualifier leur accord à cet égard, ce qui pourrait constituer un indice fort en cas de débat ultérieur ».

négociations, la représentativité des organisations syndicales est appréciée par **addition** de l'ensemble des **suffrages obtenus** dans ces entreprises ou établissements : – soit pour le **cycle en cours** lorsque les **élections** se sont tenues à la **même date** ;

– soit, dans le cas contraire, lors des **dernières élections** intervenues au cours du **cycle précédant** le cycle en cours. En revanche, si le **périmètre** des entreprises ou établissements compris dans le champ de l'accord est **différent** (du fait d'une restructuration, par exemple), la représentativité est appréciée par addition de l'ensemble des suffrages obtenus lors des **dernières élections** organisées dans les entreprises ou établissements compris dans le périmètre de l'accord (*C. trav., art. L. 2122-4 modifié*).

À NOTER L'écart potentiel entre les résultats du dernier cycle et la réalité de l'implantation des organisations syndicales dans les entreprises directement concernées par l'accord peut, expliquait l'étude d'impact du projet de loi, être trop important pour que la légitimité de l'accord conclu soit assurée.

> ... au niveau interentreprises

En cas d'accord interentreprises, la représentativité des organisations syndicales dans le périmètre de cet accord est appréciée par **addition** de l'ensemble des **suffrages** obtenus dans les entreprises ou établissements concernés lors des **dernières élections précédant** l'ouverture de la **première réunion de négociation** (*C. trav., art. L. 2232-37 nouveau*).

COMMENT EST VALIDÉ UN ACCORD MINORITAIRE ?

☒ Qui peut déclencher le référendum ?

Le référendum a lieu à l'initiative d'une ou plusieurs des **organisations signataires** ayant recueilli **plus de 30 % des suffrages** exprimés en faveur d'organisations représentatives (et pas à l'initiative de l'employeur). Les organisations signataires disposent d'**un mois** à compter de la signature de l'accord (à compter du 22 décembre 2016 pour les accords de préservation et de développement de l'emploi conclus avant cette date) pour le solliciter. Cette **demande** doit être **notifiée** par écrit à l'employeur, mais également aux autres organisations syndicales représentatives (*C. trav., art. L. 2232-12 et D. 2232-6, I modifiés*).

À compter de cette demande, l'**ensemble des organisations** syndicales **représentatives** dispose d'un **délai de réflexion de huit jours** pour revenir ou non sur leur position. Ainsi, une organisation non signataire peut décider de parapher l'accord, et une organisation signataire peut renoncer à demander l'organisation d'un référendum. Le **référendum** devra être **organisé** uniquement si l'**accord reste minoritaire** à l'issue de ce délai de réflexion. Concrètement, il n'aura donc pas lieu dans deux cas, lorsqu'à l'issue du délai de réflexion :

- l'accord est signé par des organisations syndicales ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives. Dans cette hypothèse, l'accord collectif est valable ;
- ou qu'il est signé par des organisations syndicales ayant recueilli 30 % ou moins des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives.

☒ Qui l'organise ?

Il appartient à l'**employeur** d'organiser la consultation des salariés. Il doit le faire dans un délai de **deux mois**

RÉFÉRENDUM : COMMENT DÉCOMPTER LES DÉLAIS ?

Les délais s'apprécient, à défaut de précisions dans le décret, selon les règles fixées par les articles 640 et suivants du Code de procédure civile. Prenons l'exemple d'un **accord minoritaire signé le 30 janvier 2017**.

• Les organisations syndicales disposent d'un délai d'un mois à compter du lundi 30 janvier 2017 pour **demande** l'organisation d'un **référendum**. Elles ont donc **jusqu'au mardi 28 février** à 24 h 00 pour le faire. La date d'expiration est normalement le mois d'après au même quantième (*CPC, art. 641*), soit le 30 février à 24 h 00, mais le mois de février n'a que 28 jours.

• Dans notre exemple, des organisations syndicales minoritaires **notifient** leur demande de référendum à l'employeur et aux autres organisations syndicales représentatives, le **lundi 6 février 2017**. Ces derniers la **reçoivent le mardi 7 février 2017**. Le **délai** de réflexion de **huit jours** **expire** le mercredi **15 février 2017** à 24 h 00. Le jour de la notification par voie postale est celui la date de réception de la lettre, étant précisé que le jour de notification qui fait courir le délai, ne compte pas (*CPC, art. 642 et 668*).

• Si, le jeudi 16 février, l'accord demeure minoritaire, l'employeur doit conclure un **protocole** pour fixer les modalités pratiques du référendum. Sa conclusion doit intervenir **au plus tard le lundi 3 avril** à 24 h 00. En effet, le protocole doit être porté à la connaissance des salariés par tout moyen au plus tard 15 jours avant la consultation.

• Le **référendum** doit se tenir au plus tard le **mardi 18 avril 2017** à 24 h 00. Le délai qui expire normalement un samedi, un dimanche (le 16 avril) ou un jour férié (le 17 avril) ou chômé est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant (*CPC, art. 642*).

à compter de l'expiration du délai de réflexion précité (*C. trav., art. L. 2232-12*).

☒ Selon quelles modalités ?

Les modalités d'organisation de la consultation des salariés sont fixées par un **protocole spécifique conclu** entre l'employeur et les **organisations** signataires du projet d'accord recueillant **plus de 30 %** des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections professionnelles, quel que soit le nombre de votants (*C. trav., art. L. 2232-12 et D. 2232-6, II modifiés*). Autrement dit, pour être valable, le protocole ne doit pas nécessairement être signé par tous les syndicats signataires du projet d'accord.

Le protocole doit **fixer** (*C. trav., art. D. 2232-2 et D. 2232-3 modifiés*) :

- les conditions de **transmission** aux salariés du **texte** de l'accord ;
- le **lieu**, la **date** et l'**heure** du **scrutin**, étant précisé que la consultation doit obligatoirement avoir lieu pendant le temps de travail ;
- les modalités d'**organisation** et de déroulement du **vote** qui doit s'effectuer au scrutin secret sous enveloppe ou par voie électronique dans les conditions prévues aux articles R. 2324-5 à R. 2324-17 du Code du travail (recours au vote électronique pour les élections CE) et conformément aux principes généraux du droit électoral (notamment, secret et sincérité du scrutin) ;
- le **texte** de la **question** soumise au vote des salariés ;
- et la **liste** des **salariés** des établissements **couverts** par l'accord (amenés à voter). Les salariés pouvant voter sont ceux remplissant les conditions d'électorat pour les élections des DP.

Pour les accords catégoriels et les accords conclus dans certains secteurs particuliers (*v. ci-dessus*), la consultation

des salariés est organisée à l'échelle du collège concerné. Pour les accords de groupe, elle est effectuée dans ce périmètre (*C. trav., art. L. 2232-34 modifié*), et, pour les accords interentreprises, dans ce périmètre (*C. trav., art. L. 2232-38 nouveau*).

Le protocole est **porté** à la **connaissance** des salariés par tout moyen au plus tard **15 jours avant** la consultation (*C. trav., art. D. 2232-6, III modifié*).

À NOTER Compte tenu de la rédaction de la loi, il ne semble pas possible de conclure un protocole général sur l'organisation de référendum, valable pour tous les accords minoritaires à venir. De même, en cas de recours au vote électronique, celui-ci doit être expressément prévu par le protocole spécifique. Les partenaires sociaux ne peuvent se contenter de prévoir ce recours pour le référendum dans l'accord collectif d'entreprise ou de groupe prévoyant le recours au vote électronique pour les élections professionnelles.

☑ Peut-on contester le protocole ?

En cas de désaccord sur les **modalités** d'organisation de la **consultation** fixées par le **protocole**, les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ou l'établissement (signataires ou non de l'accord) peuvent le **contester** devant le **tribunal d'instance** dans un délai de **huit jours** suivant l'information des salariés précitée. Le tribunal statue en la forme des référés et en dernier ressort (*C. trav., art. D. 2232-7 modifié*).

☑ D'autres contestations sont-elles possibles ?

Les contestations relatives à l'**électorat** et à la **régularité** de la consultation sont possibles. Elles sont de la compétence du **tribunal d'instance** qui statue en dernier ressort. Elles sont introduites dans les délais prévus à l'article R. 2324-24 du Code du travail. Lorsque la contestation porte sur l'électorat, la déclaration n'est recevable que si elle est faite dans les trois jours suivant la publication de la liste électorale. Lorsqu'elle porte sur la régularité de l'élection, la déclaration n'est recevable que si elle est faite dans les 15 jours suivant cette élection. Dans tous les cas, la décision est susceptible d'un pourvoi en cassation (*C. trav., art. R. 2232-5*).

☑ Quelle est la portée des résultats ?

L'accord est **valide** s'il est approuvé à la **majorité** des **suffrages exprimés** (et non des votants). À défaut, il est réputé non écrit (*C. trav., art. L. 2232-12 modifié*).

☑ Quelles sont les modalités de publicité des résultats ?

Le résultat du vote des salariés doit faire l'objet d'un **procès-verbal** (PV). L'employeur doit en assurer la **publicité** dans l'entreprise par tout moyen. Le cas échéant, il doit également **annexer** à l'accord approuvé lors du dépôt de ce dernier (*C. trav., art. D. 2232-2 modifié*).

2 Règles issues de la loi du 20 août 2008

QUELLES SONT LES RÈGLES ?

En application de l'article L. 2232-12 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, la validité d'un accord d'entreprise est subordonnée :

– à sa **signature** par une ou plusieurs **organisations** syndicales de salariés **représentatives** ayant recueilli **au moins 30 %** des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles des titulaires (CE ou DUP ou, à défaut, des DP), quel que soit le nombre de votants ;

– et l'**absence d'opposition** (dans les huit jours suivant la notification de l'accord) d'une ou de plusieurs **organisations** syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la **majorité** des suffrages à ces mêmes élections, quel que soit le nombre de votants.

À NOTER Dans un arrêt du 10 janvier 2017 (n° 15-20.335 FS-PB), la Cour de cassation a clarifié les conditions de recevabilité du droit d'opposition en précisant que l'opposition doit impérativement être « reçue » par les signataires avant l'expiration du délai légal de huit jours.

QUELS ACCORDS SONT VISÉS ?

Ces règles de validité des accords continuent de s'appliquer à tous les **accords collectifs signés avant le 1^{er} septembre 2019**.

Toutefois, elles **ne s'appliquent pas** aux accords :

– de **préservation** ou de développement de l'**emploi** (*C. trav., art. L. 2254-2 à L. 2254-6*);

– de **maintien** de l'**emploi** (*C. trav., art. L. 5125-4*);

– déterminant le **contenu** du **PSE**, la procédure de consultation et les modalités de mise en œuvre (*C. trav., art. L. 1233-24-1*);

– portant sur la **durée** du travail, les **repos** et les **congés** signés à compter du 1^{er} janvier 2017;

– **regroupant** les **IRP** dans les entreprises d'au moins 300 salariés (*C. trav., art. L. 2391-1*);

– modifiant la **périodicité** des **négociations** obligatoires en entreprises (*C. trav., art. L. 2242-20*).

À NOTER Les accords portant sur la durée du travail, les repos et les congés signés avant le 1^{er} janvier 2017 étaient soumis aux règles de validité issues de la loi du 20 août 2008.

3 Des règles de validité spécifiques

ACCORDS MAJORITAIRES SANS POSSIBILITÉ DE RÉFÉRENDUM

Pour être valides, **certains accords** d'entreprises doivent, comme c'était déjà le cas avant l'intervention de la loi Travail, avoir été signés par un ou des syndicats représentatifs ayant recueilli **au moins 50 %** des **suffrages** exprimés en faveur d'organisations syndicales représentatives au premier tour des élections professionnelles des titulaires (CE ou DUP ou, à défaut, DP), quel que soit le nombre de votants. Sont concernés :

– les accords de **maintien** de l'**emploi** (*C. trav., art. L. 5125-4*);

– ceux fixant le **contenu** du **PSE**, la procédure consultative et les modalités de mise en œuvre des licenciements visés (*C. trav., art. L. 1233-24-1*);

– ceux modifiant la **périodicité** des **négociations** obligatoires en entreprise **signés avant le 1^{er} septembre 2019** (*C. trav., art. L. 2242-20*);

– ceux **regroupant** les institutions représentatives du personnel (**IRP**) dans les entreprises d'au moins

QUESTIONS SUR LE RÉFÉRENDUM À...

Aurélié Cormier Le Goff, avocat associé, cabinet FLICHY GRANGÉ AVOCATS

En cas de demandes de référendum échelonnées dans le temps, à partir de quel moment faut-il décompter le délai de réflexion de huit jours ?

Cette question ne se posera que si les signataires « minoritaires » de l'accord sollicitent un référendum de manière séparée, alors que l'enjeu du référendum devrait les inciter à prendre cette décision de manière concertée. La demande de référendum qui déclenche le délai de réflexion de huit jours doit être formulée dans le mois suivant la « date de signature de l'accord » et émaner « d'une ou plusieurs de ces organisations syndicales ayant recueilli plus de 30 % des suffrages ». Il faut donc à tout le moins attendre, pour décompter le délai de huit jours, que les organisations syndicales sollicitant le référendum atteignent, ensemble ou séparément, le seuil de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations syndicales représentatives.

À quelle date le protocole doit-il être signé ?

La consultation est organisée dans un délai de deux mois (*C. trav., art. L. 2232-12*), courant semble-t-il à compter de l'expiration du délai de réflexion de huit jours. Le contenu du protocole organisant cette consultation doit être porté à la connaissance des salariés au plus tard 15 jours avant la consultation elle-même (*C. trav., art. D. 2232-6, II*). Le protocole doit donc être conclu au plus tard à cette date. Il reste qu'un éventuel dépassement de ce délai de deux mois de quelques jours ne devrait pas invalider le scrutin, dès lors que la date en a été fixée par accord dans le cadre du protocole.

À quel moment sont appréciées les conditions d'électorat des salariés appelés à voter ?

L'article L. 2232-12 du Code du travail définit les participants au référendum à partir des conditions d'électorat fixées en matière d'élection des délégués du personnel. En cette matière, la jurisprudence retient de manière constante que les conditions d'électorat s'apprécient impérativement à la date du premier tour du scrutin (*Cass. soc., 1^{er} décembre 2010, n° 10-60.163*). Les conditions d'électorat pour le référendum, et notamment la condition d'emploi depuis au moins trois mois, devraient donc s'apprécier à la date de celui-ci.

Le protocole doit fixer la liste des salariés devant être consultés. S'agit-il d'une liste limitative ?

La liste des salariés devant être consultés ne correspond pas nécessairement à tous les salariés de l'entreprise. Elle se limite aux salariés des établissements couverts par l'accord, lorsque celui-ci ne s'applique qu'à certains établissements, et aux salariés relevant du collège électoral concerné par l'accord lorsqu'il s'agit d'un accord catégoriel. Sous cette réserve, il me semble que cette liste équivaut à la liste électorale établie dans le cadre des élections. Elle doit donc être nominative et exhaustive. L'article R. 2232-5 du Code du travail prévoit d'ailleurs la possibilité d'une contestation relative à l'électorat introduite dans les délais prévus à l'article R. 2324-24 du Code du travail, lequel énonce un « délai de trois jours suivant la publication de la liste électorale », ce qui au cas présent ne peut que renvoyer à la liste des votants figurant dans le protocole.

Quels sont les autres points de vigilance concernant la rédaction du protocole ?

Le protocole doit contenir *a minima* les éléments prévus par l'article D. 2232-3 du Code du travail, dont certains appellent des choix de la part des signataires. Il en va ainsi du recours au vote électronique, qui semble pouvoir être directement prévu par le protocole organisant le référendum. L'intérêt d'un vote par collège pourra aussi se poser lorsque l'accord soumis à référendum n'est pas catégoriel. Les principes généraux du droit électoral doivent être respectés dans les mêmes conditions que pour les élections des instances élues, ce qui invite à s'inspirer de la rédaction des protocoles préélectorales sur les modalités de déroulement du vote.

Que risque l'employeur qui n'organise pas le référendum dans le délai légal de deux mois ?

Cette hypothèse devrait se présenter rarement car l'employeur est signataire de l'accord collectif soumis à référendum et devrait donc faire en sorte qu'il entre en vigueur. En cas d'inertie de sa part, les organisations syndicales signataires pourraient le contraindre à organiser le référendum puisque le texte énonce clairement une obligation légale à sa charge. En matière électorale, les organisations syndicales peuvent saisir le juge (tribunal d'instance) pour qu'il ordonne à l'employeur d'organiser des élections s'il n'a pas donné suite à leur demande. En outre, le délit d'entrave est constitué dans un tel cas. Ces solutions apparaissent transposables au référendum, pour lequel la compétence du tribunal d'instance est expressément prévue relativement aux modalités d'organisation du référendum et à son déroulement (*C. trav., art. D. 2232-7 et R. 2232-5*).

En cas de désaccord sur les modalités de déroulement du référendum, de quel recours dispose l'employeur ?

Le législateur a fait le choix de réserver le déclenchement du référendum aux seules organisations syndicales signataires de l'accord (à l'exclusion de l'employeur), lesquelles sont également seules en charge de la négociation et de la conclusion avec l'employeur du protocole. Si cette négociation échoue, il est exclu que l'employeur établisse unilatéralement les conditions d'organisation du référendum, cette voie n'étant ouverte par le texte que dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, en cas de référendum sur un accord conclu avec un élu ou un salarié mandatés par une organisation syndicale représentative (*C. trav., art. D. 2232-8*). Le tribunal d'instance peut être saisi « en cas de désaccord sur les modalités d'organisation de la consultation fixées par le protocole » (*C. trav., art. D. 2232-7*). Mais, le texte réserve cette saisine aux seules organisations syndicales représentatives. Si ces dernières ne prennent pas cette initiative, les modalités d'organisation du référendum ne pourront pas être fixées et l'accord ne devrait donc pas pouvoir être validé.