

Dossier

Quelle place pour les syndicats dans le nouveau modèle social ?

De la négociation sur le comité social et économique à celle du conseil d'entreprise, seul habilité à négocier

L'essentiel

Débat sur la principale nouveauté des ordonnances du 22 septembre 2017, le comité social et économique, qui va beaucoup occuper syndicats et employeurs tout au long de l'année 2019... et juges ensuite vu sa nouveauté: du tout légal au tout conventionnel ?

Le comité social et économique (CSE), et plus encore le conseil d'entreprise, consacrent un lien, jusqu'à récemment tenu, entre négociation collective et instances élues de représentation du personnel. À l'origine, une distinction claire existait entre, d'une part, la négociation collective menée par les délégués syndicaux désignés par les organisations syndicales représentatives et, d'autre part, les pouvoirs d'information et de consultation du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) sur les décisions ressortant du pouvoir de gestion du chef d'entreprise. Ces deux canaux de représentation du personnel et de défense de leurs intérêts coexistaient en parallèle et de manière complémentaire, mais il est vrai aussi parfois concurrentielle, voire, du point de vue de certains, redondante.

Cette distinction traditionnelle s'est progressivement brouillée¹, d'abord du fait de la loi du 20 août 2008 qui, en conditionnant l'obtention de la qualité représentative et les conditions d'entrée en vigueur des accords collectifs au score électoral obtenu par les organisations syndicales aux élections des représentants du personnel, a institué un lien structurel entre l'exercice du droit syndical et la représentation élue du personnel. Ensuite, du fait de l'intervention croissante de la négociation collective dans le champ de



par Aurélie Cormier Le Goff
Avocate associée, Flichy Grangé Avocats



et Judith Krivine
Avocate associée, Dellien Associés

compétence du comité d'entreprise, singulièrement depuis la loi du 26 juin 2013 qui, d'une part, a autorisé la négociation d'accords collectifs sur la détermination des délais de consultation du comité d'entreprise et qui, d'autre part, a ouvert la possibilité de conclure un accord collectif sur les plans de sauvegarde de l'emploi ressortant jusqu'alors exclusivement de la compétence du comité. La négociation sur les instances élues elle-même n'était cependant jusqu'alors pas organisée par la loi. Ce sujet, relevant historiquement de l'ordre public, était marqué du sceau de la norme légale et de la décision unilatérale. La seule pratique de négociation véritablement développée en matière d'instances représentatives du personnel concernait le comité d'entreprise européen, mais cette négociation n'est ni menée dans l'entreprise ni n'affecte ses instances de représentation du personnel. Une première brèche a été ouverte par la loi Rebsamen du 17 août 2015 qui a permis pour la première fois de mettre en place, par accord collectif majoritaire, une instance représentative unique dans les entreprises de plus de 300 salariés, regroupant le comité d'entreprise, les délégués du personnel et/ou le CHSCT². Mais ce regroupement s'opérait dans un cadre strictement volontaire et peu d'accords ont été conclus sur ce fondement.

À l'aune de ce bref rappel historique, on mesure le saut réalisé par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017

¹ Pour reprendre l'expression de G. Borenfreund, La fusion des institutions représentatives du personnel, RDT 2017. 608.

² C. trav., anc. art. L. 2391-1 s.

qui crée le CSE et autorise la mise en place d'un conseil d'entreprise: non seulement, parce qu'elle accorde compétence à l'accord collectif pour configurer l'instance de représentation du personnel selon une organisation qui peut s'éloigner assez radicalement du modèle légal supplétif; mais aussi parce qu'elle ouvre la négociation collective sur toutes les attributions de l'instance et leurs modalités d'exercice, bien au-delà des seuls délais de consultation. Au surplus, s'agissant de la mise en place des représentants de proximité ou du conseil d'entreprise, la négociation collective est érigée en passage imposé puisque ces instances n'existent pas sans accord collectif majoritaire.

Sur le fond, est mise en œuvre l'inversion des logiques qui caractérise la réécriture du code du travail depuis les ordonnances du 22 septembre 2017, suivant laquelle le renvoi à la négociation collective, et le plus souvent à l'accord collectif majoritaire conclu avec les organisations syndicales représentatives dans les entreprises qui en sont dotées, devient le principe, la loi n'intervenant désormais, hormis certains principes structurants, qu'à titre supplétif.

Ainsi, à une situation encore récente où quasiment aucune possibilité d'échange avec les organisations syndicales n'était envisageable, et donc pratiquée, sur le sujet des instances représentatives du personnel, a succédé un nouveau contexte dans lequel la mise en place du CSE est devenue en 2018, et probablement plus encore en 2019, un des premiers sujets de négociation collective au niveau de l'entreprise. Un an après l'entrée en vigueur de l'ordonnance, et alors même que sa mise en œuvre va se déployer pendant encore toute une année, de nombreux accords ont été conclus à ce sujet dans des entreprises ou groupe importants³.

Dans ce contexte, il faut éclairer les raisons qui conduisent les entreprises et les organisations syndicales à décider ou non de négocier et conclure des accords sur le CSE (I).

Lorsqu'une telle négociation a lieu, se pose la question de savoir si les accords conclus conduisent à traiter dans les mêmes conditions qu'auparavant les attributions qui étaient dévolues aux anciennes instances représentatives du personnel, et surtout s'ils le permettent (II).

En revanche, force est de constater, au terme de cette première année de mise en œuvre de la réforme, l'absence d'appétence des négociateurs pour la mise en place d'un conseil d'entreprise, ce qui s'explique par plusieurs raisons et laisse augurer un succès plus limité de la négociation dans cette voie (III).

Les développements qui suivent exposent successivement le point de vue respectif des auteurs du présent article sur ces différentes questions.

Aurélien Cormier Le Goff

I. — POURQUOI NÉGOCIER (OU PAS) UN ACCORD DE CSE ?

Tout d'abord, je tiens à revenir sur les explications ci-dessus relatives à la confusion progressive entre le rôle de négociation des organisations syndicales au sein de l'entreprise et les attributions d'information et consultation des instances représentatives élues.

En effet, à mon sens, la confusion progressive décrite par ma consœur Aurélien Cormier Le Goff est le fruit d'une volonté délibérée des gouvernements qui se sont succédés ces dernières années, volonté influencée par de nombreux rapports – rapport Bélier en 1990⁴, rapport de Virville⁵, rapport Montaigne⁶, rapport Combrexelle⁷ –, rapports visant tous, au prétexte d'une prétendue complexité du droit du travail, non pas à simplifier sa compréhension, mais à simplifier la vie des employeurs, en réduisant de plus en plus les droits des salariés et de leurs représentants. La flexisécurité à la française n'existe pas, il ne s'agit que de flexibilité pour les salariés et de sécurité pour les employeurs.

Cette évolution a été favorisée par des campagnes de communication et un discours mensonger, exprimant le souhait d'un renforcement du dialogue social là où, en réalité, seule l'apparence d'un dialogue social était permise, les salariés et leurs représentants, désignés ou élus, étant privés progressivement de recours utiles et donc de moyens d'obtenir efficacement de l'information et de leviers pour négocier.

Ces affirmations n'ont rien de dogmatique et quelques exemples suffiront à l'illustrer.

Premier exemple: rappelons que depuis 1993 déjà, les employeurs avaient la possibilité de mettre en place unilatéralement une délégation unique du personnel dans les entreprises de moins de 200, avec des élus cumulant (sans cumuler les heures de délégation) les attributions d'élus au comité d'entreprise et de délégués du personnel. Depuis 2015, le seuil a été relevé à 300 salariés et la délégation unique pouvait même inclure les élus au CHSCT. Et la loi Rebsamen a permis comme l'a rappelé Aurélien Cormier Le Goff d'étendre cette possibilité, cette fois par voie négociée, dans les entreprises de plus de 300 salariés. Or, les entreprises ont constaté qu'elles ne parvenaient pas à obtenir des organisations syndicales des accords en ce sens. À ce que cela ne tienne, le gouvernement-législateur est intervenu en rendant obligatoires pour toutes les entreprises, non seulement les mandats, mais les fonctions, de ces trois instances!

⁴ G. Bélier, rapport au ministre du Travail relatif au développement des institutions représentatives du personnel dans les PME, 29 mars 1990; v. Sem. soc. Lamy, 2 avr. 1990.

⁵ M. de Virville, Pour un code du travail plus efficace, rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, janv. 2004.

⁶ Institut Montaigne, Sauver le dialogue social. Priorité à la négociation d'entreprise, rapport de sept. 2015, v. not. Proposition n° 4; v. égal. Reconstruire le dialogue social, rapport de juin 2011.

⁷ La négociation collective, le travail et l'emploi, rapport du 9 sept. 2015.

³ En janv. 2019, près de 3 000 accords sont référencés sur Légifrance comme conclus depuis un an sur la représentation du personnel et le droit syndical, incluant entre autres les accords sur le CSE.

Aujourd'hui le conseil d'entreprise est une possibilité « offerte » à la négociation. Que se passera-t-il lors d'une prochaine réforme si le constat d'une insuffisance (aux yeux des employeurs) d'accords en ce sens se confirmait? Le gouvernement va-t-il l'imposer à tous?

Second exemple: à l'occasion de la loi Rebsamen, des employeurs ont tenté de remettre en cause la jurisprudence, pourtant constante, permettant aux établissements distincts de bénéficier d'une expertise sur les comptes à leur niveau⁸. Par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, le gouvernement a réglé la question: désormais, la consultation (et donc le cas échéant l'expertise) n'est effectuée qu'au niveau de l'entreprise, « sauf si l'employeur en décide autrement »⁹.

Ainsi, le premier exemple est le modèle, au niveau national, du dialogue social tel qu'envisagé par le gouvernement pour les entreprises, le message suivant étant adressé aux organisations syndicales: négociez dans le sens qui vous est demandé, sinon cela vous sera imposé, en pire.

Alors pourquoi négocier sur le CSE, pourquoi tant d'accord sont-ils signés, quel est l'intérêt de ces négociations du côté des organisations syndicales?

Pour rappel, l'ordonnance a maintenu et développé le découpage du code du travail mis en place par la loi El Khomri¹⁰ entre les trois types de normes: les règles d'ordre public/le champ de la négociation collective/les dispositions supplétives (c'est-à-dire ce qui s'applique à défaut d'accord). Le « dialogue social » relatif aux modalités de mise en place et de fonctionnement du CSE n'échappe pas à cette règle.

Or, comme l'illustre l'exemple évoqué plus haut sur le choix du niveau des consultations et expertises entre CSE central et CSE d'établissements, le supplétif a été fixé à un niveau extrêmement moins favorable aux élus que le droit antérieur.

L'idée n'est donc pas comme « jadis » d'obtenir par la négociation des avantages qui n'existaient pas (le fameux « ordre public social » ou principe de faveur), mais de tenter d'obtenir des améliorations par rapport aux mesures supplétives qui pèsent comme une menace, avec l'espoir simplement de réussir à obtenir des moyens permettant aux instances de fonctionner. Et ceci est valable dans tous les domaines: établissements distincts (v. explications ci-dessous), nombre de représentants élus, nombre d'heures de délégation, présence des suppléants en réunion, moyens financiers (par exemple la prise en charge des expertises), moyens de la commission santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT), représentants de proximité, modalités et fréquence des consultations, etc.

Mais l'on voit bien qu'en réalité l'alternative est la suivante: soit l'employeur comprend qu'un dialogue social de qualité suppose des moyens et des contre-pouvoirs et il accepte d'aller au-delà des mesures supplétives par accord collectif, soit (malheureusement dans la plupart des cas que je rencontre, sans doute parce que, comme le chirurgien urgentiste, je ne suis saisie qu'en cas de problème), l'employeur ne voit la réforme que comme une opportunité de réduire ses contraintes d'un point de vue purement comptable, voire comme un moyen de casser le rapport de force... et il refuse tout.

Dans le deuxième cas, comment obtenir quelque chose? De quels leviers disposent les organisations syndicales pour inciter l'employeur à négocier?

Naturellement, il n'est pas question d'espérer s'appuyer sur une mobilisation du personnel pour soutenir les négociateurs: la communication a été si efficace qu'aujourd'hui les salariés ne peuvent imaginer que ces négociations visent à favoriser le respect du principe, de valeur constitutionnelle, selon lequel « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises »¹¹, mais pensent souvent qu'il s'agit pour les salariés « protégés » d'améliorer leurs « privilèges » (ce encore plus lorsque la négociation sur le CSE s'accompagne de la négociation des droits syndicaux).

Et que faire lorsque des syndicats signent malgré tout des accords dont les améliorations ne sont que factices?

Est-ce une victoire pour les organisations syndicales « d'obtenir » que les consultations annuelles deviennent des consultations trisannuelles en contrepartie de quelques heures de délégation en plus?

L'impression globale est que ces négociations ressemblent à celles menées par exemple lorsqu'une entreprise met en place un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) deux ans après un précédent PSE, en proposant dans le projet d'accord le minimum légal: les organisations syndicales se battent pour tenter d'obtenir, au mieux, ce qu'elles étaient parvenues à négocier dans le cadre du PSE précédent et non des améliorations...

Ce que le gouvernement a mis en place en transférant sur les négociateurs le soin de mettre en place les règles relatives au CSE est de même nature: les organisations syndicales n'ont pas d'autre choix que de négocier, mais ce pour tenter d'obtenir, au mieux, ce que la loi prévoyait avant la réforme, et encore, si l'ordre public ne l'interdit pas (par exemple, rappelons qu'il n'est pas possible de prévoir que les membres de la CSSCT ne soient pas choisis parmi les membres du CSE¹²).

Judith Krivine

8 Soc., 14 déc. 1999, n° 98-16.810, Bull. civ. V, n° 487; D. 2001. 623, obs. J.-L. Navarro; Dr. soc. 2000. 225, obs. M. Cohen - Soc., 28 nov. 2007, n° 06-12.977, Bull. civ. V, n° 37; D. 2008. 25; Dr. soc. 2008. 254, obs. J. Savatier; Dr. ouvrier 2008. 294, note M. Cohen - Soc., 8 avr. 2014, n° 13-10.541, Bull. civ. V, n° 100; D. 2014. 982; *ibid.* 2374, obs. P. Lokiec et J. Porta - Soc., 16 janv. 2019 n° 17-26.660, D. 2019. 133.

9 C. trav., nouv. art. L. 2312-22.

10 C. trav., art. L. 3111-3.

11 Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946, art. 8.

12 L'art. L. 2315-39, al. 3, du code du travail est situé dans le sous-paragraphe « Ordre public » du paragraphe relatif aux commissions santé, sécurité et conditions de travail.

La loi permet et même incite à la négociation sur le CSE, mais ne l'impose pas. Il est parfaitement possible de mettre directement en place un CSE par application de la loi, d'organiser son fonctionnement par le biais du règlement intérieur adopté par le CSE lorsque la loi l'autorise et de déterminer les attributions de l'instance et les moyens de l'instance conformément aux dispositions légales et réglementaires supplétives.

Il reste que nombre d'entreprises ont bien saisi que cette négociation sera structurante pour l'avenir du dialogue social, et que ne pas ouvrir les négociations sur la mise en place du premier CSE constituerait probablement une occasion manquée. À cet égard, on observe assez souvent que le mandat de négociation donné au directeur des ressources humaines est validé au niveau des instances dirigeantes de l'entreprise. Et qu'une fois conclu, l'accord signé est présenté et expliqué tant aux *managers* qu'aux salariés, pour leur permettre de s'approprier la nouvelle instance et de la faire fonctionner.

Bien que la loi fasse table rase des dispositions conventionnelles antérieures en prévoyant leur caducité¹³, le contenu des accords est souvent fonction des pratiques du dialogue social préexistant et la négociation de l'accord précédée d'un diagnostic de ce qui fonctionnait, ou pas, dans les instances antérieures : les pratiques éprouvées qui dans le passé ont contribué à faciliter le dialogue social peuvent ainsi être consacrées par les accords sur le CSE.

À la lecture des accords et des négociations menées en 2018, force est de constater que celles-ci permettent d'aborder une pluralité de sujets en lien avec le CSE qui dépasse largement la question du nombre de sièges¹⁴, et des moyens auxquels cette négociation est parfois réduite, même s'il s'agit de thèmes naturellement évoqués dans le cadre des négociations. Ce d'autant plus que les sujets expressément ouverts par la loi à la négociation ont, dans la pratique, été élargis à d'autres, rendus possibles par la stipulation de dispositions conventionnelles plus favorables¹⁵ : à titre d'exemple, la participation des suppléants aux réunions aux côtés des titulaires, pourtant légalement exclue¹⁶, est un sujet couramment posé sur la table des négociations et conduisant à des pratiques contractuelles variées¹⁷. En outre, du fait que les dispositions légales impératives sont en nombre assez limité, et les dispositions supplétives relativement peu souples, les marges de négociation ouvertes à l'accord collectif par la loi s'avèrent finalement larges.

Il n'y a donc en général non pas une négociation sur le CSE, mais des négociations principalement sur trois

sujets¹⁸, qui nécessairement se combinent. Le premier concerne le cadre de mise en place de l'instance : découpage de l'entreprise en établissements distincts, composition de l'instance et rôle des membres du CSE, définition des instances « dérivées » du CSE (commissions, CSSCT, représentants de proximité). Le deuxième porte sur les modalités de fonctionnement et les moyens accordés aux membres du CSE (nombre de réunions, volume et modalités de décompte des crédits d'heures, conditions de recours à l'expert et de financement des expertises), mais aussi aux membres des commissions, voire le cas échéant aux représentants de proximité qui ne sont pas dotés de moyens particuliers par la loi. Le dernier a enfin pour objet les modalités d'exercice des attributions du CSE : périodicité des réunions, délais des consultations, calendrier des consultations récurrentes, contenu de la base de données économiques et sociales (BDES) en tant que support de la consultation, articulation des consultations entre CSE central/CSE d'établissement, répartition des compétences entre le CSE et la CSSCT, voire les représentants de proximité, sur les sujets liés à la santé/sécurité, etc.

Pour ce qui concerne les entreprises, différents objectifs peuvent être recherchés dans la conclusion d'un accord sur tout ou partie de ces sujets.

Un premier objectif peut consister à assurer un fonctionnement efficace du CSE, en mesure d'exercer concrètement l'ensemble de ses missions correspondant à la fois à celles des anciens comités d'entreprise, du CHSCT et des délégués du personnel. L'exercice effectif des attributions de l'instance unique, qui disposera en général d'un nombre d'élus plus réduit par comparaison au modèle légal antérieur, pose question notamment dans les grandes entreprises, exerçant leurs activités, éventuellement différentes, sur des sites multiples ou géographiquement dispersés. En effet, le schéma légal supplétif peut conduire à mettre en place un CSE très (trop) centralisé, auquel vont remonter des problématiques liées aux réclamations individuelles ou aux questions d'organisation locale liées à la santé/sécurité absorbant une grande partie du temps de réunion du CSE et l'empêchant de se concentrer sur les projets sur lesquels il doit être consulté ; à l'inverse, ces dimensions locales pourraient être sacrifiées, le CSE se transformant en instance transverse ne s'occupant que des décisions d'organisation structurantes, mais perdant tout contact avec la réalité de l'emploi des salariés tant sur le plan des conditions collectives de travail que sur celui des situations individuelles. La négociation peut permettre que les questions de terrain soient décentralisées par le biais du découpage des établissements distincts d'une part, la mise en place d'une pluralité de CSSCT et de représentants de proximité d'autre part¹⁹.

Il s'agit en deuxième lieu de moderniser les relations avec les instances de représentation du personnel. La négociation permet la suppression des redondances

13 Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, art. 8, VII.

14 La détermination du nombre de sièges dépend en principe non de l'accord collectif, mais du protocole d'accord préélectoral, v. C. trav., art. L. 2314-1 et L. 2314-7.

15 L'accord collectif peut toujours prévoir des dispositions plus favorables relatives aux attributions (C. trav., art. L. 2312-4) et au fonctionnement du CSE (C. trav., art. L. 2315-2).

16 C. trav., art. L. 2314-1.

17 De nombreux accords prévoient la participation des suppléants aux réunions selon les mêmes conditions qu'auparavant au sein du comité d'entreprise, ou d'une partie de ceux-ci selon des critères déterminés par l'accord souvent fondés sur une désignation par les organisations syndicales.

18 Négociation pouvant donner lieu, comme en témoignent les pratiques diversifiées à cet égard, à la conclusion d'accords distincts sur chaque sujet au sein d'une même entreprise, ou à la combinaison d'un accord-cadre d'entreprise complété par des accords d'établissement, ou encore à l'adoption d'un accord de groupe et d'accords d'entreprise venant en déclinaison.

19 Sur ce point, v. *infra*, II.

observées dans le passé, où des sujets étaient souvent évoqués successivement en comité d'entreprise puis en CHSCT, ou bien donnaient lieu à des expertises croisées au niveau des différents établissements en plus du niveau central²⁰ ; si le principe même de l'instauration d'une instance unique permet déjà en soi de réduire ces situations de double consultation ou expertise, la conclusion d'un accord peut renforcer la fluidité des échanges avec l'instance et ses commissions, par exemple en prévoyant des modalités d'articulation entre les consultations et les expertises menées au niveau central ou local²¹, ou en répartissant les compétences entre CSE, CSST voire représentants de proximité sur des sujets notamment liés aux conditions de travail²². Cette volonté de modernisation des relations sociales se traduit également par une tendance des accords récemment conclus à étendre l'utilisation des outils numériques par les élus, notamment les représentants de proximité, afin de leur permettre de relayer les réclamations individuelles et collectives et faciliter leurs contacts avec les *managers* de terrain²³.

Il s'agit enfin d'adapter les modalités d'exercice des attributions des instances. La négociation d'un accord au moment de la mise en place d'un premier CSE peut en effet fournir l'opportunité d'intégrer dans la négociation des sujets déjà ouverts sous l'empire du comité d'entreprise, notamment depuis la loi Rebsamen, mais qui n'avaient pas ou peu été négociés compte tenu de la difficulté à aboutir à un accord majoritaire sur la seule question des modalités d'exercice par l'instance de ses attributions. C'est notamment le cas de la fixation des délais de consultation²⁴ et du nombre/niveau des expertises²⁵, du contenu et de la périodicité des trois consultations récurrentes²⁶, de l'articulation des compétences entre CSE central et CSE d'établissement²⁷, ou encore de la structuration de la BDES²⁸, thèmes pour lesquels la conclusion d'un accord collectif permet non seulement d'adapter

le cadre légal à la réalité de la situation de l'entreprise (en fonction de la nature de ses activités, de sa situation économique ou encore de ses problématiques particulières d'emploi) mais aussi, dans certains cas, de sécuriser des pratiques parfois non conformes, les prescriptions de l'accord s'y substituant alors comme cadre de référence. La logique des concessions réciproques qui sous-tend par nature la négociation incite à aborder au même moment l'ensemble des thèmes ouverts par la loi sur le CSE, que le législateur a voulu probablement à dessein vastes et variés, pour permettre de trouver des compromis sur ces sujets plus « difficiles » à négocier de manière isolée.

C'est à cette condition que les objectifs de l'entreprise dans la négociation recouperont ceux des organisations syndicales. Pour ces dernières, la négociation peut d'évidence permettre d'obtenir des avancées sur les moyens dont dispose l'instance qui vont au-delà de dispositions légales supplétives, sur de nombreux points plus strictes que celles existantes auparavant : prise en charge par l'employeur du financement de certaines expertises désormais partagé²⁹, assouplissement des modalités de décompte des heures de délégation par la non-imputation de certains temps³⁰, etc. Elle conditionne aussi la mise en place de représentants supplémentaires, en particulier s'agissant des représentants de proximité³¹.

À l'inverse, les entreprises qui font le choix de refuser d'avancer dans une négociation allant au-delà des dispositions supplétives s'exposent possiblement à un fonctionnement du dialogue social interne difficile par la suite : prérogatives exercées selon un calendrier contraint, avec des ordres du jour particulièrement chargés, éloignement des élus des problématiques de terrain (conditions de travail, santé/sécurité, harcèlement), lesquelles seront relayées aux *managers* de proximité avec des risques de traitement inadéquat ou insuffisant.

En conclusion, pour les deux parties, aboutir à un accord témoigne d'une capacité à établir le dialogue social pour la mise en place de l'instance et pour son fonctionnement par la suite. Disposer d'interlocuteurs dotés du temps et des moyens nécessaires pour aborder les sujets complexes auxquels l'entreprise est confrontée, faire en sorte que ces sujets soient traités par des instances positionnées au niveau pertinent et avec des membres formés aux questions posées, présente un intérêt tant pour l'entreprise que pour les organisations syndicales et le CSE, notamment dans un contexte de restructurations.

A. Cormier Le Goff

20 Solution récemment confirmée par la jurisprudence en application des textes régissant le comité d'entreprise, v. par ex. Soc., 16 janv. 2019, n° 17-26.660, D. 2019, 133 ; publié au Bulletin : « Le droit du comité central d'entreprise d'être assisté pour l'examen annuel de la situation économique et financière de l'entreprise ne prive pas le comité d'établissement du droit d'être assisté d'un expert-comptable afin de lui permettre de connaître la situation économique, sociale et financière de l'établissement dans l'ensemble de l'entreprise et par rapport aux autres établissements avec lesquels il doit pouvoir se comparer ».

21 C. trav., art. L. 2312-19 et L. 2315-79.

22 V. *infra*, II.

23 V. par ex. les dispositions conventionnelles relatives à l'utilisation des outils numériques par les instances prévues par les accords Airbus (accord de groupe du 12 oct. 2018 relatif à la refondation du dialogue social au sein d'Airbus en France), MAIF (accord du 30 avr. 2018 relatif à la transformation des instances représentatives du personnel et à l'exercice du droit syndical), Air France (accord du 12 nov. 2018 portant mise en place des comités sociaux et économiques d'établissement, du comité social et économique central et des représentants de proximité).

24 C. trav., art. L. 2312-19 (délais des consultations récurrentes) et L. 2312-55 (délais des ponctuelles).

25 C. trav., art. L. 2315-79.

26 C. trav., art. L. 2312-19.

27 *Ibid.*

28 C. trav., art. L. 2312-21.

II. — LA NÉGOCIATION SUR LE CSE LUI PERMET-ELLE D'EXERCER SES ATTRIBUTIONS DANS LES MÊMES CONDITIONS QU'AUPARAVANT LE COMITÉ D'ENTREPRISE, LE CHSCT ET LES DÉLÉGUÉS DU PERSONNEL ?

La négociation sur le CSE impose de s'interroger sur le niveau pertinent de positionnement de l'instance nou-

29 C. trav., art. L. 2315-80.

30 C. trav., art. L. 2315-11 et R. 2315-7.

31 C. trav., art. L. 2313-7.

velle, qui « récupère » les compétences des anciens comités d'entreprise, délégués du personnel et CHSCT, et d'opérer une distribution des rôles entre les différents niveaux d'exercice des prérogatives du CSE, c'est-à-dire non seulement celui des CSE centraux et d'établissement, mais aussi celui des CSSCT, des autres commissions et le cas échéant des représentants de proximité.

La mise en place de ces différents niveaux de représentation relève désormais exclusivement de l'accord collectif majoritaire et non plus du protocole préélectoral, ce qui contribue à les inscrire dans une négociation d'ensemble.

L'accord peut tout d'abord détourner des comités d'établissement selon des critères librement choisis par les parties³², contrairement à l'hypothèse où ce découpage procède d'une décision unilatérale.

Le juge n'a pas dans un tel cas à contrôler que les établissements disposent de l'autonomie requise par la loi³³. Au contraire, à défaut d'accord, l'employeur doit, pour fixer le nombre et le périmètre des établissements distincts, s'assurer qu'ils disposent d'une « autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel »³⁴. Le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte) puis le juge³⁵ sont amenés, en cas de recours, à contrôler la réalité de cette autonomie, dont la Cour de cassation a précisé dans le premier arrêt rendu à propos des CSE qu'elle correspondait à celle antérieurement reconnue aux comités d'établissement, à savoir « 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 »³⁶. Cette définition de l'établissement distinct repose sur l'organisation du pouvoir dans l'entreprise, à la fois sur le plan social et économique, et non pas sur un objectif de proximité de l'instance³⁷. Selon une approche fonctionnelle, elle permet d'assurer que le CSE, dont la première prérogative est d'être consulté préalablement aux décisions prises par le chef d'établissement relatives à l'organisation de l'établissement et aux mesures de mise en œuvre des décisions de l'entreprise à ce niveau³⁸ ainsi que, le cas échéant, sur la politique sociale propre à l'établissement³⁹, dispose comme interlocuteur d'un responsable d'établissement en capacité d'exposer, de motiver et de défendre, voire de faire évoluer, les décisions envisagées.

En concluant un accord, il est possible de s'éloigner de cette définition et d'affiner le positionnement des CSE d'établissement à un autre niveau, par exemple en constituant des CSE dans des établissements dont les responsables ne disposent pas nécessairement d'une autonomie suffisante sur les deux aspects, économiques et sociaux, mais dont la taille, ou la spécificité des activités, ou encore l'organisation en « *business units* », justifie aux yeux des parties la mise en place d'un CSE dédié.

Toutefois, dans les entreprises dont les centres d'exercice des activités sont dispersés, ou les activités diversifiées, il peut y avoir un intérêt à compléter ce niveau de représentation par des représentants plus proches des salariés et des responsables de terrain. Les problématiques afférentes aux conditions de travail, fortement liées aux lieux de travail effectifs qui ne correspondent pas toujours à des centres décisionnels, seront dans certains cas mieux traitées par des instances décentralisées et qui ne consacrent pas la majorité de leur temps aux attributions consultatives dévolues au CSE. À cet égard, l'accord permet d'adapter la configuration des instances représentatives pour assurer cette double présence, à la fois centrale et locale, de deux manières.

Il s'agit tout d'abord d'élargir le nombre et les capacités d'action des CSSCT, l'accord pouvant déterminer le nombre et le périmètre des CSSCT en dehors des cas où la loi prévoit celles-ci à titre obligatoire⁴⁰, ce qui semble permettre notamment la mise en place d'une ou plusieurs CSSCT dans des entreprises ou établissements n'atteignant pas le seuil de 300 salariés afin d'assurer une présence de cette commission sur des sites dont la nature des activités ou la spécificité des problématiques ou la localisation le justifient. Cette mise en place extensive des CSSCT est observée dans de nombreux accords⁴¹, qui par ailleurs souvent retiennent un nombre de membres la composant supérieur au minimum légal de trois membres, ainsi que des heures de délégation spécifiques ou l'assimilation à du temps de travail de temps de déplacement ou de réunions préparatoires à leurs réunions. L'accord permet surtout de faire varier le périmètre d'implantation et la composition de la CSSCT d'un site à l'autre, selon l'ampleur des questions liées à la santé et la sécurité qui s'y posent, et ainsi de positionner plus finement ces commissions, au plus près des salariés.

Il s'agit ensuite de mettre en place des représentants de proximité, par principe investis d'une mission en matière de santé, sécurité et conditions de travail⁴², et auxquels les accords délèguent souvent les missions d'enquête, d'inspection, voire l'exercice des droits d'alerte. Là encore, la

32 La détermination du nombre et du périmètre des établissements distincts relève, en présence de délégués syndicaux, d'un accord collectif conclu avec les organisations syndicales représentatives majoritaires (C. trav., art. L. 2313-2) et, en leur absence, d'un accord conclu avec la majorité des membres du CSE (art. L. 2313-3).

33 En ce sens : TGI Paris, 6 nov. 2018, n° 18/06526, *Synd. SUD RATP cf RATP*.

34 C. trav., art. L. 2313-4.

35 C. trav., art. L. 2313-5.

36 Soc., 19 déc. 2018, n° 18-32.655, FS-P+B+R+I.

37 V. note explicative de l'arrêt sur le site internet de la Cour de cassation.

38 C. trav., art. L. 2316-20.

39 C. trav., art. L. 2312-22.

40 C. trav., art. L. 2315-43.

41 Par ex. : accord Michelin (accord du 17 oct. 2018, Une nouvelle dynamique du dialogue social), Schneider Electric (accord du 16 juill. 2018 sur la refonte et la modernisation du dialogue social au sein de l'UES Schneider Electric industries-Schneider Electric France), Solvay (accord d'adaptation du 5 déc. 2017 sur la rénovation du dialogue social au sein de l'UES Solvay France), PSA (accord du 13 avr. 2018 relatif à la mise en place des nouvelles instances représentatives au sein de l'entreprise PSA Automobiles).

42 C. trav., art. L. 2313-7 : « L'accord [mettant en place les représentants de proximité] définit [...] 2° Les attributions des représentants de proximité, notamment en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail ».

liberté de positionnement des représentants de proximité qui résulte de l'accord permet de s'affranchir du cadre de l'établissement distinct au niveau duquel est mis en place le CSE pour retenir une maille au plus près du terrain, et moduler le nombre de ces représentants selon les besoins locaux⁴³. L'articulation étroite retenue par certains accords entre le rôle de la CSSCT et celui des représentants de proximité permet de renforcer le traitement des questions liées à la santé et la sécurité à un double niveau, local et technique, le CSE recentrant alors ses missions sur les hypothèses de consultation ou les problématiques les plus lourdes ou transversales aux différents établissements⁴⁴.

Si de tels accords sont probablement de nature à permettre au nouveau CSE d'assurer un traitement des problématiques de santé/sécurité dans des conditions équivalentes, voire plus efficaces, que celles antérieurement applicables au CHSCT, cela ne signifie pas pour autant que le choix d'une instance mise en place conformément au modèle légal, dans le cadre d'un établissement unique doté d'une seule CSSCT et dépourvue de représentants de proximité, puisse être reproché à l'entreprise, au moins sur le plan juridique, dès lors que la loi n'impose pas de conclure un accord et que le Conseil constitutionnel a écarté toute atteinte au droit à la santé qui résulterait de la mise en place, conformément aux dispositions légales, de l'instance regroupant les attributions du comité d'entreprise, des délégués du personnel et du CHSCT⁴⁵.

Ce n'est donc pas tant le risque d'une non-conformité juridique qui devrait inciter les entreprises à négocier sur le CSE que l'opportunité d'adapter la configuration, le fonctionnement et les attributions de l'instance à sa situation particulière et de manière efficace.

En complément, l'accord permet d'accorder une place aux organisations syndicales au sein de l'instance élue, qui était beaucoup plus relative dans le cadre des anciennes

instances, procédant historiquement d'une séparation claire entre représentation élue et syndicale.

Plusieurs exemples de dispositions conventionnelles figurant dans des accords récents illustrent cette tendance.

De nombreux accords accordent une priorité aux organisations syndicales représentatives dans les mécanismes de désignation des instances dérivées ou complémentaires du CSE, qu'il s'agisse des représentants de proximité (lesquels peuvent par exemple être désignés soit directement par les organisations syndicales parmi les membres du CSE ou, s'il s'agit de salariés non-membres du CSE, par ce dernier mais sur la base de candidats présentés par les organisations syndicales⁴⁶), ou des membres des commissions qui, à l'exception de la CSSCT, peuvent ne pas être composées que d'élus⁴⁷.

D'autres accords instaurent des mandats de représentants syndicaux au-delà des dispositions légales qui ne les prévoient qu'au sein du CSE⁴⁸, par exemple au sein des commissions ou du regroupement des représentants de proximité⁴⁹.

Certains vont plus loin en instituant une nouvelle catégorie de représentants, dont le mandat ne s'inspire pas d'une disposition légale, qui sont choisis par les organisations syndicales et investis par l'accord de missions venant en appui de celle des instances légales, notamment les représentants de proximité⁵⁰. Il convient de rappeler par ailleurs que la notion d'établissement distinct au niveau duquel sont désignés les délégués syndicaux, non modifiée par l'ordonnance du 22 septembre 2017, renvoie depuis la loi du 5 mars 2014 au seul critère de l'existence d'une communauté de travail⁵¹, autorisant ainsi le positionnement des délégués syndicaux à un niveau beaucoup plus restreint que celui des CSE d'établissement, niveau qui peut notamment correspondre à celui auquel sont institués des représentants de proximité.

Ces différents dispositifs conventionnels visent à permettre le maintien d'un syndicalisme de proximité impliqué dans les problématiques locales et à même de capter les attentes des salariés.

43 Certains accords d'entreprise instituant les représentants de proximité renvoient à un accord d'établissement la détermination de leur nombre et leur périmètre d'intervention, par ex. l'accord Renault (accord du 17 juill. 2018 relatif au dialogue social et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales au sein de Renault SAS) ou Air France (préc.).

44 À titre d'illustration, l'accord FNAC institue un représentant de proximité exclusivement chargé des questions liées à la santé et la sécurité (le « RPSSCT »), en complément de ceux chargés des réclamations individuelles et collectives (accord du 18 sept. 2018 portant sur la représentation du personnel au sein de l'enseigne FNAC).

45 Le Conseil constitutionnel a jugé dans sa décision du 21 mars 2018 (n° 2018-761 DC, D. 2018. 2203, obs. P. Lokiec et J. Porta; Dr. soc. 2018. 677, tribune C. Radé; *ibid.* 682, étude B. Bauduin; *ibid.* 688, étude A. Fabre; *ibid.* 694, étude Y. Pagnerre; *ibid.* 702, étude J. Mouly; *ibid.* 708, étude P.-Y. Verkindt; *ibid.* 713, étude G. Loiseau; *ibid.* 718, étude D. Baugard et J. Morin; *ibid.* 726, étude C. Radé; *ibid.* 732, étude P.-Y. Gahdoun; *ibid.* 739, étude Linxin He; RDT 2018, 666, étude V. Champeil-Desplats) que ni la disparition du CHSCT en tant qu'instance et sa transformation en commission du CSE, ni la réduction du nombre d'heures de délégation qui pouvait s'en induire, ni même la modification des règles de financement des expertises, ne portaient atteinte au droit à la santé, dès lors que précisément le CSE et en son sein la CSSCT récupéraient les attributions antérieurement dévolues au CHSCT, que les temps passés par leurs membres aux enquêtes en cas d'accident du travail et à la recherche de mesures préventives n'étaient pas déduits des heures de délégation, et où les expertises diligentées par le CSE en cas de risque grave restaient financées à 100 % par l'employeur.

46 C. trav., art. L. 2313-7, dern. al.

47 C. trav., art. R. 2315-28.

48 C. trav., art. L. 2314-2.

49 L'accord Axa France prévoit des représentants syndicaux auprès des instances territoriales regroupant les représentants de proximité (accord du 14 juin 2018 relatif à l'organisation du dialogue social au sein d'Axa France).

50 Les « désignés de proximité » prévus par l'accord Renault (préc.) ou les « représentants de vie sociale » prévus par l'accord Airbus (préc.).

51 L'art. L. 2143-3 du code du travail prévoit que la désignation du délégué syndical « peut intervenir au sein de l'établissement regroupant des salariés placés sous la direction d'un représentant de l'employeur et constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques », définition proche de celle antérieurement retenue pour la mise en place des délégués du personnel, et qui ne correspond pas à la définition légale de l'établissement CSE exigeant la présence d'un responsable disposant d'une autonomie de gestion et donc décisionnelle (v. *supra*).

C'est la raison pour laquelle la négociation sur le CSE appelle souvent une réflexion élargie aux modalités d'exercice et aux moyens du droit syndical. Ainsi, de nombreux accords sur le CSE intègrent un volet traitant du droit syndical et de la valorisation des parcours des représentants syndicaux ou élus⁵², avec des moyens parfois accrus par rapport à l'existant⁵³. D'autres organisent une articulation du rôle des élus et des représentants syndicaux dans le temps, via un calendrier prévisionnel traitant à la fois des consultations récurrentes du CSE et des négociations annuelles obligatoires⁵⁴.

Ce faisant, l'accord sur le CSE contribue au rapprochement des deux modes de représentation des intérêts des salariés, élue et syndicale. Cela pourrait constituer une forme de réponse à la nécessité à laquelle sont de plus en plus confrontées les organisations syndicales de démontrer leur capacité à agir concrètement et au quotidien dans l'intérêt des salariés, dans un contexte de remise en cause de l'utilité des corps intermédiaires et parfois aussi de difficultés à trouver une relève parmi les nouvelles générations.

A. Cormier Le Goff

Comme indiqué par ma consœur Aurélie Cormier Le Goff, la définition des établissements distincts est laissée à la libre appréciation des négociateurs ; à défaut d'accord, l'employeur décide et, en cas de contestation, le Directe fixe le nombre et le périmètre des établissements sous le contrôle du tribunal d'instance.

La difficulté est que l'ancien critère jurisprudentiel de la notion d'établissement distinct, à savoir « un regroupement, sous la direction d'un représentant de l'employeur, d'une communauté de travail ayant des intérêts propres susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques, peu important que le représentant de l'employeur ait le pouvoir de se prononcer sur ces revendications »⁵⁵, a été remplacé par la formule suivante : « L'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel ».

Or, en pratique, on constate que des entreprises s'empressent, avant les négociations du CSE, de modifier leur organisation afin de pouvoir échapper à l'obligation de mettre en place des CSE d'établissement ou d'en réduire le nombre, à tel point que cela pourrait poser la question de la loyauté des négociations (même s'il faut reconnaître qu'il ne serait pas nécessairement plus loyal de modifier l'organisation juste après les élections...).

Dans la mesure où l'autonomie de gestion du chef d'établissement dépend exclusivement du pouvoir que

l'employeur lui donne, la définition qui ne tient plus compte de la communauté de travail et des intérêts des salariés ressemble presque à une condition potestative, tant l'absence de latitude des négociateurs salariés est flagrante puisque l'employeur entre en négociation en disant en quelque sorte : « Je mettrai en place des CSE d'établissement... si je veux » !

Cette situation, à laquelle s'ajoute la problématique de la répartition des attributions entre CSE central et CSE d'établissement évoquée plus haut, montre combien la négociation, censée pourtant se substituer le plus possible à la loi dans la détermination du fonctionnement des instances représentatives du personnel, est faussée d'avance.

Or, si un employeur – qui perçoit la réforme essentiellement comme un moyen de réduire ses contraintes et de faire des économies – choisit de réduire le nombre des établissements, voire de les supprimer pour ne garder qu'un seul CSE, cela peut poser la question du fonctionnement même de l'instance.

Si l'organisation de l'entreprise rend impossible la démonstration par les organisations syndicales de l'existence d'établissements distincts, comment le CSE pourrait-il remplir toutes ses missions, à la fois sur le terrain économique et sur le terrain de la santé, la sécurité et les conditions de travail et assurer un contact avec les salariés sur le terrain ?

Prenons l'exemple d'une entreprise employant plus de 4250 salariés répartis sur de très nombreux sites dans toute l'Île de France, avec un pouvoir de gestion des ressources humaines totalement centralisé au siège situé à Paris, donc un établissement unique en appliquant la nouvelle définition légale.

Supposons que les négociations ne permettent pas d'augmenter le nombre de représentants élus au CSE et le nombre d'heures de délégation par rapport à ceux prévus à titre supplétif par l'article R. 2314-1 du code du travail, ni d'autoriser la présence des suppléants en réunion, l'accord se cantonnant au minimum légal prévu par l'alinéa 2 de l'article L. 2314-1⁵⁶, lequel n'est pourtant pas d'ordre public, l'argument de la direction étant sans doute (et peut-être à juste titre) que les réunions ne pourraient se dérouler utilement avec un trop grand nombre d'élus autour de la table, si bien que le nombre d'élus se trouve limité à 27 titulaires et 27 suppléants disposant, en tout et pour tout, de 756 heures de délégation.

Comment les représentants élus pourront-ils assurer utilement leurs fonctions, en particulier en matière de santé, sécurité et conditions de travail ? La décision rendue par le Conseil constitutionnel le 21 mars 2018⁵⁷ est-elle réaliste dans un tel cas ?

Les CSSCT et les représentants de proximité pourraient-ils constituer une solution sérieuse ?

52 Accords Airbus (préc.), Renault (préc.), SEB (accord de groupe relatif à l'organisation du dialogue social au sein du groupe SEB du 11 avr. 2018), Air France (préc.).

53 L'accord Total prévoit ainsi un gestionnaire des carrières dédié (accord du 13 juill. 2018 relatif au dialogue social et économique).

54 C'est le cas par ex. de l'accord Orano (accord pour un nouveau dialogue social au sein d'Orano Cycle du 10 juill. 2018).

55 Soc., 14 nov. 2012, n° 11-25.433, Bull. civ. n° V, n° 290 ; Dr. ouvrier 2013. 283, note P. Rennes ; D. 2013. 2599, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2013. 71, obs. F. Petit.

56 C. trav., art. L. 2314-1, al. 2 : « Le suppléant assiste aux réunions en l'absence du titulaire ».

57 Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, préc.

La CSSCT, à laquelle sont « déléguées » par le CSE certaines missions en matière de santé-sécurité, peut-elle assurer un rôle de prévention dans les mêmes conditions que l'ancien CHSCT ?

Tout d'abord, il convient de rappeler que les attributions de la CSSCT dépendent entièrement des délégations accordées par ce dernier et, surtout, ne sont assorties d'aucun pouvoir réel puisque l'article L. 2315-38, d'ordre public, exclut des délégations possibles le « recours à un expert prévu à la sous-section 10 et des attributions consultatives du comité ».

À la différence de ce qui était prévu pour la délégation unique du personnel qui pouvait être mise en place unilatéralement dans les entreprises de moins de 300 salariés ou par accord dans les entreprises de plus de 300 depuis la loi Rebsamen⁵⁸, le CSE ne fonctionnera donc pas tantôt « dans ses attributions de comité d'entreprise » et tantôt « dans ses attributions de CHSCT » : il s'agit d'une véritable fusion des instances par absorption du CHSCT, lequel redevient, comme avant 1982, une simple commission sans pouvoir de décision.

C'est d'ailleurs pour cette raison que l'ensemble des membres du CSE (titulaires et suppléants), et non seulement les membres de la CSSCT, bénéficient finalement⁵⁹ de la formation prévue à l'article L. 2315-8 du code du travail.

Et quand bien même le CSE déciderait de déléguer une partie de ses attributions à la – ou aux – CSSCT, le texte ne définit pas cette notion de délégation.

Quelle est la portée de cette notion ? S'agit-il simplement de confier aux membres de la CSSCT un rôle d'instruction pour préparer les décisions sur CSE ou bien est-ce que la délégation emporte un véritable transfert des attributions déléguées et donc la perte de ces attributions pour les membres du CSE qui n'en font pas partie ?

Au-delà de l'aspect juridique, il est très difficile d'apprécier ce qui est le plus opportun du point de vue de l'efficacité des instances. Cela peut dépendre de l'efficacité des membres de la CSSCT, voire du rapport de force syndical existant au sein de l'entreprise et des instances.

Confier toutes les attributions à la CSSCT, à l'exception de la consultation et des expertises, pourrait avoir pour effet dans certains cas d'empêcher l'exercice des attributions relatives à la sécurité et la santé des salariés, par exemple en cas d'absence des membres (surtout s'ils ne sont que trois) ou d'éloignement trop important des salariés (si l'on songe à l'exemple cité plus haut d'une entreprise de 4000 salariés répartis dans toute l'Île de France), notamment pour ce qui concerne les inspections, les alertes pour danger grave et imminent, etc.

À l'inverse, on peut comprendre que l'employeur ait besoin de savoir qui exerce quelle attribution et en particulier quelle « instance » convoquer pour chaque situation (le CSE ou la CSSCT).

Il est donc important de clarifier les modalités de la délégation, autant que possible, dans l'accord.

Mais de nombreux accords sont très imprécis et, lorsqu'ils ne se contentent pas de renvoyer au règlement intérieur du CSE, reprennent simplement les termes de l'article L. 2315-38 du code du travail⁶⁰.

À quoi correspond la notion de délégation lorsque l'accord indique simplement par exemple que « le CSE délègue toutes ses attributions à l'exception des expertises et des consultations »⁶¹ ?

Les articles 1336 et suivants du code civil ne sont *a priori* pas d'une grande aide, car ils concernent la délégation d'une obligation⁶² et non la délégation de pouvoirs.

Peut-être que la notion la plus proche serait celle du mandat ?

Selon l'article 1984 du code civil : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire ».

Dans ce cas, il s'agirait alors de s'interroger sur la capacité du mandant et du mandataire à décider, respectivement, de donner le pouvoir et de l'accepter.

La première question qui se pose donc concerne les modalités selon lesquelles le CSE va déléguer des missions à la CSSCT.

L'article L. 2315-41-2° prévoit que l'accord d'entreprise prévu à l'article L. 2313-2 (donc l'accord qui « détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts ») définit « les missions déléguées à la ou les commissions par le comité social et économique et leurs modalités d'exercice ».

Mais est-ce qu'un accord, signé par des organisations syndicales, peut valablement décider des missions que le CSE délègue ou non à la CSSCT ? N'y a-t-il pas une contradiction des textes et la loi peut-elle transférer aux organisations syndicales la capacité de décider du mandat que le CSE souhaite ou non donner à la CSSCT ?

60 C. trav., art. L. 2315-38 : « La commission santé, sécurité et conditions de travail se voit confier, par délégation du comité social et économique, tout ou partie des attributions du comité relatives à la santé, à la sécurité et aux conditions de travail, à l'exception du recours à un expert prévu à la sous-section 10 et des attributions consultatives du comité ».

61 Accord relatif à la qualité du dialogue social au sein de la RATP signé le 28 nov. 2018. www.legifrance.gouv.fr/telechargementDocumentAccordEntreprise.do?dispatch=download&idDocument=ACCOTEXT000038119433&fastReqId=807331692&fastPos=1&oldAction=rechAccordsEntreprise

62 C. civ., art. 1336 : « La délégation est une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur ».

58 C. trav., anc. art. L. 2326-1 et L. 2391-1.

59 Initialement, le texte ne le prévoyait que pour les membres du CSE « ou, le cas échéant, les membres de la CSSCT », mais la loi n° 2018-771 du 5 sept. 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel a modifié le texte et désormais tous les membres du CSE ont droit à la formation.

Par ailleurs, est-ce qu'une organisation syndicale, ou un CSE, peut déléguer valablement à une CSSCT par exemple le droit dont dispose chaque membre du CSE (et non l'instance) d'alerter l'employeur en cas de danger grave et imminent⁶³?

La CSSCT quant à elle peut-elle valablement accepter le mandat que lui donnerait le CSE? À ce stade, il semble plutôt admis que la CSSCT n'ait pas la personnalité morale, donc, *a priori*, on voit mal comment elle pourrait prendre une décision collégiale et de ce fait accepter un mandat qui lui transmettrait des pouvoirs et, corrélativement, des responsabilités.

Ces éléments tendent plutôt à montrer que la délégation des missions du CSE à la CSSCT ne devrait pas être plus importante que celle des missions confiées aux autres commissions, à savoir simplement un rôle de préparation des réunions et des décisions du CSE relatives à la sécurité, la santé et les conditions de travail.

La participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, principe consacré par l'article 8 du Préambule de la Constitution de 1946, peut-il être respecté avec des instances disposant d'aussi peu de moyens, d'autant que si le CHSCT avait notamment pour mission de « contribuer à la prévention et à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs » et de « contribuer à l'amélioration des conditions de travail »⁶⁴, désormais le CSE ne peut plus que « susciter toute initiative qu'il estime utile »⁶⁵? Certes, le Conseil constitutionnel a statué de manière générale sur la question⁶⁶, mais il conviendra tout de même d'apprécier le respect de l'obligation de prévention au cas par cas, en fonction de la situation de l'entreprise et des instances mises en place. Peut-être faudra-t-il également apprécier cette question au regard des textes internationaux et européens.

La négociation de représentants de proximité devient-elle en pratique obligatoire/systématique pour permettre au CSE d'assurer effectivement ses différentes missions?

La mise en place de représentants de proximité n'est pas obligatoire. Elle n'est même possible qu'en cas d'accord le prévoyant et, du reste, le nombre de représentants, les modalités de leur désignation, leurs attributions et les moyens dont ils disposent dépendent entièrement du contenu de l'accord.

Selon l'article L. 2313-7 du code du travail, c'est l'accord déterminant le nombre et le périmètre des établissements distincts qui peut mettre en place les représentants de proximité.

La question s'est donc posée de savoir si l'on pouvait désigner des représentants de proximité dans les entreprises ne comportant qu'un établissement unique.

Faut-il considérer que si l'accord mettant en place le CSE ne prévoit pas d'établissements distincts, c'est comme s'il avait fixé à un le nombre d'établissements distincts et à l'entreprise tout entière son périmètre? Ou bien faut-il avoir une interprétation plus stricte de l'article L. 2313-2 et considérer que dans ce cas il ne peut y avoir de représentant de proximité?

Certaines entreprises ne disposant pas d'établissement distinct ont décidé, en raison du doute sur cette question, de mettre en place des représentants sans leur donner la dénomination de représentants de proximité (« délégués de proximité », « représentants de terrain », etc.).

Dans l'absolu, il paraît assez évident que la qualification n'est pas liée à la dénomination choisie par les parties.

En revanche, qu'en est-il de la protection des salariés portant ces mandats? L'article L. 2411-1 s'appliquera-t-il? Ou bien les juges raisonneront-ils comme pour les représentants syndicaux au CHSCT mis en place par accord, auxquels la protection avait été refusée parce que leur existence n'était pas prévue par le code du travail⁶⁷?

À mon sens, la jurisprudence relative aux représentants syndicaux ne serait pas transposable, dans la mesure où les représentants de proximité existent bel et bien dans le code du travail et que la source (accord déterminant le nombre et le périmètre des CSE d'établissement ou autre accord) ne devrait pas primer la qualification du mandat résultant de l'accord, d'autant que l'article L. 2312-7 ne précise pas que les représentants de proximité doivent être nécessairement désignés au niveau des établissements.

Cela reste néanmoins encore un point néanmoins pour lequel la rédaction approximative des nouveaux textes ne conduit pas à une simplification du droit du travail et risque de générer inutilement du contentieux.

En tout état de cause, il va de soi que la mise en place de représentants de proximité est essentielle pour que la protection des intérêts des salariés soit assurée au plus près du terrain, puisque les délégués du personnel ont disparu. Et, paradoxalement, c'est encore plus vrai dans les entreprises sans établissements distincts.

Comment pourront être traitées (et même connues tout simplement) les difficultés rencontrées par les salariés par exemple dans le cas précité d'une entreprise ne comportant qu'un établissement unique, une seule CSSCT et aucun représentant de proximité? Comment les 27 titulaires et 27 suppléants (lesquels ne participent même pas aux réunions) pourront être au courant des difficultés rencontrées par les salariés et en saisir l'employeur?

Le CSE pourra-t-il traiter toutes les questions? Sachant que, dans le cas cité, les parties sont même allées jusqu'à pré-

⁶³ C. trav., art. L. 4131-2: « Le représentant du personnel au comité social et économique, qui constate qu'il existe une cause de danger grave et imminent, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, en alerte immédiatement l'employeur selon la procédure prévue au premier alinéa de l'article L. 4132-2 ».

⁶⁴ C. trav., anc. art. L. 4612-1.

⁶⁵ C. trav., nouv. art. L. 2312-9.

⁶⁶ Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, préc.

⁶⁷ Soc., 20 févr. 1991, n° 89-42.288 (sur le premier moyen), *Veillet c/ Les Chantiers Normed e.a.*, Bull. civ. V, n° 85.

voir dans l'accord que les heures passées en réunion extraordinaire excédant 60 heures (soit 9 jours) dans l'année, si elles ne sont pas à l'initiative de l'employeur, seront décomptées dans les heures de délégation⁶⁸... « surfant » certainement sur les débats qui ont eu lieu autour de l'interprétation combinée des articles L. 2315-11-2° et R. 2315-7, avant que soit finalement admis par tous, semble-t-il, que seules les réunions des commissions (hors CSSCT) étaient décomptées pour apprécier le dépassement ou non du seuil de 30 ou 60 heures annuelles de réunions selon la taille de l'entreprise.

Un tel accord permettra-t-il à l'employeur de respecter son obligation de prévention en matière de santé et de sécurité des salariés (v. les remarques du point précédent)?

Si un accident du travail se produit, la faute inexcusable de l'employeur ne devrait-elle pas être quasi automatique lorsque si peu de moyens ont été fournis aux représentants du personnel pour exercer leurs missions en matière de santé, sécurité et conditions de travail?

À noter que certains accords qui ne prévoient pas la mise en place de représentants de proximité contiennent une clause de « revoyure », c'est-à-dire la possibilité de réviser l'accord après un bilan d'application de quelques mois. Cela montre au moins que l'employeur admet que les instances mises en place puissent ne pas être satisfaisantes et de laisser une chance à une négociation de correction. Pourquoi pas?

J. Krivine

III. — LES OBSTACLES À LA NÉGOCIATION D'UN ACCORD SUR LE CONSEIL D'ENTREPRISE

À ce jour, seuls deux accords d'entreprise conclus sur le conseil d'entreprise ont donné lieu à une certaine publicité. Cette désaffection semble moins procéder d'un échec des négociations qui seraient engagées sur le conseil d'entreprise que d'un choix fait par les parties à l'accord de ne pas négocier sur la transformation du CSE en une telle instance⁶⁹.

Côté syndical, le manque d'intérêt pour cette instance s'explique assez facilement par le fait que le conseil d'entreprise est « seul compétent pour négocier, conclure et réviser les conventions et accords d'entreprise et d'établissement » (C. trav., art. L. 2321-1). Dans ce schéma, la négociation est réalisée par les membres du conseil d'entreprise, selon des règles de majorité qui dépendent soit des suffrages obtenus par les membres élus du CSE, soit de leur nombre, mais non plus des suffrages recueillis par les organisations syndicales qui les ont présentés (C. trav., art. L. 2321-9). Ce n'est donc plus l'organisation syndicale qui est signataire des accords collectifs, mais l'instance élue. Le passage au conseil d'entreprise implique ainsi l'éviction d'une prérogative essentielle des organisations syndicales qui consiste en la négociation et la conclusion d'accords collectifs. Si la présence des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise subsiste

via le délégué syndical⁷⁰, celui-ci voit son rôle réduit à la fonction revendicative. Or les revendications nourrissent les négociations et la possibilité de conclure, ou de refuser de conclure, un accord collectif constitue un pouvoir important, d'autant plus dans un contexte où le législateur valorise la place de l'accord collectif d'entreprise par rapport à la loi et à l'accord de branche. Se défaire d'un tel pouvoir pour le confier à une instance élue qui n'aura pas même à rapporter de son action et de ses choix de négociation à l'organisation syndicale dont elle est issue peut d'évidence être problématique pour celle-ci.

L'exigence que cette mutation soit obtenue par la voie d'un accord collectif majoritaire à plus de 50 %, le référendum étant dans cette hypothèse exclu⁷¹, renforce en pratique la difficulté d'aboutir à un accord en faveur d'une telle option, sauf à ne disposer que d'une seule organisation syndicale représentative dans l'entreprise.

Pour ce qui concerne les entreprises, l'hésitation est tout aussi permise.

Tout d'abord, paraissent exclues du dispositif les entreprises qui ne disposent pas de délégués syndicaux⁷², compte tenu du renvoi au seul premier alinéa de l'article L. 2232-12, qui devrait empêcher qu'un accord sur le conseil d'entreprise soit valablement conclu avec d'autres interlocuteurs (membres du CSE ou salarié mandaté par une organisation syndicale). Pour ces entreprises, un accord de branche étendu pourrait permettre la mise en place directe du conseil d'entreprise⁷³ mais aucune branche ne semble avoir à ce jour conclu d'accord en ce sens.

Pour les entreprises qui disposent de délégués syndicaux, et à supposer qu'une majorité se dégage parmi les organisations syndicales pour conclure un tel accord, différentes raisons permettent d'expliquer la réticence des employeurs à retenir cette option.

La première est liée à la qualité du dialogue social. Négocier avec une instance n'équivaut pas à négocier avec des délégués syndicaux qui représentent leurs organisations syndicales. D'une part en raison du nombre de participants à la négociation elle-même⁷⁴, et plus

⁶⁸ V. note n° 57 ci-dessus.

⁶⁹ Certains accords conclus sur le CSE affirment clairement ce choix (par exemple l'accord de groupe Thales sur la représentation élue du personnel et les représentants de proximité du 13 déc. 2018).

⁷⁰ Lequel n'est pas supprimé du seul fait de la mise en place du conseil d'entreprise, ce que confirme le document « 100 questions réponses » publié par le ministère du Travail le 19 avr. 2018.

⁷¹ L'art. L. 2321-2 prévoit que le conseil d'entreprise est institué par l'accord conclu dans les conditions prévues au seul alinéa 1^{er} de l'art. L. 2232-12.

⁷² Du reste, ces entreprises peuvent déjà négocier directement des accords collectifs avec le CSE, dans des conditions facilitées par les dispositions légales issues de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017 (C. trav., art. L. 2232-21 s.).

⁷³ C. trav., art. L. 2321-2, al. 1^{er}.

⁷⁴ L'accord instituant le conseil d'entreprise peut fixer la composition de la délégation qui négocie les accords collectifs (C. trav., art. L. 2321-8), par exemple en réservant la négociation des accords à certains membres du CSE seulement. À défaut d'une telle disposition non obligatoire, ce sont l'ensemble des membres titulaires du CSE qui participent à la négociation des accords puisqu'ils doivent se positionner sur sa signature (C. trav., art. L. 2321-9). De plus, même si de telles dispositions conventionnelles peuvent choisir d'associer le délégué syndical à la délégation qui négocie, ce dernier ne pourra pas signer l'accord es qualité, cette compétence étant réservée au conseil (C. trav., art. L. 2321-1).

encore au stade de la conclusion de l'accord, sur lequel les membres du CSE doivent se prononcer en tant que membres d'une instance⁷⁵ et non pas en tant que représentants d'une organisation syndicale, ce qui démultiplie les risques d'une fragmentation des positions. L'équilibre des forces qui peut se dessiner lorsque la négociation a lieu avec deux, trois, voire quatre organisations syndicales, dotées de négociateurs aguerris à la négociation, n'est plus le même lorsque l'accord doit être conclu entre l'employeur seul et 10 ou 15 membres du conseil, chacun susceptible d'avoir un avis différent⁷⁶.

Les secondes sont liées à la portée de l'accord qui n'est pas limitée à la fusion des compétences de consultation et de négociation au sein d'une même instance, mais aussi à l'instauration d'un droit de veto de l'instance sur le pouvoir de décision de l'employeur (C. trav., art. L. 2321-3). L'accord sur le conseil d'entreprise doit prévoir les sujets sur lesquels l'instance doit émettre un avis conforme, ce qui, sans caractériser le passage à un modèle de codécision ou de cogestion, implique néanmoins un changement d'approche par comparaison avec le processus de consultation, qui impose à l'entreprise d'expliquer et de justifier ses choix de gestion, puis de recueillir un avis qui peut peser sur sa décision mais ne la lie pas. Les entreprises peuvent légitimement ne pas souhaiter ouvrir une négociation sur le conseil d'entreprise qui pourrait les conduire à prévoir un tel avis conforme sur des décisions, notamment en matière d'emploi, qui légalement relèvent exclusivement de leur pouvoir de gestion et d'organisation.

Certes, le texte légal n'énonce comme thème obligatoire que la formation professionnelle, de sorte qu'il peut s'agir du seul sujet sur lequel l'avis conforme serait requis⁷⁷. L'autre sujet évoqué comme possible est celui de l'égalité professionnelle. La pertinence du choix de ces deux thèmes par le législateur interroge dans la mesure où ils font précisément partie de ceux qui, initialement réservés au domaine de la consultation, investissent de manière croissante le champ de la négociation collective, notamment depuis la loi avenir professionnel du 5 septembre 2018⁷⁸. Le choix de conférer un droit d'opposi-

tion au conseil d'entreprise précisément sur des sujets qui relèvent de la négociation collective, dont le conseil sera donc lui-même investi, rend quelque peu complexe le partage des lignes.

Enfin, on ne peut occulter que de nombreuses incertitudes juridiques pèsent sur les conditions de conclusion des accords collectifs avec le conseil d'entreprise, qui peuvent légitimement faire douter l'employeur de la solidité de ce nouveau modèle.

En premier lieu, le texte légal⁷⁹ n'est pas clair sur le point de savoir si les deux modalités de conclusion des accords collectifs qu'il prévoit avec le conseil d'entreprise, à savoir soit une conclusion par la majorité des membres du conseil (majorité en nombre, quel que soit leur poids électoral respectif) ou par un ou des élus disposant de plus de 50 % des suffrages, est une alternative imposée ou bien si l'accord mettant en place le conseil pourrait opter pour l'un ou l'autre de ces modes de conclusion. À notre sens, dans la mesure où les conditions de validité d'un accord collectif énoncées par la loi relèvent du champ de l'ordre public absolu et ne peuvent pas être modifiées par l'accord des parties⁸⁰, et où la loi prévoit uniquement que l'accord instituant le conseil d'entreprise précise « les modalités selon lesquelles les négociations se déroulent » mais non selon lesquelles l'accord est conclu, l'accord ne devrait pas pouvoir se prononcer à cet égard et les deux options légales devraient être impérativement alternatives⁸¹.

On peut également relever que le calcul de la majorité requise pour la conclusion des accords collectifs avec le conseil se base sur les suffrages exprimés non seulement au premier tour mais également au second pour les élus du second tour (ce qui est le cas de tous les élus si le *quorum* n'est pas atteint au premier tour), contrairement à l'assiette de calcul de l'audience syndicale pour l'appréciation de la représentativité, basée sur les seuls résultats du premier tour. Cette distorsion entre le poids de la représentativité syndicale et le poids des signataires de l'accord pourrait susciter des interrogations dans des entreprises dotées d'un conseil d'entreprise où restent présentes des organisations syndicales représentatives, bien que non-signataires des accords.

Ces questions sur les conditions de conclusion des accords collectifs avec le conseil d'entreprise rejaillissent sur celles du régime de la révision⁸² et surtout de la dénonciation puisqu'aucune règle particulière n'a été édictée à cet égard. L'administration dans son document

75 La signature de l'accord incombe au conseil entier, dont il semble qu'il soit le signataire en tant qu'instance (C. trav., art. L. 2321-9). Néanmoins, un doute sur cette signature par l'instance elle-même peut exister dans les hypothèses où l'accord ne serait signé qu'avec un seul élu, ce qui est possible dès lors que celui-ci disposerait à lui seul de plus de 50 % des suffrages.

76 À cet égard, on notera que l'un des rares accords conclus à ce jour sur le conseil d'entreprise (SNIE) l'a été précisément dans une entreprise ne disposant que d'une seule organisation syndicale représentative et dans laquelle l'ensemble des sièges de CSE n'étaient pas pourvus faute de candidat, ce qui précisément supprimait tous les obstacles qui viennent d'être exposés.

77 C'est précisément l'option retenue par l'accord SNIE portant sur la mise en place et le fonctionnement du conseil d'entreprise, du 29 juin 2018, qui a retenu ce thème dans le seul cadre de la consultation du conseil sur la politique sociale.

78 Cette loi a permis à l'accord collectif, en matière de formation professionnelle, d'aménager certains aspects des nouvelles règles (alimentation du CPF, entretien professionnel...) - C. trav., art. L. 6315-1) et, en matière d'égalité professionnelle, a renforcé les thèmes à aborder dans le cadre de la négociation obligatoire sur l'égalité professionnelle et imposé de négocier sur les mesures visant à la correction des inégalités salariales lorsque les nouveaux indicateurs de mesure de ces inégalités ne donnent pas les résultats attendus (C. trav., art. L. 1142-9).

79 C. trav., art. L. 2321-9.

80 Soc., 4 févr. 2014, n° 12-35.333, Bull. civ. V, n° 47; D. 2014. 428; *ibid.* 2374, obs. P. Lokiet et J. Porta; Dr. soc. 2014. 483, obs. F. Petit.

81 Autrement dit, l'atteinte de l'un ou l'autre seuil en nombre ou en suffrages devrait suffire à valider l'accord, ce qui est de nature à faciliter la conclusion des accords mais pourrait aussi faire douter les organisations syndicales de l'intérêt d'entrer dans un tel mode de conclusion des accords, notamment lorsqu'un des élus dispose à lui seul de 50 % des suffrages puisque, dans ce cas, ce seul membre du conseil pourra signer l'accord alors même que l'ensemble des autres membres du conseil, majoritaires en nombre, y seraient opposés.

82 L'art. L. 2261-7 du code du travail qui en précise les conditions n'est pas applicable puisqu'il vise les organisations syndicales représentatives, par construction ici non-parties à l'accord.

« Questions-réponses » d'avril 2018 renvoie au droit commun de l'article L. 2261-9 qui vise la dénonciation par « la totalité des signataires employeurs ou des signataires salariés » : faut-il comprendre qu'une résolution majoritaire du conseil suffit, ou bien faudra-t-il, puisque l'accord semble conclu avec l'instance, l'unanimité de ses membres pour y mettre fin ou bien encore, si l'on devait estimer que l'accord est conclu avec les membres de l'instance, de ceux seulement qui ont signé l'accord ?

Pour ces différentes raisons, le modèle du conseil d'entreprise n'a probablement vocation, au moins à court terme, à concerner que les entreprises dans lesquelles la présence syndicale est faible, en nombre et en audience, et où les délégués syndicaux cumulent leur rôle avec celui des élus, et pour autant que l'entreprise soit disposée à soumettre ses décisions à un avis conforme sur des thèmes pouvant aller au-delà de la formation. Ce qui ne reflète pas, loin de là, la majorité des situations.

A. Cormier Le Goff

Les questions liées au rôle exact et la place de cette instance restent nombreuses : le conseil devient-il le partenaire exclusif à la négociation ? Quel est le rôle résiduel des délégués syndicaux ? À quoi servent-ils ?

Tout dépendra de la rédaction des accords bien évidemment.

La première question à clarifier est celle de savoir si les délégués syndicaux seront invités aux négociations.

Mais d'autres questions se posent.

Par exemple, que se passera-t-il si un élu change de syndicat en cours de mandat, sachant que la représentativité des syndicats reste celle calculée sur la base des résultats du premier tour des élections. Si un membre du conseil d'entreprise a été élu et a obtenu une majorité de voix (C. trav., art. L. 2321-9) sur la liste d'une organisation syndicale, mais qu'il défend ensuite la position d'un autre syndicat au moment des négociations, pourra-t-il signer valablement l'accord ?

Comment s'appréciera la représentativité ?

Autre question encore : le conseil d'entreprise peut être mis en place par un accord de branche étendu dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux. *Quid* si l'entreprise n'a pas de délégués syndicaux en début de mandat puis passe au-dessus du seuil de 50 et qu'un délégué syndical est nommé ? Le CSE redeviendra-t-il automatiquement un CSE ? Est-ce qu'une négociation de révision sera obligatoire ?

Le droit de veto organisé par l'accord constitue-t-il une ébauche de codétermination à la française ?

Si l'on peut comprendre, à la rigueur, que le conseil d'entreprise puisse être mis en place dans des entreprises où les organisations syndicales ne trouvent pas suffisamment de candidats pour les mandats de représentants

élus et désignés, dans les autres cas, l'intérêt d'une telle instance est difficile à concevoir.

Même là où il existe une véritable carence de candidats, il semble important de prévoir une possibilité de retour aux instances séparées au moins lors des élections suivantes.

De manière générale, il est clair que la mise en place d'un conseil d'entreprise emporte une telle remise en cause des rôles respectifs des instances élues et des instances désignées par les organisations syndicales qu'elle ne devrait pas être acceptée par les organisations syndicales sans contreparties sérieuses.

Dans la mesure où la volonté de rapprocher les instances a toujours été appuyée par ses défenseurs par l'exemple d'autres pays et notamment de l'Allemagne, toujours citée pour la qualité de son dialogue social, il convient de rappeler qu'en Allemagne, précisément, la participation des travailleurs à la gestion des entreprises va jusqu'à la cogestion, là où le droit français prend toujours soin de préserver la sacro-sainte liberté d'entreprendre et son corollaire, le pouvoir de direction de l'employeur.

Or, selon l'article L. 2321-3 du code du travail, l'accord mettant en place un conseil d'entreprise « fixe la liste des thèmes tels que l'égalité professionnelle, soumis à l'avis conforme du conseil d'entreprise. La formation professionnelle constitue un thème obligatoire ».

À noter que l'accord signé au sein de l'entreprise SNIE par exemple n'a prévu d'avis conforme que pour la formation professionnelle, les seules contreparties étant apparemment une légère augmentation du nombre d'élus par rapport à la loi. L'accord comporte une clause de « revoyure », via une révision possible par le syndicat signataire. Mais comment le syndicat pourra-t-il réviser l'accord si désormais les accords sont négociés par le CSE ?

La notion d'avis conforme constitue sans doute la contrepartie la plus sérieuse qui pourrait rendre acceptable la mise en place du conseil d'entreprise.

En revanche, la limiter à l'égalité professionnelle ou la formation professionnelle ou aux autres exemples donnés par le ministère du Travail (comme les problématiques liées à l'insertion et au maintien dans l'emploi des salariés handicapés) semble très insuffisant, s'agissant de thèmes sur lesquels le consensus est relativement facile à trouver.

D'autres thèmes devraient être soumis à l'avis conforme pour que l'avancée soit réelle, en particulier ceux relevant de la marche générale de l'entreprise et listés à l'article L. 2312-8 du code du travail ou encore les orientations stratégiques de l'entreprise.

Mais les entreprises françaises sont-elles prêtes pour cela ? Rien n'est moins sûr, lorsque l'on voit leurs réticences ne serait-ce qu'à fournir des informations et dévoiler leur stratégie aux représentants du personnel ■

J. Krivine